

VOLUME 2 - NÚMERO 2
JULHO/DEZEMBRO 2016

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol.2 / N.2



LT[®]
R

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

ISSN 2446-8908

Volume II,
Número 2
Julho/Dezembro 2016

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.^{sa} Dr.^a Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)
- Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)
- Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)
- Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)
- Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)
- Prof.^a Dr.^a Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)
- Prof. Dr. 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. II, n. 2 (Jul./Dez. 2016). Brasília, DF, 2016 [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) e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas -, chega a sua quarta edição, que contempla o segundo semestre de 2016 (julho-dezembro), contando, mais uma vez, com nove artigos jurídicos e científicos elaborados por professores brasileiros e estrangeiros.

Publicada regularmente desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. I, N. 1) e mantendo sua periodicidade semestral, a Revista divulga neste instante o N. 2 de seu Vol. II, com o que alcança a marca de quase 40 artigos publicados, sendo mais da metade textos de autoria de professores e pesquisadores destacados, com atuação em renomadas Universidades europeias e latinoamericanas.

Divulgada em meio digital e com acesso livre, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas apresenta-se 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”.

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas representa importante passo para o incremento e a disseminação da pesquisa acadêmica de elevada qualidade que já vem sendo realizada no Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Contribui de maneira decisiva para a inserção nacional e internacional da Instituição como um espaço privilegiado de debates e divulgação dos temas mais relevantes e atuais no pensamento jurídico nacional e estrangeiro, o que reforça e consolida o compromisso social do UDF.

Assim como nos números precedentes, também há nesta edição uma mescla de autores brasileiros e estrangeiros, que trazem densas reflexões acerca de temas atuais e particularmente complexos que afetam as relações sociais e trabalhistas.

Os quatro primeiros artigos combinam abordagens sobre temas conexos ao Estado de Bem Estar Social e suas repercussões na realidade social. Assim, além de uma análise específica sobre os fatores de crise e as perspectivas acerca deste modelo de organização estatal, feita pelo Professor Marcus Firmino Santiago, também são encontrados estudos que tratam sobre o Direito Coletivo do Trabalho e a negociação coletiva, de autoria do Professor italiano Gilio

Prosperetti; o Direito de Greve, do Professor argentino Oscar Zas; e a Cidadania e a Democracia, pela Professora Lucília Neves Delgado, sempre tendo em mira a dimensão de tutela social e os riscos aos sistemas protetivos vigentes.

Em seguida, o Direito do Trabalho é contemplado por três artigos que o abordam desde uma dimensão conceitual, no artigo do Professor Francês Emmanuel Dockès, até uma análise metajurídica feita pelo Professor italiano Gianni Loy, passando por questões normativas de Direito Internacional, pela pena do Professor italiano Matteo Carbonelli, ilustrando a pluridimensionalidade que caracteriza o estudo das relações trabalhistas.

A interdisciplinaridade que perpassa o juslaboralismo é destacada pelo artigo do Professor igualmente italiano Andrea Panzarola, que aborda o Novo Código de Processo Civil brasileiro, estudo elaborado por autor europeu que oferece um olhar externo, pautado em referenciais teóricos pouco comuns aos estudiosos brasileiros, que se mostra essencial para compreender as repercussões desta nova legislação sobre o Processo do Trabalho.

Enfim, como de hábito na Revista, a temática da Seguridade Social é contemplada em artigo das Professoras Jane Berwanger e Yasmin Santos que lança importantes luzes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, legislação ainda recente e cujas repercussões conceituais e práticas precisam ser amplamente discutidas.

Os artigos que compõem este segundo número do segundo volume da Revista (Vol. II, N. 2), abrangendo o semestre de julho a dezembro de 2016, exprimem de maneira clara e consistente a linha editorial desta Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, com sua preocupação com o estado atual das relações sociais e trabalhistas e a necessidade de ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Brasília, dezembro de 2016.

Equipe Editorial

SUMÁRIO

ARTIGOS

Bem-Estar Social: Uma Análise sobre seus Problemas e Alternativas para sua Sobrevivência

Welfare State: An Analysis about Its Problems and the Alternatives that Could Allow Its Survival

Marcus Firmino Santiago p. 8

Cidadania, Democracia e Direitos Sociais: Impasses e Desafios em um Século de História no Brasil

Citizenship, Democracy and Social Rights: Impasse and Challenges during one Century of Brazilian History

Lucília de Almeida Neves Delgado p. 36

O Interesse Coletivo entre a Lei e a Negociação Coletiva

The Collective Interest between the Law and the Collective Bargaining

Giulio Prosperetti p. 68

Análisis Crítico de la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en Materia de Titularidad del Derecho de Huelga

Critical Analysis of the Doctrine of the Argentinian Supreme Justice Court in Matter of Strike Rights Ownership

Oscar Zas p. 84

Notion de Contrat de Travail

Concept of Employment Contract

Emmanuel Dockès p. 126

- O Terceiro Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança**
The Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child
Matteo Carbonelli p. 151
- La Teología del Trabajo en la Metamorfosis de Kafka**
The Labour Theology in the Book The Metamorphosis written by Franz Kafka
Gianni Loy p. 166
- Il Codice di Procedura Civile tra Principi e Regole. Il Difficile Equilibrio tra Garanzie ed
Efficienza del Processo**
**The Civil Procedure Code between Principles and Rules. The Hard Balance between
Guarantees and Efficiency of the Judicial Procedure**
Andrea Panzarola p. 182
- A Perspectiva Inclusiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência**
The Inclusive Perspective of the Statute of Persons with Disabilities
Jane Lucia Wilhelm Berwanger e Yasmin Alves dos Santos p. 201

**BEM-ESTAR SOCIAL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS PROBLEMAS E
ALTERNATIVAS PARA SUA SOBREVIVÊNCIA**

**WELFARE STATE: AN ANALYSIS ABOUT ITS PROBLEMS AND THE
ALTERNATIVES THAT COULD ALLOW ITS SURVIVAL**

Marcus Firmino Santiago¹

RESUMO: O Estado de bem-estar social tem sofrido com crises cíclicas já há cerca de 40 anos. Em diversos momentos, o sistema de proteção social construído no pós-guerra foi posto em risco, questionado quanto a sua necessidade e viabilidade, em um constante conflito entre interesses econômicos e sociais, frequentemente colocados em polos antagônicos e excludentes. Embora o debate sobre a crise e a viabilidade do bem-estar social seja uma discussão antiga, continua sendo atual em vista do processo de redução de direitos sociais experimentado por países que, durante anos, foram referência para Estados em desenvolvimento, como o Brasil. Coloca-se, então, a questão: ainda vale assumir o risco de caminhar no rumo da ampliação dos benefícios sociais, mesmo quando se vislumbra no horizonte o fracasso de diferentes países? Este estudo revisita alguns elementos conceituais e fáticos necessários ao delineamento do modelo de organização estatal em tela de modo a embasar uma discussão acerca da viabilidade quanto à sua continuidade diante do cenário atual.

Palavras-chave: Estado de bem-estar social. Teoria do Estado. Teoria da Constituição;

ABSTRACT: Since the 70's the welfare State has suffered cyclical crises. In several moments, the social protection system built in the postwar period was put at risk, questioned as to its necessity and feasibility, in a constant conflict between economic and social interests, often placed on antagonistic and exclusive positions. Although the debate on the crisis and the viability of social welfare is an old thread, it is still actual face of the process of reducing social

Artigo recebido em 02 de dezembro de 2016

¹ Doutor em Direito do Estado. Professor Permanente do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado.

rights experienced by countries that, for years, have been seen as reference to developing States, as Brazil. There is, then, the question: is still worth taking the risk of moving in the direction of expansion of social benefits, even when we see on the horizon the failure of different countries? This study revisits some conceptual and factual elements necessary for the design of the model of the welfare State in order to support a discussion about the feasibility regarding its continuity on the current scenario.

Key-words: Welfare state. State theory. Constitutional theory.

INTRODUÇÃO

Há vários séculos diferentes povos lutam por liberdade, invocando este termo como um símbolo que representa tudo aquilo de bom que se almeja e todo o mal que se combate. A liberdade, antes de ser considerada um direito de natureza fundamental, protegido pelo sistema jurídico constitucional dos países e pela normativa internacional, faz-se presente como um valor essencial à vida, reconhecido e almejado por pessoas de diferentes origens e credos.

A virada paradigmática trazida pela ascensão do pensamento liberal, movimento que emerge na Revolução Inglesa, durante o Século XVII, e ganha corpo com as Revoluções Francesa e Americana, transpôs para o universo jurídico estatal este desejo, conferindo-lhe base teórica e roupagem jurídica. Desde então, a liberdade é vista como um direito inerente à condição humana, elemento inafastável e essencial à vida em sociedade que cumpre ao Estado, e seu sistema jurídico, tutelar.

Ato seguinte à transição da liberdade/valor para a liberdade/direito foi a construção de um crescente e sofisticado conjunto de normas voltado a assegurar sua fruição. Era essencial proteger os indivíduos contra o arbítrio estatal, evitando que os governantes interferissem indevidamente na vida privada. Também cumpria garantir que as pessoas não usurpassem a liberdade umas das outras, assegurando que os espaços de autodeterminação permanecessem íntegros.

Em meados do Século XIX, boa parte desta obra já tinha sido erguida, ao menos nos países europeus centrais e nos Estados Unidos, e aos poucos ia se espalhando para o hemisfério sul. Só que a fachada do edifício, com suas teorias, leis e declarações de direitos que proclamavam a liberdade, escondia um interior sombrio, no qual uma realidade bastante diferente se desenrolava diariamente.

Em verdade, o que se via nos países econômica e politicamente mais avançados, nos quais a Revolução Industrial promovia mudanças aceleradas em todos os planos da vida, era um cenário de miséria crescente, no qual a desigualdade social imperava, relegando uma impressionante massa de trabalhadores a condições sub-humanas de vida. Logo foi ficando claro que, onde impera a desigualdade, não há liberdade.²

Como romper este modelo, a partir do qual forja-se uma sociedade partida, onde os benefícios das revoltas liberais, ocorridas apenas algumas décadas antes, não passam de figuras de retórica para uma ampla maioria?

Em resposta a esta questão foram concebidas diversas alternativas que durante algum tempo conviveram, influenciaram-se mutuamente e ajudaram a construir um modelo que, a partir da metade do Século XX, passou a ser visto por muitos como a principal alternativa àquele cenário. Teorias socialistas, algumas radicais e revolucionárias, outras de viés democrático, anarquistas, republicanas e monárquicas, progressistas e conservadoras, liberais e centralizadoras foram debatidas, entraram em conflito, orientaram governos e legislações, despertaram paixões e fúria.

Depois de diversos conflitos, que incluíram duas guerras de proporções mundiais e uma revolução socialista no maior país europeu, o mundo ocidental passou a enxergar no bem-estar social o modelo de organização estatal capaz de equilibrar, de um lado, as exigências por liberdade com igualdade e, de outro, os interesses do capitalismo. E assim se desenhou um concerto, posto em prática a partir do fim da Segunda Guerra, que cumpriu um ciclo virtuoso e, neste momento em que completa 70 anos, se defronta com um futuro bastante duvidoso. Assim, mostra-se relevante revisitar a trajetória de formação do Estado de bem-estar social, delinear seus principais traços caracterizadores e refletir sobre suas virtudes e insuficiências.

É evidente que não há muito de novo a acrescentar ao assunto, visto sua idade e os numerosos debates que já foram travados a seu respeito. Por outro lado, as fortes críticas que vem sofrendo e a incômoda falta de perspectivas quanto a sua sobrevivência tornam relevante e atual o retorno ao tema, na esperança de lançar algumas luzes capazes de ajudar a encontrar um novo caminho para os Estados e seus povos, acossados diante da perspectiva de verem todo um sistema de benefícios sociais ruir.

² Como afirma Martin Kriele: “Quem vive na pobreza e miséria não é livre, e sim, obrigado a estar constante e exclusivamente preocupado com a manutenção de sua vida. A superação da necessidade não é somente uma exigência elementar da igualdade, e sim, também da liberdade, pois viver na necessidade significa não ser livre.” KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p. 307.

1. TRANSIÇÃO PARA O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

1.1. Evolução sem ruptura

O Estado de bem-estar social pode ser compreendido como uma etapa evolutiva do constitucionalismo na qual conquistas forjadas durante o período de expansão dos regimes liberais são complementadas e combinadas ao produto das lutas sociais que marcaram os Séculos XIX e XX. Este modelo representa a busca por uma síntese ideal entre liberdade e igualdade, no qual não seja necessário renunciar aos ganhos amealhados no correr de décadas, ao contrário.

Quando se fala em valores políticos liberais incorporados ao léxico jurídico, é forçoso que alguns traços caracterizadores deste arquétipo estatal sejam enumerados. O reconhecimento da liberdade individual como elemento essencial à existência humana é o primeiro e mais óbvio, mas certamente não está sozinho. Tão importante quanto a consagração deste valor no plano teórico é o surgimento de condições para sua efetivação. Neste sentido, a soberania popular é o ponto de partida de toda a transformação operada a partir das grandes revoluções do Século XVIII.

Na medida em que se consagra a noção rousseauiana de que a origem de todo poder político estatal reside na sociedade e que seu exercício deve ser pautado em constante respeito às vontades sociais, abre-se espaço para o reconhecimento de direitos de liberdade, de limites ao poder dos governantes, para a afirmação da supremacia do Direito. O Estado Constitucional é fruto desta mudança de valores, da certeza de que a vontade dos homens precisa ser identificada e materializada em um conjunto básico de normas, positivadas de forma objetiva, clara e estável, como preconizado por Montesquieu. Só há liberdade onde o poder estatal não representa uma ameaça aos cidadãos e isto só é possível se a força dos governantes for contida. Nas palavras de Norberto Bobbio:

(...) historicamente, o Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária; racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura.³

³ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 14.

Nos regimes constitucionais, o poder estatal cria o Direito, mas o Direito fundamenta e legitima o poder estatal, em uma relação de complementaridade.⁴ A capacidade decisória dos governantes decorre de um conjunto de autorizações legislativas, tendo a Constituição no cimo de uma estrutura concebida para conferir legitimidade e controle ao poder. O Estado de Direito é a aplicação concreta destas noções, reflexo da resistência dos povos contra a opressão e a tirania dos governos.⁵

Para que esta ideia se torne realidade, há que surgir um modelo onde estejam presentes: a vinculação de todos os atos estatais à regulação do Direito; um sistema hierarquizado de normas, assegurando a supremacia constitucional; o reconhecimento e a garantia de um conjunto de direitos fundamentais, lógica e estruturalmente superiores e que funcionam como limites às decisões estatais.⁶

A junção da soberania popular com a supremacia constitucional, o Estado de Direito, a limitação jurídica ao poder político, o reconhecimento de direitos fundamentais de liberdade e a igualdade perante a lei formam as bases de um novo regime que sepulta, definitivamente, as ordens de privilégios que caracterizavam o *antigo regime* vigente nos Estados absolutistas.

A transição para o bem-estar social se deu por meio da soma de novos valores, resultado especialmente do reclamo das classes mais baixas que também queriam usufruir os ganhos trazidos pelo liberalismo. A expansão dos direitos políticos, abrindo espaço para a crescente inserção social nas estruturas de poder foi um primeiro e decisivo passo para que a luta pela redução da desigualdade social produzisse frutos. O grande campo de embate ideológico, contudo, situava-se no domínio econômico.

O bem-estar social e os direitos sociais, em sua origem, não se opunham às liberdades individuais ou aos mecanismos de controle sobre o poder estatal, mas ao *liberalismo econômico*, à liberdade de exploração do capital e do trabalho. As causas da crise social vivida ao longo do Século XIX são fortemente identificadas com o modelo dominante de exploração do trabalho e de acumulação de capitais, responsáveis pela brutal desigualdade social que acabou provocando a desestabilização dos regimes políticos liberais e seus sistemas jurídicos. A mudança de rumos proposta a partir do Século XX é centrada, conseqüentemente, no estabelecimento de uma nova relação entre capital e trabalho, mediada pelo Estado.

⁴ KRIELE, Martin. *Op. cit.*, p. 170.

⁵ ALMEIDA FILHO, Agassiz. in VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. IX.

⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31-32.

1.2. Os movimentos trabalhistas e os direitos sociais

As revoltas de 1848 assinalaram a emancipação das classes trabalhadoras. Ao contrário das revoluções anteriores, incluindo a Revolução Francesa em sua fase inicial, desta vez não houve um protagonismo das elites conduzindo um exército de famintos e desiludidos. A *Primavera dos Povos* foi o primeiro movimento revolucionário no qual o pensamento socialista se fez presente como um fio condutor e aglutinador das reivindicações lançadas.⁷ Daí em diante, burguesia e nobreza perceberam que precisavam lidar com um inimigo em comum e extremamente perigoso, as massas trabalhadoras. Não havia mais espaço para movimentos restauradores, não restava outro caminho que a consolidação do constitucionalismo liberal, com a burguesia à frente.

A burguesia, então, abandonou definitivamente sua veia revolucionária, acomodando seu projeto originário de poder em um acordo com a nobreza:

(...) a burguesia descobriu que preferia a ordem à oportunidade de por em prática seu programa completo quando confrontada com a ameaça à propriedade. Quando se viram diante da revolução 'vermelha', os moderados e os conservadores uniram-se. (...) os regimes conservadores restaurados estavam bem preparados para fazer concessões ao liberalismo econômico, legal e até cultural dos homens de negócios, desde que isso não significasse um recuo político. (...) A burguesia deixara de ser uma força revolucionária.⁸

Na segunda metade do século XIX, os governos de orientação liberal eram dominantes na Europa e influenciavam os regimes do Novo Mundo. Precisavam, contudo, conviver com a ameaça das correntes socialistas e com a crescente organização do proletariado que, aos poucos, começava a buscar outras vias para exercer pressão sobre as elites.

O processo de luta aos poucos foi se afastando da lógica revolucionária (de fato, após 1848 não houve outra mobilização revolucionária de mesmo porte até a Revolução Russa, em 1917), priorizando a organização em torno de pautas comuns, a criação de espaços institucionais como sindicatos, associações e partidos políticos, e o aprofundamento dos vínculos em um plano interinstitucional (as Internacionais socialistas, especialmente).

Foi neste contexto que começaram a surgir leis voltadas a proteger grupos fragilizados, promovendo a redução da desigualdade por meio de um processo de reformas sociais voltadas a atender reivindicações das classes trabalhadoras. As relações de trabalho foram o primeiro

⁷ HOBBSAWM, Eric. *A Era do Capital* (1848-1875). 2. ed. Trad. Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 52.

⁸ HOBBSAWM, Eric. *A Era do Capital*. *Op. cit.*, p. 46-47.

alvo de intervenção, acumulando-se normas referentes à segurança e higiene no ambiente de trabalho, limites à jornada laboral diária, repouso semanal obrigatório, legalização de sindicatos e associações de trabalhadores, além do surgimento de sistemas previdenciários.

A organização dos trabalhadores em torno de ideais comuns permitiu-lhes emergir como um grupo político que, gradualmente, foi conquistando espaços na estrutura estatal, ampliando sua participação nos cenários institucionais. Junto à liberdade individual, aos direitos civis, à proteção contra a opressão estatal, era preciso garantir a liberdade política, a capacidade de todos participarem do processo decisório, e não apenas os mais ricos, os proprietários. Só assim abriu-se espaço, definitivamente, para expansão dos direitos de natureza social, voltados a promover a igualdade entre os homens.⁹

A luta pela expansão dos direitos políticos orientou-se pelo princípio democrático de reconhecimento ao direito de participação, mecanismo essencial para que a vontade da maioria, tradicionalmente apartada das estruturas de poder pudesse, de fato, ser exprimida:

Inicia-se nesse contexto uma questão que se desenvolverá ao longo de todo o século XIX e atingirá também boa parte do século XX: a realização da democracia política; a introdução de um regime que assume como condição prioritária de legitimidade a atribuição dos direitos políticos a todo cidadão. (...) A luta pela democracia política se torna, por essa via, o componente de uma frente de reivindicação mais ampla, que assume como objetivo e como bandeira a realização de direitos até aquele momento não reconhecidos.¹⁰

A primeira reação à crescente pressão dos trabalhadores sobre os governos foi o uso da violência, operando-se a repressão sistemática dos movimentos sociais. Esta estratégia, contudo, foi perdendo terreno na medida em que não se mostrava eficaz no sentido de desmobilizar os inúmeros grupos que se formavam. Logo ficou claro para as elites dirigentes que os custos e perigos inerentes à crescente conflituosidade social eram demasiado altos, impondo-se, portanto, uma política diversa. Era preciso confirmar, de um lado, o papel central da liberdade, da propriedade e do mercado, mas, ao mesmo tempo, acomodar as demandas sociais por melhores condições de vida. O Estado precisava assumir um papel positivo, e não somente repressivo, intervindo como mediador do conflito.¹¹

A resposta à organização dos trabalhadores veio, então, na forma de uma crescente legislação voltada a proteger as relações sociais, oferecendo condições para atenuar a desigualdade. O primeiro e mais delicado espaço de intervenção foram as relações de trabalho,

⁹ COSTA, Pietro. *Op. cit.*, p. 280

¹⁰ COSTA, Pietro. *Op. cit.*, p. 195.

¹¹ COSTA, Pietro. *Op. cit.*, p. 246.

domínio, até então, do liberalismo econômico com seus postulados de liberdade contratual e de exploração da atividade produtiva. A livre comercialização da mão-de-obra foi sendo abrandada por leis que previam limites para a jornada de trabalho ou condições mínimas de segurança e higiene na prestação dos serviços.

Semelhante embate estava presente em praticamente todos os países europeus, especialmente os que mais rapidamente avançavam na Revolução Industrial. Naturalmente, o tema foi objeto de ricos debates teóricos, presentes nas obras de autores como Hegel, von Stein e Carré de Malberg, além de influenciar no desenvolvimento da *teoria social da Igreja*, plasmada na Encíclica *Rerum Novarum*, expedida pelo Papa Leão XIII, em 1891.¹²

Vem deste período o surgimento da chamada *filosofia social preventiva*, idealizada na Prússia de Bismark e posteriormente estendida a todo o Império alemão. O cerne desta postura residia no protagonismo estatal, que deveria se antecipar às pressões sociais oferecendo um conjunto de benefícios voltados a reduzir a desigualdade. Desta forma, era possível desarticular a ameaça revolucionária que ainda pairava no ar, atraindo os trabalhadores para o lado do Estado.¹³

O bem sucedido exemplo germânico foi copiado por Inglaterra e França que, em fins do Século XIX, colocaram em marcha um processo de reformas sociais voltadas a atender reivindicações da classe trabalhadora, tais como imposição de limites a jornada de trabalho, criação do seguro desemprego, instituição de pensões por morte e invalidez ou legalização de sindicatos. Com isso, a tensão social foi sendo mantida sob relativo controle, buscando, os grupos dominantes, acomodar as reivindicações, enquanto gradualmente a participação das classes trabalhadoras ia se expandindo.

A trajetória no sentido de abrandar as tensões sociais teve um salto com a I Guerra Mundial, inclusive no que tange à integração das mulheres no sistema político. “Na Europa de 1914, a maioria dos homens adultos não tinha direitos de voto verdadeiramente significativos; (...) Apenas na Grã-Bretanha, e só recentemente, tinha havido um movimento sério pedindo a ampliação dos direitos das mulheres incluindo o de voto.”¹⁴ O conflito pôs em evidência sentimentos nacionalistas que se colocaram acima das disputas de classes, o que propiciou sua aproximação, especialmente diante da necessidade de enfrentar inimigos em comum. Após a

¹² PISARELLO, Gerardo. *Un Largo Termidor*. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2010, p. 115.

¹³ PISARELLO, Gerardo. *Op. cit.*, p. 106-107.

¹⁴ SONDHHAUS, Lawrence. *A Primeira Guerra Mundial*. História completa. Trad. Roberto Cataldo Costa. São Paulo: Contexto, 2013. p. 12

Guerra, houve uma rápida ampliação de direitos sociais e políticos, uma espécie de recompensa pelo sangue que as classes mais baixas derramou nos campos de batalha.

Reflexo desta mudança se viu ainda na segunda década do Século XX, em dois países bastante distantes e diferentes que fizeram tentativas de implementar Constituições de cunho social. Ao cabo de um movimento revolucionário, o México, em 1917, instituiu, dentre outros direitos, o descanso semanal, a limitação da jornada de trabalho e a proibição do trabalho noturno para mulheres e crianças como direitos de natureza fundamental.¹⁵ A Alemanha, em 1919, inseriu na Constituição de Weimar, além de direitos trabalhistas, princípios de natureza econômica, social e política com fins a promover a igualdade material, concentrando no Estado o dever de os materializar.¹⁶ Nenhuma das experiências restou bem sucedida. Frise-se, contudo, que o insucesso de ambas se deveu muito mais a instabilidades sociais, políticas e econômicas vividas por estes países do que problemas estruturais inerentes do novo sistema então concebido.

Outra experiência significativa foi a política do *New Deal*, adotada pelos Estados Unidos a partir da década de 1930, no governo de Franklin Delano Roosevelt. De cunho fortemente interventivo, foi constituída por um conjunto de medidas de natureza social e econômica que promoveram um protagonismo estatal nestes domínios, de modo a fazer frente à grave crise que se houvera instalado em 1929. Ao contrário das experiências de México e Alemanha, contudo, os Estados Unidos não realizaram alterações em sua Constituição, limitando-se a medidas no plano infraconstitucional.

Neste quadro, as transformações promovidas no Estado brasileiro durante a década de 1930 no governo Getúlio Vargas também merecem menção, embora frequentemente negligenciadas. Neste período, o governo brasileiro construiu um sistema jurídico e administrativo para proteção social, especialmente direcionado às classes trabalhadoras urbanas. A Constituição de 1934, assim como sua sucessora autoritária de 1937, incorporaram os postulados do constitucionalismo social, temperados, contudo, pela ideologia intervencionista e centralizadora que florescia na época. Foram, ainda assim, o ponto de partida do bem-estar social brasileiro, início de uma longa trajetória nunca completamente trilhada.

¹⁵ GONZÁLEZ, Ismael Camargo. Derecho Constitucional Social y Reconocimiento de los Derechos de las Minorías in ASTUDILLO, César; CARPIZO, Jorge (coord.). *Constitucionalismo: dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México: UNAM, 2013. p. 363.

¹⁶ GUSY, Christoph. Las constituciones de entreguerras en Europa central in *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*. n. 2. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2004. p. 13-14.

1.3. As extremações autoritárias das décadas de 1920 e 30

A possibilidade de sucesso das novas experiências europeias (além da Alemanha, em 1919, a Espanha também tentou implementar o constitucionalismo social em 1931) foi severamente afetada pela enorme crise econômica, social e política que assolou o continente ao final da I Guerra.

As perdas humanas foram terríveis, a força produtiva estava comprometida, assim como diversas plantas e regiões industriais. Havia escassez de alimentos e matérias primas e um incontável contingente de pessoas traumatizadas por uma guerra que houvera alcançado proporções impensáveis até então. Os governos precisavam amparar sua população, mas estavam esmagados por imensas dívidas, enfraquecidos pela descrença em sua capacidade de liderança e pela fragmentação dos últimos grandes impérios.

Este período marcou o substancial crescimento dos movimentos de trabalhadores, motivados pelo sucesso da Revolução Russa, de 1917, evidenciando a fragilidade dos consensos construídos em torno das elites burguesas que dominavam os regimes liberais. A chama revolucionária ganhou novo lume em países como a Alemanha e na Europa de leste, colocando em cheque o modelo capitalista liberal.¹⁷

Alimentando ainda mais a febre, a crise econômica decorrente do *crash* da bolsa de Nova York, em 1929, abateu-se como um cataclismo por todo o mundo ocidental, marcando a ruptura definitiva com o modelo liberal decimonônico:

Trata-se de uma catástrofe que destruiu toda a esperança de restaurar a economia, e a sociedade, do longo Século XIX. O período 1929-33 foi um abismo a partir do qual o retorno a 1913 tornou-se não apenas impossível, como impensável. O velho liberalismo estava morto, ou parecia condenado.¹⁸

Criou-se uma mistura verdadeiramente explosiva: uma sociedade abalada pela Grande Guerra, seguida de uma crise econômica sem precedentes, privada da estabilidade e dos sonhos que alimentaram as gerações passadas, sem perspectivas de melhorias a curto prazo. Estavam formadas as condições necessárias à disseminação de ideologias e regimes autoritários: “(...) a Grande Depressão de 1931 fora o ato final de uma série de crises econômicas e financeiras e o

¹⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Op. cit.*, p. 493.

¹⁸ HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996. p. 111.

resultado do falhanço dos programas de estabilização impostos pelos Estados vencedores. O fascismo e o nazismo acabaram por florescer nestas mesmas condições.”¹⁹

O conflito de classes, exacerbado pela Grande Depressão, fez ressurgir embates que vinham adormecidos, trazendo um novo viço ao pensamento socialista revolucionário. As elites se viam ameaçadas especialmente quanto a seus direitos de propriedade, as Igrejas pelo secularismo das esquerdas. O militarismo, exacerbado pelos rancores da Guerra, fomentava a formação de grupos paramilitares, acentuando o caráter belicoso do momento e dos grupos de extrema direita. Enfim, a disputa entre as potências industriais e coloniais pela hegemonia dentro da Europa aprofundava sentimentos nacionalistas.²⁰ Nenhum dos lados – socialistas revolucionários, social democratas, liberais, fascistas – parecia interessado em dialogar ou ceder em suas convicções, preferindo atribuir aos demais a responsabilidade pela crise.

Foi neste contexto que nasceu e floresceu o pensamento fascista, com Benito Mussolini, apresentando-se à Itália e ao mundo como uma alternativa antissocialista, antiliberal e fortemente nacionalista:

Segundo Lukacs, uma ‘luta triangular’ dominou os quase trinta anos que separam a Revolução Russa do encerramento da Segunda Guerra Mundial. Num dos vértices, estava a democracia liberal, encarnada nos países anglo-saxônicos. Num outro, o comunismo, representado pela URSS. O terceiro correspondia ao nacionalismo, nas suas variantes extremadas do fascismo e do nazismo.²¹

Os problemas causados pela expansão de regimes autoritários são bem conhecidos e influenciaram decisivamente as discussões sobre que rumo tomar após o final da II Guerra. O socialismo ou o fascismo não podiam servir de modelo para o mundo capitalista, mas tampouco o retorno ao liberalismo se apresentava como uma alternativa. “Restava às sociedades democráticas o ensaio de novas formas de incrustamento social da economia, pela regulação dos mercados e pela criação de novos padrões de distribuição”.²² Ou, em outras palavras, era preciso reinventar o capitalismo para que ele não naufragasse.

1.4. No segundo pós-guerra, a opção pelo bem-estar social

¹⁹ CURTO, Diogo Ramada; DOMINGOS, Nuno; JERÓNIMO, Miguel Bandeira. A Grande Transformação, de Karl Polanyi: questões de interpretação. in POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. As origens políticas e econômicas do nosso tempo. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 22

²⁰ MANN, Michael. *Fascistas*. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 400.

²¹ MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *Liberdade versus Igualdade*. O Mundo em Desordem. 1914-1945. Vol. I. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 407.

²² CURTO; DOMINGOS; JERÓNIMO. *Op. cit.*, p. 13.

O caminho escolhido já vinha sendo desenhado há algumas décadas e representava uma abertura dos regimes capitalistas a uma série de elementos típicos das doutrinas socialistas, em especial no que tange às relações entre Estado e economia e ao reconhecimento e promoção da igualdade social. Assim é que a Conferência de Bretton Woods, realizada em 1944 com a participação de Estados Unidos e Inglaterra, apresentou ao mundo ocidental o bem-estar social como modelo ideal de Estado a ser incorporado por todos.

Neste encontro foi firmado o consenso em torno daquele modelo como alternativa única à expansão do socialismo de orientação soviético e as experiências fracassadas de liberalismo e fascismo, incorporando as lições que John Maynard Keynes vinha sustentando desde a década de 1920. As tensões entre capital e trabalho deveriam ser contidas pelo Estado, que assumiria um papel ativo e protagonista no processo de redução da desigualdade social.²³

Não bastava, contudo, enfrentar o conflito social interno aos países. Era necessário, ainda, reduzir o abismo entre norte e sul, entre países industrializados e o mundo subdesenvolvido. Surgem, então, organismos responsáveis pela transferência de rendas e financiamento de projeto de desenvolvimento econômico e social, como o FMI e o Banco Mundial.²⁴

No final da década de 1940, o ocidente inicia seu ingresso no que Luigi Ferrajoli chama a ‘segunda etapa do constitucionalismo’, momento em que se promove a positivação, nos textos constitucionais, dos direitos sociais e políticos que vinham se acumulando, lenta e gradualmente, cuidando de os perenizar:

O conceito de *welfare*, o chamado Estado de bem-estar, delineou-se durante a Grande Depressão. Antes dele, o que existia era a noção de ‘lei dos pobres’, ou seja, da concessão de assistência material aos miseráveis. A novidade conceitual foi a universalização de uma série de benefícios (...), que alcançaram o estatuto de direitos dos cidadãos.²⁵

Quando um crescente número de países aderiu a este paradigma, finalmente se fechou o ciclo de transformações que por décadas se vinha formando com o fim de reformular o Estado liberal.

2. CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

²³ WACHTEL, Howard M. *Os Mandarins do Dinheiro*. As origens da nova ordem econômica supranacional. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 37-48.

²⁴ MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *Op. cit.*, p. 191-194.

²⁵ MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *Op. cit.*, p. 196.

O traço característico do bem-estar social é a crescente intervenção estatal na vida dos indivíduos com o propósito de implementar condições para que desequilíbrios sociais históricos sejam superados. A ideia é que a redução da desigualdade atenua as tensões entre capital e trabalho, permitindo, com isso, melhor controle sobre o principal foco das crises sociais vividas desde o advento do capitalismo liberal.

A premissa ideológica assumida é o reconhecimento de que, sem um mínimo de igualdade, não há liberdade, compreendendo-se estes dois valores chave como complementares e *co-dependentes*. E o Estado surge como protagonista no processo de reequilíbrio nas relações sociais, assumindo a responsabilidade por assegurar acesso ao *mínimo existencial*, conjunto de bens, direitos e serviços considerados essenciais a uma vida com dignidade.

Nesta medida, tem-se o abandono da perspectiva estritamente liberal, que preconizava uma postura abstencionista ao Estado, visto tradicionalmente como um inimigo que precisava ser contido. Em seu lugar, defende-se o intervencionismo direcionado, que só é legítimo quando exercido com o propósito de atenuar a desigualdade. E, já que a sua principal causa é o desequilíbrio na distribuição das riquezas, tem-se uma clara sobreposição entre os aspectos social e econômico da atuação estatal. Como explicam Magnoli e Barbosa, a *mão visível* do Estado keynesiano é responsável por construir uma situação de equilíbrio entre emprego, produção e fluxo de capitais.²⁶

Os Estados assumem, então, o papel de indutores do desenvolvimento econômico e social, de modo que a exploração da atividade econômica priorize a distribuição de benefícios para o maior número possível de pessoas, e não apenas para os detentores do capital. Para tanto, são criadas diversas condicionantes ao exercício das atividades produtivas, tais como o respeito às condições de trabalho, ao meio ambiente, aos consumidores ou à saúde pública.

Um sistema de instituições internacionais e de Estados nacionais tinha inevitavelmente de pôr a economia de mercado ao serviço dos objetivos sociais dos Estados nacionais, proporcionando empregos para todos, impostos progressivos e a criação de um Estado social.²⁷

Outro mecanismo utilizado com frequência, especialmente nas décadas de 1950 e 60, é a estatização do planejamento da atividade produtiva (o Plano de Metas do governo de Juscelino Kubitschek é um exemplo), cabendo ao Estado estabelecer metas e prioridades, definindo, assim, os rumos do desenvolvimento econômico. Na prática, isto significa o fomento de atividades específicas, direcionando investimentos privados (por meio de benefícios fiscais,

²⁶ MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *Op. cit.*, p. 194.

²⁷ CURTO; DOMINGOS; JERÓNIMO. *Op. cit.*, p. 22.

financiamentos ou outras medidas de estímulo) ou a assunção de tarefas diretamente pelos governos (estatização), normalmente adotada quando o capital privado não tem condições ou interesse em investir em áreas consideradas essenciais.

Importante, também, é uma mudança de paradigma que se opera no plano jurídico, restringindo-se a liberdade contratual de forma a equilibrar as relações obrigacionais, criando-se uma paridade entre as partes por meio de limites à livre negociação de cláusulas. O primeiro espaço de regulamentação foi o contrato de trabalho, um movimento que já vinha em curso desde fins do Século XIX. A expansão do intervencionismo estatal rapidamente estendeu a outros campos, como as relações de consumo e o direito de propriedade, este tipo de controle.

A participação do Estado na vida social também se opera por meio do crescente reconhecimento de direitos concebidos com o fim de reduzir a desigualdade, especialmente assegurando acesso a bens e serviços que, não fosse sua oferta pelo ente público, não poderiam ser usufruídos pelas camadas mais baixas da sociedade.

Os chamados direitos fundamentais sociais ganham status constitucional e se avolumam, criando tarefas e compromissos para os governos em um intervencionismo orientado ao alcance de fins específicos, e impõem aos Estados o desempenho de um conjunto variado de tarefas. Em suma, um modelo de gestão dos interesses públicos que outorga aos Estados a tarefa positiva de tornar efetiva a tutela dos direitos fundamentais, contemplados em uma pauta cada vez mais alargada e firmemente inscrita nas Constituições, impondo-lhes crescente participação na vida social.²⁸

É precisamente o desenvolvimento da democracia e o aumento do poder político das organizações operárias que dão origem à terceira fase, caracterizada pelo problema dos direitos sociais, cujo acatamento é considerado como pré-requisito para a consecução da plena participação política. O direito à instrução desempenha historicamente a função de ponte entre os direitos políticos e os direitos sociais: o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania política.²⁹

Note-se que a positivação de direitos sociais não implica na supressão de direitos de liberdade, antes ao contrário. Conceitualmente, opera-se uma complementariedade, já que se parte da premissa de que sem mínimas condições de igualdade material não é possível gozar a liberdade. Como explica Ingo Sarlet:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim (...)

²⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 399.

²⁹ REGONINI Gloria. Estado do bem-estar. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília, UnB, 1998. p. 417.

de propiciar um direito de participar do bem-estar social. Não se cuida mais, portanto, de liberdade de e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.³⁰

Uma análise do significado desta transição, do predomínio da liberdade absoluta e idealizada para uma era na qual a liberdade seja real, foi feita pelo cronista Luís Fernando Veríssimo. Em sua visão, há um erro em se afirmar a liberdade como algo absoluto, que não necessita de complementos: “(...) dizer ‘eu quero ser livre’ é o mesmo que dizer ‘eu quero’ e não dizer o que.” Isto porque, sustenta, “Existe a Liberdade De e a Liberdade Para.” O liberalismo clássico defendia a segunda. A liberdade residiria na ausência de barreiras a se exprimir, ir e vir, ser proprietário ou não ser oprimido. No entanto, o conceito só se completa quando se junta à Liberdade De, ideia mais recente e que se identifica com a noção de busca por igualdade: “Livre de verdade é quem é livre da fome, da miséria, da injustiça, da liberdade predatória dos outros.”³¹

As transformações promovidas pelo Estado social permitiram o alcance de um grau de estabilidade essencial ao desenvolvimento econômico. Sua consolidação promoveu uma grande entrada de trabalhadores na sociedade de consumo, alterando profundamente os padrões de acesso a bens e serviços.³² Foram cerca de 30 anos gloriosos, compreendidos entre fins dos anos 1940 e meados da década de 70, durante os quais a economia da Europa e de boa parte do mundo ocidental se desenvolveu de forma articulada com a melhoria das condições de vida de larga parcela da população. Um sistema abrangente de bem-estar foi implementado, promovendo o incremento das redes de amparo social, da saúde e da educação públicas, além do estabelecimento de mecanismos de proteção social de acesso universal, condições para finalmente se alcançar níveis de igualdade entre os homens desde sempre desejados.³³

Se tudo tivesse funcionado como planejado, uma ação estatal contínua teria trazido as diferenças sociais para níveis mínimos, permitindo a convivência pacífica e harmoniosa entre o topo e a base da pirâmide social, cada vez mais próximos. A oferta de bens e serviços públicos se reduziria na medida em que as carências humanas fossem sendo supridas, permanecendo apenas em níveis residuais, como uma garantia contra eventuais retrocessos. Obviamente, a realidade seguiu rumos diferentes.

3. PROBLEMAS DO BEM-ESTAR SOCIAL

³⁰ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 55.

³¹ VERÍSSIMO, Luís Fernando. *Em Algum Lugar do Paraíso*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 184-185.

³² CURTO; DOMINGOS; JERÓNIMO. *Op. cit.*, p. 23.

³³ CURTO; DOMINGOS; JERÓNIMO. *Op. cit.*, p. 33.

É difícil sustentar a existência de uma *crise* do bem-estar social, considerando que as dificuldades para manter os sistemas de benefícios sociais estão presentes desde a década de 1970, com a eclosão da crise do petróleo, e seguem se avolumando desde então. Crises são eventos momentâneos durante os quais há um desequilíbrio que, superadas suas causas imediatas, tende a desaparecer. Logo, é muito difícil usar este termo para designar uma situação que se estenda por 40 anos!

Na verdade, percebe-se que o modelo de Estado proposto traz em si algumas incoerências que acabam por gerar problemas sistêmicos. Estes, por sua vez, podem ser aglutinados em dois eixos: a questão econômica e a questão jurídico social.

3.1. Questão econômica

Se, em sua origem, o tema economia foi determinante para a ascensão do modelo de bem-estar social, também exerceu papel significativo, e por que não dizer central, para sua derrocada.

O Estado de bem-estar social, na medida em que se consolidou, também foi se agigantando, assumindo um rol crescente de tarefas e responsabilidades perante a sociedade, até um ponto em que adquiriu uma dimensão excessiva. O custo para manutenção dos sistemas de benefícios sociais e do aparato administrativo necessário à sua operação se tornou sufocante, a capacidade de financiamento dos governos chegou ao seu limite.

O ponto de virada neste processo de debacle financeira dos Estados se deu a longo dos anos 1970, especialmente graças à crise do petróleo que se instaurou em 1973, por conta do absurdo aumento no preço do barril imposto unilateralmente pelos países da OPEP. Naquela época, a matriz energética global já tinha migrado do carvão para o petróleo, *commodity* com peso crescente na balança comercial de todo o globo, com especial ênfase para os países industriais.

A crise do petróleo foi, também, a crise do bem-estar social. Isto porque, literalmente em questão de dias, todos os países se viram na premência de direcionar recursos para a compra do combustível, drenando as fontes de financiamento globais. As finanças públicas já estavam próximas a seu limite, seja no plano da tributação ou do endividamento público, o que evidenciou a dificuldade de manutenção do sistema montado:

(...) em fins da década de 60, as despesas governamentais tendiam a aumentar mais rapidamente que as entradas, provocando a crise fiscal do Estado. O aumento do déficit

público provoca instabilidade econômica, inflação, instabilidade social, reduzindo consideravelmente as possibilidades da utilização do *Welfare* em função do assentimento ao sistema político. Alguns Estados são obrigados a limitar a intervenção assistencial, quando o aumento da carga fiscal gera em amplos estratos da opinião pública uma atitude favorável à volta à contribuição baseada no princípio contratualista.³⁴

De repente, todos se lembraram do alerta feito por John Maynard Keynes, décadas antes, sobre o desequilíbrio entre o crescimento constante da demanda social por mais direitos e a capacidade limitada dos Estados de os custear. Talvez não esperassem é que isso aconteceria tão cedo...

Era o momento, então, de fazer um balanço: o que não estava funcionando?

Um primeiro aspecto ficou logo claro: o inchaço e a ineficiência do aparato burocrático administrativo estatal. Criou-se uma máquina cara e complexa, frequentemente orientada a si mesma, na defesa de seus próprios interesses, como maiores salários ou outras vantagens de natureza pessoal. A má gestão era uma constante, percebendo-se uma grande dificuldade para resolver problemas sociais, o que acabava por causar outra dificuldade: a tendência dos governos em adotar medidas autoritárias, apresentadas como mais eficientes, porém não raro dissociadas de um consenso social. O interesse público frequentemente era confundido com o interesse da Administração Pública ou, pior, do próprio governante e seu grupo.

Outro elemento igualmente auto evidente era a limitação à capacidade de financiamento das políticas de bem-estar. O binômio aumento de tributos/aumento do endividamento público parecia ter chegado ao limite. As consequências eram a pressão social contra a majoração da carga tributária e a cobrança, por parte dos credores estatais, por medidas que permitissem ao menos a amortização das dívidas públicas. O ciclo do aumento contínuo da arrecadação/dívida pública precisava ser rompido.

3.2. Questão jurídico social

O título deste tópico, que analisa o segundo eixo de crise, pode ser traduzido pela seguinte frase: como definir até que ponto o Estado pode intervir na sociedade?

Cumprir lembrar a premissa do bem-estar social: funcionar como uma evolução do Estado liberal, mantendo suas conquistas e superando suas contradições. Combinar liberalismo político com busca por igualdade, combatendo os males do liberalismo econômico. Quando se

³⁴ REGONINI, Gloria. *Op. cit.*, p. 417.

tem em mira a realidade de intolerância e exclusão que grassou nos Estados totalitários, queda-se claramente justificada esta preocupação em reconhecer os direitos do *outro*, do *diferente*, sedimentando caminhos para a convivência harmônica mesmo entre grupos com interesses aparentemente antagônicos.³⁵ Esta era a promessa e o fundamento ideológico. Ocorre que, em algum momento, tal foco foi perdido, ou deixou de figurar tão nítido.

A expansão do bem-estar social acabou por afetar liberdades individuais, violando uma de suas premissas (promover a igualdade para permitir a plena fruição da liberdade). Entrou em marcha o processo de construção de uma igualdade *artificial*, promovida pelo Estado a partir de escolhas nem sempre muito claras. Isto porque, obviamente, era preciso privilegiar alguns segmentos sociais, cuja vulnerabilidade deveria ser suprida. Como definir, contudo, os grupos a serem favorecidos?

Günther Frankenberg sustenta que o estrato social se forma pela junção de indivíduos necessariamente diferentes, o que, por si, é uma fonte potencial de litígios. Isto não implica, entretanto, na absoluta impossibilidade de integração em torno de objetivos comuns: “A estrutura de conflito de sociedades modernas, cunhada por oposições de interesses, heteronomia de valor e por uma plenitude de projetos de vida, bem como a práxis de conflito indicam que se mantenha a possibilidade de uma integração por meio de conflito (...)”³⁶

Segundo Frankenberg, há diferentes tipos de conflitos: alguns geram desintegração, outros fornecem a possibilidade de se criar laços. Conflitos que admitem negociações permitem a formação de consensos: “Esses conflitos de divisão podem ser regulados, aplainados e civilizados comparativamente sem problemas, em razão da estrutura de seu projeto e do menor empenho.” Renunciando-se à ideia de validade ilimitada em uma associação e à exclusão dos outros, embates indivisíveis movem-se em direção à divisibilidade, validando, assim, as teorias do pluralismo.³⁷

Em sociedades plurais, nas quais é preciso construir condições para convivência de grupos diferentes e por vezes antagônicos, a constante interferência estatal, buscando favorecer

³⁵ Lembra Vital Moreira que “Os Estados Nacionais, sobretudo os de unificação recente, como sucedia na Alemanha ou na Itália, não pouparam medidas, mesmo as mais repressivas, para a homogeneização e unificação oficial do povo. A unicidade e homogeneidade do povo eram a contrapartida necessária da unicidade territorial e do poder político-administrativo. (...) Hoje, porém, a perspectiva é justamente a contrária. Descobriu-se a diversidade e o pluralismo étnico, linguístico e religioso de muitos países europeus, mesmo dos que presumiam de longas tradições de unidade e homogeneidade. Passou a cultivar-se o reconhecimento e a proteção das minorias.” MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. in GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 320.

³⁶ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 175.

³⁷ FRANKENBERG, Günter. *Op. cit.*, p. 178.

segmentos politicamente minoritários, acaba por fomentar conflitos com parcelas da sociedade que se sentem preteridas. Isto ocorre, em larga medida, pela precariedade do diálogo social, fazendo com que as escolhas estatais não fiquem claras para seus destinatários, especialmente aqueles que se sentem privados de direitos (tome-se como exemplos as políticas de ações afirmativas ou as medidas de proteção e ampliação de direitos de homossexuais). O equilíbrio entre liberdade e igualdade se torna cada vez mais difícil e delicado.

Amplia-se, assim, o risco de *dissensos* (a diferença de opiniões natural e esperada em sociedades plurais) se transformarem em *conflitos* (desintegradores). A *ditadura do interesse coletivo* ou a *ditadura das minorias* afloram. Estas expressões são usadas para designar situações em que vontades de indivíduos ou grupos são apresentadas como se fossem um sentimento coletivo, apreendido pelo governo e apresentado como sendo um objetivo comum da sociedade, o que agrava um déficit democrático.

Tal postura contribui para o fortalecimento de grupos de pressão, que buscam determinar as prioridades da agenda estatal, em um movimento por meio do qual o interesse público passa a ser definido no mercado político:

(...) o Estado assistencial difundiu uma ideologia igualitária que tende a deslegitimar a autoridade política; a disposição do Estado a intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura; a competição entre as organizações políticas leva à impossibilidade de selecionar e aglutinar os interesses, causando a total permeabilidade das instituições às demandas mais fragmentadas. O peso assumido pela administração na mediação dos conflitos provoca a burocratização da vida política que, por sua vez, leva à 'dissolução do consenso'.³⁸

A apatia social se dissemina, estimulada pela certeza de que o Estado está à disposição e pronto para resolver os problemas coletivos e individuais que se apresentem. Com isso, abre-se amplo espaço para que grupos organizados e fortes assumam o controle das decisões políticas, loteando o espaço público de acordo com seus interesses. Formam-se, então, as condições para que a intervenção do Estado na ordem social se transforme em fonte de reiterado conflito.

4. A ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA

A crise econômica e social dos anos 1980, que se seguiu aos conflitos em torno do petróleo na década anterior, abriu espaço para que ideologias liberais voltassem à cena com

³⁸ REGONINI, Gloria. *Op. cit.*, p. 419.

toda força. “A ‘revolução keynesiana’ deu lugar a uma ‘contrarrevolução keynesiana’”.³⁹ Países centrais como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha elegeram governos com esta orientação (Ronald Reagan e, em seguida, George Bush, nos EUA; Margareth Thatcher, na Inglaterra; Helmut Kohl na Alemanha), aos quais coube adotar medidas voltadas a reduzir o custo do Estado o que, obviamente, foi acompanhado por reduções drásticas nos benefícios sociais.

Durante alguns anos a alternativa denominada *neoliberal* foi apresentada como um caminho sem volta, expandindo-se, nos anos 1990, para as economias em desenvolvimento. De outro lado, firmou-se um espaço de resistência em torno do que alguns denominaram *neokeynesianismo*:

A teoria keynesiana tornou-se no mais citado modelo de resposta aos excessos da liberalização econômica a partir de um pensamento técnico sobre o papel do Estado. A experiência histórica do pós-guerra inspira hoje parte da crítica à globalização neoliberal em curso desde a década de oitenta.⁴⁰

Aos poucos, contudo, começou-se a esboçar uma tentativa de conciliação entre os compromissos sociais e uma melhor gestão política, jurídica e administrativa do Estado. É neste contexto que o modelo teórico do *Estado Democrático de Direito* emerge.

O Estado Democrático de Direito busca se colocar em um patamar intermediário entre o absentismo neoliberal e o protagonismo do bem-estar social, reduzindo o tamanho do Estado sem, contudo, diminuir seu papel de indutor do desenvolvimento econômico e social: adota-se a lógica do *Estado regulador*.

A ideia chave a guiar esta reorientação das relações Estado-sociedade é *participação*, pelo que se elege o *princípio democrático* como vetor da organização estatal (a participação como elemento chave faz com que belgas e franceses denominem esta vertente como *Estado Social Ativo*).

O Estado Democrático se funda em um conceito de *democracia participativa*, priorizando a combinação de elementos de democracia direta e indireta. Para Paulo Bonavides, representa um “(...) direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos.”⁴¹

³⁹ GAZIER, Bernard. *John M. Keynes*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 87.

⁴⁰ CURTO; DOMINGOS; JERÓNIMO. *Op. cit.*, p. 33

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33.

Busca-se, com sua adoção, alcançar decisões que não se amparem na vontade esmagadora das maiorias políticas expressa pela via da representação ou por outros caminhos obscuros, mas em consensos construídos mediante participação social ativa, com ampla possibilidade de manifestação de indivíduos e grupos politicamente minoritários. Espera-se, assim, que as ações estatais reflitam efetivamente a vontade social.

O modelo de poder erigido sobre tais alicerces tende a reconhecer a todos os atores sociais importante papel político na medida em que a tarefa de assegurar a concretude dos direitos fundamentais cada vez mais se distribui entre entes públicos e privados.⁴²

Para Pietro Costa, este modelo é reflexo de uma *democracia constitucional*, cujas características são:⁴³

- Expansão dos direitos fundamentais e preocupação em conferir a todos alicerce constitucional;
- Construção de mecanismos que garantam a todos a fruição destes direitos, onde se incluem os mais diversos grupos que compõem uma sociedade plural;
- Reconhecimento dos direitos fundamentais como elemento basilar e condição de legitimidade do ordenamento jurídico nacional, a salvo de qualquer revisão constitucional;
- Ressignificação do conceito de povo, deixando de representar uma entidade unitária e sem face para ser compreendido como “o conjunto dos grupos, das associações, dos movimentos que compõem o tecido vivo de toda a sociedade.”.

A positivação nos textos constitucionais de uma pauta alargada de direitos fundamentais, destinados a preservar o ser humano e garantir sua participação na vida política, permite realçar nas Constituições traços essenciais. Há que se destacar que, se por um lado o reconhecimento de direitos fundamentais em normas constitucionais positivas não pode ser visto, propriamente, como uma novidade, por outro, discrepa à concepção clássica do constitucionalismo o papel de centralidade que lhes é outorgado.⁴⁴ E é justamente esta importância conferida a semelhantes direitos que faz com que a própria razão de ser e a forma de relação do binômio Estado/sociedade seja repensada, impondo um crescente alinhamento e direcionamento de esforços no sentido de tornar tais direitos efetivos.

A lógica participativa, contudo, se dá em duas vias: os cidadãos se inserem efetivamente no processo decisório e, como consequência, devem tomar parte também na fase de

⁴² SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 110.

⁴³ COSTA, Pietro. *Op. cit.*, p. 281-283.

⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 401.

implementação dos benefícios conquistados. Daí que ganha espaço a noção de *participação cidadã*, em uma perspectiva que se alinha com a ideia de divisão de responsabilidades entre poderes públicos e sociedade.

4.1. Como enfrentar o problema do crescimento excessivo do Estado

O Estado Democrático de Direito se ocupa da questão dos custos financeiros para manutenção dos sistemas de bem-estar inspirando-se nas lições neoliberais: redução do tamanho do aparato estatal por meio da entrega de serviços não essenciais (e mesmo alguns destes) a particulares. Esta ação ocorre em diferentes frentes.

O *neokeynesianismo* não se opõe à revisão das obrigações que foram assumidas pelos Estados, afastando-se aquelas que não digam respeito ao sistema de bem-estar social. Produzir carros e aviões ou concorrer em setores como siderurgia ou mineração deixam de ser vistos como tarefas naturalmente inerentes aos programas de governo. Serviços essenciais como telefonia, distribuição de água ou de eletricidade são concedidos a particulares. O Estado regulador do final do Século XX se caracteriza pela:

(...) criação de agências reguladoras independentes, pelas privatizações de empresas estatais, por terceirizações de funções administrativas do Estado e pela regulação da economia segundo técnicas administrativas de defesa da concorrência e correção de "falhas de mercado", em substituição a políticas de planejamento industrial.⁴⁵

Há, contudo, uma diferença essencial que distingue este modelo de outorga do adotado em regimes neoliberais. Nestes, uma vez entregue aos particulares a exploração dos serviços, vale a regra de livre mercado, depositando-se na concorrência aberta a esperança no alcance de um equilíbrio entre preço, qualidade e acesso ao serviço. Já na perspectiva Democrática, o particular deve agir como se fosse o Estado, ou seja, buscando prioritariamente a materialização de um conjunto de metas estabelecidas pelo ente público, que atua como um regulador da atividade econômica. Não se fala, portanto, em um livre mercado que busca um equilíbrio natural, mas em um mercado regulado, cuja atividade segue padrões de conduta pré-determinados.

Tem-se, portanto, uma mudança de foco em parte da burocracia estatal, que se volta à regulação da atividade privada, redefinindo os canais de circulação de poder político para a

⁴⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador. *Novos Estudos – CEBRAP*. n. 76, nov. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=pt&nrm=iso Acesso em 16 jul. 2015.

formulação de políticas públicas para setores estratégicos da economia, tais como os de telecomunicações, energia elétrica, gás e petróleo, transportes, água e saneamento, saúde e medicamentos, seguros, etc.⁴⁶

Ainda um outro sistema tem sido experimentado e foi incorporado à Constituição brasileira. Trata-se da repartição de tarefas entre Estado e particulares, especialmente em espaços nos quais a garantia de universalização de acesso não seja facilmente alcançável, seja pelo tempo necessário para construir uma rede de amparo social, seja pelo custo e complexidade administrativa inerente a isto.

O sistema de ensino brasileiro foi concebido de forma a ser operacionalizado simultaneamente por governos e empresas privadas. O modelo educacional consagrado pela Constituição Federal de 1988 prioriza a divisão de responsabilidades entre Estado e sociedade, segundo uma lógica de colaboração. Esta ideia fica clara nos artigos 205 e 209, C.F., nos quais é firmada a responsabilidade conjunta de poderes públicos e sociedade pela educação e a possibilidade desta ser ofertada pela iniciativa privada.

Este compartilhamento de atribuições coloca ao Estado o papel de regulador, qual seja, de ente responsável por estabelecer as regras de conduta que orientam a atividade privada, e entrega à União a tarefa de organizar o sistema federal de ensino superior (art. 211, §1º, C.F.). A ideia básica é que a delegação da atividade educacional ao particular o obriga a prestar um serviço de excelência, que priorize os mesmos objetivos que seriam perseguidos pelo Estado, caso este exercesse a mesma tarefa. Em outras palavras, embora seja uma atividade empresária e realizada, na maioria das vezes, com vistas a obter lucro, deve ser orientada prioritariamente segundo parâmetros de qualidade e busca por realizar um interesse coletivo.

O sistema regulatório foi estruturado segundo estes parâmetros ideais, consistindo o SINAES (Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior, instituído pela Lei 10.861/2004 e complementado por um vasto conjunto de atos normativos secundários), o marco normativo que define as regras de avaliação das instituições de ensino, cursos e estudantes. Por meio do sistema avaliativo, são estabelecidas as condições para exercício da atividade educacional em IES públicas e privadas; os parâmetros para expansão de vagas; as diretrizes para gestão estratégica do sistema; os mecanismos de controle e indução de melhorias na qualidade do ensino; além de critérios para fiscalização e sanção.

⁴⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit.

Abre-se espaço, desta maneira (ao menos idealmente), para que se alcance um equilíbrio entre ação pública e privada. Reduz-se drasticamente o gasto estatal, agiliza-se o processo de expansão de vagas no ensino superior, simplifica-se o aparato administrativo necessário à manutenção do sistema, cria-se uma lógica de responsabilidade conjunta pela formação dos estudantes. Estado e sociedade colocam-se do mesmo lado, e não mais em polos opostos, na busca por materializar benefícios sociais.

4.2. Crescente interferência na vida privada - o difícil equilíbrio entre liberdade e igualdade

O segundo polo de conflitos inerentes à natureza do modelo de bem-estar social, como visto linhas acima, diz respeito à definição dos espaços de liberdade e à construção das condições para convívio em sociedades plurais. Aqui, novamente, o alcance de uma resposta adequada demanda que se amplie o conceito de participação.

Em uma perspectiva habermasiana, pode-se afirmar que as decisões estatais devem ser fruto de consensos minimamente estruturados em uma vontade social livremente manifestada por meio de canais institucionais.

Sua teoria deliberativa - ou discursiva - da democracia confere destaque ao processo de formação da vontade e da opinião e deposita suas esperanças não na ação coletiva dos indivíduos ou em sua capacidade de articulação, mas na existência de procedimentos institucionalizados por meio dos quais seja possível captar as vontades sociais e controlar sua manifestação. Habermas espera que os interesses individuais sejam expostos e discutidos em instâncias públicas, por intermédio de canais comunicativos institucionalizados nas Constituições, de modo que opiniões consensuais sejam construídas como resultado do uso público da razão.⁴⁷

As instâncias procedimentais referidas por Habermas podem residir tanto nos Parlamentos e no processo eleitoral quanto fora. Há outros espaços nos quais a formação das opiniões e o debate acerca delas podem acontecer e estes são encontrados em instâncias estatais, como órgãos administrativos ou o processo judicial, e extra-estatais, como variadas arenas sociais. Assim, “A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 288.

eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”⁴⁸

O autor sustenta, ainda, a necessidade de o sistema de direitos fundamentais garantir a existência de espaços adequados para exercício das liberdades, sem o que não seria possível manifestar livremente as vontades e, por conseguinte, estabelecer o diálogo social tendente à formação dos consensos.⁴⁹ Liberdade é condição para exercício de direitos em igualdade de condições e a intensa participação social é o caminho para que eventuais restrições a prerrogativas de um grupo não se transforme em fonte de conflitos.

Neste modelo ideal, as decisões estatais, especialmente aquelas que, de alguma forma, privilegiam certos grupos, são pautadas em consensos sociais coletivamente construídos. Este cuidado afasta ou, ao menos, diminui sobremaneira o risco de resistências e oposições que coloquem em risco a aceitabilidade dos comandos normativos e mesmo a convivência pacífica entre as pessoas.

Como se nota, a teoria habermasiana cuida de explicitar caminhos para que a democracia participativa aconteça inclusive fora dos espaços estatais tradicionais e se junta a esta na busca por soluções que tornem mais eficaz a ação estatal, especialmente no que tange à busca de soluções conciliatórias para os embates sociais.

A incorporação deste modelo teórico às práticas estatais poderia resolver, ou ao menos atenuar bastante, os conflitos decorrentes de decisões pouco conectadas com a vontade social, além de promover uma aproximação entre os diferentes grupos humanos e destes com os poderes públicos, favorecendo a formação de um ambiente no qual as responsabilidades pelo bem-estar social caibam a todos.

CONCLUSÃO

A longa trajetória do Estado de bem-estar social foi pautada por seguidos conflitos, primeiro na luta pela sua afirmação como modelo dominante, depois em vista da dificuldade em sustentar as redes de benefícios sociais conquistadas (ou prometidas).

Fala-se, atualmente, em mais uma crise do bem-estar social, talvez a definitiva. O peso financeiro dos governos e seus sistemas de benefícios sociais mostra-se insustentável nos países

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 289.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *in Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 154-155.

onde, tempos atrás, maiores avanços tinham sido alcançados. De outro lado, aos povos que vivem, há anos, a expectativa de ver uma ampla rede de proteção social se materializar enuncia-se um horizonte sombrio, onde as dúvidas substituem a esperança.

Qual rumo tomar? Insistir em um modelo que, se de um lado mostrou-se extremamente eficiente para romper com uma lógica de exclusão e desigualdade, de outro passa a impressão de apenas contemplar soluções de curto ou, no máximo, médio prazo? Retornar a uma lógica liberalizante, com um Estado ausenteísta e um predomínio das regras de livre mercado?

A busca por alternativas intermediárias, combinando elementos dos dois grandes modelos adotados pelo Estado capitalista ocidental entre os Séculos XIX e XX poderia ser uma saída, como apresentado no texto. Porém, em que pese não se tratar de uma ideia propriamente nova, nota-se uma incidência muito baixa do Estado Democrático de Direito, muito mais um modelo teórico do que uma realidade prática.

Parece que, mais uma vez, assim como se deu na passagem dos anos 1980 para 90, o mundo vai esperar que alguma solução ‘mágica’ se apresente, adiando, mais uma vez, a decisão inevitável sobre que rumo tomar para permitir que aqueles ideais que séculos atrás levaram ao surgimento do constitucionalismo sobrevivam.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. in VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Prieto. *Poucos, Muitos, Todos*. Lições de história da democracia. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

CURTO, Diogo Ramada; DOMINGOS, Nuno; JERÓNIMO, Miguel Bandeira. A Grande Transformação, de Karl Polanyi: questões de interpretação. in POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. As origens políticas e econômicas do nosso tempo. Lisboa: Edições 70, 2012.

FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- GAZIER, Bernard. *John M. Keynes*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- GONZÁLEZ, Ismael Camargo. Derecho Constitucional Social y Reconocimiento de los Derechos de las Minorías in ASTUDILLO, César; CARPIZO, Jorge (coord.). *Constitucionalismo: dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México: UNAM, 2013.
- GUSY, Christoph. Las constituciones de entreguerras en Europa central in *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. n. 2. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in *Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HOBBSAWN, Eric. *A Era do Capital (1848-1875)*. 2. ed. Trad. Luciano Costa Neto. São Paulo: Paz e Terra, 2012.
- HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.
- KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *Liberdade versus Igualdade*. O Mundo em Desordem. 1914-1945. Vol. I. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- MANN, Michael. *Fascistas*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. in GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador. *Novos Estudos – CEBRAP*. n. 76, nov. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=pt&nrm=iso Acesso em 16 jul. 2015.

- PISARELLO, Gerardo. *Un Largo Termidor*. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2010.
- REGONINI Gloria. Estado do bem-estar. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília, UnB, 1998.
- SACCOMANI, Edda. Fascismo. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília, UnB, 1998.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SONDHAUS, Lawrence. *A Primeira Guerra Mundial*. História completa. Trad. Roberto Cataldo Costa. São Paulo: Contexto, 2013.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VERÍSSIMO, Luís Fernando. *Em Algum Lugar do Paraíso*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
- WACHTEL, Howard M. *Os Mandarins do Dinheiro*. As origens da nova ordem econômica supranacional. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

**CIDADANIA, DEMOCRACIA E DIREITOS SOCIAIS: IMPASSES E DESAFIOS EM
UM SÉCULO DE HISTÓRIA NO BRASIL**

**CITIZENSHIP, DEMOCRACY AND SOCIAL RIGHTS: IMPASSE AND
CHALLENGES DURING ONE CENTURY OF BRAZILIAN HISTORY**

Lucília de Almeida Neves Delgado¹

RESUMO: Análise dos impasses e desafios que os fenômenos da cidadania, da democracia e dos direitos sociais vivenciaram no Brasil ao longo de, aproximadamente, cem anos de História da República, entre a sua proclamação, ocorrida em 1891, e a promulgação da Constituição de 1988. Partindo do estudo dos projetos e modelos de cidadania vivenciados no mundo ocidental no processo civilizatório contemporâneo, o artigo investiga os diversos períodos republicanos característicos do País, com os avanços e os recuos relativamente à cidadania, à democracia e aos direitos sociais.

Palavras Chaves: Cidadania; Democracia; Direitos sociais; Cidadania na república brasileira; Constituição de 1988 e cidadania.

ABSTRACT: This article aims to discuss the impasse and challenges faced by citizenship, democracy and social rights in Brazil during one hundred years of republican history which goes from the Republic's proclamation in 1891 until the Constitution of 1988. We study the projects and models of citizenship that took place in the Western during the contemporary

Artigo recebido em 02 de dezembro de 2016

¹ Professora Titular do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Doutora em Ciências Humanas/Ciência Política pela USP (1989). Mestre em Ciência Política pela UFMG (1979). Bacharel em História pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1974). Autora de dezenas de livros e artigos sobre a História da República no Brasil. Pesquisadora da FAPEMIG e do CNPq no período de 1990 a 2007. Presidente do Conselho Curador da FAPEMIG de 2004 a 2008. Consultora *ad hoc* da CAPES e da FAPESP (atual).

civilization in order to discuss the Brazilian republican periods and their progresses and regresses related to citizenship, democracy and social rights.

Keywords: Citizenship; Democracy; Social rights; Citizenship in the Brazilian republic; Constitution of 1988 and citizenship.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar a evolução, durante o primeiro século de existência da República no Brasil, de 1891 a 1988, dos temas correlatos da cidadania, da democracia e dos direitos sociais, com seus impasses e desafios nesse significativo período de história.

Apresenta, inicialmente, um panorama introdutório sobre o assunto, consideradas as fases e principais problemas enfrentados pela cidadania e democracia no País, desde a Proclamação da República até a promulgação da Constituição de 1988.

Em seguida, faz uma abordagem sobre as correlações entre cidadania e direitos, para destacar, nesse quadro, os direitos sociais. Apresenta, então, dentro de uma perspectiva mais ampla, os projetos de cidadania e seus modelos comparativos no processo civilizatório contemporâneo.

Passa o artigo, logo após, a discorrer sobre os impasses e desafios na construção da cidadania na história da República Brasileira. Enfoca as distintas fases de vivência dessas temáticas, desde a Primeira República (1891-1930), passando pela República Nacional Centralizadora (1930-1945), em seguida pela República Democrático-Desenvolvimentista (1945-1964), o período autoritário civil e militar (1964-1985), até a instituição da Nova República (1985) e o sentido da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O estudo se conclui com a análise do papel da Constituição da República de 1988, na qualidade de momento e mecanismo de afirmação e institucionalização da cidadania, da democracia e dos direitos sociais no País.²

² O tema da cidadania e da democracia tem sido recorrente nas pesquisas e obras realizadas por esta autora ao longo de décadas. Especificamente, citam-se dois artigos anteriormente publicados. De um lado, Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeção no futuro. In PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Cidadania e Inclusão Social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 321-335. De outro lado, Democracia, república e cidadania hoje. *Análise e Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 2/3, 1989, p. 341-342.

1. PANORAMA HISTÓRICO PRELIMINAR

Uma característica recorrente da República Brasileira é o permanente desafio referente à consolidação da democracia. Na verdade, a prática da democracia no Brasil e a plena realização da cidadania apresentam-se como um enigma histórico a ser decifrado, pois a tradição do País tem sido marcada por dois tipos de movimentos: o primeiro refere-se à facilidade com que experiências democráticas são interrompidas e/ou descaracterizadas no decorrer do período republicano; o segundo relaciona-se à permanência residual e paradoxal de práticas políticas autoritárias em conjunturas de exercício político da democracia.

Esse dilema histórico, que marca como tatuagem a História do Brasil, deve-se, entre outras razões, à trágica herança do passado colonial e patrimonialista do Brasil. Desta forma, retrocedendo-se às origens do Estado nacional brasileiro, é identificada uma série de obstáculos à plena realização da cidadania. Naquele período, era particularmente difícil se constituírem formas de participação política e social efetivas e extensivas a um amplo espectro da população componente da primitiva sociedade civil brasileira. Tais dificuldades relacionavam-se, principalmente, à situação de forte dependência (ausência de autonomia) política e econômica do País.

Neste sentido, nos primórdios da luta pela constituição da nacionalidade brasileira, os esforços para a conquista e o estabelecimento dos direitos da cidadania confundiram-se com movimentos em prol da independência nacional. Tal fato repetiu-se nas diferentes conjurações reivindicativas da soberania política para o Brasil. Todavia, tornou-se paradigmático com a Inconfidência Mineira, marcada pela rebeldia dos inconfidentes, que difundiram a idéia de república representativa, aliada à proposta de independência política da nação.

Naquela conjuntura, alcançar o estatuto da cidadania significava, simultaneamente, constituir em Estado Nacional independente, cujos habitantes não fossem simplesmente súditos, mas sim cidadãos livres. Dessa forma, no Brasil, bem como nos demais países latino-americanos, a formação da cidadania relacionou-se a um objetivo que se tornou permanente, a própria formação da nacionalidade. Cidadania e identidade nacional, desde então, passaram a constituir dois lados de uma mesma moeda, pois como afirma Carvalho:

Cidadania é também a sensação de pertencer a uma comunidade, de participar de valores comuns, de uma história comum, de experiências comuns. Sem esse sentimento de identidade

coletiva – que conferem a língua, a religião, a história. (...) A identidade nacional quase sempre está estreitamente vinculada aos direitos, sobretudo os civis.³

Quanto à questão da liberdade afirmativa da cidadania, a perspectiva que então se almejava era a de que os cidadãos brasileiros se tornassem participantes da construção do destino de seu País, por meio da implementação de mecanismos clássicos da república representativa. Dessa forma, entendia-se que a dimensão da cidadania poderia ser definida por dois aspectos de necessária interação: o referente à independência nacional e o relativo à idéia de elaboração de uma constituição a ser redigida e aprovada por representantes eleitos pela população. Em outras palavras, entendia-se que a dimensão de cidadania era essencialmente política e seria estabelecida pelo conjunto de leis que regeriam os direitos e deveres da população e também a estruturação de um governo soberano.

Todavia, não se tendo realizado a utopia inconfidente no século XVIII, e tendo sido a independência nacional promulgada mantendo-se o regime monárquico, as dificuldades para a ampliação dos direitos da cidadania permaneceram. Mesmo porque monarquia e escravidão (que é a expressão máxima da anti-cidadania) conviveram até às vésperas da proclamação da República, em fins do século XIX.

Essas realidades restritivas ao fortalecimento da sociedade civil e aos direitos da pessoa humana e do cidadão, mesmo tendo sido superadas pela trajetória da história, reproduziram-se sob novas roupagens e sob renovadas formas de exclusão no período republicano. Transmutaram-se em indelévels realidades, ora de dominação patrimonial, ora de experiências ditatoriais. Multiplicaram-se em práticas restritivas da autonomia cidadã, tais como: mandonismos locais e regionais, preconceitos raciais, restrições à liberdade de expressão, exclusão ou limitação aos direitos das mulheres, violências contra os direitos civis, diversificados tipos de exclusão social e diversas formas de coerção política, amalgamados, inúmeras vezes, a mecanismos de cooptação e manipulação.

Sempre houve, entretanto, resistências às práticas obstativas e restritivas ao avanço dos direitos da cidadania. Inclusive, muitas vezes, com resultados que abalaram a tradicional lógica autoritária. Dessa forma, ao longo de décadas, desde a Primeira República até a promulgação da Constituição de 1988, inúmeras conquistas abalaram a dinâmica da exclusão social e do

³ CARVALHO, José Murilo. *Desenvolvimiento de la ciudadanía em Brasil*. México: Fondo da Cultura Econômica, 1995. p. 11.

autoritarismo político. Isso porque os movimentos democráticos, de forma recorrente, têm insistido em ser protagonistas efetivos da história brasileira. Destacam-se, por exemplo:

- Na Primeira República, o movimento operário, fortemente marcado pela atuação de anarquistas, socialistas e comunistas;

- No Estado Novo, a atuação de democratas, que se opuseram à ditadura varguista;

- No tempo da República Democrático-Desenvolvimentista (1945-1964), a forte inserção política e social de movimentos da sociedade civil organizada, seja, por exemplo, em sindicatos e ligas camponesas, seja em movimentos culturais, como o cinema novo, o teatro do Arena, o teatro Oficina e o Movimento de Educação de Base (MEB);

- No período pós-1964, a resistência e a oposição ao regime autoritário, levada adiante por estudantes (movimento estudantil), políticos de oposição no Parlamento Nacional - Movimento Democrático Brasileiro (MDB), militantes de diversas organizações de esquerda, artistas de diferentes inserções (músicos, atores, cinegrafistas, artistas plásticos), intelectuais e religiosos, jornalistas, advogados, mulheres e sindicalistas, nas diferentes fases do regime militar;

- Em 1984, a expressiva participação popular quando da campanha por eleições diretas para a Presidência da República, que contagiou o Brasil de norte a sul e de leste a oeste;

- A ampla contribuição de organizações da sociedade civil para a estruturação e desenvolvimento da Assembleia Nacional Constituinte, mediante a apresentação de importantes ideias e emendas populares, muitas delas incorporadas ao texto constitucional de 1988;

- E, sem querer avançar por além do marco de 1988, mas logo após essa data, a forte mobilização dos cidadãos brasileiros no movimento pelo *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Melo.

Todavia, a lógica da restrição e da exclusão, como se fosse ela mesma um sujeito histórico, conseguiu, inúmeras vezes, após conquistas impostas pelos movimentos da cidadania, articular-se sob novas bases e formas, reproduzindo-se a si própria e ferindo gravemente as práticas democráticas inclusivas e os princípios lapidares do Estado Democrático de Direito.

Nesse processo dialético de avanços e recuos e de enfrentamento de desafios, a história da cidadania e da democracia no Brasil tem construído sua trajetória. As perspectivas e os horizontes de sua consolidação e ampliação são dilemas não só do passado como também do presente histórico, que neste texto pretendemos analisar.

2. CIDADANIA E DIREITOS

A análise sobre a cidadania incorpora pelo menos duas dimensões: uma, teórica, que envolve a conceituação dos direitos que a integram, ao lado de uma dimensão histórica, que proporciona melhor compreensão acerca da prática constitutiva desses próprios direitos. Como processo em movimento permanente, a cidadania contém dimensão utópica, que traz na ampliação dos direitos do cidadão seu horizonte sempre atualizado. Dessa forma, de acordo com Miracy Gustin e Margarida Vieira, a cidadania, como processo, traz em si mesma a idéia de expansão, de construção de um horizonte que se amplia através da incorporação institucional de seus desejos ou carências e que se contraem frente a limitações, resistências e obstáculos.⁴

Essa mesma perspectiva de construção do futuro no presente é defendida pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, que também integra o Fórum Social Mundial. Boaventura Santos é convicto defensor da necessidade de ampliação e diversificação dos direitos da cidade, num mundo que ele define como Pós-Moderno.⁵

A definição e a constituição dos direitos da cidadania, portanto, referem-se a processos históricos não lineares. Ou seja, os movimentos dialéticos de avanços e recuos, de expansão e compressão, mas de dimensão histórica visionária de um futuro alternativo a inúmeras realidades de exclusão social ainda marcantes no tempo presente, têm definido e consolidado

⁴ GUSTIN, Miracy; VIEIRA, Margarida. *Semeando democracia: a trajetória do socialismo democrático no Brasil*. Contagem: Palesa, 1995.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia. Reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2016; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse ativista dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2013 e SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na Pós Modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.

os direitos básicos da cidadania. Por analogia à proposição de Lefort, a cidadania, tal qual a democracia, é um processo, uma criação ininterrupta de novos direitos.⁶

De fato, a conquista progressiva dos direitos da cidadania vincula-se a um movimento ativo dos sujeitos históricos atuantes nas diferentes conjunturas e tempos que constituem o processo civilizatório. Processo que, apesar de inúmeros percalços, obstáculos e movimentos de retrocessos políticos e sociais, tende a ser cada vez mais inclusivo, com preponderância sobre a tradicional matriz de exclusão.

Nesta linha de raciocínio, T. H. Marshall foi autor pioneiro na conceituação da cidadania. Em 1950, publicou o livro *Citizenship and Social Class*, que se tornou referência clássica obrigatória para tantos quantos se dedicarem a estudar a cidadania como elemento integrante de um processo histórico.⁷

Para Marshall, os direitos da cidadania são de três tipos: civis, sociais e políticos. Os direitos civis são aqueles fundamentais à liberdade, à vida, à igualdade formal de oportunidades e à propriedade. Os direitos políticos dizem respeito à participação política, à liberdade de expressão, ao direito de votar e ser votado, à liberdade de organização dos cidadãos. Já os direitos sociais vinculam-se à idéia de justiça social e de redução das desigualdades, como aconteceu posteriormente aos seus escritos, no Estado de Bem Estar Social europeu ocidental. Entre esses direitos se destacam o direito à educação, à saúde, ao trabalho com dignidade e o direito à proteção aos trabalhadores.

Os direitos civis relacionam-se às lutas do liberalismo clássico ainda nos séculos XVII e XVIII. As obras de pensadores como John Locke, Stuart Mill, Benjamin Constant e Alexis de Tocqueville são exemplares no que se refere ao tratamento dessa questão. A conquista e legitimação de tais direitos civis processaram-se simultaneamente à expansão da economia de mercado e, portanto, à gradual, mas efetiva implantação do sistema capitalista. As primeiras críticas desses clássicos autores foram, portanto, aos governos monárquicos absolutistas e aos mecanismos de controle da economia pela então dominante política estatal mercantilista.

Já a conquista dos direitos políticos - se considerada mediante uma perspectiva de evolução histórica basicamente linear, como faz Marshall -, pode ser identificada como sucedânea temporal da conquista dos direitos civis. Seu apogeu, no mundo ocidental, acompanha os desdobramentos de longo prazo da Revolução Francesa, aprofunda-se com a

⁶ LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

⁷ MARSHALL, T.H. *Citizenship and Social Class*. Cambridge, CUP, 1950.

Liberal-Democracia e se consolida com a expansão do direito ao voto na segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX.

Os direitos sociais, por sua vez, têm nas contradições do capitalismo o primeiro patamar de luta por a sua conquista. Ao longo do século XIX, na Inglaterra e em outros países da Europa ocidental, trabalhadores, bem como pensadores e militantes socialistas, lutaram, cada um a seu modo, objetivando a conquista de direitos sociais. Os reformistas, pretendendo “aperfeiçoar” o sistema, mas sem alterar estruturalmente a ordem estabelecida; os socialistas dos mais diferentes matizes, entre os quais se destacaram os anarquistas e os marxistas, pretendendo superar a ordem dominante, substituindo-a por uma nova ordem econômica e social inspirada nos princípios basilares do socialismo.

As lutas por direitos sociais se acentuaram na segunda metade do século XIX, invadindo todo o século XX, culminando, logo depois da Segunda Guerra Mundial, com a implementação do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) em vários países da Europa Ocidental.⁸ Essas experiências aprofundadas de cidadania e de democracia tiveram o seu apogeu no período subsequente à Segunda Grande Guerra, em importantes países europeus, até as décadas de 1980/1990, quando voltaram a recrudescer ideias e projetos mais voltados ao favorecimento do mercado econômico, com crescentes restrições à até então alcançada amplitude dos direitos sociais.

Norberto Bobbio – que, em sua vida acadêmica se dedicou ao estudo da democracia e dos direitos que a constituem, além do espectro jurídico e filosófico de suas obras - também compreende os direitos humanos como sendo:

(...) históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, nem todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁹

⁸ Sobre o conceito e as experiências de Estado de Bem-Estar Social, vide: DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3ª tir. São Paulo: LTr, 2008.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5. A ideia de “geração de direitos humanos”, embora seja adequada à evolução ocorrida nos países europeus mais desenvolvidos, tem sido substituída, pela comunidade acadêmica, pela ideia de “dimensão de direitos humanos”; com essa adaptação terminológica, evita-se o risco de se fazer uma leitura cronológica e evolucionista dos direitos humanos, que não seria adequada para explicar o seu surgimento, por exemplo, nos países latino-americanos e em outras regiões do globo.

Bobbio classifica os direitos civis e políticos como sendo de primeira geração e os sociais como sendo de segunda. A eles acrescenta um elenco de novos direitos, os ecológicos, que considera como de terceira geração. Todos nascidos “quando devem e podem nascer”.¹⁰ Já Wanderley Guilherme dos Santos atenta para outra questão, também pertinente à abordagem histórica dos direitos da cidadania. A de que nenhum dos patamares de conquistas alcançados deva se petrificar e se tornar impermeável a novas conquistas e à ampliação dos próprios direitos. Dessa forma o autor afirma que:

Se é verdade que diversos direitos podem e devem ser explicitamente resguardados constitucionalmente, é indispensável que o catálogo daí resultante não se converta em poderoso obstáculo constitucional à incorporação de novos direitos.¹¹

A relação entre cidadania e a trajetória histórica de conquista e ampliação dos direitos tem um caráter dinâmico. Os direitos clássicos são um patamar, jamais um fim. Nesse sentido, a referência à realização da cidadania é simultaneamente uma recusa a concepções conservadoras, que pretendam estabelecer mecanismos de controle da potencial extensão de direitos já consolidados. Bem como a concepções regressivas, tão comuns nos tempos de globalização, que pretendam reduzir aqueles direitos.

A concepção mais adequada da trajetória dos direitos humanos é aquela que compreende as mudanças progressivas ou regressivas como uma categoria intrínseca ao processo histórico e que identifica os direitos da cidadania como não sendo estanques na sua conceituação e aplicabilidade. Isto é, jamais podem ser obstáculos à ampliação da própria cidadania.

Ao analisar diferentes variáveis sobre a cidadania, Nilda Teves Ferreira também apresenta importante reflexão:

- o caráter civilizatório da conquista dos direitos dos cidadãos (ideia de civilidade em contraposição à de rudeza);
- sua estreita relação com a dimensão pública (“a cidadania conferida a um indivíduo serve para identificá-lo na esfera pública”);

¹⁰ BOBBIO, N., *ob. cit.* p. 6.

¹¹ SANTOS, Wanderley G. *Cidadania e justiça: a política social na ordem política brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979. p. 78.

- sua natureza filosófica e histórica (a cidadania não é um *em si*, pois se fundamenta na história e na filosofia e se realiza quando encarnada no cidadão, conferindo-lhe identidade comunitária e social).¹²

Outra interessante concepção sobre os direitos da cidadania é apresentada por Sérgio Abranches. Para o autor, existem duas matrizes políticas clássicas inspiradoras dos modelos de cidadania da modernidade: uma coletiva (*polis* grega) e outra privatista ou individualista (*civitas* romana).¹³

Autores como Rousseau, Marx e os socialistas em geral vinculam-se à tradição coletivista grega. Acentuam idéias que priorizam os direitos coletivos e sociais e os valores da solidariedade e igualdade. Já a tradição privatista vincula-se à corrente de pensamento liberal, representada por pensadores como Adam Smith, John Locke, Voltaire e Alexis de Tocqueville, que definem os direitos civis como sendo os direitos prioritários do homem. Alguns desses autores, como Locke, chegam inclusive a considerá-los como direitos inatos.

Entretanto, qualquer que seja a concepção predominante, os direitos da cidadania são inscritos no seu tempo e consolidam-se como resultado da implementação de projetos políticos, ideológicos e culturais diferenciados entre si, algumas vezes complementares, outras vezes alternativos e até contraditórios.

3. PROJETOS DE CIDADANIA NO PROCESSO CIVILIZATÓRIO CONTEMPORÂNEO: MODELOS COMPARATIVOS

A cidadania, portanto, é uma *conquista histórica* que desabrochou gradativamente, através de uma rede complexa de relações e interações entre doutrinas, correntes de pensamento, cultura, Estado e sociedade civil. Portanto, não pode ser entendida isoladamente. Sua existência está enredada em tempos específicos e nos processos econômicos, sociais e políticos peculiares à trajetória da civilização humana.

A cidadania também se caracteriza por possuir um atributo teleológico, pois busca um horizonte alternativo ao presente. A construção da cidadania caracteriza-se como força motriz

¹² FERREIRA, Nilda Teves. *Cidadania: uma questão para educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

¹³ ABRANCHES, Sergio. *Nem cidadão, nem homens livres: o dilema político do indivíduo na ordem liberal democrática*. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 5-25, 1985.

transformadora que faz do cidadão um sujeito da história na busca de ampliação da própria cidadania.

Como processo histórico, a construção, transformação e ampliação da cidadania têm-se orientado por projetos diferentes e algumas vezes contraditórios de conquista e consolidação de direitos. Na verdade, a história da humanidade demonstra a existência de recorrentes conflitos por projetos de cidadania que se distinguem pela ênfase maior ou à liberdade ou à igualdade.

A perspectiva desta análise é de analisar os diferentes projetos de cidadania que orientaram historicamente a sua própria construção e ampliação. Ou seja, identificar os horizontes e os fins que motivaram as ações dos sujeitos históricos. Além disso, parafraseando Bobbio, ir além da história narrativa, buscando compreender o sentido dessas ações e de seus resultados.¹⁴

Orientando-nos pela proposição de Abranches, segundo a qual existem duas matrizes de cidadania (a coletiva, grega, e a privatista, romana), consideramos serem os seguintes modelos sequenciais os que melhor representam a dinâmica evolutiva da cidadania ao longo do moderno processo civilizatório: o modelo liberal, o liberal-democrático e o modelo social-democrático.

3.1. O Modelo Liberal

O modelo liberal caracteriza-se, prioritariamente, pela sobrevalorização dos direitos civis e individuais. Dessa forma, a soberania pública apresenta-se limitada pela soberania individual. Em outras palavras, em primeiro lugar situa-se o indivíduo e, em segundo, o Estado, instância pública que se deve submeter aos interesses individuais. Inserido na tradição jusnaturalista, esse modelo identifica os direitos civis à vida, à liberdade e à propriedade, como sendo inatos ou naturais e, conseqüentemente, prioritários, fundamentais.

O respeito a esses direitos naturais ou inatos insere-se na priorização da liberdade individual/privada, que não deve encontrar quaisquer obstáculos à sua efetivação cotidiana. Portanto, o Estado deve restringir ao máximo o âmbito de sua atuação, pois qualquer centralização de poder atinge a essência da liberdade e tende a ferir os direitos fundamentais do homem.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit., p. 50.

A consequência natural de tal concepção é a da identificação do Estado mínimo como forma ideal para a preservação dos direitos civis. Liberdade ampla para os cidadãos e Estado limitado em suas competências são identificados como pressupostos para o funcionamento ideal dos mercados econômicos e político, que naturalmente devem referir a vida em sociedade.

A política, dessa forma, é entendida como espaço prioritário da representação e da garantia da livre organização dos indivíduos que constituem a sociedade civil. Toda e qualquer participação vincula-se à dinâmica da representação constituída por garantias ao pluralismo, à alternância no poder e à renovação periódica dos mandatos eleitorais. Trata-se, efetivamente, de uma ordem instituída por um contrato político-social, de tempos em tempos reavaliado e renovado.

Para garantir a limitação da competência estatal e priorizar a liberdade frente ao Estado, instituiu-se a tripartição de poderes (executivo, legislativo e judiciário) na ordem política. Os objetivos prioritários da organização tripartite das instituições estatais são dois: evitar possíveis arroubos centralizadores por parte do Estado e proporcionar uma organização mais liberal da vida em sociedade.

O modelo liberal (pensando-se em importantes países da Europa ocidental), como já dito, sucedeu à centralização monárquica dos séculos XV a XVII, objetivando preservar a sociedade dos excessos da autoridade estatal. Esse modelo abriu caminho com dificuldades, pois aos seus fundamentos individualistas contrapôs-se a concepção organicista de que um Estado centralizado e fortalecido é necessário à paz social.

3.2. O Modelo Liberal-Democrático

O modelo liberal-democrático nasce das críticas às limitações do modelo liberal. A primeira delas afirma que o liberalismo pleno é caracterizado por restrições à cidadania, pois se, teoricamente, é válido para **todos**, o fato é que a cidadania política limita-se aos possuidores de determinada renda, a segmentos específicos da sociedade.

A proposta liberal-democrática apresenta-se não como alternativa ao regime representativo individualista, mas como seu possível e desejado aperfeiçoamento. Trata-se de ampliar os direitos da cidadania política ao conjunto da sociedade civil, reconhecendo o cidadão como um ser político atuante (postura ativa) e não como mero consumidor de bens e direitos (postura passiva).

De acordo com Norberto Bobbio, a linha de desenvolvimento da democracia nos governos representativos pode configurar-se em duas direções: no alargamento gradual do direito de voto e na multiplicação de órgãos representativos da sociedade civil. Em um ou em outro direcionamento, o processo de democratização “consiste numa transformação mais quantitativa do regime representativo”,¹⁵ objetivando afirmá-lo através de seu aperfeiçoamento.

Dessa forma, no regime liberal-democrático, a democracia representativa tende a se aprofundar e a se ampliar por meio da maior extensão e, em última instância, da universalização do direito de voto. Por sua vez, a representatividade também tende a ultrapassar os limites das instituições políticas e a contaminar a sociedade civil. Várias instâncias eleitorais se fazem presentes na vida comunitária: escolas, universidades, condomínios, sindicatos, associações e organizações da juventude, todos contaminados pela febre eleitoral democrática.

O conflito é institucionalizado através da via eleitoral. Torna-se efetiva a dinâmica através da qual o dissenso, essencial à vida democrática, passa a ser elemento natural na vida política.

Dissenso e pluralismo constituem suportes básicos de ampliação dos estatutos da democracia política eleitoral que se processa com a liberal democracia. Para sua expressão são formados inúmeros canais institucionais. Entre eles destacam-se os partidos políticos, que são instrumentos privilegiados de participação, especialmente no jogo eleitoral.

Em outras palavras, a ampliação dos direitos políticos e das garantias civis inscreve-se na dinâmica do processo histórico, do devir sempre renovado. Liberdade e ampliação de direitos são ideais diuturnamente perseguidos na construção histórica da cidadania. Os primeiros direitos, ainda restritos, próprios ao liberalismo, foram tão-somente pontos de partida. A eles acoplaram-se novos direitos civis e políticos e, finalmente, os direitos sociais tornados efetivos na era da Social Democracia.

Mas, como afirma Calos Ginzburg¹⁶, a História é circular e nos tempos atuais há um efetivo movimento de retrocesso, em diferentes países, no que diz respeito aos direitos sociais em particular. Esse movimento, denominado neoliberal ou ultraliberal, é um claro demonstrativo de que a trajetória histórica não é linear e muito menos evolutiva. Movimentos de avanço e recuo constituem, usualmente, sua dinâmica.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Democracia. In: Dicionário de política. Brasília: UNB, 1986.

¹⁶ GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela inquisição*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

3.3. O Modelo Social-Democrático

À medida que a vida em sociedade tornou-se mais complexa e os processos produtivos mais socializados, novas demandas por direitos se constituíram. Ou seja, ocorreu, como bem acentua Bobbio, a passagem dos direitos da liberdade para os direitos políticos e, em seguida, para os sociais.

Os direitos sociais são, por essência, multiplicativos, inclusivos e diversificados; abrangem desde os direitos de proteção ao trabalho e ao trabalhador até os direitos de garantia à saúde e à educação. O empenho por sua realização começou no século XIX com o avanço dos pensamentos socialista, marxista e anarquista, bem como com a Doutrina Social da Igreja (Papa Leão XIII – Encíclica *Rerum Novarum*). Ganhou novas cores no século XX, com o advento do Estado de Bem-Estar Social e se atualiza no mundo globalizado do final do século XX e início do século XXI. Dessa feita, em contraposição e conflito às concepções neoliberais.

Cabe reforçar que os direitos sociais ganharam consistência e efetividade com o advento de experiências social-democratas, caracterizadas pela sobrevalorização dos direitos sociais da cidadania, que passam a prevalecer sobre os direitos individuais. Na concepção da Social-Democracia europeia mais avançada, que corresponde ao Estado de Bem- Estar Social, a proteção social ao cidadão ganha mais relevância do que a competição mercadológica e a liberdade privada. Como consequência dessa concepção, a intervenção ativa do Estado se amplia e suas funções se multiplicam. Ou seja, o Estado passa a ser tanto protetor da sociedade como gerenciador de políticas públicas.

As mais contundentes críticas dos liberais aos governos social-democratas concentram-se exatamente sobre a hipertrofia da máquina pública e das funções estatais que ocorrem nessas experiências governamentais. De acordo com os defensores da prevalência das liberdades individuais, tal distorção restringe automaticamente as liberdades civis, por eles consideradas como direitos inatos da cidadania. Além disso, podem potencialmente estimular soluções autoritárias e paternalistas. Outra questão que, segundo os liberais, também fica suscetível à instabilidade na Social-Democracia, é a da governabilidade. Argumentam que as pressões sociais podem ficar fora de controle em uma ordem que combine democracia social com democracia política.

O primado da igualdade de oportunidades sobre a liberdade é outra característica da Social-Democracia, regime em que os direitos da cidadania referem-se, prioritariamente, aos critérios da justiça distributiva – vale dizer, à equidade na distribuição dos benefícios públicos –, o que contribui para a ampliação das demandas da sociedade civil, bem como para a sua melhor organização. Em decorrência, quando a Social-Democracia apresenta-se como sucedânea da liberal-democracia, a democracia política torna-se fluxo para democracia social. Nesse caso, seguindo a dinâmica já iniciada de extensão da participação, são ainda mais ampliadas as instâncias de decisão – antes quase exclusivas do espaço institucional da grande política (Estado) – para o campo da sociedade civil (empresas, bairros, fábricas, escolas, comunidades).

Finalmente, cabe ressaltar ainda mais que a conexão entre a teoria dos direitos (ideias que orientam sua formulação) e a prática (transformações históricas que os efetivam) sempre existiu. Todavia, a evolução linear, apresentada tão-somente como mero recurso didático por este texto, nem sempre tem correspondido à realidade, em especial nos países do denominado terceiro-mundo. Mesmo nos países centrais ocorrem idas e vindas que demonstram, como já afirmado, não ser a história simples sequência lógica de processos e temporalidades.

Somente para efeito de reafirmação do argumento apresentado por este texto, o superdimensionamento do Estado nas experiências social-democráticas provocou uma forte reação liberal na Europa, em tempos recentes. Em decorrência desse fato, a partir da década de 1980, muitos países europeus atenuaram o vigor e a extensão de suas políticas sociais em prol da implementação de algumas das tradicionais regras liberais do mercado político e econômico.

Por outro lado, em países de passado colonial, a evolução da conquista dos direitos da cidadania não foi usualmente retilínea. A trajetória de adoção desses direitos, na maioria desses países, não ocorreu de forma clássica - ampliação dos direitos civis sucedida pelo crescimento dos direitos políticos e, por fim, pela conquista dos direitos sociais. A história de cada um deles é específica. O caso brasileiro, foco da análise deste texto, confirma essa afirmação.

No Brasil, a evolução linear não aconteceu. Paradoxalmente, como demonstraremos a seguir, a conquista de direitos sociais deu-se em uma conjuntura - primeiro governo Vargas – na qual havia restrição efetiva aos direitos civis e políticos.¹⁷

¹⁷ NEVES, Lucília de Almeida. Democracia, república e cidadania hoje. *Análise e conjuntura*, Belo Horizonte, v. 2/3, p. 341, 342, 1989.

4. IMPASSES E DESAFIOS NA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA NA HISTÓRIA DA REPÚBLICA BRASILEIRA

Na análise da construção da cidadania ao longo da República no Brasil, torna-se esclarecedor se destacar alguns períodos históricos paradigmáticos, em que o fenômeno se apresentou de maneira específica, em comparação com fases imediatamente precedentes.

São cinco esses períodos em destaque: a Primeira República (1889-1930); a República Nacional Centralizadora, sempre sob a direção de Getúlio Vargas (1930-1945); a República Democrático-Desenvolvimentista (1945-1964); a Ditadura Civil-Militar (1964-1985); a Nova República e Constituição de 1988 (1985, em diante).

Antes de ingressar no exame desses períodos paradigmáticos, torna-se interessante expor algumas concepções acerca da manifestação e construção da cidadania no País.

4.1. Observações Preliminares

No Brasil, a construção ampliada e efetiva dos direitos da cidadania apresenta-se como desafio recorrente e permanente. Algumas características estruturais da realidade sociopolítica brasileira podem ser consideradas fundamentos de tal situação. De fato, a realidade nacional brasileira é marcada por profunda cisão entre o País legal e o País real. Tal cisão é bem traduzida por conhecido dito popular: *“a lei existe para não ser cumprida”*.

Outro problema estrutural diz respeito a permanente primazia do Estado sobre a sociedade civil. No Brasil, como ocorre em geral em países de passado colonial e, em especial, os de tradição ibérica, revela-se, constantemente, no decorrer de sua história, uma tendência à hipertrofia do Estado, em comparação com a dimensão incipiente da sociedade civil. Tal fato tem prejudicado a consolidação de práticas cidadãs, pois uns dos arcabouços estruturadores da cidadania plena é a existência de uma sociedade civil ativa e organizada. Ou seja, sem uma sociedade civil forte e atuante, a cidadania, na abrangência dos direitos que a constituem, vê-se ameaçada.

Outra situação paradoxal refere-se à convivência, também recorrente, entre liberalismo e autoritarismo. Tal convivência tem-se manifestado em situações e conjunturas diferentes, sendo um sério obstáculo à solidificação de direitos. Assim ocorreu, por exemplo, na República Velha, quando, durante a vigência de um regime liberal, reproduzia-se o autoritarismo

oligárquico. Outra situação – contemporânea – relaciona-se ao fato de que, para implementar reformas de inspiração liberal, alguns governos não se furtaram a utilizar metodologias e recursos tipicamente autoritários.

Diferentes análises sobre cidadania na República brasileira reforçam tal assertiva. Entre elas destaca-se a de Margarida Vieira, que recorre à História para identificar os avanços e recuos dos direitos da cidadania no caso brasileiro¹⁸. Em diálogo com Vieira e com os autores a seguir citados, consideramos serem as concepções abaixo explicitadas expressivas análises paradigmáticas sobre a questão da cidadania no Brasil.

- A primeira dessas concepções afirma a ausência, do ponto de vista real, da cidadania no Brasil. Destaca o precário espírito associativo do povo brasileiro e a incapacidade das elites de se deixarem enredar por concepções e práticas democráticas. José Murilo de Carvalho, em seu livro *Os bestializados*, é quem melhor traduz tal orientação, ao criar uma imagem segundo a qual o povo brasileiro assistiu “bestializado” à Proclamação da República e às transformações conduzidas pela elite, nos primeiros tempos de vigência do período republicano da História do Brasil.¹⁹

- A segunda linha é desenvolvida por Roberto da Matta no livro *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte*.²⁰ Para este autor, a chave explicativa da precariedade da cidadania no Brasil relaciona-se ao fato de que na sociedade brasileira convivem dois tipos de orientações: a primeira, marcada por uma forte tradição tomista, altamente centralizadora, e a segunda, individualista, herdeira da tradição liberal. Nos dois casos, a sociedade civil não se apresenta como interlocutora com Estado e menos ainda como protagonista da História.

- Uma terceira abordagem ressalta a prática de regulação da cidadania, especialmente, na década de 1930 e início dos anos de 1940. Sua principal característica é a ambiguidade, pois a participação dos cidadãos na política e na vida em sociedade, embora aconteça, se dá sob o controle do Estado. O principal representante dessa concepção é Wanderley Guilherme dos

¹⁸ VIEIRA, Margarida. Dimensões definidoras do projeto de cidadania do PSB. In: GUSTIN, Barbosa; VIEIRA, Margarida M. *Semeando democracia: a trajetória do socialismo democrático no Brasil*. Contagem: Palesa, 1995. P. 247-252.

¹⁹ CARVALHO, José Murilo. *Os Bestializados*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

²⁰ MATTa, Roberto da. *A casa e a rua: espaço, cidadania e a morte no Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Rocco, 2003.

Santos, que elaborou o conceito de “cidadania regulada”, apresentado no livro *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*.²¹

- Uma quarta abordagem, à qual Margarida Vieira se vincula, demonstra que a construção da cidadania é um processo histórico, marcado por lutas sociais e políticas. Por avanços e recuos na conquista de direitos civis, políticos e sociais e por “vivências diferenciadas de direitos, maiores para uns e menores para outros”.²²

De acordo com a autora, a cidadania, no caso brasileiro, é uma permanente combinação de afirmação e negação de direitos, de conquistas e de derrotas, de avanços e retrocessos. Dessa forma, constitui-se como um horizonte que se amplia, em fases de avanço da democracia e se comprime, quando do predomínio do autoritarismo, em fases de sedução por governos centralizadores.

4.2. Períodos Históricos Específicos

A análise da evolução e recuo das conquistas da cidadania na República Brasileira, que buscaremos reconstruir a seguir, orientar-se-á pelo objetivo de demonstrar que a ambiguidade (permanência de práticas autoritárias em períodos democráticos) e a ausência de linearidade no processo de avanço das conquistas da cidadania são características recorrentes de nossa história.

A) A Primeira República (1891-1930): cidadania restrita e excludente

Na perspectiva do exercício dos direitos, a primeira fase dos governos republicanos no Brasil apresentou como características marcantes as ideias e práticas de exclusão e restrição. Dessa forma, os direitos civis não se encontravam consolidados e nem contemplavam maioria do povo brasileiro. Os direitos políticos eram restritos, uma vez que segmentos expressivos da população brasileira, como mulheres e analfabetos e soldados, não exerciam o direito de votar

²¹ SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira*. 1ª. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

²² Id. *Ibid.*, p. 251.

e ser votado. Os direitos sociais, por sua vez, inexistiam, e a população trabalhadora ficava submetida ao inteiro apetite econômico das *leis do mercado*.

A República brasileira, em seus primeiros anos, foi marcada pelo predomínio de uma concepção federalista, que durante algum tempo conviveu com o ideário positivista predominante nos anos imediatamente subsequentes à Proclamação da República. Esse ideário posteriormente se reproduziu, sob novas bases, no período autoritário pós-30.

O federalismo liberal era de fato restritivo. Predominava a matriz individualista, que reprimia qualquer forma de articulação de sujeitos políticos coletivos e, portanto, excluía o povo do espaço público. Por outro lado, como já constatado, o direito individual ao voto também era limitado. As mulheres, os analfabetos e os militares de baixa patente não ostentavam legitimidade ativa para o voto. Tais restrições reduziam enormemente a população eleitoralmente ativa do País, uma vez que as mulheres expressavam importante segmento dessa população e os trabalhadores, em sua maioria, ou eram imigrantes e, portanto, sem direito ao voto, ou eram majoritariamente analfabetos, descendentes de escravos ou não, também sem direito ao voto. Essas restrições políticas eram um retrato ampliado da exclusão pela etnia, pelo gênero e pelas condições sociais que grassava nos primeiros tempos republicanos.

Além disso, o sistema partidário regionalizado (os partidos eram então estaduais) reforçava uma prática política elitista e também patrimonialista. Era comum o uso de mecanismos eleitorais distorcidos, tais como o “voto de cabresto” e a “eleição a bico de pena”, implementados por práticas coronelísticas e por mandonismos locais.

Os direitos civis eram privilégio dos segmentos mais abastados da população, que tinham, com exclusividade, acesso à propriedade e também ao saber. Os procedimentos de aplicação das leis que garantiam o direito à vida (entendido, nesses casos, também como direito à sobrevivência com dignidade) não eram universais. Desde então, já se confirmava uma característica permanente da República Brasileira: a da disjunção entre o país legal e a realidade restritiva aos direitos da cidadania.

A questão social, de relacionamento estrito com a luta pela conquista e ampliação dos direitos sociais, foi definida por políticos ligados à oligarquia detentora do poder como sendo uma *questão de polícia*. De fato, durante a Primeira República, com a implantação das primeiras indústrias no Brasil e com a chegada ao País de um grande contingente de trabalhadores imigrantes, a busca pela realização dos direitos sociais adquiriu uma dimensão conflituosa em

relação à ordem estabelecida, que não hesitou em recorrer, de forma permanente, à coerção para reprimir os movimentos sociais.

Não foi sem conflitos que segmentos do proletariado brasileiro tentaram conquistar leis de proteção ao trabalho, salários justos e melhores condições de trabalho. Não foi também sem conflitos que se relacionaram com o mundo do capital. A questão social, expressada na luta dos trabalhadores que faziam greves e se organizavam em sindicatos, foi posta, de forma contundente, na ordem do dia. Tal fato apresentava-se como um estorvo ao regime dominante e uma transgressão a uma ordem política na qual a exclusão era marca essencial.

A herança de exclusão social da Primeira Velha tem se reproduzido sob diferentes roupagens ao longo da trajetória histórica republicana no Brasil. Nesse sentido, cabe atentar para a reflexão desenvolvida por D’Incao e Roy, segundo a qual as sequelas da herança paternalista continuam vivas e introjetadas no inconsciente coletivo, dificultando a consolidação do aprendizado da liberdade e da prática da autonomia.²³

B) A República Nacional Centralizadora (1930-1945): cidadania controlada

A república brasileira entre 1930 e 1945 apresentou algumas características inovadoras em relação ao período anterior; especialmente no que se refere aos direitos trabalhistas que se consolidaram nesse período.

Em contraposição ao predomínio das práticas liberais e federalistas da Primeira República, o novo governo implantado no Brasil em 1930 orientou suas ações para a constituição de um Estado orgânico, hipertrofiado, centralizador, modernizador e assistencialista, denominado de Estado Providência.

Para a consolidação desse Estado amplo, com orientação desenvolvimentista e industrializante - portanto, bastante diferente do Estado mínimo, peculiar ao modelo liberalista - foram adotadas medidas intervencionistas e planificadoras.

As funções governamentais, em especial a partir de 1935/37, adquiriram, portanto, características peculiares ao exercício de um planejamento autoritário e extremamente conservador. O projeto governamental do Governo Vargas, que pode ser definido como de *modernização conservadora*, foi implementado em consonância com uma concepção tutelar e,

²³ D’INCAO, Maria da Conceição; ROY, Gérard. *Nós cidadão: aprendendo e ensinando democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

para muitos, paternalista. Esse projeto de modernização tardia - se comparada às principais economias do hemisfério norte - orientava-se, simultaneamente, como acima afirmado, por políticas governamentais modernizadoras e, ao mesmo tempo, conservadoras, traduzidas pela modernização das relações sociais e do processo econômico, mas também pela conservação da ordem capitalista já estabelecida e da estrutura latifundiária de predomínio secular no Brasil.

A dinâmica desse projeto de modernização conservadora foi sustentada por políticas públicas que, especialmente após 1935, passaram a utilizar junto à população brasileira, simultaneamente, de recursos coercitivos e cooptativos. O período foi singular: nele foram largamente ampliados os direitos sociais, mas restringidos os direitos políticos e civis. Dessa maneira, a evolução linear da cidadania não prevaleceu no Brasil e, de forma aparentemente contraditória, a ausência de liberdade de expressão e de participação política conviveu, durante o período do Estado Novo (e mesmo desde o estado de sítio de 1935), com instrumentos legislativos bastante modernos de proteção e assistência ao trabalho e ao trabalhador.

O movimento que instituiu um novo governo no Brasil em 1930 foi justificado por uma retórica moralista e liberal que propunha o saneamento da política e a continuidade da ordem representativa. Todavia, os desdobramentos conjunturais que sucederam à chegada de Vargas ao poder republicano foram orientados tanto por um rompimento com os preceitos e práticas liberais como pela inovação nas regras de se fazer política.

No período anterior a 1930, os governantes, os industriais e as oligarquias desconheciam o sujeito coletivo como agente construtor da cidadania; entretanto, após a posse de Vargas, o Estado passou a reconhecer esse sujeito coletivo, inclusive porque, nos primeiros anos da década de 1930, o movimento operário se mantivera muito ativo. Nessas circunstâncias, o governo federal empenhou-se na construção e implementação de mecanismos que limitassem a ação autônoma do sujeito coletivo e de suas organizações. A tática principal adotada foi tentar impedir, pela via dupla da cooptação e da coerção, qualquer ação mais autônoma por parte da sociedade civil.

Se antes da Revolução de 1930, a cidadania era excludente, no pós-1930, de acordo com o cientista político Wanderley Guilherme dos Santos, foi ela regulada sem se tornar abrangente.²⁴ Nesse sentido, a nova ordem política constitui-se, simultaneamente, por aspectos de rompimento com a ordem liberal anterior e também por elementos de continuidade. Na

²⁴ SANTOS, Wanderley G. *Cidadania e justiça: a política social na ordem política brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

Primeira República, a repressão era a principal resposta às reivindicações de direitos sociais. Após 1930, o processo de controle social será articulado sob novas bases, mais modernas, ancorando-se, inclusive, em ampla legislação ordinária federal.

Quanto à questão dos direitos civis e políticos, o governo, imediatamente após 1930, adotou uma linha de ação que, de forma gradativa, acabou não só por limitá-los, mas também por esmagá-los. Não foi, todavia, sem resistência por parte da sociedade civil, dos liberais, dos democratas e dos comunistas que a concepção de unidade orgânica da sociedade e a centralização autoritária acabaram por predominar naqueles anos. Na verdade, se antes da ascensão de Vargas o exercício dos direitos políticos era restrito e contribuiu para conformar o caminho da exclusão, no decorrer da década de 1930, apesar da resistência de segmentos expressivos da população, tornou-se praticamente inexistente.

Assim, as políticas governamentais que reprimiram a prática de direitos civis e políticos, consagrados pelos princípios da liberal-democracia, conviveram com medidas legislativas que hipervalorizaram os direitos sociais, através da utilização, em larga escala, de mecanismos que objetivavam consolidar um programa inclusão social sob a batuta do Estado.

Uma política negadora do pluralismo e da representatividade, acompanhada de forte propaganda que exaltava a unidade e a homogeneidade, sucedeu à dispersão do livre jogo de mercado e da concorrência política típica da ordem liberal. O governo apregoava a idéia de que uma sociedade unida pela busca de objetivos comuns não precisava criar canais de representatividade para a expressão de seus interesses, pois todos estariam irmanados em torno de um propósito maior – a grandeza da nação –, suficiente por si mesmo para neutralizar qualquer tipo de contradição política, econômica e social. Essa retórica argumentativa foi propalada, em larga escala, pelo governo central quando do fechamento de todas as casas legislativas do País em 1937.

Por outro lado, o livre exercício dos direitos civis, especialmente o da liberdade, foi também extinto. A concepção governamental era a de que uma ordem política eficiente, pois homogeneizada e hierarquizada, não deveria ficar à mercê da livre ação de contestadores isolados e resistentes ao projeto estatal modernizador.

Portanto, Getúlio Vargas que se legitimou como governante pela eficiente divulgação de um discurso salvacionista, desenvolvimentista, nacionalista e marcadamente social, acabou não rompendo com a face autoritária já tradicional à vida brasileira, mas sim reeditou-a sob novos termos.

C) A República Democrático-Desenvolvimentista (1945-1964): cidadania e democracia popular

A década de 1940 foi marcada no contexto internacional por uma condenação generalizada aos regimes centralizadores e autoritários e por um gradativo retorno às idéias liberais, no plano político, agora associadas às ideias democráticas, no plano participativo e social. Essa nova onda de liberalização e de democratização chegou ao Brasil, provocando uma reorientação política que levou à queda de Getúlio Vargas em 1945. Todavia, tal opção não significou uma ruptura completa e imediata com as práticas de controle instituídas ao longo da década de 1930 e início dos anos de 1940.

Dessa forma, o ano de 1945 teve um significado peculiar para a política brasileira. Isso porque, se por um lado representou um marco de ruptura relevante no processo de desmantelamento da ditadura estadonovista, apontando alternativas de transformação do regime político, por outro lado, foi, simultaneamente, uma conjuntura na qual os elementos da continuidade rearticularam-se por dentro do próprio processo de transição, representando um marco de continuidade na transformação.²⁵

A República Democrático-Desenvolvimentista, em seus primeiros anos, segundo Werneck Vianna, ainda era permeada por práticas corporativistas hegemônicas na década anterior.²⁶ Houve uma efetiva democratização política, porém processada pelo alto. O período é marcado por um novo paradoxo: a prática política liberal-democrática (representatividade, competição e pluralismo partidários) conviveu com o controle corporativista orgânico do mercado de trabalho e das associações sindicais.

Apesar disso, a conjuntura de 1945 a 1964 é identificada, por Francisco Weffort, como sendo um importante ensaio de democracia na história brasileira.²⁷ De fato, a evolução do período foi caracterizada por avanços significativos das práticas democráticas clássicas, por consolidação real dos direitos civis e políticos e pela ampliação dos direitos sociais. Data, por exemplo, do início da década de 1960 o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214, de 1963),

²⁵ DELGADO, Lucília de Almeida Neves. *PTB do getulismo ao reformismo*. 1945-1964. São Paulo: Marco Zero, 1989.

²⁶ VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

²⁷ WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

constituído por um conjunto de normas que, pela primeira vez na história do Brasil, regulamentou o trabalho nas áreas rurais.

Apesar de a ordem social ter mantido um indelével padrão de exclusão, importantes direitos formais da cidadania foram não só reconhecidos como também aprofundados e ampliados naquela conjuntura que durou pouco mais de 18 anos. O período caracterizou-se por avanços da urbanização e por crescente organização da sociedade civil em associações, sindicatos e partidos. Tal dinâmica extrapolou os limites das cidades e chegou também ao campo, onde foram organizados sindicatos e ligas camponesas.

As marcas fundamentais da conjuntura foram: crescente aprofundamento da democracia, pluripartidarismo político efetivo, respeito aos institutos da prática liberal democrática e movimentação mais autônoma da sociedade civil. Este último fator, em especial, não foi facilmente controlado pelo Estado, tal como acontecera nos períodos precedentes. Em decorrência, processou-se uma rearticulação das forças políticas reativas e conservadoras que, através de uma intervenção golpista na ordem constitucional (1964), provocou a interrupção da experiência democrática vigente.

Na realidade, dois dos principais pressupostos de uma realidade política democrática fizeram-se presentes naqueles anos: partidos com identidade política sólida e sociedade civil ativa. Ambos foram desmantelados no regime militar, pós golpe de 1964, provocando um retrocesso no processo de conquista dos direitos da cidadania no Brasil.

Também nessa mesma conjuntura democrática, o sistema partidário caracterizou-se por um amplo pluripartidarismo, implantado em 1945. Era bastante orgânico e competitivo, apesar da ausência de programas nítidos. Essa característica, de fato, não prejudicou a existência de fortes vínculos entre as principais agremiações partidárias com a população, que fazia opções partidárias razoavelmente bem definidas.

Quanto à sociedade civil, sua crescente organização em associações coletivas como sindicatos, Ligas Camponesas e a União Nacional dos Estudantes indica que, naqueles anos, a adoção de práticas cidadãs tornava-se crescente e bastante abrangente.

Essa experiência de democracia no País foi, entretanto, interrompida por um golpe político-militar, ao qual sucedeu um regime autoritário militarizado e centralizador. Ambos agrediram mortalmente a democracia representativa, o pluralismo partidário e as organizações da sociedade civil de cunho popular.

D) A Ditadura Civil-Militar (1964-1985): cidadania restrita e regime autoritário

Com a derrubada do governo constitucional de João Goulart, novamente o exercício da cidadania se viu limitado na República brasileira. De acordo com José Murilo de Carvalho, “o incremento da participação política conduziu em 1964 a uma reação defensiva”.²⁸ Tal reação caracterizou-se por ações interventoras em todas as esferas de organização da sociedade política e sociedade civil, seja em instituições tipicamente políticas, como partidos políticos e parlamentos federais, estaduais e municipais, seja em instituições profissionais do mundo do trabalho, como, especialmente, os sindicatos de trabalhadores. A crescente participação política ativa e autônoma percebida nas décadas anteriores era identificada, pelos novos detentores do poder, como lesiva aos interesses nacionais, pois inevitavelmente alimentaria o dissenso e, portanto, prejudicaria, segundo sua concepção, o desenvolvimento nacional. Uma vez mais, no discurso oficial prevalecia a defesa da ordem e da segurança. Tal orientação pressupunha, inevitavelmente, fortes restrições à liberdade.

Dessa maneira, duas linhas de ação caracterizam o período: a primeira levou à restrição de alguns direitos da cidadania; a segunda levou à eliminação de outros. Os direitos políticos, por exemplo, foram restringidos; já alguns dos direitos civis foram praticamente extintos ou negligenciados, de forma estratégica, pelos governantes.

O regime político instituído em 1964, ao menos em sua primeira fase, pode ser identificado como sendo autoritário híbrido. Ou seja, a uma precária manutenção dos direitos civis e a uma restrição dos direitos políticos somava-se a permanência, ainda que bastante limitada, de processos eleitorais e mecanismos de participação oficial na política. Após 1968, quando da edição do Ato Institucional número cinco (AI-5), o hibridismo refluíu, em direção a uma prática frontalmente mais autoritária e centralizadora.

Aqueles foram anos nos quais as funções eminentemente estatais hipertrofiaram-se e a sociedade civil, além das instituições mais representativas e democráticas que usualmente caracterizam a sociedade política contemporânea, todas minimizaram seu âmbito de atuação. A ação coercitiva do Estado interveio nos sindicatos mais atuantes do período pré- 1964 e proibiu a atuação de organizações e associações que tiveram relevante participação no período anterior (ligas camponesas, CGT, UNE, etc.). Além disso, o governo militar extinguiu o que talvez

²⁸ CARVALHO, José Murilo Carvalho. Op. Cit., p. 115.

tenha sido a experiência partidária mais ativa e sólida da República brasileira, o pluripartidarismo do período de 1946 a 1965.

Ao pluralismo anterior, sucedeu um bipartidarismo artificial, criado por lei complementar subsequente a um “ato institucional”, o de número dois (AI-2). Na dinâmica desse processo, após a cassação de inúmeras lideranças políticas, buscou-se acomodar os políticos remanescentes em dois partidos, através dos quais se processou a política eleitoral no período. O jogo político eleitoral, dessa feita, não foi extinto - ao contrário do que acontecera no Estado Novo. Todavia sua dinâmica tornou-se por demais restrita. Ou seja, o autoritarismo manteve alguns dos institutos da democracia representativa; mas o fez, porém, de maneira contida.

No terreno dos direitos civis, aos quais se somam alguns direitos políticos, a violência foi maior. Uma ampla legislação de exceção sobrepujou as leis ordinárias, ampliando tanto o poder do Estado como de seu aparato repressivo. Dessa forma, a liberdade de expressão foi cerceada e os opositores ao regime autoritário ficaram sujeitos a uma forte ação repressiva por parte do Estado.

No campo dos direitos sociais, também houve restrição significativa. Inúmeros sindicalistas foram presos e a ação organizada dos trabalhadores, ativa no período pré-1964, foi desarticulada por longo tempo. Centenas de sindicatos profissionais foram submetidos a intervenção político-administrativa estatal, somente sendo reabertos tempos depois de 1964, muitas vezes desde que submetidos a lideranças manifestamente complacentes ou próximas ao regime autoritário. Além disso, ao distributivismo econômico-social do período da democracia nacional desenvolvimentista, generoso para com os interesses e direitos dos trabalhadores, sucedeu um modelo político caracterizado por ênfase no *crescimento econômico* em detrimento do *desenvolvimento socioeconômico*.

A questão da segurança pública e política foi priorizada e, em decorrência dessa orientação, o poder do Estado, por outro fator, aprofundou a sua ampliação. A burocracia, a tecnologia estatal e os órgãos de segurança pública e política adquiriram poder crescente. Já a sociedade civil teve limitada a sua esfera de atuação. O período pode, portanto, ser genericamente identificado como sendo de Estado forte e uma sociedade civil fraca.

Embora os instrumentos de controle e repressão detidos pelo aparelho de estado fossem incisivos e eficazes em sua atuação, o fato é que, a partir da segunda metade da década de 1970, verificou-se uma reativação gradual e crescente das organizações da sociedade civil

(movimento sindical, movimentos pela anistia, sociedades de bairros, pastorais religiosas, movimentos de mulheres). Em um contexto de aprofundamento do desgaste da ditadura e de elevação da mobilização da sociedade civil em favor da democratização do País, o fato é que os anos de 1980 iriam assistir ao final do regime civil-militar de 1964 e ao início da então chamada Nova República. Em tal quadro, a partir de 1985 uma nova ordem política se implantou no Brasil.

E) A Nova República e a Constituição de 1988 (1985, em diante): a cidadania em expansão e em institucionalização

O retorno à democracia fez-se através de um processo lento. Novamente - tal como ocorrera à época do fim do Estado Novo -, a transição para a ordem democrática foi bastante controlada pelo Estado. Dessa vez, contudo, um novo ator deu matiz distinto à transição política: a emergência dos movimentos organizados da sociedade civil, os quais se constituíram em fator expressivo do processo de desestabilização do regime autoritário.

Pode-se afirmar que, desde as eleições de 1974, quando o MDB, partido oficial de oposição, alcançou expressiva vitória nas eleições proporcionais, começou a ser construído um processo de transição no qual dois personagens buscaram dar o tom. De um lado, posicionava-se o regime autoritário que não queria perder as rédeas do processo; de outro, a sociedade civil, que lentamente se organizava. Nesse embate, entre idas e vindas, avanços e retrocessos, foi construída uma transição que culminou com a instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, e a promulgação de uma nova Constituição da República, em outubro de 1988.

Na dinâmica da transição, desde a década de 1970, aconteceram greves, como as do ABC paulista, que foram inaugurais de um novo ciclo na história do movimento sindical, despontaram publicados inúmeros jornais alternativos (a chamada imprensa nanica), que realizava importante e consistente oposição ao regime autoritário, realizaram-se fortes e generalizadas campanhas políticas, como a favorável à *Anistia, Ampla, Geral e Irrestrita*, e a impressionante *Campanha pelas Diretas*. Esses movimentos políticos e sociais ganharam enorme capilaridade e atuaram como sólidos catalisadores de diferentes setores de oposição ao governo central.

No início e no transcorrer da década de 1980, o pluralismo partidário foi reeditado sob novas bases e com uma nova face. Naquela conjuntura foram criados novos partidos políticos, que sucederam ao bipartidarismo da Arena e MDB. Entre essas novas agremiações destacaram-se: o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) - que sucedeu ao MDB -, o Partido Democrático Social (PDS) - que sucedeu à ARENA -, o Partido da Frente Liberal (PFL), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Partido dos Trabalhadores (PT). A grande novidade do processo de retorno ao pluripartidarismo foi, na época, a organização do PT, partido oriundo do movimento sindical e das amplas greves que sacudiram o Brasil na segunda metade da década de 1970. Tratava-se, naquela conjuntura, de uma iniciativa pioneira na história do País, por emergir como um partido efetivamente construído e conectado aos movimentos populares e sindicais, sem impulso oficial, ostentando significativa presença nos segmentos posicionados na base da pirâmide sócio-econômica da realidade brasileira.

Registre-se ainda que, poucos antes da promulgação da Constituição de 1988, foi estruturado outro partido que teria importância significativa no período subsequente da História do Brasil: trata-se do PSDB, Partido da Social Democracia Brasileira, fundado em 25 de junho de 1988, estruturado, originalmente, por quadros políticos importantes advindos do PMDB.

Outro acontecimento que mobilizou a sociedade brasileira aconteceu em 1984, logo após a derrota no Congresso Nacional da Emenda Dante de Oliveira, que visava implantar eleições diretas no Brasil. Trata-se da campanha presidencial de Tancredo Neves, que disputou, na qualidade de opositor, o cargo de Presidente da República. As eleições se deram pela forma indireta e o candidato apoiado pelo regime civil-militar, Paulo Maluf, foi derrotado no Colégio Eleitoral. Tancredo Neves, o vencedor do pleito, fez uma campanha popular intensa e extensa mas, acometido por forte enfermidade, não logrou ser empossado na Presidência da República. Seu vice, José Sarney, foi quem governou o Brasil.

O avanço das conquistas democráticas e de novos direitos da cidadania culminou com a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte (na verdade, os congressistas eleitos no pleito eleitoral de 1986, Senadores e Deputados Federais, cumpriram também o papel de compor a Assembleia Nacional Constituinte), a qual redigiu e promulgou, em cinco de outubro de 1988, a nova Constituição da República Federativa do Brasil.

A nova Constituição institucionalizou inúmeros direitos e deveres da cidadania, consagrando novo patamar para a democracia e a cidadania no País. O Deputado Constituinte

Ulysses Guimarães, que presidiu os trabalhos parlamentares constituintes, denominou-a, simbolicamente, de “Constituição Cidadã”.

5. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A AFIRMAÇÃO DA CIDADANIA, DEMOCRACIA E DIREITOS SOCIAIS NO PAÍS: NOVAS PREMISSAS INSTITUCIONALIZADAS EM 1988

A nova Constituição da República, efetivamente, alçou a um nível diferenciado, na História da República, os temas da democracia, da cidadania e dos direitos sociais, procurando, inclusive, harmoniza-los.

No seu Preâmbulo já evidencia a intenção de estruturar uma democracia não apenas política mas também *substancial* na realidade brasileira, garantindo a ampla inserção das pessoas humanas nos benefícios da vida socioeconômica. De fato, o Preâmbulo se refere à instituição de um Estado Democrático, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais..." (afirmação da cidadania), destinando-se também a assegurar "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...". Insiste o Preâmbulo que essa sociedade deve ser "... fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias ...".

No Título I, que trata dos "Princípios Fundamentais", a Constituição assevera que a República Federativa do Brasil "constitui-se em Estado Democrático de Direito" (art. 1º, caput), tendo como fundamentos, entre outros, a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e o pluralismo político (art. 1º, V).

No mesmo Título I, fica expresso que constituem "objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, *caput* e incisos).

O Título I também estabelece que todo "o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes *ou diretamente...*" (parágrafo único do art. 1º; grifos acrescidos). Neste preceito há clara referência à chamada *cidadania ativa*, mediante o exercício direto do poder

pela população, independentemente da importância que apresenta, na mesma Constituição, os instrumentos e caminhos da democracia representativa.²⁹

No Título II, a Constituição inova bastante, dando uma exata medida da dimensão que compreende para os conceitos e realidades de democracia e de cidadania. Ali estabelece os "Direitos e Garantias Fundamentais", mencionando os "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", em seu Capítulo I, e os "Direitos Sociais", de natureza eminentemente trabalhista, em seu Capítulo II. Traz, portanto, para o início do texto constitucional - sua parte tradicional mais nobre e emblemática - os direitos individuais, os direitos individuais e coletivos, além dos direitos individuais e sociais trabalhistas, conferindo-lhes um *status* muito importante, inteiramente inusitado em comparação com toda a história constitucional brasileira. A verdade é que a Constituição, pela primeira vez na história do Brasil, confere aos direitos sociais a estatura de direitos fundamentais do ser humano.

Deixa claro a Constituição que a cidadania se realiza e a democracia se concretiza também por intermédio do exercício dos direitos individuais, coletivos e sociais, quer no plano da sociedade política, quer no plano da sociedade civil.

Além disso, o texto constitucional consagra os direitos denominados por Bobbio como sendo de "terceira geração" (ou terceira dimensão, atualizando-se a tipologia de Norberto Bobbio). Ou seja, os direitos ecológicos ou ambientais.³⁰

A atual constituição é generosa no uso da palavra cidadão. Tal fato não é fortuito; decorre da crescente valorização dos direitos da cidadania.

Todavia, no Brasil de hoje, entre o mundo real e o legal ainda persiste um hiato significativo. Além disso são comuns a adoção medidas institucionais que têm levado à descaracterização da Carta Constitucional Brasileira. Dessa forma, o texto constitucional vigente que, de acordo com Maria Vitória Benevides, pode se constituir em estimulador da cidadania ativa³¹ e, portanto, como efetivo ponto de partida para a superação da distância entre o mundo real e o mundo formal, inúmeras vezes, tem sido lesado no seu conteúdo.

De toda maneira, apesar dos desafios enormes para a efetiva concretização do projeto constitucional no período histórico seguinte a 1988, não há como negar que a nova Constituição

²⁹ BENEVIDES, Maria Vitória. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³¹ BENEVIDES, Maria Vitória. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.

da República Federativa do Brasil despontou como singular momento e mecanismo de afirmação e institucionalização da cidadania, da democracia e dos direitos sociais na História da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sergio. Nem cidadão, nem homens livres: o dilema político do indivíduo na ordem liberal democrática. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 5-25, 1985.

BENEVIDES, Maria Vitória. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UNB, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

CARVALHO, José Murilo. *Os Bestializados*. 1ª. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, José Murilo. *Desenvolvimiento de la ciudadanía em Brasil*. México: Fondo da Cultura Econômica, 1995. p. 11.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeção do futuro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e Inclusão social: estudos em homenagem a professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 321-335.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. *PTB do getulismo ao reformismo. 1945-1964*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. 3ª tir. São Paulo: LTr, 2008;

D'INCAO, Maria da Conceição; ROY, Gérard. *Nós cidadão: aprendendo e ensinando democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FERREIRA, Nilda Teves. *Cidadania: uma questão para educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela inquisição*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

GUSTIN, Miracy; VIEIRA, Margarida. *Semeando democracia: a trajetória do socialismo democrático no Brasil*. Contagem: Palesa, 1995.

- LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- MARSHALL, T.H. *Citizenship and Social Class*. Cambridge, CUP, 1950.
- MATTA, Roberto da. *A casa e rua: espaço, cidadania e a morte no Brasil*. 6ª ed. São Paulo:Rocco, 2003.
- NEVES, Lucília de Almeida. Democracia, república e cidadania hoje. *Análise e conjuntura*, Belo Horizonte, v. 2/3, p. 341, 342, 1989.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia. Reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse ativista dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na Pós Modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS, Wanderley G. *Cidadania e justiça: a política social na ordem política brasileira*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- VIEIRA, Margarida. Dimensões definidoras do projeto de cidadania do PSB. In: GUSTIN, Barbosa; VIEIRA, Margarida M. *Semeando democracia: a trajetória do socialismo democrático no Brasil*. Contagem: Palesa, 1995. P. 247-252.
- WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

O INTERESSE COLETIVO ENTRE A LEI E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA¹

THE COLLECTIVE INTEREST BETWEEN THE LAW AND THE COLLECTIVE BARGAINING

Giulio Prosperetti²

RESUMO: O presente artigo visa ao estudo de questões relacionadas aos contratos coletivos no Direito italiano. Primeiramente, aborda-se o problema da eficácia do contrato coletivo de direito comum, tratando-se da questão do interesse coletivo e do poder originário dos sindicatos na auto-regulamentação do conflito coletivo. Em seguida, discute-se a efetividade do contrato coletivo com base na sua capacidade de colocar fim ao conflito e restabelecer a paz social. Por fim, aborda-se a questão da juridicização do contrato coletivo por meio de sua aplicação ao contrato individual de trabalho. Discute-se, ainda, a disciplina das tutelas laborativas no âmbito dos contratos empresariais. Concluiu-se que o objetivo maior é a reestruturação da contratação coletiva, para que consiga recuperar a sua função de real representação de interesses

PALAVRAS-CHAVE: Contratação coletiva. Interesse coletivo. Eficácia. Direito italiano.

ABSTRACT: This article aims to study some issues related to collective bargaining in Italian law. Firstly we discuss the effectiveness of collective bargaining considering collective interest and the original power of trade unions in regulating collective conflicts by themselves. After we discuss the effectiveness of collective bargaining considering its ability to finish the conflicts and restore social peace. Finally we discuss the juridification of collective bargaining through its application to employment contracts. We also discuss the role of enterprise contracts

Artigo recebido em 28 de novembro de 2016

1 O presente artigo foi publicado na obra “Studi in Onore del Prof. Nicola Picardi”. A tradução do italiano para o português foi feita pela Prof. Dra. Lorena Vasconcelos Porto, que é Professora Titular do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário UDF.

2 Giulio Prosperetti é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Roma “Tor Vergata” e Juiz da Corte Constitucional italiana.

in regulating labour rights. We conclude that the main goal is collective bargaining's restructuring in order to get back its role of interests' representation.

KEYWORDS: Collective bargaining. Collective interest. Effectiveness. Italian law.

1. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO CONTRATO COLETIVO DE DIREITO COMUM

O confronto entre empregadores e trabalhadores, e mais em geral entre sindicatos de abrangência nacional dos trabalhadores e associações dos empregadores, tem sua composição por meio da estipulação de acordos que são definidos como contratos coletivos, para os trabalhadores subordinados, e acordos econômicos coletivos para os trabalhadores parassubordinados (como, por exemplo, os agentes comerciais ou os médicos de família).

Ao contrário, se eu afirmo que a limitação, o enquadramento do poder empregatício é uma questão de democracia, se eu afirmo que sem limites fixados para esse poder, sem direitos reconhecidos aos empregados, sem direito do trabalho, não há mais democracia, isso pode parecer estranho, quase incomum.

Estes atos são dotados de uma eficácia natural na medida em que são convalidados pelo consequente comportamento em conformidade das partes: os trabalhadores em greve voltam a trabalhar e os empregadores lhes aplicam as condições contratuais acordadas no âmbito da negociação coletiva.

Existe assim, antes de tudo, uma eficácia do tipo político, análoga àquela de um acordo de paz alcançado entre beligerantes, e nessa situação se encontra, por exemplo, o sistema anglo-saxão: na Grã-Bretanha os contratos coletivos são simplesmente acordos de cavalheiros (“gentlemen agreements”), destituídos de eficácia jurídica no sentido formal.

A tradicional força dos sindicatos (“trade unions”) ingleses permitiu que não se colocasse naquele sistema o problema da eficácia jurídica dos contratos coletivos, já que uma violação desses acordos (“agreements”) acarretaria novamente as pesadas ações de autotutela que exatamente se visou a superar com o contrato coletivo.

No nosso sistema, ao contrário, após a experiência corporativa, que havia reconhecido aos contratos coletivos a eficácia de fonte formal de direito, preocupou-se em explicar no

sentido técnico-jurídico a eficácia dos contratos coletivos no plano do direito privado e, partindo desta, colocou-se o problema de como estender tal eficácia a toda a categoria.

Se, portanto, nas grandes empresas a aplicação dos contratos coletivos, denominados de direito comum, não criava problemas, nas empresas menores os contratos coletivos não eram aplicados, colocando-se assim o problema de como conferir aplicação generalizada a tais contratos: é essa a exigência da eficácia *erga omnes* dos contratos coletivos.

Na base da difícil reconstrução de uma “teoria” do contrato coletivo encontra-se a peculiaridade do contrato coletivo de direito comum, que não se limita a enunciar normas de princípio vinculantes para as partes do contrato individual do trabalho (a denominada parte normativa), mas também regula as relações entre os sindicatos contrapostos.

Esta segunda parte, denominada obrigatório, contém cláusulas que produzem efeitos jurídicos apenas em relação aos sindicatos estipulantes em quanto tais, obrigados desse modo a adequar o próprio comportamento ao que foi contratualmente previsto. Trata-se de cláusulas que regulam as relações industriais e, em particular, as comissões técnicas, o recolhimento das contribuições sindicais e das quotas de serviço, os direitos de informação, os procedimentos de consulta, as cláusulas de trégua ou de paz sindical que empenham as associações sindicais estipulantes a não promover greves ou, de todo modo, a não recorrer à ação direta para obter a modificação do contrato coletivo antes do seu prazo de vencimento.

A contratação coletiva do setor privado se desenvolve, portanto, em vários níveis que correspondem aos diversos níveis da organização sindical. Partindo dos “acordos interconfederativos”, que representam os grandes contratos nacionais, estipulados pelas confederações, relativos aos trabalhadores independentemente do setor de produção no qual estão ativados e que disciplinam institutos específicos (por exemplo, indenização de contingência, dispensas coletivas), em um segundo nível se encontram os contratos coletivos nacionais de categoria, estipulados pelas federações, às vezes com a mediação da autoridade governativa, e que disciplinam a relação de trabalho de modo completo e detalhado.

Os contratos coletivos nacionais, por sua vez, demandam à contratação de nível inferior, territorial ou empresarial (denominada contratação articulada ou contratação de reenvio, estipulada por grupos juridicamente organizados que buscam interesses sindicais segundo o princípio cardeal da liberdade sindical), a determinação completa da disciplina de determinado instituto.

2. O INTERESSE COLETIVO

Todas as tentativas da doutrina de conferir fundamento positivo ao fenômeno coletivo terminaram sempre por construir modelos incapazes de descrever completamente o que a jurisprudência, ainda que de modo contraditório, podia já assegurar no plano da efetividade. Tanto que a reação à abordagem de direito privado terminou por deduzir indutivamente a existência de fontes *extra ordinem* que justificasse a referida efetividade do fenômeno, o que possui fundamento incerto no plano técnico.

As fontes coletivas representam em geral, e na ordem jurídica italiana em particular, uma área de experimentação e de estudo das categorias da teoria geral do direito, considerando a situação de ausência de regulamentação da matéria sindical; e isso frente a um interesse cada vez maior da jurisprudência, por um lado, e das ciências sociais, de outro, na definição do papel e dos procedimentos de um fenômeno, como o sindical, que tem reflexos na economia, na política e na legislação, assumindo (mesmo na identidade das organizações sindicais protagonistas) papéis diversos, inconciliáveis entre si, segundo as suas tradicionais formulações.

Ao intenso envolvimento do sindicato na gestão dos problemas de trabalho, tanto no plano político, quanto no econômico, corresponde o recurso sistemático às fontes coletivas como ponto de referência para a resolução dos conflitos privado que, enquanto tais, impõem ao jurista conjugar a efetividade de tais fontes com os institutos de direito formal.

Invariavelmente o problema consiste em explicar corretamente, com os instrumentos da técnica jurídica, os efeitos dos acordos coletivos em conformidade com os resultados que essas fontes pré-estabelecem na lógica do seu sistema: com efeito, tanto no nível do direito público, quanto naquele do direito privado, continua a ser discutida a problemática relativa às técnicas de redução a preceitos jurídicos de convenções, sobre cuja natureza se discute exatamente em virtude da qualificação incerta dos sujeitos que as criam, ou, de todo modo, do papel que tais sujeitos possuem no ordenamento.

O desenvolvimento recente das questões sindicais no ordenamento italiano evidenciou essa contradição, sempre latente inclusive nas mais acreditadas formulações do fenômeno coletivo, consistente, por um lado, no reconhecimento da natureza livre e originária do poder contratual do sindicato, e de outro, na pretensão de verificar tais atribuições do sindicato com base não em um princípio de efetividade (em coerência com o reconhecido caráter originário

do poder sindical), mas sim na concepção legal-positiva, seja de direito privado ou de direito público.

O fulcro da teoria da autonomia coletiva é constituído, como se sabe, pela noção de *interesse coletivo*, entendido como interesse de natureza privada, comum e indivisível, dos membros da coletividade identificada pela *categoria profissional*, como comunidade necessária e formação social reconhecida e garantida pela Constituição italiana (artigos 2º e 39); e isso em consonância com a concepção do pluralismo social católico, à qual a leitura da norma constitucional, na perspectiva marcada pela opinião em questão, deu evidência no plano positivo.

Em verdade, a autonomia coletiva, como autonomia do grupo, destinada à busca de um interesse *qualitativamente e estruturalmente* diverso daquele individual dos membros da coletividade organizada, realizaria um regulamento *heterônomo* com relação à avaliação do interesse coletivo operado por cada indivíduo que participa desse interesse, e portanto seria destinada a prevalecer, limitando-a, sobre a autonomia individual dos membros do grupo, em virtude, exatamente, da própria prevalência necessária do interesse coletivo sobre os interesses individuais, na forma jurídica de *organização*.

Na perspectiva de Santoro Passarelli, como dentro da organização sindical o interesse coletivo dos membros do grupo profissional *prevalece* sobre os interesses individuais de cada um deles, assim, no plano dos atos, aqueles de autonomia coletiva seriam destinados a *prevalecer* sobre os de autonomia individual, que por tal modo restaria limitada, em virtude da realização do interesse coletivo.

Essa noção de interesse coletivo permanece central, como chave de leitura e de qualificação do fenômeno sindical, inclusive nos desenvolvimentos seguintes da noção de autonomia coletiva, mesmo na sua diversa formulação sob o prisma do conteúdo e do mecanismo de imputação subjetiva.

Sobretudo na perspectiva da elaboração teórica da noção de autonomia coletiva, o conceito de interesse coletivo continua a ser utilizado em função do enunciado fundamental da teoria da autonomia coletiva, isto é, da necessária subordinação, que seria elevada a princípio normativo, do interesse individual dos membros àquele comum do grupo, em todas as coletividades organizadas.

Mas o problema que atualmente se coloca, em virtude do qual não há um debate suficiente, é relativo à abstrata configuração do interesse coletivo, já que as categorias

mercadológicas descritas pela repartição artificial operada pelos contratos coletivos nacionais não respondem a nenhum critério de agregação de interesses homogêneos, que, ao contrário, poderiam ser melhor regulados pelos contratos de profissão.

3. O PODER ORIGINÁRIO DOS SINDICATOS NA AUTODETERMINAÇÃO DO CONFLITO COLETIVO

O esquema individualista nunca satisfaz plenamente em razão da já descrita natureza, também de direito público, do contrato coletivo. Buscou-se então encontrar soluções que, embora sendo compatíveis com a eficácia de direito privado, levassem também em consideração a eficácia fundamentalmente heterônoma do contrato coletivo, com base no pressuposto de que as teorias individualistas não conseguiriam chegar na plena vinculação e inderrogabilidade do contrato em relação aos indivíduos.

A teoria do ordenamento intersindical tem, ao contrário, o mérito de desvincular a elaboração da autonomia coletiva dos esquemas rigorosamente civilistas e afirma a prevalência do contrato coletivo sobre o individual, em relação ao simples ato de adesão do indivíduo à associação sindical, o qual implicaria, automaticamente, uma forma de sujeição ao poder do sujeito coletivo de adotar escolhas que incidem sobre a esfera individual.

Exatamente a concepção do caráter originário do poder sindical permitiu a configuração do sistema das relações intersindicais como um verdadeiro ordenamento jurídico originário. A noção de ordenamento intersindical na formulação de Gino Giugni configura o sistema de relações industriais como organização comum das fontes sobre a produção jurídica, isto é, como ordenamento que tem origem no reconhecimento recíproco entre os sindicatos da própria função representativa.

Nesse sentido, as relações sindicais podem ser conceitualmente ordenadas na noção de um ordenamento jurídico originário e independente daquele estatal.

Certamente, pela explicação técnico-legal da eficácia da contratação coletiva sobre as relações individuais de trabalho, não se pode não operar dentro do direito estatal, já que a peculiaridade do ordenamento sindical reside na circunstância fundamental de que as normas sindicais visam a regular não apenas o comportamento dos sujeitos coletivos estipulantes (parte obrigatória do contrato coletivo), mas são destinadas sobretudo a ter eficácia em relação aos trabalhadores e aos empregadores (parte normativa do contrato coletivo).

É em sede interpretativa, segundo o entendimento de Gino Giugni, que se realiza a composição entre as diferentes avaliações normativas operadas pelos distintos ordenamentos (estatal e sindical). À interpretação, portanto, é conferida a determinação de “momentos de interligação” entre o ordenamento intersindical e o estatal, que atribuem relevância jurídica às normas do ordenamento intersindical naquele estatal.

A crise da representatividade sindical abriu espaço para o instituto do *referendum*, isto é, a um instrumento de democracia direta que, como tal, parece ir de encontro ao papel de representação formal dos sindicatos. Tal instituto, todavia, não foi utilizado para fins do reconhecimento da eficácia do contrato coletivo, embora, em teoria, uma extensão de tal praxe poderia, em tese, se revelar útil para esse fim.

Na verdade, o *referendum* em geral é utilizado para a aprovação, de maneira preventiva, das plataformas reivindicatórias e, sucessivamente, das hipóteses de acordo. Em alguns casos o *referendum* é utilizado também para a aprovação de acordos empresariais em empresas de grandes dimensões.

Segundo a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, o êxito negativo de um *referendum* sindical não tem nenhum efeito sobre a validade do acordo firmado, tendo relevância apenas nas relações internas entre representação sindical e trabalhadores; naturalmente se chegaria a uma conclusão diferente caso as partes coletivas tivessem que submeter a hipótese de acordo à condição suspensiva do êxito referendário.

4. O CONTRATO COLETIVO EFETIVO É AQUELE QUE DETERMINA A PAZ SOCIAL

As partes da relação de trabalho, por meio da recepção do contrato coletivo no contrato individual, manifestam a sua vontade, expressa ou tacitamente por fatos concludentes, no sentido da aplicação do contrato coletivo, de modo que a disciplina coletiva se torna assim operante por um ato de vontade das partes individuais.

Também a jurisprudência reconduz à hipótese da recepção implícita o fenômeno da aplicação de fato do contrato coletivo de direito comum.

Em conclusão, nem todo contrato coletivo deve necessariamente ter uma aprovação explícita em nível individual, já que normalmente as partes da relação de trabalho subordinado ou expressaram a sua aplicação no contrato individual, ou podem estar vinculadas ao contrato

coletivo por fatos concludentes, em consequência da sua aplicação pacífica, à qual, como visto, a jurisprudência vincula a presunção da recepção voluntária do contrato coletivo, seja este um contrato nacional de categoria, seja um contrato empresarial, ou de outro nível intermediário.

Se a teoria do mandato e as demais teorias de direito privado tiveram o mérito de iniciar a praxe da eficácia jurídica dos contratos coletivos, ressalta-se que a explicação tradicional da eficácia jurídica do contrato coletivo de direito comum não corresponde mais à dinâmica do fenômeno coletivo, ainda que permaneça de todo modo na base do reconhecido mecanismo de eficácia, tendo a jurisprudência desenvolvido critérios próprios para o reconhecimento da eficácia do contrato coletivo em relação a cada hipótese.

Uma explicação realista da eficácia concreta dos contratos coletivos pode vir diretamente da constatação da efetividade da aplicação da negociação coletiva por parte dos empregadores.

Em verdade, a contratação coletiva enquanto aplicada constitui, por si mesma, um dado idôneo para construir uma fonte de valor heterônomo.

Essa perspectiva é apenas aparentemente tautológica, pois basta se pensar à consideração dos usos como fonte de direito, os quais se tornam normas heterônomas justamente por força de serem aplicados consuetudinariamente.

A efetividade de um contrato pressupõe o consenso do empregador e dos trabalhadores quanto às condições de troca da prestação de trabalho, expresso em um acordo coletivo.

A adesão das partes é perceptível nas manifestações de adesão implícita à contratação coletiva que se torna efetiva enquanto aplicada, ainda que na ausência de pactos formais explícitos.

A tese da efetividade pressupõe o funcionamento da referência que as partes implícita ou explicitamente fazem à autonomia coletiva e serve para determinar o contrato coletivo ao qual as partes querem se referir.

Portanto, caso, como normalmente ocorre, o empregador e o trabalhador decidem no ato de admissão de regular a relação com base na contratação coletiva, o contrato de referência não poderá ser diverso daquele concretamente aplicado à unidade produtiva.

Tratando-se de uma relação de trabalho por prazo indeterminado, destinado a durar muitos anos, pode-se presumir que se esteja em presença de uma referência formal, e não material, isto é, uma referência evolutiva à contratação presente e àquela futura.

Tal teorização pressupõe uma noção de contrato coletivo não juridicizado, isto é, sem valor jurídico em si mesmo, mas que obtém o seu valor técnico, no plano legal, integrando-se no contrato individual por força da referência efetuada pelas partes.

O contrato coletivo, portanto, é um fato ao qual as partes consensualmente se referem por força de um acordo originário entre elas.

Na experiência jurídica italiana são muitas as fontes-fato às quais os contratos ou a própria lei fazem referência. O exemplo mais significativo pode ser a referência efetuada por contratos privados a um ordenamento estrangeiro, isto é, ao próprio fato da vigência das normas referidas naquele determinado ordenamento; pode ser considerada inclusive a hipótese de uma eventual revolução no ordenamento referido e, logo, a uma ruptura da legalidade daquele ordenamento, à qual a referência efetuada permanece de todo modo válida, limitando-se a considerar a efetividade da vigência da fonte fato, objeto da referência.

Nesse sentido, a adequação espontânea à evolução da contratação coletiva, e inclusive a eventual substituição de diversos agentes contratuais, não incidiriam na referência que é entendida como referência ao ordenamento intersindical, isto é, às suas praxes, à sua lógica interna e às revoluções que frequentemente ocorrem em seu interior, com o nascimento de novos sindicatos, a divisão de categorias preexistentes, o nascimento de contratos coletivos por profissão.

A efetividade de um contrato pode ser verificada historicamente, de modo que, se um determinado contrato, ainda que firmado por sindicatos importantes em um determinado contexto, não é idôneo para fazer cessar as ações de autotutela sindical e restabelecer o processo produtivo, não poderá se considerar esse determinado contrato coletivo efetivo naquela unidade produtiva; ao contrário, se um contrato, ainda que de dimensão empresarial, conseguir restabelecer a paz social, será esse último pacto coletivo que terá as características da efetividade.

Certamente, em nível empresarial, o princípio da efetividade é de evidência imediata, mas também em nível nacional pode ser verificado.

Se, na verdade, como resultado de uma ação de autotutela sindical pode-se registrar a estipulação de um novo contrato coletivo, a circunstância que milhares de trabalhadores retornem a seus postos de trabalho, retomando a troca de seu labor pela remuneração nas novas condições, torna-se o elemento caracterizador da efetividade desse novo contrato coletivo.

Em conclusão, a teoria da efetividade remete o fenômeno sindical às relações de força que estão na base do conflito industrial, de modo que o contrato de fato aplicável será aquele pacificamente adotado pelo empregador sob a premissa de que todos os trabalhadores tenham implicitamente se referido, inclusive através de fatos concludentes, ao sistema de contratação coletiva.

Eventuais dissidentes, ou trabalhadores associados a sindicatos diversos daquele que firmou o contrato aplicável, poderão apenas adotar ações de autotutela com o fim de obrigar o empregador a modificar o contrato, isto é, a alcançar um pacto diverso, cuja efetividade supere aquela do contrato indesejado; se retornarem ao trabalho, sancionarão a eficácia da contratação coletiva adotada pelo empregador.

A jurisprudência nesse ponto não é unívoca, já que nunca abandonou completamente a referência ao mandato sindical e, por isso, utiliza a lógica da referência prevalentemente de modo residual.

Mas essa técnica reconstrutiva que considera de todo modo em funcionamento o mandato implica que os associados ao sindicato signatário do velho contrato não estariam vinculados ao novo contrato firmado por um sindicato diverso, em especial se o novo contrato for menos favorável do que o anterior.

O problema consiste no fato de que a jurisprudência não recebeu, na teorização da referência efetuada pelas partes ao contrato coletivo, a circunstância de que este deve se colocar, não como negócio integrativo dos contratos individuais, mas sim como mera fonte-fato em relação à qual é indiferente quem são os agentes contratuais que a estipularam e, do mesmo modo, indiferente o dado da associação ao sindicato.

Enquanto, ao contrário, segundo a referida teoria, o contrato coletivo é um documento político e é, como visto, uma fonte-fato própria do ordenamento intersindical, a qual tem relevância no ordenamento geral apenas por meio do contrato individual que se refere às regras de tal ordenamento.

5. A JURIDICIZAÇÃO DO CONTRATO COLETIVO NA APLICAÇÃO AO CONTRATO INDIVIDUAL

A teoria supramencionada, por mim exposta no livro “A eficácia dos contratos coletivos no pluralismo sindical (publicado pela editora Franco Angeli, em 1989) se desenvolveu ao final

da crise econômica dos anos 70-80, que trouxe a possibilidade de contratos coletivos menos benéficos, e se completa com a teorização da referência individual à autonomia coletiva.

Essa perspectiva interpretativa parte da consideração de que a contratação coletiva tem um valor essencialmente político (e não um efeito normativo cogente), que adquire valor jurídico por ação dos indivíduos no plano privado, isto é, em razão da referência contratual que os trabalhadores e os empregadores efetuam ao conjunto do sistema de relações industriais, a cujas determinações visam adequar os respectivos contratos individuais.

Colocou-se o problema de como reagir à jurisprudência que, considerando o contrato coletivo incorporado no contrato individual, concebiam uma modificação apenas mais benéfica (*in melius*) das condições de trabalho.

Isso ocorria em particular com relação aos trabalhadores que, tendo se beneficiado dos contratos coletivos mais favoráveis, pois que associados ao sindicato, se desfiliam deste no momento em que ele era obrigado a firmar contratos coletivos menos benéficos, permanecendo assim o empregador (segundo a teoria do mandato) vinculado ao contrato coletivo anterior.

Caso se entenda que a referência expressa contratualmente (ou aquela presumida) é entendida como uma referência formal (e, logo, evolutiva), não se verifica nos contratos individuais o inconveniente (que, ao contrário, está presente na teoria do mandato) da incorporação da norma coletiva no contrato individual.

A incorporação é efeito da representação, por parte do sindicato, de cada associado, razão pela qual, entrando os pactos coletivos no contrato individual, o modificam de forma mais benéfica, mas com a modificação *in peius* da contratação coletiva, caso o trabalhador decida se desfiliar do sindicato, permaneceria beneficiado pelo tratamento econômico mais favorável, na medida em que incorporado em seu contrato individual.

Mas, ao contrário, segundo a teoria da referência, aquilo que o sindicato contrata, *in melius* ou *in peius*, produz efeito imediatamente em nível individual na constância do contrato individual de trabalho, o qual, deve-se presumir, contém uma referência incondicionada à contratação coletiva, sem o efeito da incorporação que torna inelástica a norma coletiva.

A dinâmica das relações industriais em um sistema de pluralismo sindical constitui, como visto, segundo a teoria de Gino Giugni, o denominado ordenamento intersindical e, portanto, a referência é considerada com relação, não tanto à contratação produzida pelo sindicato, mas àquela contratação que, independentemente de quais sindicatos a tenham firmado, pode-se dizer efetiva, pois que concretamente é aquela que em um determinado

momento histórico fixa a razão de troca entre trabalho e remuneração para uma determinada categoria.

Em conclusão, seja na teoria do mandato, seja na teoria da referência, são as relações de força entre sindicato e organização dos empregadores que determinam o conteúdo da contratação coletiva.

Mas os efeitos de tal contratação em relação aos trabalhadores se produzem, na teoria do mandato, segundo um mecanismo de representação, e, na teoria da referência, segundo uma expressa (ou presumida) cláusula de recepção dos resultados da contratação coletiva. Em ambas as teorias se misturam os conceitos de representação e representatividade, já que no substrato privado e individual das duas teorias se reconhece o fenômeno da representação, ao passo que na relevância generalizadora dessas teorias se coloca o problema da representatividade.

Os conflitos relativos à representatividade dos sindicatos ocorreram sobretudo em relação aos diversos níveis de contratação, na medida em que, em nível empresarial, se pretendia, por parte de um sindicato diverso, estabelecer regulamentações conflitantes com o contrato coletivo nacional.

A falta de coordenação no plano legal entre as fontes coletivas foi, por sua vez, resolvida segundo o princípio do *favor*, de modo que a contratação empresarial era admitida sempre para derogar *in melius* a contratação coletiva, inclusive fora de uma ligação entre organizações sindicais nacionais e empresariais.

O problema da validade e eficácia das fontes coletivas se relaciona com o da legitimação dos protagonistas do conflito sindical, já que se um contrato coletivo de nível inferior é legitimado para modificar, em um determinado âmbito, um contrato nacional, o concurso-conflito entre fontes reflete as respectivas divisões entre organizações sindicais ou entre níveis diversos da mesma organização.

A jurisprudência, inicialmente, enfrentou o problema utilizando o denominado critério hierárquico, para, em seguida coordená-lo com o critério denominado cronológico (segundo o qual a fonte a ser aplicada era de todo modo a mais recente independentemente do nível); outro critério elaborado pela jurisprudência foi o da especialidade (isto é, a fonte mais próxima à situação empresarial concreta era aquela a ser aplicada).

Por último houve a referência ao denominado critério de competência, o qual pode razoavelmente ser utilizado na hipótese de conflito apenas aparente entre as fontes coletivas e que é idôneo para explicar o mero concurso entre diversos contratos coletivos.

Mas as diversas técnicas hermenêuticas elaboradas pela jurisprudência, na verdade, se reduzem ao fato de que qualquer contrato firmado por associações sindicais abstratamente representativas é, por si mesmo, suscetível de aplicação e, portanto, capaz de gerar um conflito potencial em relação a contratos preexistentes com ele não conciliáveis ou até mesmo referidos a âmbitos não comensuráveis.

A experiência das estruturas progressivamente alcançadas nas relações industriais nos mostra como não seja tanto a filiação anterior a um sindicato a determinar a aplicação de um dado contrato coletivo a uma determinada unidade produtiva, mas sim o consenso dos trabalhadores que de fato vem a existir, inclusive com a aceitação implícita de determinadas condições de trabalho.

Na contratação coletiva, portanto, o problema da representatividade se coloca na via de fato, no sentido de que se deve considerar representativas as organizações sindicais capazes, ao final da estipulação de um contrato, de restabelecer a paz social e de fazer cessar as ações de autotutela.

Com efeito, caso, com a assinatura de um contrato, grupos significativos de trabalhadores prossigam com as greves, esse contrato, embora firmado, não pode ser considerado efetivo e, portanto, as associações que o estipularam não podem ser consideradas genuinamente representativas.

6. A SUBTRAÇÃO À DISCIPLINA LEGAL DAS TUTELAS LABORATIVAS EM FAVOR DO CONTRATO EMPRESARIAL

Falou-se até o momento dos mecanismos por meio dos quais a ação sindical adquire força jurídica em contratos que têm valor no ordenamento geral, mas esse último recorre ao sindicato não apenas para os fins atribuídos ao mesmo pelo artigo 39 da Constituição italiana, mas também para fins de adaptação e especificação da legislação do trabalho através da derogabilidade das leis por parte dos contratos coletivos.

Com efeito, no ordenamento italiano há um intercâmbio entre contratação coletiva e lei por meio do qual frequentemente a lei torna próprias as conquistas da autonomia coletiva, de modo que determinadas conquistas sindicais, uma vez recepcionadas pela lei, tornam-se inelásticas, ao passo que, em sentido oposto, o legislador recorre aos contratos coletivos para flexibilizar determinadas normas que a recepção em lei havia tornado inderrogáveis.

Coloca-se, assim, um problema de seleção dos contratos coletivos, já que, considerando o pluralismo sindical, o legislador permite que determinadas leis sejam derogadas, não por uma contratação coletiva qualquer, mas sim por aquela estipulada pelos sindicatos que o ordenamento considera mais confiáveis e, logo, mais representativos.

Com o Decreto Legislativo (DL) n. 138, de 13 de agosto de 2011 (convertido na Lei n. 148/2011), em seu artigo 8º, foram introduzidas normas de apoio à contratação coletiva de proximidade, isto é, à contratação empresarial ou territorial.

A nova disciplina prevê que os contratos coletivos estipulados em nível empresarial ou territorial por sindicatos comparativamente mais representativos no plano nacional ou territorial, inclusive por suas representações sindicais em nível empresarial, podem, em determinadas matérias, assumir eficácia *erga omnes*, derogando, não apenas a contratação coletiva nacional, mas também a lei.

A finalidade de tais contratos coletivos de proximidade é garantir uma maior ocupação, a adoção de formas de participação, a regularização do trabalho informal, o aumento da competitividade, a gestão das crises empresariais e o incentivo a novos investimentos.

As matérias que são objeto da eficácia *erga omnes* acima referida e do efeito derogatório são as seguintes: aparelhos audiovisuais e introdução de novas tecnologias, funções e qualificação, contratos por prazo determinado, contrato em regime de tempo parcial, horário flexível, solidariedade nas empreitadas e hipóteses de fornecimento de mão-de-obra, disciplina do horário de trabalho e toda a matéria relativa à disciplina da relação de trabalho, inclusive o trabalho parassubordinado e o trabalho autônomo.

Ademais, a contratação de proximidade pode abranger a derrogação do artigo 18 do Estatuto dos Trabalhadores (Lei n. 300/70), que prevê a reintegração no caso de dispensa injustificada do empregado, já que o artigo 8º, §2º, alínea “e”, do DL n. 138/2011 menciona expressamente a matéria relativa às consequências da rescisão do contrato de trabalho, excluindo apenas a dispensa discriminatória e a dispensa da empregada após o parto ou dos pais adotivos.

Para o alcance da mencionada eficácia particular dos referidos contratos de proximidade não é suficiente que estes sejam firmados pelos sindicatos comparativamente mais representativos, já que tais acordos devem ser validados com base em um critério majoritário e a lei nesse ponto refere-se expressamente ao acordo interconfederativo de 28 de junho de 2011.

O referido artigo 8, §3º, do DL 138/2011 estende a eficácia *erga omnes* aos acordos empresariais vigentes, anteriores ao acordo interconfederativo de 28 de junho de 2011, caso tenham sido aprovados pelos votos da maioria dos trabalhadores.

O voto da maioria dos trabalhadores, portanto, é necessário para a validação dos acordos anteriores ao acordo interconfederativo de 28 de junho de 2011, para o fim de lhes dar eficácia em relação a todos os empregados da empresa, mas a tais acordos anteriores não é reconhecida a possibilidade de derrogar a lei e se coloca o problema da sua relação com os contratos coletivos nacionais.

Para o futuro, ao contrário, o disposto no §1º e no §2º *bis* do artigo 8º, do DL n. 138/2011, prevê que o efeito derogatório do contrato de proximidade seja condicionado a que tal contratação ocorra de acordo com os procedimentos dos acordos interconfederativos vigentes (inclusive do acordo de 28 de junho de 2011), desde que tais acordos sejam firmados com base em um critério majoritário relativo às representações dos sindicatos comparativamente mais representativos.

Como se vê, trata-se de um critério absolutamente diverso em relação àquele prevista para a validação dos contratos anteriores ao acordo de 28 de junho de 2011, para os quais, como visto, é prevista a maioria dos trabalhadores.

O recurso a um critério de representação formal, ainda que garantido pela maioria das representações sindicais, na verdade, não resolve o problema, já que é abstratamente possível que uma associação sindical de profissão, portadora de interesses incomensuráveis em relação às representações majoritárias, possa com uma greve obrigar a empresa a uma contratação diversa (basta se pensar em uma ação de autotutela de um sindicato autônomo, por exemplo, dos altos empregados).

Outro problema concerne à contratação de proximidade territorial que, diferentemente daquela empresarial, não está sujeita ao critério majoritário, mas apenas ao requisito de os sindicatos signatários serem comparativamente mais representativos no plano nacional ou territorial.

Nesse caso se coloca sempre o problema de sindicatos autônomos capazes de impor uma regulamentação diversa com base em uma efetiva força sindical, mas talvez se coloque também o problema de um confronto entre os maiores sindicatos no caso de contratação separada.

CONCLUSÃO

A contratação coletiva nacional deve encontrar um novo papel, já que a distinção com base nas categorias mercadológicas referentes ao início do século passado (metalúrgicos, químicos, comerciários, etc.) não corresponde mais a agregações que compartilham o mesmo interesse coletivo.

Parece que a sua persistência seja devida mais à força de conservação das estruturas sindicais. Mas este não é o único problema na medida em que a função de valor máximo estabelecido do custo do trabalho no âmbito das empresas potencialmente concorrentes, tinha uma perspectiva nacional: evitar a concorrência sobre o custo de trabalho em um mercado prevalentemente nacional.

Hoje as empresas italianas estão em concorrência no mercado global e, logo, também essa função do contrato coletivo nacional se mostra notavelmente ofuscada.

Por outro lado, a lei refere-se cada vez mais à autonomia coletiva, que assume, portanto, um papel cada vez mais de direito público, enquanto, ao revés, resta cada vez mais abstrato o interesse coletivo descrito pelos contratos.

O objetivo maior é a reestruturação da contratação coletiva, que, nos diversos âmbitos, inclusive com maior atenção aos contratos de profissão, consiga recuperar a sua função de real representação de interesses.

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN ARGENTINA EN MATERIA DE TITULARIDAD DEL DERECHO
DE HUELGA**

**CRITICAL ANALYSIS OF THE DOCTRINE OF THE ARGENTINIAN SUPREME
JUSTICE COURT IN MATTER OF STRIKE RIGHTS OWNERSHIP**

Oscar Zas*

RESUMEN: Este trabajo analiza críticamente una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina que restringe la titularidad del derecho a declarar la huelga a los sindicatos formalizados e inscriptos. Para estos efectos, se estudian las normas de jerarquía constitucional y supralegal vigentes en Argentina que regulan el referido derecho y se las interpreta a la luz de los principios y reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como conclusión de ese análisis, surge una tesis amplia: la huelga es un derecho que puede ser declarado por una pluralidad de trabajadores o por los sindicatos.

PALABRAS CLAVE: derecho de huelga, constitucionalismo social, derecho internacional del trabajo, derecho internacional de los derechos humanos, principios y reglas de hermenéutica constitucional.

ABSTRACT: This paper analyses in a critical view a recent speech of the Argentinian Supreme Justice Court that restricts the ownership of the right of formalized unions to declare strike. To achieve this goal, we study the constitutional and legal rules regulating the right to strike in Argentina, and interpret then under the principles and rules of the International human rights. We conclude with a large thesis: the strike is a right that can be recognized by a group of workers or by the unions.

KEY WORDS: Strike rights. Social constitutionalism. International labor right. International human rights. Principles and rules of constitutional hermeneutics.

1. HECHOS Y DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

La empresa postal demandada despidió al demandante imputándole haber participado en la convocatoria y realización de medidas de fuerza que, a criterio de la empleadora, debían considerarse ilegítimas porque no contaron con el aval de los sindicatos que representaban a los trabajadores. En la comunicación del despido la compañía aclaró que esas medidas consistieron en la celebración, en un lapso de dos semanas, de sucesivas “reuniones...en el lugar de trabajo y durante la jornada habitual” que afectaron gravemente el desarrollo normal de la labor.

Con fundamento en la ley 23.592, el actor en su demanda consideró discriminatorio el despido y solicitó la nulidad de esa decisión empresarial y la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia del juez de primera instancia que había admitido el reclamo de invalidación del despido y condenado a la demandada a reinstalar al demandante en su puesto de trabajo y a pagarle los salarios devengados desde la extinción contractual hasta la efectiva reincorporación y el resarcimiento del daño moral.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dejó sin efecto la sentencia de la Cámara, porque, según las normas federales que consideró aplicables, la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a una asociación sindical inscripta en el registro especial establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y no a un trabajador en forma individual o a un grupo informal de trabajadores ¹.

2. LA INTERACCIÓN HISTÓRICA ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL, EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo recibido em 07 de novembro de 2016

* Profesor Titular de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina.

¹ C.S.J.N, 7/6/2016, “Orellano, Francisco Daniel c/Correo Oficial de la República Argentina S.A.”.

El momento de consolidación del Derecho del Trabajo como rama autónoma del ordenamiento jurídico tiene una doble dimensión: constitucional e internacional.

En efecto, los principios, reglas e instituciones que configuran esta disciplina adquieren plenitud al ser incorporados a las Constituciones Nacionales y al guiar la acción de la Organización Internacional del Trabajo concretada especialmente a través de los convenios y recomendaciones internacionales sancionados por este organismo creado al final de la primera guerra mundial. De la misma época data la primera constitución que recepta el Constitucionalismo Social: la de México de 1917.

Luego de la segunda guerra mundial toma fuerte impulso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos destinado a tutelar los derechos fundamentales de la persona humana y su dignidad.

La razón de ser del Derecho del Trabajo es la protección de la persona humana que enajena su fuerza de trabajo a cambio de un salario, a través de un conjunto de principios, reglas e instituciones que procuran compensar parcialmente las consecuencias desfavorables de esa relación de poder asimétrico.

El entero sistema jurídico tutelar de los trabajadores y las trabajadoras intenta cumplir su propósito esencial a través de una “desmercantilización” parcial de la fuerza de trabajo asalariada. Ese es el sentido de uno de los principios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo contenido en la Declaración de Filadelfia en cuya virtud “el trabajo no es una mercancía”.

La República Argentina incorporó expresamente a nivel federal el Constitucionalismo Social en la Constitución de 1949 y, luego de su anulación por un gobierno de facto, en la reforma constitucional de 1957 cuyo producto esencial es el actual art. 14 bis.

La reforma constitucional de 1994 ratificó expresamente el art. 14 bis y, a través de su art. 75, inc. 22, otorgó jerarquía constitucional y suprallegal a una serie de tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos, entre los cuales se destacan los convenios internacionales de la OIT, consolidando un nuevo paradigma jurídico.

3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

La doctrina y la jurisprudencia aceptan la integración de todos los principios y reglas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno como en el internacional. Tal bloque de constitucionalidad de los derechos humanos representa la superación de la antigua disputa entre monismo y dualismo y abre el camino hacia el reconocimiento de un derecho de los derechos humanos supralegal y supraconstitucional, que ya no es meramente interno o internacional, sino universal ².

La Corte Suprema de Justicia de Argentina ha destacado en distintos precedentes establecidos en casos laborales que el principio *pro persona* determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana y censura toda exégesis restrictiva, pauta que se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Desde esta perspectiva corresponde descartar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contraría la jurisprudencia del tribunal concordante con la doctrina universal: el principio de favorabilidad ³.

Este principio es consagrado expresamente en los arts. 29, incs. b), c) y d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 5 y 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- (PSS), 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT y 1 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS), entre otras normas internacionales de jerarquía constitucional y supralegal en Argentina.

El criterio de la “norma más favorable a las personas protegidas”, como lo denomina Cançado Trindade, contribuye a: 1) reducir o minimizar considerablemente las “posibilidades” de conflictos entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; 2) obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en la dimensión vertical (tratados y derecho

Enlace con el caso (en español):

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7311563>

² Barbagelata, Héctor-Hugo, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 221-2.

³ C.S.J.N., Fallos: 330:1989, 3/5/2007, “Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas”; Fallos: 333:1361, 10/8/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Fallos: 336:672, 18/6/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

interno), cuanto en la horizontal (dos o más tratados) y 3) demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos -garantizando los mismos derechos- sólo tienen el sentido de ampliar y fortalecer la protección. Lo que importa en última instancia es el grado de eficacia de la protección y, por consiguiente, prevalecerá la norma que en el caso concreto proteja mejor, sea del derecho internacional o del derecho interno ⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional y la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, el trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre éstas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente ⁵.

El principio *pro persona* da fundamento a una singular consecuencia en el terreno de la superposición normativa con arreglo a la cual no sería preciso elegir una cláusula y rechazar otra, sino combinar las dos a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema en dichos supuestos no es la determinación de cuál protección debe prevalecer, sino el de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa ⁶.

⁴ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, p. 544-545. Agrega el mencionado autor que el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas era aplicado a fines de la década de 1950 por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición n° 253/56, de 1958-1959) y recibió el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas” (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 156. La Corte Suprema de Justicia de Argentina tuvo en cuenta la citada opinión consultiva en varios precedentes establecidos en materia laboral para fundar sus decisiones (C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/2/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:2403, 1/9/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Fallos: 334:1387, 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”; Fallos: 336:672, 18/6/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”).

⁶ Gialdino, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, p. 371-2, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 116-117 y autores citados en su nota 275.

De conformidad con los criterios expuestos precedentemente, en materia laboral rige el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, independientemente de si la norma es interna o internacional o si la interpretación es postulada por un tribunal nacional o un tribunal internacional u organismo de igual jerarquía encargados de la interpretación y la aplicación de la norma internacional pertinente ⁷.

Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar ⁸.

En el caso específico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la DADDH como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso hacerlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. La evolución del derecho americano en la materia es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes* ⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales ¹⁰.

⁷ Zas, Oscar, *El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino*, en *Estudios Críticos de Derecho del Trabajo*, dirigido por Meik, Moisés, Asociación de Abogados Laboralistas y Legis, Buenos Aires, 2014, p. 455.

⁸ Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31, cit. por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. 10/89, párr. 37 y 38.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 83. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ¹¹.

Esta evolución, como destaca Cançado Trindade, es reflejo de un fenómeno más profundo: la propia normativa internacional de protección es concebida, se desarrolla y se aplica impulsada por las nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos ¹².

El art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) prescribe: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...".

En tal sentido, constituye criterio hermenéutico del cimero tribunal americano que las normas de la CADH deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CADH, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ¹³.

Tanto los principios de interpretación consagrados por la CVDT, como los resultantes del art. 29 de la CADH, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la CADH utilizando los principios yacentes, subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la CADH por virtud del art. 29.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán, sent. cit. en la nota 10, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 10, párr. 83.

¹² Cançado Trindade, Antônio Augusto, op. cit. en la nota 4, Volume II, p. 186.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 178.

Los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento convertida en derecho legislado por los arts. 2 y 26 de la CADH, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los derechos económicos, sociales y culturales ¹⁴

Según el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en otros precedentes, las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción. Esta conclusión se impone, con mayor fundamento, respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución ¹⁵.

De ahí que, además, para el máximo tribunal argentino el art. 14 bis de la Constitución Nacional, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano (CADH, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el principio protectorio que lo encabeza y la referencia, en general, a las condiciones de trabajo ¹⁶.

4. LAS NORMAS DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL Y SUPRALEGAL APLICABLES, INTERPRETADAS A LA LUZ DE LAS PAUTAS EXPUESTAS EN LOS CAPÍTULOS 2 Y 3

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., párr. 2 y 3).

¹⁵ C.S.J.N., Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; 9/9/2014, “Ledezma, Florencio c/Citrus Batalla S.A.”.

¹⁶ C.S.J.N., sentencias citadas en la nota 15.

4.1. La tensión entre el derecho de huelga y otros derechos constitucionales del empleador y de terceros

a) En el caso “Orellano” La Corte Suprema señala que, al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas de acción directa no sólo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores o usuarios. Es así que -añade el Supremo Tribunal- el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.), así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.) que también cuentan con protección constitucional.

Según la Corte Suprema esa tensión entre derechos de difícil armonización ha llevado a que los diversos ordenamientos jurídicos supediten el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos que configuran su marco de legalidad.

b) El Supremo Tribunal omite precisar los derechos en conflicto en el caso. Si bien se refiere naturalmente al derecho de huelga, no indica claramente qué derecho o derechos del empleador o de terceros habrían sido afectados en concreto por la huelga declarada por una pluralidad de trabajadores de la cual participó el demandante.

Obviamente, la referida imprecisión impide conocer cuáles son los criterios de hermenéutica constitucional tenidos en cuenta por la Corte Suprema para conceptualizar el recaudo impuesto a la huelga como condición de validez constitucional: su proclamación por un sindicato.

En síntesis: el tribunal argentino no explicita clara y concretamente el derecho, bien o valor constitucional que limitaría en el caso el derecho de huelga, ni expone fundadamente las razones constitucionales por las cuales dicha restricción se impondría.

Cabe agregar, en apoyo de esta conclusión, que no fue planteada en la causa la afectación de un servicio esencial.

Las circunstancias descriptas y los argumentos expuestos por la Corte Suprema a partir del considerando 8º) llevan a sostener que el tribunal no expone razones constitucionales para

limitar el derecho de huelga en el caso concreto, sino para delimitar su contenido esencial; razón por la cual corresponde analizar críticamente la decisión judicial desde esta última perspectiva, es decir, como una interpretación constitucional delimitadora del contenido esencial del derecho de huelga.

c) La Corte Suprema ha sostenido reiteradamente que la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano.

Asimismo, que los derechos constitucionales tienen un contenido que lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el control de constitucionalidad: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28, C.N.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23). El mandato que expresa el art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto ¹⁷.

La referida doctrina fue ratificada expresamente por el Supremo Tribunal de Argentina con posterioridad al dictado de la sentencia en el caso "Orellano" ¹⁸.

¹⁷ C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.", Fallos: 330:1989, 03/05/2007, "Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas".

¹⁸ C.S.J.N., 18/08/2016, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería", considerando 16) del voto concurrente de los Ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco y considerando 12) del voto del Ministro Maqueda.

4.2. Los arts. 14 bis y 33 de la Constitución Nacional

a) En el caso “Orellano” la Corte Suprema sostiene que el art. 14 bis contiene tres bloques diferentes en cuanto al sujeto que se procura tutelar a través de la ley y de la acción estatal. En el primero, la norma centra su atención en el “trabajador” disponiendo que la ley debe asegurarle una serie de derechos, entre ellos, “la organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. En el segundo, el precepto establece que “queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”. Y en el tercero, el objetivo de la regulación es la protección de los beneficiarios de la seguridad social a quienes se les reconocen diversos derechos y garantías.

Destaca el tribunal argentino que en el citado diseño normativo el derecho de huelga se inserta en el segundo bloque que contiene los derechos reconocidos a las entidades gremiales y que lo hace inmediatamente después de la disposición final del primer bloque que reconoce el derecho de sindicación de los trabajadores.

En el marco descripto y desde un examen integral del art. 14 bis, la Corte considera que el concepto “gremios” comprende sólo las asociaciones sindicales reconocidas a los trabajadores en el primer párrafo de la mencionada norma.

Teniendo en cuenta que para el máximo tribunal argentino el art. 14 bis ha puesto especial énfasis en garantizar que las asociaciones sindicales se organicen con arreglo a los principios de libertad sindical y democracia interna y, a tal efecto, les ha impuesto el requisito de la inscripción en un registro especial como medida de control del cumplimiento de tales directivas, no sería lógico admitir que, a renglón seguido, la misma norma otorgara de modo indistinto la titularidad de los derechos más relevantes del ámbito de las relaciones colectivas tanto a las organizaciones que cumplen con todos esos recaudos como a simples grupos informales a los que no les exige satisfacer ninguno de ellos.

Dado que los representantes gremiales a los que alude la parte final del segundo párrafo del art. 14 bis son aquellos que desarrollan una gestión sindical, es claro -según la Corte

En su voto, el Ministro Rosatti señaló que le corresponde a la judicatura ponderar si con su actuación alguno de los otros dos poderes del Estado (e incluso el judicial, por la vía de arbitrariedad de sentencia) altera el contenido de algún derecho fundamental (considerando 13).

Suprema- que la norma se refiere a quienes ocupan cargos en sindicatos, lo que reforzaría la conclusión de que el término “gremios” ha sido empleado como exclusivamente alusivo a las asociaciones sindicales.

Por último, el supremo tribunal argentino transcribe en apoyo de su tesis fragmentos de las exposiciones de algunos convencionales constituyentes en el debate previo a la sanción de la reforma constitucional de 1957 y, luego de confrontarlos con las expresiones contrarias vertidas por otros convencionales, concluye que no es posible apoyarse en lo debatido en la Convención Constituyente para arribar a una conclusión definitiva sobre la cuestión controvertida.

b) Aun desde un criterio hermenéutico “estático” u “originalista”, considero que la conclusión a la que arriba la Corte Suprema en materia de titularidad del derecho de huelga no se ajusta cabalmente a la normativa constitucional aplicable. Me explico.

En el caso “Orellano” el supremo tribunal argentino sostiene que el derecho de huelga ingresó de modo expreso a la Constitución Nacional a través del art. 14 bis y que este texto consagró una serie de derechos laborales y sociales reconocidos universalmente durante la primera mitad del siglo XX por vía de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos Estados.

El carácter “expreso” del ingreso del derecho de huelga a través del art. 14 bis permite inferir que este derecho ya se encontraba implícitamente en la Constitución material.

En efecto, el art. 33 de la Constitución Nacional (texto originario sancionado en 1853 y no modificado) dispone que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

La citada norma lleva a concluir que con anterioridad a la incorporación de los principios y reglas del Constitucionalismo Social a través del art. 14 bis de la Carta Magna, los derechos humanos del trabajador tenían tutela constitucional y, en consecuencia, integraban los principios de derecho público a que se refiere el art. 27 de dicho ordenamiento jurídico ¹⁹.

¹⁹ Zas, Oscar, op. cit. en la nota 7, p. 420.

El art. 27 de la Constitución Nacional establece: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Dentro de los referidos derechos implícitos está comprendida la huelga sin limitación de su titularidad a un único sujeto, por lo que la referencia expresa a los gremios en el art. 14 bis, más allá del alcance atribuido a este concepto, no puede entenderse como la negación de la titularidad de otros posibles sujetos titulares, como por ejemplo, los trabajadores de una empresa sin intervención de la asociación sindical representativa, toda vez que la tesis amplia es la que mejor se compadece con el ideario de la Constitución: un derecho constitucional de la libertad ²⁰.

La Constitución de 1949 que, entre otras cosas, incorporó expresamente el Constitucionalismo Social a nivel federal en la Argentina no reconoció el derecho de huelga. Es más, del propio debate en la Convención Constituyente surge la decisión deliberada de no incluir este derecho en el texto constitucional.

Así, Arturo Sampay, miembro informante de la mayoría de la Comisión Revisora de la Convención Constituyente, señaló:

(...)El derecho de huelga es un derecho natural del hombre en el campo del derecho del trabajo, como lo es el de resistencia a la opresión en el campo político, pero si bien existe un derecho natural de huelga no puede haber un derecho positivo de la huelga, porque -aunque esto haya sonado como un galimatías- es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido, que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso a la fuerza es el fin de toda organización social (...) ²¹.

Las palabras de Sampay no fueron impugnadas por ningún otro miembro de la Comisión, por lo que cabe interpretar que reflejaban el pensamiento de la mayoría que sancionó la nueva Constitución ²².

²⁰ Bidart Campos, Germán, *Principios constitucionales de Derecho del Trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el art. 14 bis*, TySS, Año 1981 - Suplemento Extraordinario: Artículo 14 bis de la Constitución, p. 521; García, Héctor Omar, ¿Quiénes son los titulares del derecho de huelga?, DT 2016 (julio), p. 1532. Cita Online: AR/DOC/1882/2016.

²¹ *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Año 1949*, Tomo I, p. 275. Enlace (en español): http://www.unsam.edu.ar/escuelas/politica/centro_historia_politica/materiales/Diario%20de%20sesiones/sesiones1949.pdf (recuperado el 25/11/2016).

²² Por otra parte, en otro tramo del debate el Convencional Constituyente Hilario F. Salvo afirmó:
(...)Como dirigente obrero debo exponer por qué razón la causa peroneana no quiere el derecho de huelga. Si deseamos que en el futuro esta Nación sea socialmente justa, deben de estar de acuerdo conmigo los señores convencionales en que no podemos, después de enunciar ese propósito, hablar a renglón seguido del derecho de huelga que trae la anarquía y que significaría dudar de nuestra responsabilidad y de que en adelante nuestro país será socialmente justo (...).
Consagrar el derecho de huelga es estar en contra de la clase proletaria en el campo de las mejoras sociales. Todos saben bien que ese derecho es un canto de sirena. Todos saben que los obreros han realizado en tres años un avance formidable en materia de conquistas sociales. Estas conquistas quedarían relegadas para el resto de la historia si se aceptara el derecho de huelga (...).

Por otra parte, las normas constitucionales más relevantes sancionadas en la primera mitad del siglo XX a las que alude la Corte Suprema en el caso “Orellano” corroboran la tesis amplia en materia de titularidad del derecho de huelga.

Así, la fracción XVII del art. 123 de la Constitución de México de 1917 dispone clara e inequívocamente que “Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y los patronos las huelgas y los paros”, sin que el ejercicio de este derecho de los trabajadores esté constitucionalmente condicionado a la declaración por parte de un sindicato formalmente constituido.

A su vez, el art. 40 de la Constitución Italiana aprobada en diciembre de 1947 y promulgada en 1948 establece que “El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulen”.

La citada disposición es de aplicación inmediata, toda vez que el derecho de huelga pertenece a esa vasta categoría de los derechos subjetivos públicos de libertad y el mentado art. 40 es una norma encaminada a garantizar las libertades fundamentales del ciudadano ²³.

La previsión de la huelga, situándola en un artículo para ella sola y la atribución del derecho de huelga a los trabajadores, y no a sus organizaciones, es una garantía de la efectividad de la libertad sindical prevista en el art. 39 de la Constitución Italiana. Puesto que el sindicato nace del conflicto industrial, el derecho de huelga, entendido como derecho al conflicto, puede estimarse como el substrato del mismo derecho de organización sindical sin que la Constitución exija que la huelga sea proclamada por los sindicatos o que sólo sea legítima cuando esté en relación con la negociación de convenios colectivos de trabajo ²⁴.

Por su parte, el art. 56 de la Constitución de Uruguay de 1934 dispone en lo pertinente: “...Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad” ²⁵.

Plá Rodríguez afirma que, si bien inicialmente algunos autores sostuvieron que la expresión “derecho gremial” quería significar que el derecho de huelga correspondía al sindicato, lo que podría implicar que sólo éste podría ejercerlo y hasta renunciarlo, en la práctica

Diario de sesiones, cit. en la nota 21, p. 486.

²³ Giugni, Gino, *Derecho sindical*, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, España, 1983, p. 222.

²⁴ Giugni, Gino, op. cit. en la nota 23, p. 223.

²⁵ El texto se mantuvo inalterado en las reformas constitucionales posteriores, y forma parte del art. 57 de la Constitución actualmente vigente.

se ha aplicado una interpretación amplia que tanto comprende un sindicato como a una coalición, una asamblea o un grupo de trabajadores que llega a una concertación o un acuerdo entre sí. Agrega el prestigioso jurista uruguayo que la decisión de incorporarse a la huelga pertenece indudablemente a cada trabajador, lo que puede llevar a decisiones individuales ²⁶.

No resulta adecuada al contexto histórico y político en el cual se desarrolló la Convención Constituyente de 1957 la interpretación de los “gremios” como titulares del derecho de huelga desde una perspectiva orgánica o corporativa, máxime teniendo en cuenta los referidos antecedentes del derecho constitucional comparado.

En efecto, el reconocimiento constitucional expreso de la huelga como derecho humano fundamental implicó la clara admisión del conflicto colectivo laboral y de los modos de autotutela colectiva de los trabajadores; razón por la cual la referida decisión jurídico-política no resulta compatible con la adscripción a un sistema orgánico o corporativo en materia de huelga.

Cabe agregar que el sistema orgánico que configura el derecho de huelga con una titularidad colectiva en cabeza de los sindicatos, propio de los países anglosajones y centroeuropeos como Alemania, está ligado a la estrecha relación existente en esos países entre el ejercicio del derecho de huelga y la negociación colectiva. Predomina una concepción orgánica de la huelga que deriva en un privilegio reservado de ordinario a los sindicatos, los cuales gozan de una cierta inmunidad civil, configurándose la huelga como un instrumento complementario de la negociación colectiva, correspondiéndose principalmente con sistemas integrados de relaciones laborales ²⁷.

Contrariamente, el sistema constitucional argentino en materia de derecho de huelga se inscribió en la cultura jurídica diseñada a partir de la Constitución de Méjico de 1917, que no ignora la existencia del conflicto colectivo en las relaciones laborales, que no lo vincula exclusivamente con la negociación colectiva y que reconoce, en consecuencia, la titularidad de aquel derecho con un sentido amplio compatible, además, con el sistema de libertad que había establecido la Constitución de 1853.

²⁶ Plá Rodríguez, Americo, *Curso de Derecho Laboral*, tomo IV, vol. 2, Ed. Idea, Montevideo, Uruguay, 2001, p. 55-7. Castello, Alejandro, *El derecho de huelga en Uruguay*, Meritum, jan./jun. 2013, v. 8, n° 1, Belo Horizonte, Brasil, p. 23-4.

²⁷ Monereo Pérez, José Luis y Jiménez, Natalia Tomás, *Derecho de huelga. Art. 8.d PIDESC*, en *El sistema universal de los derechos humanos*, dirección y coordinación: Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis, Editorial Comares, Granada, España, 2014, p. 924.

Es en el marco descripto precedentemente en el cual debe dilucidarse el debate en la Convención Constituyente de 1957.

En efecto, si bien fueron diversas las opiniones expresadas por los Convencionales Constituyentes, fue mayoritaria la idea de reconocer al gremio como sujeto titular del derecho de huelga, entendiendo como tal a una pluralidad de trabajadores de la misma actividad, oficio, profesión o categoría, sin necesidad de declaración previa u homologación posterior por parte de una asociación sindical formalmente constituida ²⁸.

El mencionado alcance del concepto “gremios” es el que encuadra en los modelos constitucionales comparados vigentes en ese momento histórico, que garantizan los derechos sociales de libertad colectiva en un marco que reconoce el conflicto laboral colectivo y que lo canalizan por vías institucionales sin desconocer las medidas de autotutela colectiva de los trabajadores.

c) El criterio hermenéutico establecido por la Corte Suprema en “Orellano” no armoniza con un estándar constitucional del propio tribunal en cuya virtud las garantías reconocidas a los representantes gremiales por el denominado segundo bloque del art. 14 bis constituyen una proyección del principio protectorio del trabajo y del trabajador proclamado expresamente por dicha norma hacia el universo de las relaciones colectivas laborales, en el cual, en consecuencia, también impera la regla de que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional ²⁹.

Por otra parte, de admitirse la rígida división en bloques del art. 14 bis en cuanto a los sujetos tutelados, quedarían huérfanos de la protección constitucional los derechos incluidos en el aspecto colectivo de la libertad sindical, pues el derecho a “la organización sindical libre y democrática” sólo comprendería a los trabajadores y no a las organizaciones constituidas por éstos para la defensa de sus intereses, configurándose una contradicción con la doctrina de la Corte Suprema que considera a las mencionadas entidades como titulares del derecho enunciado en la última parte del primer párrafo del art. 14 bis ³⁰.

²⁸ Sostienen esta tesis, entre otros, los siguientes juristas: Krotoschin, Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 4ª edición actualizada, 1981, p. 215; Etala, Carlos Alberto, *Derecho colectivo del Trabajo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 366/367; Cornaglia, Ricardo J., *El derecho de huelga como derecho de incidencia colectiva*, La Ley, diario del 29/10/2015; García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20.

²⁹ C.S.J.N., Fallos: 332:2715, 9/12/2009, “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional-Armada Argentina”.

³⁰ C.S.J.N., Fallos: 331:2499, 11/11/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”; Fallos: 336:672, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

Como señala Monereo Pérez el principio de protección del trabajo acaba evolucionando de la legislación de tutela del trabajo a la legislación de apoyo a la actividad sindical de autotutela de los propios intereses colectivos de la clase trabajadora; ambas se complementan en la regulación de las cuestiones referidas a la adquisición y a la venta de la fuerza de trabajo con la tendencia histórica al mayor protagonismo de los sujetos colectivos laborales ³¹.

En esta inteligencia, el principio de protección del trabajo no se agota en la enumeración de los derechos, cuyo aseguramiento incumbe al Estado a través del dictado de marcos jurídicos regulatorios de las relaciones laborales y de la sanción del incumplimiento de las normas respectivas, sino que se manifiesta también en el reconocimiento de los derechos sociales de libertad colectiva.

En efecto, los derechos sociales de libertad colectiva (derechos de libertad sindical, huelga y negociación colectiva) son también derechos funcionalizados hacia la “desmercantilización” de los trabajadores, porque contribuyen decisivamente no sólo al reconocimiento y extensión de los derechos públicos de ciudadanía, sino también porque tales libertades otorgan o confieren poderes que reducen la dependencia de los trabajadores respecto del mercado en cuanto instancia de provisión del bienestar social ³².

En términos de la normativa constitucional argentina, la “organización sindical libre y democrática”, la “concertación de convenios colectivos de trabajo”, el “derecho de huelga” y el reconocimiento a “los representantes gremiales” de las “garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en el empleo” son derechos sociales funcionalizados hacia la “desmercantilización” de los trabajadores, mediante la concreción progresiva y efectiva de los derechos incluidos en el art. 14 bis, y -luego de la reforma constitucional de 1994- de los demás derechos de los trabajadores comprendidos en los pactos, tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos de rango constitucional y supralegal ³³.

La huelga ejercida por los trabajadores en defensa de sus legítimos derechos conculcados y para alcanzar niveles de protección de los mismos y la consagración de otros es

³¹ Monereo Pérez, José Luis, *Derechos Sociales de Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, Consejo Económico Social, Departamento de Publicaciones, Madrid 1996, p. 137, nota 206.

³² Monereo Pérez, José Luis, op. cit. en la nota 31, p. 33, nota 50.

³³ Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, *Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales*, Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, 1997, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 182-3.

el instituto madre de todos los que integran el Derecho del Trabajo. Antes de ser tenida por conducta legitimada de los trabajadores los Estados de Derecho debieron abolir las normas penales represivas de la coalición para la huelga ³⁴.

Históricamente, la huelga declarada por la coalición espontánea de los trabajadores precedió al sindicato institucionalizado como instrumento de autotutela de aquéllos.

Desde esta perspectiva, la reducción de lo “gremial” o lo “colectivo” en materia de huelga a la actuación de un sindicato formalmente constituido es una interpretación que desconoce la dinámica y complejidad de las relaciones laborales.

Por lo tanto, el texto del art. 14 bis, interpretado según las pautas expuestas, lleva a concluir que la legalidad constitucional de la huelga no está condicionada a la declaración previa de una asociación sindical, bastando que tal decisión sea adoptada por una pluralidad de trabajadores no organizados formalmente como sindicato, sin perjuicio de que esta entidad también sea titular del derecho a proclamar una huelga.

Si existiera alguna duda la solución sería la misma, pues debería optarse por aquella interpretación constitucional menos restrictiva del goce del derecho humano fundamental de huelga ³⁵.

d) Naturalmente, una interpretación evolutiva del art. 14 bis de la Constitución Nacional corrobora el concepto amplio de “gremios” a fin de aprehender en su ámbito de aplicación la dinámica de los conflictos colectivos de la sociedad contemporánea atravesada por profundos y rápidos cambios tecnológicos y productivos y no esterilizar la eficacia del derecho de huelga como instrumento de autotutela colectiva de los trabajadores.

El art. 14 bis contiene implícitamente el principio de igualdad sustancial que a partir de la reforma constitucional de 1994 ha sido explicitado y enriquecido a través del art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional ³⁶.

³⁴ Cornaglia, Ricardo J., ob. cit. en la nota 28.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-473/94 de 27/10/1994.

Enlace (en español):

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-473-94.htm> (recuperado el 12/12/2016).

³⁶ El art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional dispone:

(...)Corresponde al Congreso (...)

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (...)

La progresiva consagración del principio de igualación sustancial y la emancipación de los trabajadores es el presupuesto sobre el cual reposa la función específica del derecho de huelga, dirigido a la formación de nuevos instrumentos jurídicos aptos para remover la desigualdad social efectiva que caracteriza la posición de los trabajadores en sus relaciones con los empleadores. El derecho de huelga constituye, precisamente, uno de tales instrumentos; es decir, la sociedad reconoce en la huelga un medio indispensable para el desarrollo de la personalidad humana de los trabajadores y para la promoción de la efectiva participación de los mismos en las acciones tendientes al logro de la plena efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por las normas internacionales de derechos humanos ³⁷.

Según Ermida Uriarte la huelga es el instituto más atípico, de la parte más atípica, de la rama más atípica del derecho, en el entendido de que lo es el Derecho del Trabajo respecto de otras ramas jurídicas y que esa característica se acentúa en el Derecho sindical si se la compara con el Derecho individual del trabajo y que ella se concentra particularmente en la noción de autotutela y de huelga ³⁸.

Agregaba lúcidamente el recordado y distinguido jurista uruguayo, hace ya casi veinte años, que los avances científicos y tecnológicos, así como las nuevas formas de producción, sumados a la reducción de los efectivos sindicales, determinaban una renovación de las modalidades de ejercicio de la huelga para que este derecho pudiera seguir cumpliendo su función equilibradora, ya que, de lo contrario, aquellos cambios podrían vaciar de contenido a la noción de autotutela ³⁹.

El fenómeno descripto, consustancial al sistema capitalista de producción, adquiere renovado impulso y dinamismo en las últimas décadas, y se expresa, no sólo a escala nacional, sino regional y mundial, generando como uno de sus efectos más relevantes la desarticulación y segmentación del sujeto colectivo laboral.

Los conflictos colectivos laborales suscitados en este contexto requieren una respuesta adecuada y no siempre el sindicato formalmente constituido es quien puede ejercer las acciones de autotutela colectiva idóneas, máxime que -reitero- el sistema constitucional argentino en materia de derecho de huelga se inscribe en la cultura jurídica que no ignora la existencia del

³⁷ Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, op. cit. en la nota 33, p. 183.

³⁸ Ermida Uriarte, Oscar, *La flexibilización de la huelga*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999, p. 11.

³⁹ Ermida Uriarte, Oscar, op. cit. en la nota 38, p. 32.

conflicto colectivo en las relaciones laborales y que no lo vincula expresamente con la negociación colectiva.

Es más, existen conflictos en los cuales los trabajadores involucrados no encuentran en el sindicato, con personería gremial o simplemente inscripto, la representación colectiva eficaz para la defensa de sus derechos e intereses, tales como el planteado por los empleados tercerizados que aspiran, como mínimo, al nivel de protección de los vinculados directamente a la empresa principal, o el de aquéllos que, en ejercicio de la libertad sindical, pretenden constituir un nuevo sindicato y sufren represalias en ese intento ⁴⁰.

Siguiendo nuevamente a Ermida Uriarte, si la *posmodernización y flexibilización* empresaria tiene su correlato en la *posmodernización y flexibilización* de las medidas de autotutela ⁴¹, la titularidad del derecho de huelga debe ser dilucidada con un criterio amplio para evitar la desprotección de un número creciente de trabajadores, sujetos que, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, gozan de preferente tutela constitucional ⁴².

El art. 28.2 de la Constitución Española de 1978 establece en lo pertinente que “Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses...”

El Tribunal Constitucional Español, en una sentencia dictada el 8 de abril de 1981, destacó, entre otras cosas:

(...)Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores “uti singuli” aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos

⁴⁰ Hace más de veinte años, siendo en ese entonces juez del trabajo, me tocó resolver un caso en el cual sostuve que la huelga puede ser declarada por una pluralidad de trabajadores, decisión que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones. En el citado precedente la huelga había sido declarada por los trabajadores de una empresa a raíz del despido de uno de ellos, quien ejercía el liderazgo tendiente a la constitución de un sindicato que los representara, entidad cuya inscripción fue dispuesta por el Ministerio de Trabajo con posterioridad a la comunicación del despido del actor. Los argumentos que expuse en esa oportunidad para fundar la tesis amplia en materia de titularidad del derecho de huelga son sustancialmente análogos a los sustentados en este comentario. Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo N° 59, 17/10/1994, “Ferreyra, Rubén Oscar c/Proveeduría para el Personal de la Provincia de Buenos Aires”; sentencia confirmada por la C.N.A.T., Sala IV, 10/08/1995, en “Contextos. Revista crítica de Derecho Social”, N° 1, 1997, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, p. 401/419.

⁴¹ Ermida Uriarte, Oscar, op. cit. en la nota 38, p. 31-2.

⁴² C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”; Fallos: 331:1815, “Gentini, Jorge, Mario y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; 04/06/2013, “Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”; 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales.

(...)De tal suerte, en el momento actual son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores y las llamadas huelgas espontáneas, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de “wild strikes”, huelgas “salvajes” o huelgas sin control sindical (...) ⁴³.

En la misma línea, Palomeque López sostiene que el Alto Tribunal Español expresa la formulación clásica en la materia según la cual el derecho de huelga es de titularidad “individual” de cada trabajador y de ejercicio colectivo y, agrega, a fin de ofrecer claridad conceptual, que la titularidad del mencionado derecho habrá de depender de cuál sea el singular derecho que integra el contenido (plural ciertamente) del mismo, por lo que considera preferible hablar de una titularidad diferenciada del derecho en función de su propio contenido.

Así, para el prestigioso jurista español el contenido esencial del derecho de huelga (conf. art. 53.1 de la Constitución Española y la STC 11/1981) está integrado por un doble plano de poder jurídico: 1)el contenido colectivo del derecho, que tiene que ver con la realización de la huelga como fenómeno o medida colectiva en su conjunto (génesis, desarrollo y conclusión de la acción), cuya titularidad corresponde a diferentes sujetos colectivos (sindicatos, órganos de representación unitaria o sindical en los centros de trabajo y asambleas de trabajadores) y es, por lo tanto, también de carácter colectivo y 2)el contenido individual del derecho, que se refiere a la actitud del trabajador singular ante una huelga ya convocada, cuya titularidad corresponde de modo exclusivo a cada trabajador singularmente considerado y es por ello de carácter individual.

Concluye Palomeque López que una consecuencia de este sistema legal de atribución de la titularidad del derecho es, por cierto, la legalidad, tanto de las huelgas sindicales, esto es, las convocadas dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores, como de las llamadas espontáneas, no sindicales (“sin control sindical”, STC 11/1981), o salvajes (*wild strikes*) ⁴⁴.

En consecuencia, la Constitución Española interpretada por el Tribunal Constitucional, y la doctrina laboralista más caracterizada de ese país no imponen como exigencia de validez

⁴³ Tribunal Constitucional de España, STC 11/1981 de 8 de abril.

⁴⁴ Palomeque López, Manuel Carlos, *Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*, en *Estudios sobre la Huelga*, Coordinador Antonio Baylos Grau, Editorial Bomarzo, Albacete, España, Primera edición 2005, p. 15-17.

de la huelga su declaración por un sindicato formalmente constituido, sin que modifique esta conclusión la distinción entre las facetas individual y colectiva del ejercicio de ese derecho que efectúa la Corte Suprema de Argentina con cita de una obra de Sala Franco y Albiol Montesinos⁴⁵, teniendo en cuenta que según ese tramo de la sentencia las facultades incluidas en la faceta colectiva deberían ejercidas a través de una agrupación de trabajadores, concepto este último que no debe ser limitado en el discurso de los mencionados juristas españoles a un sindicato formalmente constituido.

Todo ello sin perjuicio de la validez de las huelgas sindicales en el sistema constitucional español.

Por último, la interpretación restrictiva del concepto “gremios” vulnera también el principio “*pro persona*” y el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, en tanto las normas internacionales de protección de los derechos humanos que analizaré seguidamente consagran la tesis amplia en materia de titularidad del derecho de huelga.

4.3. El convenio 87 de la OIT

a) En “Orellano” la Corte Suprema, luego de señalar que el Convenio 87 de la OIT no menciona expresamente el derecho de huelga, destaca que sí consagra el derecho de las “organizaciones de trabajadores” y de empleadores de “organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (art. 3) y establece como objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores” (art. 10).

Añade el Supremo Tribunal que, con apoyo en estas disposiciones, el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) han dado un amplio reconocimiento a este derecho considerándolo como un corolario indisociable de la libertad de sindicación.

Con cita de algunos pronunciamientos de estos órganos de control de aplicación de las normas de la OIT, la Corte Suprema concluye que de la doctrina establecida por los mismos la atribución de disponer medidas de fuerza sólo se reconoce a las organizaciones sindicales.

⁴⁵ Sala Franco, Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho sindical*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 456.

Previamente a la crítica de dicha conclusión, considero necesario destacar dos aspectos relevantes de este tramo de la sentencia.

En primer lugar, la Corte Suprema ratifica su doctrina acerca del valor jurídico de los dictámenes del CLS y de la CEACR en el ordenamiento jurídico argentino ⁴⁶.

En segundo término, el Máximo Tribunal considera implícitamente incluido en el Convenio 87 de la OIT el derecho de huelga ⁴⁷.

⁴⁶ C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas c/Ministerio de Trabajo” (invoca la doctrina de la CEACR para dilucidar el contenido y el alcance de las normas internacionales referidas a la inspección del trabajo); Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Anibal Raúl c/Disco S.A.” (invoca la doctrina de la CEACR para definir el concepto y alcance de la remuneración regulada por el Convenio 95 de la OIT y su compatibilidad con las normas legales argentinas cuestionadas); Fallos: 331:2499, 11/11/2008, “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo” (invoca la doctrina de la CEACR y del CLS para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con una norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551); Fallos: 332:2715, 09/12/2009, “Rossi, Adriana María c/Estado Nacional - Armada Argentina” (invoca la doctrina de la CEACR y del CLS para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con otra norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551) y Fallos: 336:672, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado” (invoca la doctrina de la CEACR para definir el concepto y alcance de la libertad sindical regulada por el Convenio 87 de la OIT y su compatibilidad con otra norma de la ley argentina de asociaciones sindicales n° 23.551).

Al respecto considero que en el ordenamiento jurídico argentino, la doctrina de la CEACR y del CLS constituye fuente de interpretación de los Convenios de la OIT, salvo en los casos en que se acudiera al mecanismo previsto en el art. 37 de la Constitución de ese organismo internacional. En este marco, los jueces y tribunales argentinos deberán tener en cuenta esa doctrina a fin de realizar el control de convencionalidad en los casos pertinentes sometidos a su jurisdicción, sin perjuicio -claro está- de aplicar otra norma más favorable al trabajador que la contenida en el Convenio de la OIT involucrado, o de escoger una interpretación más favorable a aquel sujeto de preferente tutela que la sustentada por los órganos de control de la OIT (conf. art. 19, párr. 8° de la Constitución de la OIT) (Zas, Oscar, op. cit. en la nota 7, p. 478-9).

⁴⁷ En junio de 2012, en el ámbito de la 101ª Conferencia de la OIT, por primera vez, la Comisión de Aplicación de Normas no pudo sesionar a causa de la posición asumida por la totalidad de los miembros del Grupo de los Empleadores, quienes se negaron a aceptar el examen de los casos relativos al Convenio 87, que incluyeran interpretaciones de la CEACR en relación con el derecho de huelga. En concreto, el conjunto de los empresarios sostuvo en ese entonces (y sostiene actualmente) que el derecho de huelga no se encuentra contenido en el Convenio 87 de la OIT ni en ninguna otra norma de ese organismo internacional. Por esa razón, la CEACR debería abstenerse -según el planteo de los empleadores- de expedirse u opinar acerca del derecho de huelga. Simultáneamente, los representantes del Grupo de los Empleadores cuestionaron la competencia de la CEACR por entender que no se encuentra dentro del alcance de su mandato la tarea de interpretación de los Convenios de la OIT. Dijeron -en este caso- los empresarios, que el mandato de los Expertos consiste en hacer comentarios acerca de la aplicación de los Convenios, pero "nunca interpretarlos" ya que únicamente la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya puede proporcionar una interpretación auténtica de los mismos. Ambas posiciones, fijadas por el portavoz del grupo patronal una semana antes de que empezara a sesionar la Comisión de Normas en el ámbito de la Conferencia, condujeron a un virtual bloqueo de la misma, que no pudo ingresar al debate sobre el Estudio General que -regular y anualmente- presenta la CEACR, ni examinar, tampoco, los casos de incumplimientos más graves a la legislación laboral internacional. Desde el año 2012 hasta hoy se han sucedido cuatro reuniones de la Conferencia Internacional de Trabajo y en ninguna de ellas se han analizado casos de violaciones a la Libertad Sindical que incluyan a la huelga. Se han tratado casos que atañen a la libertad de sindicalización, a la negociación colectiva, a la protección de representantes gremiales, casos graves de atentados a dirigentes sindicales, pero no se han examinado aquellos en los cuales se encuentra involucrado el derecho de huelga. No sólo eso, sino que persiste el duro y estratégico cuestionamiento de los empleadores hacia la competencia y funciones de la CEACR (ver Tribuzio, José E., *El derecho de huelga y la Organización Internacional del Trabajo: apuntes sobre el debate actual en torno al Convenio 87 y la competencia de la*

b) La cita de la obra de Gernigon, Otero y Guido efectuada en la parte final del segundo párrafo del considerando 11) de “Orellano” no se ajusta cabalmente al fragmento textual pertinente. En efecto, los mencionados autores señalan:

(...)aunque no menciona expresamente el derecho de huelga, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores “de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (artículo 3) y establece como objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores” (artículo 10) (OIT, 1985, págs. 708 y 709). A partir de estas disposiciones, dos órganos instituidos para el control de la aplicación de las normas de la OIT, el Comité de Libertad Sindical (desde 1952) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (desde 1959), han reconocido en numerosas ocasiones **el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones** y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga -es decir, una extensa “jurisprudencia” entendida en el sentido amplio del término- que precisa el alcance de las disposiciones mencionadas (...) ⁴⁸.

Más adelante, los mencionados autores agregan:

(...)Ya en 1952, en su segunda reunión, el Comité de Libertad Sindical afirmó el derecho de huelga y formuló los elementos del principio básico sobre este derecho, del que en cierto modo derivan todos los demás, a tenor del cual **el derecho de huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones** para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales (OIT, 1996, párrafos 473-475) (...) ⁴⁹.

Los tramos que he subrayado y destacado “en negrilla” revelan inequívocamente que para los mencionados autores los dos órganos de control de la OIT postulan la titularidad del derecho de huelga con un criterio amplio que no excluye, naturalmente, la pluralidad de trabajadores.

Idéntica conclusión cabe adoptar respecto a la postura de Lee Swepston invocada por la Corte Suprema como fundamento de su tesis en el penúltimo párrafo del considerando 11) de “Orellano”.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, DT, 2016 (marzo), p. 653, Cita Online: AR/DOC/3317/2015).

⁴⁸ Gernigon, Bernard, Otero, Alberto y Guido, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Edición 2000, p. 8.

Enlace (en español): http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087989.pdf (recuperado el 27/11/2016).

⁴⁹ Gernigon, Otero y Guido, op. cit. en la nota 48, p. 11.

En efecto, el citado especialista estadounidense en normas internacionales y derechos humanos y ex funcionario de la OIT, afirma textualmente:

(...); Quién tiene derecho a hacer huelga?. Tanto los trabajadores como sus organizaciones lo tienen. No obstante, la base jurídica del reconocimiento de este derecho reside fundamentalmente en los artículos 3 y 10 del Convenio, que se refieren a los derechos y objetivos de las organizaciones de trabajadores. En todo caso, el Comité de Libertad Sindical admite que, en virtud del Convenio núm. 87, el derecho de declarar una huelga corresponde exclusivamente a las organizaciones sindicales (...) ⁵⁰.

El tramo que he subrayado y destacado “en negrilla” demuestra claramente cuál es la posición del referido autor respecto a la titularidad del derecho de huelga.

La afirmación del derecho exclusivo a declarar una huelga en cabeza de las organizaciones sindicales está extraída del párrafo 477 de la Recopilación de decisiones y principios del CLS, Cuarta edición (revisada), de 1996.

Sin embargo, en los párrafos 473, 474 y 475 transcritos en la misma página de la citada recopilación el CLS sostiene categóricamente que el derecho de huelga es un “derecho fundamental”, un “derecho legítimo” y “uno de los medios esenciales” de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la defensa de sus intereses ⁵¹.

Al analizar seguidamente la doctrina del CLS en materia de titularidad del derecho de huelga, agregaré argumentos tendientes a contextualizar la supuesta “exclusividad” sindical.

c) Los segmentos de la doctrina del CLS y de la CEACR son presentados por la Corte Suprema de tal modo que parecen conducir a que esos órganos de control sostienen la tesis “orgánica” en materia de titularidad del derecho de huelga.

Sin embargo, una lectura integral, sistemática y contextualizada de dicha doctrina descarta la conclusión adoptada por el Alto Tribunal argentino.

⁵⁰ Swepston, Lee, *Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 117 (1998), núm. 2, p. 208.

⁵¹ *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Cuarta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, párr. 473, 474 y 475, p. 111.

Idénticos criterios son reiterados en los párrafos 520, 521 y 522 de la Recopilación de 2006. Ver: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, párr. 520, 521 y 522, p. 115.

d) En el tercer párrafo del considerando 11) la Corte Suprema señala que el CLS, ya desde su segunda reunión celebrada en 1952, destacó que el derecho de huelga “es uno de los elementos esenciales del derecho sindical”, y agrega que, poco tiempo después, el CLS refirió que “en la mayor parte de los países se reconocía que el derecho de huelga constituye un derecho legítimo al que pueden recurrir los sindicatos para defender los intereses de sus miembros, con cita del Estudio general de 1994 de la CEACR, que fuera editado por la OIT como “Libertad sindical y negociación colectiva”. El considerando concluye con otro fragmento, extraído de la última recopilación de decisiones y principios del CLS, en el que este órgano manifestó que “no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87”

Como señala Héctor Omar García, el referido tercer párrafo del considerando 11) reproduce en rigor la primera parte del párrafo nº 146 del precitado Estudio General, que condensa recomendaciones del CLS en su momento dirigidas respectivamente al Reino Unido y a la India en el marco de quejas presentadas con motivo de sendas violaciones a la libertad sindical. En el primer caso, la queja estaba vinculada con medidas adoptadas en contra de los sindicatos por el Gobierno de Jamaica (entonces “territorio no metropolitano” -es decir colonia- del imperio británico), consistentes en la utilización de la policía reforzada con tropas para romper sus huelgas y la prohibición de sus reuniones de carácter público. No por otra razón la conclusión del CLS -ceñida al caso planteado en concreto- mencionaba solamente a “los sindicatos”. La situación es análoga a la del caso de la República de la India, en cuanto la queja estaba relacionada con graves restricciones al accionar sindical ⁵².

En el párrafo final del considerando 11) se lee que “el Comité ha dicho que no parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87”.

Sin embargo, el párrafo completo dice:

(...) No parece que el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga sea incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87. Aunque es preciso, sin embargo, que los trabajadores, y en particular los dirigentes de los mismos en las empresas, estén protegidos contra eventuales actos de discriminación a consecuencia de una huelga realizada en dichas condiciones, y que puedan constituir sindicatos sin ser víctimas de prácticas antisindicales (...) ⁵³.

Enlace (en español): http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf (recuperado el 27/11/2016).

⁵² García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20, y las notas 26, 27, 28 y 29 citadas por dicho autor.

⁵³ *La libertad sindical...* 2006, cit. en la nota 51, párr. 524, p. 116.

Dicho párrafo es el extracto de un párrafo más extenso obrante en las conclusiones a las que arribó el CLS en el caso 2258 (queja presentada contra la República de Cuba), incluido en el Informe n° 334 de dicho órgano. En el “informe provisional” emitido durante el desarrollo del caso, en junio de 2004, se observa que la proposición transcrita tanto en la recopilación de la OIT como en el fallo “Orellano” se encuentra precedida de un fragmento que expresa de manera diáfana y contundente la posición del Comité sobre la concepción de la titularidad del derecho de huelga que resulta compatible con el principio de libertad sindical. En el párrafo 412 del mencionado informe provisional del caso se dice que: “el Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales”. La referencia a que “el hecho de reservar exclusivamente a las organizaciones sindicales el derecho de declarar una huelga” no parezca “incompatible con las normas establecidas en el Convenio núm. 87”, debe ser contextualizado en el marco de la queja, en la que los querellantes imputan al Estado cubano muy graves impedimentos para la constitución y actuación de las organizaciones sindicales ⁵⁴.

A los argumentos expuestos precedentemente cabe agregar lo dicho por el CLS en los siguientes términos:

“El hecho de que se convoque una huelga por el reconocimiento legal de un sindicato constituye un caso de interés legítimo que deben defender los trabajadores y sus organizaciones” ⁵⁵.

Resulta difícil encontrar un caso más claro donde el CLS manifieste expresamente que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, pues justamente el sindicato que estos últimos querían constituir no había sido reconocido legalmente.

e) En la parte final del tercer párrafo del considerando 11) de “Orellano” se cita, asimismo, a la CEACR, concretamente un fragmento extraído de los párrafos 147 y 148 del Estudio general de 1994, que remite a su vez al Estudio general elaborado por la propia CEACR en 1959 según el cual “la prohibición de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades”.

⁵⁴ García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20 y la nota 33 citada por el referido autor.

⁵⁵ *La libertad sindical...* 2006, cit. en la nota 51, párr. 535, p. 118.

A los fines de comprender cabalmente la posición adoptada al respecto por la CEACR, corresponde la transcripción íntegra de los párrafos precitados.

(...) La Comisión de Expertos, ya en su Estudio general elaborado en 1959, expresó la opinión de que la prohibición de la huelga a los trabajadores distintos de los funcionarios que actúan como órganos del poder público `...puede constituir una limitación importante de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales', e indicó que parece haber una antinomia entre esta prohibición y el párrafo 2 del artículo 8 del Convenio núm. 87. Posteriormente, esta postura fue confirmada y reforzada en los términos siguientes: `Una prohibición general de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículo 10 del Convenio núm. 87) y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades', y **el derecho de huelga constituye uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales**. Estos derechos no sólo comprenden la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que abarcan también la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social y a problemas relativos a la empresa que interesan directamente a los trabajadores'. Así, el razonamiento de la Comisión se articula en base al derecho que se reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores de organizar sus actividades y a formular su programa de acción con el objeto de fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículos 3, 8 y 10 del Convenio núm. 87) (...) ⁵⁶.

(...) **La expresión `actividades y programa de acción' sólo tiene sentido, en este contexto, en relación con lo dispuesto en el artículo 10, según el cual el término organización significa, en el Convenio núm. 87, toda organización `que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores' o de los empleadores**. Los trabajadores, para poder fomentar y defender sus intereses, necesitan disponer de medios de acción que les permitan ejercer presiones para el logro de sus reivindicaciones. En una relación económica tradicional, uno de los medios de presión de que disponen los trabajadores consiste en interrumpir la prestación de sus servicios retirando temporalmente su fuerza de trabajo con arreglo a diversas modalidades, con lo cual se trata de ocasionar un costo al empleador para inducirlo a hacer concesiones. Esta lógica económica no puede aplicarse al pie de la letra en el sector público, aun cuando la interrupción del trabajo también constituye en este caso el último recurso de que disponen los trabajadores. En consecuencia, la Comisión opina que **el significado corriente de la expresión `programa de acción' incluye la huelga, lo que le llevó desde muy pronto a considerar que el derecho de huelga es uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para fomentar sus intereses económicos y sociales** (...) ⁵⁷.

⁵⁶ Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, *Libertad sindical y negociación colectiva, Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, parágr. 147, p. 69-70.

⁵⁷ *Estudio general...*, cit. en la nota 56, parágr. 148, p. 70.

Los textos transcritos, interpretados armónica e integralmente, en especial los tramos que he subrayado y destacado “en negrilla” no dejan dudas acerca de la doctrina del CEACR respecto a la titularidad del derecho de huelga.

Es más, el alcance amplio del art. 10 del Convenio 87, en conexión con el concepto de “actividades y programa de acción”, sustentado por el citado órgano de control, permite que la primera de las normas al referirse a “toda organización de trabajadores” comprenda, no sólo los sindicatos formalmente constituidos, sino las organizaciones de trabajadores de carácter no permanente, como las coaliciones y las asambleas de trabajadores ⁵⁸.

Con notable claridad señala Villavicencio Ríos que, si bien los trabajadores prefieren ejercer su libertad sindical a través de una red institucionalizada de sujetos colectivos orgánicamente estructurados, estables y permanentes (sindicatos, federaciones, confederaciones), dentro de la definición de libertad sindical no podemos negarles un lugar a otras articulaciones colectivas de trabajadores, menos estructuradas y más informales y esporádicas (uniones, coaliciones, etc.) que concurren con los sindicatos en el terreno de la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Añade el prestigioso jurista peruano que hay que tener siempre presente que el artículo 10 del Convenio 87 OIT establece que en su articulado “el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”, con lo que se rompe la vinculación única entre sindicato (organización institucionalizada y permanente) y libertad sindical, abriéndose el abanico de su cobertura también a las formas menos estructuradas y más esporádicas ⁵⁹.

4.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

a) En el primer párrafo del considerando 12) de “Orellano” la Corte Suprema sostiene que el examen de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional o suprallegal arroja una conclusión similar, pues el Estado argentino habría

⁵⁸ García, Héctor Omar, op. cit. en la nota 20.

⁵⁹ Villavicencio Ríos, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*, OIT-Proyecto FSAL/ACTRAV-Programa Laboral de Desarrollo-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2010, p. 88.

Enlace (en español):

<http://posgrado.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/09/LA-LIBERTAD-SINDICAL-EN-EL-PER%C3%9A-2010-FINAL.pdf> (recuperado el 10/12/2016).

asumido el compromiso de garantizar el derecho de huelga como derecho inherente a la libertad de sindicación.

En la tesis del Supremo Tribunal la inherencia al derecho de sindicación implicaría que la condición de validez de la huelga sería su previa declaración por una asociación sindical formalmente constituida e inscripta.

b) Sin perjuicio de que considero que dicha conclusión no surge de la interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional, resulta jurídicamente inaceptable la tesis de que ese supuesto condicionamiento sea insoslayable al momento de la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y suprallegal en materia de huelga.

En efecto, en los actos jurídicos de ratificación y aprobación de los tratados y pactos internacionales pertinentes la República Argentina no formuló reserva, ni condicionamiento alguno respecto a la titularidad del derecho de huelga.

Por otra parte, las normas internacionales involucradas deben ser interpretadas según las reglas establecidas en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) y teniendo en cuenta los principios *pro persona* y de interpretación evolutiva, por tratarse de normas de protección de derechos humanos.

c) Luego de reiterar su doctrina de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el intérprete autorizado del PIDESC en el ámbito internacional⁶⁰, en “Orellano” la Corte Suprema, a través de la cita de dos Observaciones Finales del citado organismo, concluye que el mismo encuadra a la huelga prevista en el art. 8 del PIDESC dentro de los derechos sindicales.

Como sostiene Gialdino, las Observaciones Finales citadas por el Alto Tribunal, relativas a Burundi y a Kazajistan, no expresan y ni siquiera sugieren que el reconocimiento de ese derecho recaiga de manera exclusiva en los sindicatos⁶¹.

⁶⁰ C.S.J.N., Fallos: 335:452, 24/04/2012, “Q. C. S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, entre otros. Considero que la doctrina del CDESC puede ser dejada de lado por los jueces y tribunales nacionales por otra interpretación más favorable al trabajador adoptada según los principios y reglas hermenéuticos pertinentes, y sin perjuicio -claro está- de la aplicación de otra norma más favorable a aquel sujeto de preferente tutela constitucional (conf. arts. 5 y 8.3, PIDESC).

⁶¹ Gialdino, Rolando E., *La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso Orellano: un regreso al siglo XIX*, DT 2016 (octubre), p. 2367, Cita Online: AR/DOC/2207/2016.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen numerosas Observaciones Finales a través de las cuales el CDESC reconoce a los trabajadores el derecho de huelga con fundamento en el art. 8 del PIDESC.

Así, la parte pertinente de la Observación Final relativa a la Federación de Rusia de 2011 establece:

(...)19. Preocupa al Comité que en la legislación del Estado parte se siga restringiendo el derecho de huelga de los trabajadores de determinados sectores públicos, como en el caso los trabajadores del servicio federal de correos, los ferrocarriles y los funcionarios municipales, así como otros que no ejercen la autoridad en nombre del Estado (art. 8). El Comité insta al Estado parte a modificar los instrumentos legislativos vigentes que corresponda para que todos los funcionarios públicos que no ejerzan la autoridad en nombre del Estado parte puedan ejercer libremente su derecho de huelga (...) ⁶².

En la Observación Final relativa a Eslovaquia de 2012 el CDESC señala:

(...)17. Preocupan al Comité las limitaciones excesivas del derecho a la huelga de ciertas categorías de funcionarios del Estado (art. 8). El Comité recomienda al Estado parte que revise su legislación, en especial la Ley N° 2 de 1991, con

El texto de la Observación Final relativa a Burundi, de 2015, citado por la Corte Suprema es el siguiente:

(...)31. El Comité considera preocupante que el ejercicio de los derechos sindicales, como la negociación colectiva y el derecho de huelga, siga siendo objeto de restricciones excesivas en la legislación y en la práctica (art. 8). 32. El Comité insta al Estado parte a que armonice su legislación sobre los derechos sindicales con el artículo 8 del Pacto, teniendo en cuenta el Convenio de 1948 de la OIT sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (núm. 87) y el Convenio de 1949 de la OIT relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (núm. 98). El Estado parte debería prestar atención especial al artículo 275, del Código del Trabajo, relativo a la elección de los representantes sindicales, y a los artículos 211 a 223 del mismo Código sobre el ejercicio del derecho de huelga, así como a los artículos 8 y 10 de la Ley núm. 1/015 de 29 de noviembre de 2002 por los que se reglamenta el ejercicio del derecho de sindicación y el derecho de huelga en la función pública. El Comité insta también al Estado parte a que proteja los derechos sindicales e investigue con diligencia todas las denuncias de violaciones de estos derechos que se señalen a su atención, y a que prevea una reparación adecuada (...).

E/C.12/BDI/CO/1. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/BDI/CO/1&Lang=Sp. (recuperado el 27/11/2016).

A su vez, el texto de la Observación Final relativa a Kazajistán, de 2010, citado por la Corte Suprema es el siguiente:

(...)22. El Comité observa con preocupación las restricciones impuestas por el Estado parte al derecho de huelga. El Comité insta al Estado parte a que reconsidere su legislación sobre el derecho de huelga para armonizarla con el artículo 8 del Pacto y con los Convenios de la OIT relativos al derecho de huelga (art. 8) (...).

E/C.12/KAZ/CO/1. Enlace (en español): <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8762> (recuperado el 27/11/2016).

⁶² Año 2011, E/C.12/RUS/CO/5. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/RUS/CO/5&Lang=En (recuperado el 27/11/2016).

el fin de permitir un ejercicio más amplio del derecho de huelga por ciertas categorías de funcionarios del Estado parte (...) ⁶³.

En la Observación Final relativa a El Salvador de 2014 se lee:

(...)14. El Comité reitera su preocupación sobre las restricciones impuestas al ejercicio del derecho de huelga y sobre el hecho de que un gran número de huelgas son declaradas ilegales por los tribunales en el Estado parte. Asimismo, lamenta no haber recibido datos precisos y actualizados sobre el número de huelgas declaradas ilegales entre 2010 y 2014 y sus causas de ilegalización (art. 8). El Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para asegurar que todos los trabajadores puedan ejercer su derecho a la huelga, como se establece en el artículo 8 del Pacto. También pide al Estado parte que, en su próximo informe periódico, presente estadísticas detalladas y desglosadas sobre el número de huelgas que los tribunales del Estado parte han declarado ilegales y sus causas (...) ⁶⁴.

Por otra parte, y más allá de la clara doctrina del CDESC, una interpretación del art. 8 del PIDESC a luz de los principios y reglas precitados permite concluir sin hesitación alguna que los trabajadores son titulares del derecho a declarar la huelga.

En efecto, dicha norma establece el “derecho de toda persona” a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (art. 8.1.a), el “derecho de los sindicatos” a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas (“federaciones o confederaciones nacionales”) a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas (art. 8.1.b), el “derecho de los sindicatos” a funcionar sin obstáculos (art. 8.1.c), y el derecho de huelga, sin indicar titular alguno (art. 8.1.d).

Es decir, la norma ubicó en un “bloque” separado el derecho de huelga sin mención expresa del titular; por lo tanto, se proyecta, necesaria y primariamente, al modo de cualquier tratado de derechos humanos, como “derecho de toda persona”, entendiendo como tal a la persona humana ⁶⁵, en el caso específico laboral a la persona trabajadora.

El Preámbulo del PIDESC, en especial los tramos que subrayaré y destacaré “en negrilla”, a la luz de las consideraciones que expondré en el capítulo siguiente, corroboran dicha interpretación.

En efecto, la parte pertinente de dicho Preámbulo dispone:

⁶³ Año 2012, E/C.12/SVK/CO/2. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/SVK/CO/2&Lang=En (recuperado el 27/11/2016).

⁶⁴ Año 2014, E/C.12/SLV/CO/3-5. Enlace (en español): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/SLV/CO/3-5&Lang=En (recuperado el 27/11/2016).

⁶⁵ Gialdino, Rolando E., op. cit. en la nota 61.

(...)Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el **reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,**

Reconociendo que **estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,**

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, **no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales,** tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el **respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos** (...)

4.5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

a) Luego de transcribir un tramo del art. 26 de la CADH y el inc. c) del art. 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Corte Suprema en el penúltimo párrafo del considerando 12) de “Orellano” concluye que el reconocimiento del derecho de huelga se encuadra en una norma claramente alusiva a la libertad de asociarse para la defensa y promoción de los intereses profesionales, conclusión que lleva al tribunal argentino a corroborar su tesis según la cual la legalidad de la huelga está condicionada a su proclamación por un sindicato formalmente constituido e inscripto.

b) A mi entender, los criterios hermenéuticos aplicables al caso descartan de plano la tesis restrictiva que propone el Alto Tribunal argentino para interpretar el art. 45, inc. c) de la Carta de la OEA.

En efecto, el art. 31.1 de la CVDT establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin...”

El art. 45, inc. c) de la Carta de la OEA reconoce el derecho de huelga “por parte de los trabajadores” e inmediatamente “el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia”.

Es decir, distingue claramente derechos según su titular: por una parte, a las asociaciones les reconoce su personería jurídica y la protección de su libertad e independencia, y, por la otra, a “los trabajadores” el derecho de huelga.

Se trata de un esquema normativo similar al adoptado por el art. 8 del PIDESC, aunque la Carta de la OEA es más clara y contundente pues alude inequívocamente a “los trabajadores” como titulares del derecho de huelga.

Por lo tanto, la interpretación de buena fe conforme al sentido corriente de los términos “los trabajadores” no admite duda alguna.

El Preámbulo de la CADH afirma en lo pertinente:

(...)Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los **derechos esenciales del hombre**; Reconociendo que **los derechos esenciales del hombre** no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que **tienen como fundamento los atributos de la persona humana**, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; (...)

Considerando que **estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos** (...)

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, **sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales**, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la **incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales** (...)

A su vez, el Preámbulo de la Carta de la OEA señala en lo pertinente:

(...) Convencidos de que **su misión histórica es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones**; (...)

Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un **régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre**; (...)

Los tramos que he subrayado y destacado “en negrilla” de los Preámbulos de la CADH y de la Carta de la OEA permiten afirmar que el objeto y fin de ambos instrumentos internacionales es el respeto de los derechos esenciales del hombre, en un régimen de libertad individual y justicia social, a cuyo fin deben crearse condiciones que permitan a cada persona, en libertad y exenta del temor y la miseria, el goce de sus derechos económicos sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

En esa línea, y como fue adelantado en el capítulo 3, constituye criterio hermenéutico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las normas de la CADH deben

interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CADH, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Por otra parte, juega un papel relevante el principio *pro persona* receptado expresamente en el art. 29 de la CADH.

Según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen⁶⁶.

En esta inteligencia, el cimero tribunal americano sostiene que a fin de interpretar un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el mismo (conf. art. 31.2, CVDT), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (conf. art. 31.3, CVDT)⁶⁷, en la especie el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En el marco de una interpretación sistemática de la CADH se deben considerar todas las disposiciones que la integran y los acuerdos e instrumentos relacionados con ella, como por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (CIAGS).

La DADDH está expresamente mencionada en el art. 29, inc. d) de la CADH y la CIAGS también está incluida dentro de los “otros actos internacionales de la misma naturaleza” a los que se refiere aquella norma de la CADH⁶⁸.

Como señala Gros Espiell, la Carta de la OEA, la CADH, la DADDH y la CIAGS forman un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que lo componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente y en el cual cada uno de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros⁶⁹.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 43 y Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 191.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros citado en la nota 66, párr. 191.

⁶⁸ Zas, Oscar, *op. cit.* en la nota 7, p. 465.

⁶⁹ Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, p. 110, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, España, 1988.

Cabe aclarar que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSS) también integra el conjunto normativo precitado.

Los considerandos relevantes de la DADDH expresan:

(...)Que los pueblos americanos han **dignificado la persona humana** y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la **protección de los derechos esenciales del hombre** y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que **los derechos esenciales del hombre** no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que **tienen como fundamento los atributos de la persona humana**;

Que la protección internacional de los **derechos del hombre** debe ser **guía principalísima del derecho americano en evolución**;

Que la consagración americana de **los derechos esenciales del hombre** unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias (...).

Los considerandos de la DADDH corroboran la interpretación propuesta.

Sin perjuicio de lo que agregaré en el capítulo pertinente, el texto del art. 26 de la CIAGS corrobora irrefutablemente que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos los trabajadores son titulares del derecho a declarar una huelga, sin perjuicio de que los sindicatos también puedan ser titulares de este derecho.

4.6. El Protocolo de San Salvador

a) En el último párrafo del considerando 12) de Orellano la Corte Suprema, para dilucidar la titularidad del derecho de huelga en el PSS, se limita a señalar que este instrumento internacional contiene una disposición de idéntico tenor a la precedentemente referida en su art. 8 titulado “Derechos Sindicales”.

Si bien el párrafo citado no se caracteriza por su claridad, parece referirse a la interpretación del art. 8 del PIDESC propuesta en el segundo y tercer párrafos del considerando 12).

b) Una interpretación del art. 8.1 del PSS a luz de los principios y reglas hermenéuticos expuestos en este texto permite concluir sin duda alguna que los trabajadores son titulares del derecho a declarar la huelga.

En efecto, dicha norma establece el “derecho de los trabajadores” a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses (art. 8.1.a. 1º párr.), el “derecho de los sindicatos” a formar federaciones o confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones internacionales y asociarse a la de su elección (art. 8.1.a.2º párr.), el “derecho de los sindicatos, federaciones y confederaciones” a funcionar libremente (art. 8.1.a.3º párr.), y el derecho a la huelga, sin indicar titular alguno (art. 8.1.b).

Es decir, la norma ubicó en un “bloque” separado el derecho de huelga sin mención expresa del titular; por tanto, se proyecta, necesaria y primariamente, al modo de cualquier tratado de derechos humanos, como “derecho de toda persona”, entendiendo como tal a la persona humana, en el caso específico laboral a la persona trabajadora.

El Preámbulo del PSS, en especial los tramos que subrayaré y destacaré “en negrilla”, corroboran dicha interpretación.

En efecto, la parte pertinente de dicho Preámbulo dispone:

(...)Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de **libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre;**

Reconociendo que **los derechos esenciales del hombre** no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que **tienen como fundamento los atributos de la persona humana** razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto **las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana,** por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros; (...)

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del **ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales,** tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Teniendo presente que **si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos** en función de consolidar en América, sobre la base del respeto

integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (...).

4.7. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

a) En el considerando 13) de “Orellano” la Corte Suprema descarta para dar sustento a una conclusión distinta las que denomina “ciertas expresiones” como las de la CIAGS, que, inmediatamente después de referirse al derecho de sindicación, señalan -según el parecer del tribunal argentino- “sin aclaración alguna”, que “los trabajadores tienen derecho a la huelga” (arts. 26 y 27).

Sostiene, en apoyo de su tesis restrictiva, que la CIAGS alude genéricamente a la huelga sin diferenciar los aspectos individuales y colectivos del ejercicio de tal derecho, imprecisión que sólo permitiría concluir -según el Supremo Tribunal argentino- que sus disposiciones indudablemente garantizan el derecho de los trabajadores de adherirse a una huelga declarada (art. 27), y el de las organizaciones sindicales de disponerla o declararla como lógico corolario del derecho de sindicación (reconocido en el art. 26).

b) El régimen de interpretación de la CVDT se atiene al principio de la primacía del texto, es decir remite a la aplicación de criterios objetivos de interpretación vinculados a los textos mismos, sin que impida la aplicación de esa pauta la eventual exclusión de la CIAGS del ámbito de la citada CVDT, en tanto en el Derecho Internacional aquélla es la norma cardinal de toda interpretación ⁷⁰.

Según recuerda la Corte Suprema en precedentes anteriores, la CIAGS (Declaración de los derechos sociales del trabajador) fue adoptada por los Estados americanos al mismo tiempo y en el mismo marco en que fueron adoptadas la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948), relación esta por la cual, además, la primera debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de esta última, i.e., la Declaración Americana (Gros Espiell, Héctor, Estudios sobre derechos

⁷⁰ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

humanos II, IIDH / Civitas, Madrid, 1988, p. 110). Añade el Supremo Tribunal argentino que la CIAGS tuvo por objeto "declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables" (art. 1), y que, según su art. 2 el trabajo goza de la protección especial del Estado ⁷¹.

No resulta dudoso, entonces, que la intención de la CIAGS ha sido la de constituir un mínimo de derechos, dejando a la legislación nacional sólo como medio de mejoramiento de ese límite inferior. Ello armoniza con el Preámbulo, teniendo en cuenta que, según el art. 31.2 de la CVDT, para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá el texto, incluidos su preámbulo y anexos.

El texto del Preámbulo de la Carta expresa en lo pertinente:

(...) Los Estados Americanos, deseosos de dar efectividad a la persistente y generosa aspiración de las Conferencias Interamericanas de que en el Continente existan **normas que protejan ampliamente a los trabajadores;**

(...)

(...) es de interés público, desde el punto de vista internacional, la expedición de una legislación social lo más completa posible que dé a **los trabajadores garantías y derechos en escala no inferior a la indicada en las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo;**

Conformes en que la cooperación económica, tan esencial para las Repúblicas Americanas, no puede ser verdaderamente efectiva a menos que se tomen medidas para **asegurar los derechos de los trabajadores** (...)

La interpretación del art. 26 de la CIAGS en cuanto reconoce a "los trabajadores" el derecho de huelga, conforme al sentido corriente de esos términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la CIAGS, que es la declaración de un mínimo de derechos para los trabajadores, no deja duda alguna acerca de que estos últimos tienen el derecho a declarar la huelga, sin que exista criterio hermenéutico alguno entre los principios y reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que permita reducir ese derecho a la adhesión a una huelga previamente declarada por el sindicato formalmente constituido e inscripto en un registro estatal.

La CIAGS distinguió claramente entre los derechos de asociación consagrados en el art. 26 y el derecho de huelga reconocido a "los trabajadores" en el art. 27, sin que exista pauta

⁷¹ C.S.J.N., Fallos: 333:1361, 10/08/2010, "Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa"; Fallos: 336:672, 18/06/2013, "Asociación de Trabajadores del Estado".

objetiva alguna que permita atribuir imprecisión alguna a dicha construcción jurídica y, mucho menos, a los claros e inequívocos términos empleados por el art. 27: “los trabajadores”.

Los criterios hermenéuticos desarrollados a lo largo de este texto corroboran la conclusión expuesta, teniendo en cuenta especialmente los tramos del Preámbulo de la CIAGS que he subrayado y destacado “en negrilla”.

Si hipotéticamente se admitiera la existencia de alguna duda interpretativa, por aplicación del principio *pro persona* debería escogerse la solución más favorable a la persona protegida, esto es, el trabajador, y no restringir su derecho a través de un condicionamiento jurídico inexistente.

4.8. El olvido de un instrumento internacional decisivo: la Declaración Sociolaboral del Mercosur

a) La Corte Suprema omite considerar un instrumento jurídico internacional decisivo para la solución del caso: la Declaración Sociolaboral del Mercosur (DSLMS), pese a que le había reconocido valor jurídico en varios precedentes laborales ⁷².

b) En efecto, el Capítulo denominado “Derechos Colectivos” de la DSLMS adoptada el 10 de diciembre de 1998 regula separadamente la “Libertad de asociación” (art. 8), la “Libertad Sindical” (art. 9), la “Negociación colectiva” (art. 10) y la “Huelga” (art. 11).

Precisamente, el art. 11 dispone:

“1.Los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, atendiendo a las disposiciones nacionales vigentes en cada Estado Parte”

“2.Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad”.

El texto de la norma no admite duda alguna en cuanto al criterio amplio adoptado en materia de titularidad del derecho de huelga, que comprende a los trabajadores y a las organizaciones sindicales, sin que corresponda condicionar ese derecho de los trabajadores a la

⁷² C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”.

proclamación previa por un sindicato formalmente constituido e inscripto, pues -como señalé en el párrafo anterior- el derecho de huelga conforma un bloque separado.

Las “disposiciones nacionales vigentes en cada Estado Parte” no habilitan a restringir el derecho de los trabajadores a la sola adhesión a la huelga ya declarada por el sindicato so pretexto de una interpretación restrictiva del concepto “gremios”, pues, aun de admitirse hipotéticamente esta conclusión, cabe reiterar que, según doctrina reiterada de la Corte Suprema, el art. 14 bis de la Constitución Nacional tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. PIDESC, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano (CADH, art. 29.c), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las condiciones de trabajo ⁷³.

Cabe destacar que el nuevo texto de la DSLM aprobado el 17 de julio de 2015, luego de la revisión prevista en el art. 24 originario, mantiene en su art. 18 la titularidad de la huelga en cabeza de los trabajadores y las organizaciones sindicales, la inserción de esa norma en el Capítulo denominado “Derechos Colectivos” y ratifica la regulación separada de los restantes institutos del Derecho Colectivo del Trabajo (la “Libertad sindical” -art. 16- y la “Negociación colectiva” -art. 17-), incluyendo ahora expresamente en aquel capítulo la “Promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos” (art. 19) y el “Diálogo social” (art. 20).

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en los capítulos anteriores, la norma de la DSLM reguladora del derecho de huelga, tanto en su redacción de 1998 como en la revisión de 2015, bastaría por sí sola para descartar la tesis de la Corte Suprema y sostener que una pluralidad de trabajadores tiene derecho a declarar la huelga, sin que sea exigible la previa proclamación por el sindicato.

CONCLUSIÓN

Las normas de jerarquía constitucional y supralegal pertinentes interpretadas a la luz de los principios y reglas hermenéuticos expuestos reconocen el derecho a declarar la huelga a una

⁷³ C.S.J.N., sentencias citadas en la nota 15.

pluralidad de trabajadores, sin que sea exigible la proclamación previa por parte de un sindicato formalmente constituido e inscripto.

Naturalmente, los sindicatos -con personería gremial y simplemente inscriptos- también son titulares del mencionado derecho.

NOTION DE CONTRAT DE TRAVAIL¹

CONCEPT OF EMPLOYMENT CONTRACT

Emmanuel Dockès²

RÉSUMÉ: Le but de cet article est discuter la notion de contrat de travail. C'est une question toujours actuelle parce qu'elle détermine qui bénéficie des protections du droit du travail et aussi du droit de la sécurité sociale. Le contrat de travail est traditionnellement présenté comme un composé de trois éléments: travail, salaire et subordination. Cette dernière est le plus importante des éléments. On montre que le "lien juridique de subordination" a été remplacé par le "l'état de subordination" et on réévalue la dépendance économique. On montre aussi que la répartition des risques économiques entre l'employeur et le salarié ne peut pas avoir influence sur la qualification de contrat de travail. On conclut que la subordination est composée de direction, contrôle et capacité à prendre des sanctions. C'est la présence de ces éléments en fait, dans la pratique, qui importe ("état de subordination"). Le critère central du contrat de travail apparaît alors être un composé de subordination et de dépendance, cet-à-dire, l'intensité de l'un de ces éléments permet de suppléer la faiblesse de l'autre.

MOTS-CLÉ: Droit du travail. Contrat de travail. Subordination. Dépendance économique.

ABSTRACT: This article aims to study the concept of employment contract. This is always a current question because it defines who is protected by labour law and social security law. The employment contract is traditionally presented as an ensemble of three elements: work, salary and subordination, which is the most important element. We show that the "subordination as a legal relationship" was replaced by the "state of subordination". We also show that economic risks shared by employer and employee can't be considered for the purpose of defining employment contract. We conclude that subordination is composed by direction, control and capacity of applying sanctions. These elements must be present in practice ("state of subordination"). The central criterion of employment contract is an ensemble of subordination and dependence, i.e., one of these elements' intensity allows to overcome the other's weakness.

Artigo recebido em 16 de outubro de 2016

1 O presente artigo foi publicado anteriormente na Revista *Droit Social*, n. 05, maio/2011.

2 Emmanuel Dockès é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Paris X - Nanterre. É autor do livro *Droit du Travail*, publicado pela Editora Dalloz, em sua 30ª edição neste ano, em co-autoria com o Prof. Gilles Auzero.

KEYWORDS: Labour law. Employment contract. Subordination. Economic dependence

INTRODUCTION

La notion de contrat de travail et la question, connexe, des frontières du droit du travail n'ont jamais cessé d'être débattues. La période récente ne déroge pas à la règle. On y trouve des hésitations jurisprudentielles³, un rapport ministériel⁴, des débats doctrinaux en France⁵ comme à l'étranger⁶, des bouleversements juridiques dans des pays voisins⁷, etc.

3 Ainsi, la Cour de cassation qualifie parfois la location de taxis de contrat de travail et parfois non, sans que les raisons de ce choix apparaissent clairement (en faveur de cette qualification, v. Soc. 19 décembre 2000, Labbane, Les Grands arrêts du droit du travail, n° 3, Bull. V, n° 437; Dr. ouvr. 2001. 241, 2ème esp., note A. de SENGA; Dr. soc. 2001. 227, note A. JEAMMAUD; 6 octobre 2010, n° 08-45392; 3 novembre 2010, n° 08-45391; en sens opposé v. not. Soc. 1er décembre 2005, g7, n° 05-43031; Bull. V, n° 349; D. 2006. Pan. 410, obs. E. PESKINE; Soc. 17 septembre 2008, n° 07-43265, D. 2009. Pan. 590, obs. T. PASQUIER; Soc. 5 mai 2010, n° 08-45323). Ainsi encore, certains arrêts ont rejeté l'utilisation des clauses du contrat écrit comme éléments de preuve de la subordination (Soc. 1er décembre 2005, g7, préc.; 17 septembre 2008, préc.; 5 mai 2010, préc.); alors que d'autres les utilisaient expressément (Soc. 19 décembre 2000, Labbane, préc.; 25 octobre 2005, Bull. V, n° 300; 15 mars 2006, Bull. V, n° 110; 3 juin 2009, L'île de la tentation, n° 08-40981, [P], et réf. cit. note 12; 7 juillet 2010, n° 08-45538; 12 juillet 2010, n° 07-45298). Cette dernière solution, dominante, est plus convaincante. dès lors que le contrat de travail est un contrat d'adhésion (ce qui est généralement le cas), il est rédigé par l'employeur seul. Or, s'il est exclu d'accorder force probante à un document au profit de son auteur (nul ne peut se constituer une preuve à soi-même), un écrit est opposable à son auteur. L'instrumentum contractuel, rédigé par la partie forte au contrat, peut donc servir d'élément de preuve contre elle. Ses clauses peuvent être mobilisées par le travailleur comme des éléments de preuve au soutien de la qualification de contrat de travail. En défense, l'employeur pourra toujours tenter d'apporter la preuve d'une exécution du travail en violation de ces clauses.

4 P.-H. ANTomMATTEI, J.-C. SCIBERRAS, "Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?", Dr. soc. 2008, pp. 221-233.

5 V. not. Th. PASQUIER, L'économie du contrat de travail, LGDJ, 2010; E. PESKINE, "Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie", RDT, 2008, p. 371; O. LECLERC, T. PASQUIER, "La dépendance économique em droit du travail: éclairages en droit français et en droit comparé, 1ère partie: la tentation de la dépendance économique", RDT 2010, p. 83; O. LECLERC, A. GUAMAN HERNANDEZ, Federico MARTELLONI, "2ème partie: les perturbations de la dépendance économique", RDT 2010, p. 149. Adde. m. DESPAX, "L'évolution du rapport de subordination", Dr. soc.

1982, p. 11; Th. AUBERT-MONTPEYSEN, Subordination juridique et relation de travail, thèse Toulouse I, 1985; "Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail", Dr. soc. 1997.616; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Dr. soc. 2000, p. 131.

6 V. not. R. WANK, Arbeitnehmer und Selbständige, C.H. beck, munich 1988; A. PERULLI, Travail économiquement dépendant/parasubordination: aspects juridiques, sociaux et économiques, rapp. pour la Commission européenne, 2003; M. FREEDLAND, The Personal Employment Contract, OUP 2003, Luca NOGLER, The concept of "subordination" in European and comparative law, university of Trento, Italy 2009.

7 V. spéc. la loi espagnole n° 20/2007 portant Statut du travail autonome, ayant créé un régime juridique spécifique pour les "travailleurs autonomes économiquement dépendants" (TRADE). Sur ce texte, en langue française, v. not. V. F. VALDES DAL-RE et O. LECLERC, "Les nouvelles frontières du travail indépendant, à propos du statut du travail autonome espagnol", RDT, 2008, 296. Cf. O. LECLERC, A. GUAMAN HERNANDEZ, Federico MARTELLONI, préc., RDT 2010, p. 149.

Cette agitation ne surprend pas. Le principal déclencheur de l'application du droit social est la qualification de contrat de travail⁸, même s'il existe quelques nuances et exceptions⁹. Il s'agit de savoir qui bénéficie et qui ne bénéficie pas des protections du droit du travail, du régime général de la Sécurité sociale et de la législation sur les accidents du travail. L'enjeu est tel que le débat ne peut qu'être incessant et tumultueux.

L'aborder exige de bien situer le propos. L'identité du critère d'application du droit du travail et du droit de la Sécurité sociale, admise par la jurisprudence¹⁰, n'avait rien de nécessaire. Les textes¹¹, et les fondements sont différents. Afin d'éviter un mélange des logiques qui rendrait la discussion trop complexe, la notion de contrat de travail ne sera étudiée ici qu'en tant qu'elle détermine le domaine du droit du travail¹². L'évaluation de la pertinence d'une transposition en droit de la Sécurité sociale mériterait une autre étude.

Il sera nécessaire de s'appuyer sur un socle conceptuel aussi solide que possible. Or rien n'est plus solide qu'une tautologie ou qu'une lapalissade. M. de Lapalice, personnage que l'on imagine (injustement¹³) occupé à enfoncer des portes ouvertes, se permettra donc d'intervenir par la suite, lorsque l'occasion se présentera.

Le contrat de travail reste traditionnellement présenté comme un composé de trois éléments: travail, salaire et subordination. Mais la focale est plus que jamais réglée sur ce dernier critère. La Cour de cassation affirme à juste titre que toute activité peut être un "travail"

8 La multitude des textes du Code du travail relatifs aux champs d'application ne doit pas tromper: elle est redondance et non diversité: selon les articles L. 1111-1; L. 1131-1; L. 1141-1; L. 1151-1; L. 1211-1; L. 2211-1; L. 2311-1; L. 2521-1; L. 3111-1, L. 3311-1, L. 3331-1; ... du Code du travail, "Les dispositions du présent livre [ou "du présent titre" selon le cas] sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés". d'autres textes affirment que tel titre ou tel livre s'applique aux "employeurs de droit privé" et ou aux "salariés": art. L. 1311-1; L. 1411-1; L. 2221-1; L. 4111-1; L. 4151-1; L. 4621-1; ... L' "employeur" et le "salarié" étant les noms donnés aux parties aux "contrats de travail", cela revient à faire de la qualification de "contrat de travail" le déclencheur de principe du droit du travail. En droit de la Sécurité sociale, les articles L. 311-2 et L. 411-1 du Code de la Sécurité sociale sont plus ouverts, puisqu'ils visent les personnes "salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit". C'est la jurisprudence qui a unifié les champs d'application du droit du travail et de la Sécurité sociale (v. ci-dessous réf. cit. note 12). V. aussi le visa de l'art. L. 120-3 C. trav. (devenu L. 8221-6) à l'article L. 311-11 du Code de la Sécurité sociale.

9 V. not. réf. cit. note 59.

10 V. not. Soc. 13 novembre 1996, Les Grands arrêts du droit du travail, n° 2, Dr. soc. 1996. 1067, note J.-J. DUPEYROUX; JCP 1997, éd. E, II, 911, note J. BARTHÉLÉMY; civ. 2, 20 juin 2007, n° 06-17146, Bull. II n° 166; civ. 2, 13 novembre 2008, n° 07-15535, Bull. II, n° 241; civ. 2, 11 mars 2010, n° 09-11560, Bull. II, n° 56.

11 V. les art. L. 311-2 et L. 411-1 C. Séc. soc. préc.

12 Ce qui n'interdira pas d'utiliser comme exemples jurisprudentiels certains arrêts relatifs au droit de la Sécurité sociale, l'unité de la notion de contrat de travail en droit de la Sécurité sociale et du travail étant fermement affirmée en jurisprudence.

13 L'origine de la "lapalissade" est en réalité non un mot de ce M. de Lapalice, mais la déformation d'une chanson faite en son honneur, qui passa de "Hélas, s'il n'était pas mort, il ferait encore envie" à "Hélas, s'il n'était pas mort, il serait encore en vie".

si elle est subordonnée¹⁴. Et l'absence de salaire n'est même plus considérée comme suffisante à exclure du salariat et à caractériser le bénévolat¹⁵. La question est donc plus que jamais centrée sur la "subordination".

L'étude de cette notion (1) permettra de découvrir ou de redécouvrir que le critère du contrat de travail n'est plus le "lien juridique de subordination" de l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931¹⁶. Discrètement depuis les années 1980 et plus franchement depuis les années 2000, c'est la subordination de fait, "l'état de subordination" qui a remplacé ce critère. Placée à ce niveau factuel, la subordination se retrouve sur le même terrain que la dépendance économique, notion dont l'impact en droit positif mérite d'être sensiblement réévalué (2). En revanche, la répartition des risques économiques entre l'employeur et le salarié conserve une influence excessive sur la qualification de contrat de travail (3).

1. DE LA "SUBORDINATION JURIDIQUE" A L' "ETAT DE SUBORDINATION"

La subordination a été définie par l'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996¹⁷. Cette définition, souvent reprise depuis¹⁸, énonce: "le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements". La formule décline les grands modes d'exercice du pouvoir: pouvoir d'édicter des "ordres" ponctuels, des "directives" générales et des sanctions. Elle mentionne encore le "contrôle", sans lequel ces pouvoirs seraient de vains mots. Le travailleur subordonné est ainsi défini comme un travailleur soumis aux ordres, aux directives, au contrôle et aux sanctions. Pour peu que l'on admette que l'édiction d'ordres ponctuels et l'édiction de normes générales ne sont que deux modalités d'exercice d'une même capacité de commandement, ces quatre dimensions se réduisent à trois.

14 V. Soc. 3 juin 2009, L'île de la tentation, n° 08-40981, Bull. V, 141; SSL 8 juin 2009, n° 1403, dossier spécial, avec le rapport d'A. FOSSAERT et les notes de F. CHAMPEAUX, J.-E. RAY et A. JEAMMAUD; RDT 2009, p. 507, obs. G. AUZERO; D. 2009. Jur. 2517, note b. EDELMAN.

15 V. ci-dessous n° 28.

16 DP 1931. 1. 131, note P. PIC; Les grands arrêts du droit du travail, 4ème éd. 2008, n° 1.

17 Préc. note 10.

18 V. not. Soc. 1er décembre 2005, g7, préc. note 1; Soc. 17 mai 2006, n° 05-43265; civ. 2, 20 juin 2007, n° 06-17146, Bull. II, n° 166; Soc. 23 janvier 2008, n° 06-46137; 22 septembre 2010, n° 09-41495; 3 novembre 2010, n° 09-43215, etc.

La subordination s'appuie alors sur un triptyque composé de *direction*, de *contrôle* et de *sanction*¹⁹.

Triptyque qui peut s'exprimer dans les faits ou en droit (1.1). Il s'agit de montrer ici que c'est la subordination de fait qui permet la qualification de contrat de travail (1.2) et que la subordination de droit est, elle, un effet de cette qualification (1.3).

1.1. Le droit e le fait

Selon l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931²⁰, la subordination est un "lien juridique". Elle appartient donc au monde du droit. Comme telle, elle doit avoir une source juridique. C'est ce que l'arrêt lui reconnaît, logiquement. Selon ses termes, le lien juridique de subordination "résulte du contrat".

L'assertion est forte. Elle mettra du temps à s'imposer pleinement comme ligne directrice du droit positif. Mais elle semble aujourd'hui acquise²¹. L'employeur détient bien un pouvoir juridique sur le salarié et ce pouvoir a pour source le contrat individuel de travail²².

D'un autre côté, aux termes de l'arrêt *Labanne* du 19 décembre 2000²³: "l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention *mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs*". Cette formule, régulièrement reprise²⁴, mérite quelques mots de commentaire.

La "relation de travail" visée est une relation de travail salariée, laquelle repose sur un contrat de travail. La qualification de contrat de travail est bien l'enjeu.

19 Ces trois éléments ne sont pas égaux. Le contrôle et la sanction sont des accessoires de la direction. Ils n'ont de sens qu'accolés à elle.

20 Préc. note 16.

21 Il faudra attendre les années 1990 pour que la jurisprudence en tire toutes les conséquences. désormais, le pouvoir de direction ne peut modifier le contrat, puisqu'il en est issu (Soc. 10 juillet 1996, *Le Berre*, Bull. V, n° 278; Les grands arrêts du droit du travail, n° 50. Dans le même sens, cf. notamment Soc. 3 avr. 1997, RJS 5/97, n° 523; Soc. 9 mars 2001, RJS 7/01, n° 837; Soc. 27 juin 2001, Bull. V, n° 234; Soc. 2 avr. 2002, JS UIMM n° 664, p. 268). de même, le pouvoir disciplinaire, accessoire du pouvoir de direction, ne peut pas, lui non plus, modifier le contrat (Soc. 16 juin 1998, *Hôtel le Berry*, Bull. V, n° 320; Dr. soc. 1998. 803, rapp. Ph. WAQUET).

22 Cf. réf. préc. et, sur ces solutions et la conception contractuelle du pouvoir qu'elles entérinent, Ph. WAQUET, "Le renouveau du contrat de travail", RJS, 05/99, 383-394; E. DOCKÈS, "de la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur", *Analyse juridique et valeurs en droit social, études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 203. Adde. v. n° 10-11.

23 Préc. note 3.

24 V. not. Soc. 15 mars 2006, n° 04-47379, Bull. V, n° 110; civ. 2, 13 novembre 2008, n° 07-15535, Bull. II, n° 241; 3 juin 2009, *L'île de la tentation*, préc. note 12; Soc. 20 janvier 2010, n° 08-42207, Bull. V, n° 15.

Celle-ci ne dépend pas “de la volonté exprimée par les parties”. Il faut ajouter qu’elle ne dépend pas non plus de la volonté *réelle* des parties. L’application du Code du travail est impérative. Le salarié n’a pas le droit d’y renoncer. Qu’elle soit exprès ou tacite, réelle ou supposée, la volonté des parties ne saurait faire obstacle à la qualification de contrat de travail.

Cette qualification dépend “des conditions d’accomplissement de [la] tâche” disait l’arrêt *Barrat* du 4 mars 1983²⁵, des “conditions de fait dans lesquelles est exercée l’activité des travailleurs” précise de l’arrêt *Labbane* du 19 décembre 2000. Elle dépend donc des faits.

C’est à ce moment là que M. de Lapalice intervient pour rappeler qu’ “un élément de droit n’est pas un élément de fait”. La qualification de contrat de travail peut dépendre de l’existence d’un lien de droit, la subordination juridique. Elle peut aussi dépendre d’un état de fait, de “conditions d’accomplissement de la tâche” ou de conditions “dans lesquelles est exercée l’activité des travailleurs”. Mais comment pourrait-elle *à la fois* dépendre d’un lien de droit et d’un état de fait, sans rendre M. de la Palice indéfiniment perplexe?

Entre les deux, il faut choisir. L’étude de la motivation des arrêts de la Cour de cassation permet de trancher. Lors du débat sur la qualification de contrat de travail, ce qu’il s’agit de prouver est bien une subordination de fait, un “état de subordination” et non un lien de droit, une “subordination juridique”.

1.2. L’objet de la preuve: une subordination de fait

Les arrêts relatifs à la qualification de contrat de travail recherchent s’il y avait ou non, une direction, un contrôle ou une capacité de sanction en pratique, *dans les faits*.

Parfois, ces trois éléments sont directement prouvés. Ainsi, un arrêt du 17 mai 2006 note que le travailleur “recevait du gérant de la société des *instructions* dans l’exécution de ses tâches dont il *contrôlait l’exécution* et que la société *s’était estimée investie d’un pouvoir disciplinaire en la sanctionnant*, par une rupture anticipée de leurs relations”²⁶, pour conclure à l’existence d’une subordination²⁷.

25 Ass. plén. 4 mars 1983, D. 1983. 381, concl. J. CABANNES; D. 1984. IR 184, obs. J.-M. BÉRAUD: la volonté des parties est “impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d’accomplissement de leur tâche”.

26 n° 05-43265, c’est nous qui soulignons.

27 Pour d’autres exemples de preuve directe des trois éléments de la subordination, v. not. Soc. 3 juin 2009, L’île de la tentation, préc. note 12; Soc. 8 juin 2010, n° 08-44965, à propos des “gérants” de B&B.

Plus souvent, seule une partie du triptyque direction-contrôle-sanction peut être directement prouvée. Ainsi, l'arrêt du 13 décembre 2005²⁸ reconnaît que l'activité était *contrôlée* selon un échancier de surveillance (...) et que [la société] disposait (...) d'un pouvoir de *sanction* 'consistant à décider de ne plus confier de mission'. L'arrêt de la chambre sociale du 2 juillet 2003²⁹ constate que la partie dominante, ici la SNCF, exerçait un "contrôle sur le travail des intéressés et qu'elle *pouvait les sanctionner* par des avertissements et la résiliation de la convention de portage". L'arrêt du 15 mars 2006³⁰ note que "les clients étaient livrés *en suivant les consignes et directives* données par la société". Dans tous ces cas, et bien d'autres similaires³¹, la Cour conclut à la subordination en complétant l'analyse par d'autres indices.

En sens inverse, il peut arriver que la preuve directe de l'insubordination puisse être apportée. Ainsi, la Cour de cassation a pu noter dans un arrêt du 9 novembre 2010 qu'un transporteur de béton avait la maîtrise de ses congés, qu'il avait refusé l'installation d'un système de géo-localisation, qu'il n'avait pas changé de camion comme il s'y était engagé, qu'il ne recevait pas d'ordre et conservait la maîtrise et la responsabilité des opérations, pour en déduire une absence de subordination et refuser la qualification de contrat de travail³². Ainsi encore, l'absence de subordination peut-elle découler de la démonstration d'une totale incapacité à gérer et à diriger de la personne dont la qualification d'employeur est recherchée³³.

Dans toutes ces espèces, la question est de savoir si des pouvoirs étaient exercés en fait. Elle n'est jamais de savoir si l'employeur avait *le droit* de les exercer. Au demeurant l'illégalité de certains actes de pouvoir n'interdit pas de les invoquer comme élément de preuve de la subordination³⁴. Les termes de l'arrêt *Labanne*, qui visaient un "état de subordination", et non une subordination "juridique", étaient donc particulièrement bien choisis. Ils ont depuis été repris à plusieurs reprises³⁵.

28 Civ. 2, 13 décembre 2005, n° 04-18104; Bull. II, n° 320.

29 Pourvoi : 01-43018.

30 Pourvoi n° 04-47379, Bull. V, n° 110.

31 V. not. Soc. 8 juillet 2003, n° 01-40464, Bull. V, n° 217; Soc. 3 novembre 2010, n° 09-43215; Soc. 15 décembre 2010, n° 09-40478.

32 Soc. 9 novembre 2010, n° 08-45342.

33 Soc. 23 juin 2010, n° 08-70427, espèce dans laquelle un fils réclame le statut de salarié de sa mère alors que celle-ci était à ce point dans l'incapacité de diriger, qu'elle avait fini par être placée sous tutelle.

34 V. not. Soc. 15 décembre 2010, n° 09-40478: utilisation d'un pouvoir de sanction pécuniaire comme élément de preuve de la subordination, pouvoir qui est prohibé par l'art. L. 1331-2 C. trav.

35 V. Soc. 10 décembre 2002, n° 00-44646, Bull. V, n° 374; 6 octobre 2010, n° 08-45392; 3 novembre 2010, n° 08-45391. Sur l'importance devant être donnée à ces termes, V. A. JEAMMAUD, "L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail - à propos de l'arrêt Labanne", Dr. soc. 2001.227, spéc. pp. 234-235. La plupart des arrêts postérieurs à l'arrêt Labanne parlent toutefois de "subordination" ou de "lien de subordination" sans

M. de la Palice peut s'estimer satisfait. Le droit et le fait sont bien différents. Et la qualification de contrat de travail dépend seulement de la subordination de fait. Mais alors, que faire de la subordination juridique?

1.3. La subordination juridique, effet de la qualification de contrat de travail

L'idée d'une subordination juridique est une idée doctrinale tardive, qui date de la fin du XIX^{ème} siècle³⁶. Elle fut d'abord pensée comme le moyen d'assurer l'autorité patronale sur des ouvriers réputés indisciplinés³⁷. Elle n'emporta guère la conviction dans un premier temps. Le pouvoir juridique était perçu comme une prérogative de puissance publique. L'accorder aux employeurs avait quelque chose de choquant. La définition du contrat de travail par le projet de Code du travail de 1898 n'y fait aucunement référence³⁸. Et, à la veille de l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931³⁹, la doctrine majoritaire y est encore opposée⁴⁰.

C'est seulement à partir de cet arrêt *Bardou* que le contrat de travail a été compris comme créateur "d'un lien juridique de subordination". Depuis l'idée s'est non seulement maintenue, mais elle s'est renforcée⁴¹. Plus que jamais, un "lien de subordination inhérent au contrat de travail" est reconnu par la Cour de cassation⁴². La subordination juridique est même un effet spécifique, caractéristique de l'espèce "contrat de travail", puisqu'elle ne se retrouve dans aucun autre contrat.

Il reste à comprendre comment un tel contenu apparaît au sein de tout contrat de travail.

Il peut être tentant de déduire la subordination juridique de l'état de subordination. De *l'exécution obéissante dans les faits* serait déduite une volonté d'obéissance dans l'exécution

spécifier s'il s'agit de "subordination juridique" ou d'"état de subordination". L'expression "lien de subordination" peut tout à fait être lue comme l'expression d'un lien de fait et non de droit (contra v. A. JEAMMAUD, préc.). Mais l'expression "état de subordination", plus univoque, est préférable.

36 V. not. A. COTTEREAU, "Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIX^{ème} siècle) », *Annales Hist. Sc. soc.*, 2002, vol. 57, pp. 1521-1557. V. aussi, civ. 14 février 1866, Bull., n° 34; RDT 2006. 30, obs. n. OLSZAK, arrêt symptomatique de l'époque par son raisonnement en termes d'exécution des contrats et sa négation de tout pouvoir de l'employeur sur le salarié.

37 E.-D. GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, F. Pichon, Paris, 1886.

38 Proposition de loi sur le Code du travail, Chambres des députés, 7^{ème} législature, session de 1898, annexe au pv de la séance du 13 juin 1898, présentée par mm. Arthur GROUSSIÉ, DEJEANTE, ALLARD, etc. Paris, Imp. de la Chambre des députés, 1898, p. 60.

39 Préc. note 16.

40 V. réf. cit. note 51.

41 V. réf. cit. note 21.

42 Pour un usage de cette expression, v. not. Soc. 28 mai 2009 n° 08-15687; 11 février 2010, n° 09-11324.

et donc une clause contractuelle implicite d'obéissance, une *subordination juridique*. Le contenu du contrat viendrait de la volonté implicite des parties.

Ce recours aux volontés tacites ou implicites dans la découverte de contenus contractuels est un artifice rhétorique traditionnel. Mais il est peu convaincant et un peu démodé⁴³. Chacun admet aujourd'hui que le contenu du contrat est, parfois, en partie dessiné par le juge et non par la commune volonté des parties. Les exemples sont nombreux en droit du travail⁴⁴ comme en dehors du droit du travail⁴⁵. Il n'y a là rien que de très banal et de très légitime⁴⁶. Le consentement initial du salarié au contrat de travail demeure un consentement à la subordination juridique, mais seulement dans la mesure où celle-ci est l'effet de celui-là. Ce consentement au contrat est *déclencheur* plutôt que *créateur* de subordination⁴⁷. La subordination juridique est techniquement et historiquement l'oeuvre du juge. Si elle "résulte" bien du contrat, comme l'affirme l'arrêt *Bardou*, c'est parce qu'elle est un élément introduit par le juge au sein de tout "contrat de travail".

M. de Lapalice, attentif, intervient alors avec à propos pour affirmer: "la cause de la qualification n'est pas l'effet de la qualification". *L'état de subordination* est ce qui permet la qualification de contrat de travail: il est sa cause. Et la *subordination juridique* découle de cette qualification: elle est son effet. Cette succession logique était déjà présente dans l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931. Selon cet arrêt "la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination". Entre la "qualité de salarié" et la "subordination juridique", c'est bien la première qui implique la seconde et non l'inverse. Cette proposition de l'arrêt *Bardou* a gardé toute sa fraîcheur, toute sa signification.

43 Le recours aux volontés tacites ou implicites est un recours à la fiction, rejeté en doctrine depuis fort longtemps (v. déjà L. JOSSERAND, "Le contrat dirigé", DH 1933, p. 89).

44 On se souvient, notamment, de la découverte jurisprudentielle des obligations d'adaptation (Soc. 25 février 1992, Expovit, Bull. V, n° 122; Dr. soc. 1992. 922), de reclassement (Soc. 1er avril 1992, Bull. V, n° 228) ou de sécurité de résultat (Soc. 28 février 2002, « amiante », Bull. V, n° 81).

45 Parmi de très nombreux exemples, rappelons l'arrêt fondateur qui découvrit une obligation de sécurité dans tous les contrats de transport de personnes: Cass. civ., 21 novembre 1911: S. 1912, 1, p. 73, note Ch. LYON-CAEN; D. 1913, 1, p. 249, note SARRUT. Sur l'histoire de cette obligation, v. not. J-L. HALPÉRIN, "La naissance de l'obligation de sécurité", GP 1997, 2, 1191; C. BLOCH, L'obligation contractuelle de sécurité, th. Aix-en-Pce, PUAM 2002. Sur les obligations d'informations, v. m. FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, LgdJ 1992. Adde. not. L. LEVENEUR, "Le forçage du contrat", Dr. et patrimoine 1998, n° 58, pp. 69 et s.; L. CADIET, "Une justice contractuelle, l'autre", in Études offertes à J. Ghestin, p. 177.

46 V. not. L. CADIET préc.; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, th. Paris 1961. L'oeuvre créatrice de la jurisprudence trouve sans doute son fondement textuel le plus adéquat à l'article 1135 du Code civil. La bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil est cependant plus souvent mobilisée.

47 Il a aussi un rôle légitimant essentiel: le salariat et sa subordination sont consentis, ce qui oppose le salariat au travail forcé.

En revanche, un autre aspect de l'arrêt *Bardou* mérite aujourd'hui d'être sérieusement révisé. Il s'agit du rejet de la dépendance économique.

2. LA DEPENDANCE ECONOMIQUE: UN CRITERE A REEVALUER

La dépendance économique fut caractérisée au début du siècle comme la situation de celui dont la subsistance, voire la survie, étaient en cause⁴⁸. Cette définition quelque peu dramatique ne convient plus en un temps d'assurance chômage et de RSA. Le dépendant économique, en principe, ne risque plus ni la mort, ni même la totalité de ses moyens de subsistance: des revenus de remplacement lui sont accordés. La dépendance économique n'a pas pour autant disparu⁴⁹. Elle a simplement pris un sens moins extrême. Elle est une situation de faiblesse⁵⁰, une infériorité dans le rapport de force économique. Elle vient de l'importance qu'une relation économique a pour une des parties, comparativement à l'importance qu'elle a pour l'autre partie. Pour l'un l'enjeu est essentiel, pour l'autre il l'est moins, voire il n'est qu'accessoire ou marginal.

Ce déséquilibre est souvent lié à la part des revenus en jeu dans la relation économique. L'économiquement dépendant tire généralement une part essentielle de ses revenus ou de ses moyens de subsistance de la relation; alors que l'autre, l'économiquement dominant, n'en retire qu'une fraction limitée, voire négligeable. Cette situation, typique, n'est pas pour autant nécessaire. La dépendance économique peut toucher celui qui ne tire d'une relation économique qu'une part relativement faible de ses revenus. Ce supplément, ce peut être son luxe, son "beurre dans les épinards" et finalement une chose dont l'importance lui apparaît suffisamment grande pour qu'il en dépende et qu'il soit ainsi placé en situation d'infériorité vis-à-vis de celui qui la lui accorde.

48 V. not. P. CUCHE, préc., Rev. crit. légis. et jurispr. 1913, p. 412. La force des traditions est grande. Cette conception de l'état de dépendance n'a pas disparu, au moins sur le papier. V. not. J.-P. CHAZAL, D. 2002, Jur. p. 1862, auteur qui définit le dépendant comme celui "dont l'existence ou la survie économique" sont en cause. Avec une telle définition comprise avec rigueur, la dépendance économique aurait presque disparu de nos sociétés. Ce qui peut apparaître relativement optimiste.

49 V. not. G. VIRASSAMY, Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique, LGDJ, 1986, pp. 133 et s.; O. RIVOAL, "La dépendance économique en droit du travail", D. 2006. 891; Th. PASQUIER, RDT 2010, p. 83, préc.

50 L'arrêt *Bardou* 6 juillet 1931 (préc. note 16) avait rapproché dans un même trait de plume "la faiblesse ou la dépendance économique".

À l'image de la faiblesse, la dépendance économique est une grandeur d'intensité variable. Sur un mode majeur, elle peut réduire la personne dépendante à un état de soumission absolue. Sur un mode mineur, elle peut n'être qu'une influence subie.

Ainsi comprise, la dépendance économique est un concept suffisamment malléable pour s'adapter aux contextes de son utilisation.

Dépendance et subordination sont liées. La dépendance peut faire naître l'obéissance. Mais celle-ci n'est pas incluse dans celle-là, ni celle-là dans celle-ci. Il est des personnes qui se soumettent pleinement, sans même être en situation de faiblesse, par pulsion, par caractère ou par choix. Il est des personnes dépendantes, mais insoumises. Et des dominants incapables de diriger, faute de compétence, de moyen de contrôle ou tout simplement de temps. Les deux concepts sont donc bien distincts. M. de La Palice peut s'exprimer sans retenue: "la subordination n'est pas la dépendance".

L'utilisation de la dépendance économique comme critère du contrat de travail, dominante avant l'arrêt *Bardou* de 1931⁵¹, fut fermement écartée par cet arrêt au profit du critère de la subordination. Mais cette exclusion radicale, difficilement tenable, fut très vite tempérée. Dès 1932, la dépendance économique retrouva un rôle dans la qualification de contrat de travail⁵². Celui-ci s'est perpétué jusqu'à aujourd'hui. Il est ainsi fréquent que la Cour de cassation note que le travailleur n'avait pas de clientèle propre⁵³, qu'il travaillait exclusivement pour le donneur d'ouvrage⁵⁴, que le montant du prix ou du salaire était fixé unilatéralement par la partie forte⁵⁵, ce qui est autant de manières de caractériser ou de prouver une dépendance économique.

Il reste à comprendre à quel titre cette influence maintenue s'exerce. La dépendance économique pourrait être un simple indice de la subordination, parmi d'autres (2.1). Une analyse des fondements du droit du travail (2.2) incite toutefois à aller au-delà (2.3).

51 Le débat entre dépendance économique et subordination juridique opposa notamment d'un côté P. CUCHE ("Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail", Rev. crit. législ. et jurispr. 1913, p. 412; DH 1932, 101), R. SAVATIER (DP 1923, 1, p. 5; DP 1924, 2, p. 73), et A. ROUAST ("La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales", JCP 1930. I. 329) en faveur de la dépendance économique, et de l'autre P. PIC (P. PIC, DP 1931, 2, p. 113; DP 1931, 1. 131), défenseur de la subordination juridique.

52 V. not. civ. 22 juin 1932 (trois arrêts), 30 juin 1932, et 1er août 1932, DH, 1, p. 145, note P. PIC, lequel s'inquiète du retour de la dépendance économique; civ., 25 juil. 1938, DH 1938. 530.

53 Soc. 13 janvier 2000, Bull. V, n° 20; 23 janvier 2008, n° 06-46137; Soc. 20 mai 2010, n° 08-21817; 12 juillet 2010, n° 07-45298; 6 octobre 2010, n° 09-43296.

54 Soc. 15 mars 2006, n° 04-47379, Bull. V, n° 110; 4 octobre 2007, n° 06-43562; 6 octobre 2010, préc.

55 V. not. Soc. 10 décembre 2002, n° 00-44646, Bull. V, n° 374; 2 juillet 2003, n° 01-43018; civ. 2, 13 décembre 2005, n° 04-18104; Bull. II, n° 320. ; Soc. 10 février 2010, n° 09-40383; Soc. 20 mai 2010, n° 08-21817.

2.1. La dépendance indice de la subordination

Lorsque la preuve directe de la subordination est impossible, la jurisprudence a recours à la technique du faisceau d'indices. Sont alors utilisés des éléments qui *le plus souvent* sont accompagnés de subordination. Ce lien n'est pas de nécessité, il est simplement d'habitude. Si de tels indices sont suffisamment nombreux et convaincants, ils pourront compléter une preuve directe incomplète, insuffisante ou impossible.

Les indices de subordination sont assez divers. Par exemple, le salaire au temps et non à la tâche peut jouer ce rôle: on suppose que celui qui rémunère au temps dirige *le plus souvent* la personne, faute de quoi, il risquerait de payer un travailleur occupé à travailler aussi lentement que possible⁵⁶. L'intégration dans un service organisé est un autre indice⁵⁷: pour qu'une organisation fonctionne, le plus souvent, un minimum de pouvoir est nécessaire. La fourniture du matériel utile à la prestation de travail montre la maîtrise technique du donneur d'ouvrage, ce qui suggère des possibilités de direction⁵⁸, etc.

La jurisprudence qui utilise la dépendance économique comme élément de preuve de la qualification de contrat de travail s'intègre facilement dans ce schéma. Celui qui est en situation de faiblesse est plus enclin qu'un autre à l'obéissance. La dépendance n'est pas la subordination, mais elle s'accompagne *le plus souvent* d'une telle subordination. Elle est donc un indice possible.

Cette lecture de la jurisprudence actuelle découle de la motivation des arrêts de la Cour de cassation, lesquels se centrent sur la recherche d'une subordination et placent la dépendance

56 Pour l'utilisation de cet indice, v. par ex. Soc. 28 février 1991, Bull. V, n° 110; civ. 2, 13 décembre 2005 préc.; Soc. 23 janvier 2008, n° 06-46137. Il s'agit bien d'un simple indice, certaines professions libérales indépendantes facturant à l'heure et, réciproquement, certains salariés étant payés à la tâche.

57 V. not. Soc. 13 novembre 1996, Société générale, préc. note 10; Soc. 17 mai 2006, n° 05-43265; 7 juillet 2010, n° 08-45538. Avant 1996, cet indice avait été érigé en critère alternatif du contrat de travail : v. ass. plén., 18 juin 1976, Hebdo presse, D. 1977. 173, note A. JEAMMAUD; AP 27 fév. 1981 (deux arrêts), Bull. ass. plén., n° 1; Soc., 16 avr. 1992, Bull. V, n° 283; 27 mai 1992, Bull. V, n° 345. Adde pour une défense de l'appartenance à l'entreprise comme critère, H. GROUDEL, "Le critère du contrat de travail", Études offertes à G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 49.

58 Pour une utilisation de cet indice, v. not. Soc. 23 janvier 2008, préc.; 18 avril 2008, n° 07-40622; civ. 2, 13 novembre 2008, n° 07-15535, Bull. II, n° 241; Soc. 22 septembre 2010, n° 09-41495. Pour un cas dans lequel l'indice se révèle insuffisant, v. Soc. 1er février 2011, n° 09-40043. Pour des cas d'activité tertiaire dans lesquels le matériel mis à disposition est du "matériel de bureau et de communication", v. not. Soc. 20 mai 2010, n° 08-21817; Soc. 3 novembre 2010, n° 09-43215. Adde Soc. 28 novembre 1974 (lequel déduit de la fourniture du matériel une "dépendance technique" du travailleur).

dans un rôle subalterne. Une lecture non plus des motivations, mais des décisions adoptées, peut toutefois faire douter de cette vision des choses (2.3). D'autant qu'une analyse des fondements du droit du travail invite à reconnaître un rôle plus importante à la dépendance (2.2).

2.2. Dépendance et raisons d'être du droit du travail

La qualification de "contrat de travail" emporte applicabilité de principe du droit du travail. Il semble alors naturel de s'interroger sur ce qu'*est* un contrat de travail, pour déterminer le champ d'application du droit du travail. Cette méthode est toutefois fragile. Elle suppose qu'il existe une *essence* du "contrat de travail", une *nature* du "saliariat", ce qui est douteux. Surtout, elle pose la question en termes d'être, alors que le problème est normatif, lié au devoir être. La question est bien mieux formulée en sens inverse, ce qui revient à s'interroger sur le domaine d'application qui *doit être* celui du droit du travail pour en déduire ce que l'on *doit* entendre par "contrat de travail".

C'est lorsque la raison d'être d'une règle cesse que son champ d'application s'arrête (*cessante razione legis cessat ejus dispositio*). Rechercher le domaine du droit du travail c'est rechercher la raison d'être du droit du travail, son fondement.

Le droit du travail est une matière qui comprend des règles fort diverses dans leur expression, dans leur nature, comme dans leurs fondements. Et une déclinaison règle par règle de la matière ferait sans doute apparaître une multitude de raisons d'être et donc de champs d'application potentiels. Il y aurait toutefois là une source de complexité inacceptable⁵⁹. La

59 Un droit du travail plus diversifié quant à ses champs d'application, un droit du travail à la carte, est parfois considéré comme préférable. Cette objection est déjà fortement inspiratrice du droit positif. Il existe de nombreux statuts intermédiaires situés entre travail indépendant et salariat (v. not. le statut hybride des gérants de succursales (L. 7321-1 et s. C. trav.), gérants non salariés de succursales d'alimentation (L. 7322-1 et s. C. trav.), des salariés en service civique (L. 120-7 du Code du service national), ... Adde not. Le singulier en droit du travail, J.-m. béraud et A. Jeammaud dir. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006 et spéc. les art. d'A. BOUILLOUX, F. DEBORD et A. JEAMMAUD. V. aussi E. PESKINE, préc. note 5). Et, même lorsqu'il est applicable, le droit du travail est loin d'être un bloc. Ses effets sont très variables, selon la taille des entreprises, l'ancienneté du salarié, les branches professionnelles, les conventions collectives applicables, etc. Il n'est plus guère de règle qui ne soit susceptible d'aménagement, qui ne souffre d'exceptions. C'est l'éclatement du statut des salariés en une multitude infiniment complexe de cas particuliers qui semble aujourd'hui à craindre. Le prétendu monolithe uniforme et pesant que serait le droit du travail a aujourd'hui autant de réalité que les fables pour enfants. Au point que la constance des critiques sur l'uniformité du droit du travail semble parfois cacher autre chose, à savoir un refus de la règle de droit d'ordre public, égale pour tous. Ce n'est plus alors l'application du droit du travail qui est en cause, mais l'existence même d'un droit du travail. dans un tel contexte, il faut lire les recherches en faveur d'une "zone grise" située entre droit du travail et indépendance comme un moyen de priver d'une partie du droit du

lisibilité de la matière impose un domaine d'application de principe pour l'ensemble du Code du travail, ce que le législateur a fort bien compris⁶⁰.

Une vision très synthétique de la matière et de ses fondements s'impose alors. À grands traits, le droit du travail comprend des règles sur la rémunération, son montant et sa périodicité, sur l'emploi et sa protection, sur les conditions de travail (temps, sécurité, etc.), sur la représentation collective des salariés et de leurs intérêts et sur l'encadrement procédural des actes de pouvoir (procédures disciplinaire, de licenciement, d'alerte, de négociation, de consultation, etc.). Certaines de ces règles sont directement fondées par l'existence d'une subordination, d'un pouvoir qui doit être limité et encadré comme tout pouvoir doit l'être dans une société démocratique. Parmi celles-ci on compte la plupart des règles procédurales ou encore les règles de justification et de motivation impératives comme la règle d'égalité de traitement. D'autres règles du droit du travail sont plutôt liées à la crainte des déséquilibres que peut provoquer l'état de relative faiblesse du salarié, sa dépendance économique. La périodicité et le montant du salaire, la protection de l'emploi et la limitation du temps de travail en font partie. D'autres règles enfin semblent liées tout autant à la subordination qu'à la dépendance. Ainsi, le droit de grève comme les contre-pouvoirs élus ou syndicaux ont autant pour vocation de limiter le pouvoir que de limiter l'impact de la dépendance et de la faiblesse dans le rapport de force individuel.

Une analyse plus fine des fondements est bien entendu possible. Mais il importe ici de comprendre que la subordination n'est pas l'unique raison d'être du droit du travail. Les idées de faiblesse et de dépendance y jouent aussi un rôle central. La raison d'être du droit du travail est duale. Elle est composée de subordination et de dépendance. Organiser le critère d'application du droit du travail sur la seule subordination en reléguant la faiblesse ou la dépendance au rang d'accessoire, apparaît dès lors inadéquat, intenable même.

2.3. Vers une complémentarité de la dépendance et de la subordination

travail des travailleurs qui y sont, pour l'essentiel, aujourd'hui intégrés. (Em France, v. not. P.-H. ANTONMATTEI, J.-C. SCIBERRAS, préc., note 2; J. BARTHÉLÉMY, "Le professionnel parasubordonné", JCP, éd. E, 1996. I. 606; et sur l'effet d'exclusion obtenu dans les "exemples" étrangers, v. not. pour l'Italie, m. ASCOUËT, "Le contrat de projet": le nouveau visage de la parasubordination en Italie", Dr. soc. 2007, 879 et réf. cit.; pour l'Espagne, J.-M. GOERLICH PESET et A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, "Nouvelle étape dans la réglementation espagnole de 'l'hybride': précisions sur la notion de travailleur autonome économiquement dépendant et son statut", RDT 2009. 337 et réf. cit.).

60 V. réf. cit. note 6. La clarté nécessaire est aussi un argument convaincant en faveur de l'unité actuelle du champ du droit du travail, du régime général de la Sécurité sociale et du droit des accidents du travail.

Dès 1932, la Cour de cassation a dû accorder une place à la dépendance économique dans la détermination du champ d'application du droit du travail⁶¹. Cette influence a été conservée et même amplifiée⁶². Les travailleurs dominés, en situation de faiblesse, mais pour lesquels il était impossible de prouver qu'ils subissaient une direction et un contrôle dans l'exercice de leur travail, furent progressivement intégrés au droit du travail. Tel fut le cas, notamment, des travailleurs à domicile⁶³, des VRP⁶⁴, ou des gérants de succursale⁶⁵. L'espèce même qui avait donné lieu à l'exclusion de la dépendance économique, celle de l'arrêt *Bardou*, fut partiellement incluse dans le champ d'application du droit du travail⁶⁶. L'assouplissement jurisprudentiel et l'oeuvre du législateur ont ainsi permis d'atténuer fortement la rigueur d'une concentration sur le critère de la subordination et la dépendance économique a acquis bien plus d'influence que cela n'est communément reconnu. Le droit positif actuel semble même mieux se comprendre si l'on accepte de placer dépendance et subordination dans une relation de complémentarité et non de stricte hiérarchie.

Le droit du travail est une matière fondée par la dépendance et par la subordination. Il s'applique donc d'abord, et à l'évidence, aux travailleurs qui sont *dépendants et subordonnés*. Cette double appartenance identifie le coeur du domaine du droit du travail. Elle a déjà été utilisée à ce titre comme définition du contrat de travail au sein de certains arrêts – minoritaires, mais non isolés – de la Cour de cassation⁶⁷. Elle ne suffit pas, cependant, à décrire les limites du droit du travail. La question est de savoir si certains travailleurs qui ne présentent qu'un de ces critères – qui sont subordonnés sans être dépendants, ou dépendants sans être subordonnés – peuvent se voir appliquer le droit du travail. La réponse à cette question semble plutôt

61 V. réf. cit. note 52.

62 V. réf. cit. notes 53 à 55.

63 Art. L. 7412-1 C. trav.

64 Art. L. 7311-1 et s. C. trav.

65 Art. L. 7321-1 et s. C. trav. Pour une application récente de ce texte, v. Soc. 1er février 2011, n° 08-45223 08.

66 M. Bardou était un gérant de succursale d'alimentation. Il serait aujourd'hui régi par les articles L. 7322-1 et s. du Code du travail.

67 V. not. Soc. 16 décembre 1980, n° 79-12978, Bull. V, n° 904; 19 janvier 1983, n° 81-16424, Bull. V, n° 21 (qui caractérise les contrats de travail par un "lien de dépendance et de subordination"); 9 mai 1979, n° 77-41406, Bull. V, n° 394 (pour lequel il s'agissait d'un "état de dépendance et de subordination"). L'usage conjoint de la dépendance et de la subordination est plus fréquent et plus récent au sein de la chambre criminelle: v. not. Cass. crim. 27 septembre 1989, n° 88-81182, Bull. crim. n° 807 ("les ouvriers concernés se trouvaient dans un état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence de contrats de travail"); 21 septembre 1994, n° 93-83218, Bull. crim. n° 301; 13 mars 1997, n° 96-81081, Bull. crim. n° 107; Crim. 26 février 1998, n° 97-80238, Bull. crim. n° 77.

négative. Mais ce refus d'intégrer les salariés qui ne sont que dépendants ou ceux qui ne sont que subordonnés est très atténué: il est réservé aux cas de *totale* indépendance ou de *totale* insubordination (2.3.2). Ce qui ne peut être compris qu'une fois expliqué comment dépendance et subordination se complètent, la force de l'une permettant de sauver la faiblesse de l'autre (2.3.1).

2.3.1. Deux notions sur un même plateau de la balance

Les critères de la subordination et de la dépendance sont d'intensité variable: on peut être plus ou moins soumis et plus ou moins dépendant. L'admettre permet de placer les solutions jurisprudentielles actuelles dans un cadre explicatif rénové.

Dans la balance qui permet de juger de la qualification de contrat de travail, subordination et dépendance sont sur le même plateau. Une grande quantité de l'une rattrape une faible quantité de l'autre. L'intensité de la dépendance permet de se contenter d'une subordination atténuée ou accessoire (2.3.1.1). L'intensité de la subordination suffira, même en situation de faible dépendance économique (2.3.1.2).

2.3.1.1. Une dépendance intense permet de se contenter d'une subordination limitée

Le cas des médecins explicite cette solution. Ceux-ci sont parfaitement indépendants dans l'exercice de leur art, mais n'en sont pas moins qualifiés de salariés pour peu qu'ils soient en situation de dépendance économique, vis-à-vis d'une clinique par exemple, et ce même s'ils ne subissent qu'un pouvoir de direction accessoire ou résiduel, dans l'organisation de leur temps de travail par exemple⁶⁸.

Ce rattrapage par la dépendance économique d'une subordination peu intense est parfois implicite⁶⁹. Mais il est aussi, à l'occasion, directement lisible dans la motivation des arrêts de

68 V. not. civ., 25 juill. 1938, DH 1938. 530; Soc. 13 janvier 2000, Bull. V, n° 20 (médecin d'un centre de thalassothérapie qualifié de salarié, au motif principal de l'appartenance de sa clientèle au centre, ce qui caractérisait sa dépendance économique, et qui ne subissait que quelques très légères contraintes principalement d'horaires); Soc. 30 juin 2010, n° 09-67496.

69 V. Soc. 22 mars 2006, n° 05-42346, Bull. V, n° 119 (qualification de salariés d'un couple chargé de l'entretien et du gardiennage d'une propriété, malgré l'absence d'horaires, de pouvoir de sanction et, pour l'essentiel, de contrôle).

la Cour de cassation. Ainsi, récemment, un arrêt du 12 janvier 2011⁷⁰ n'invoque comme élément de direction que "des horaires de travail précis et fixes". Cette subordination limitée est complétée par la mention de l'impossibilité pratique pour le salarié "de travailler avec d'autres clients ou fournisseurs, compte tenu du temps consacré à ses prestations au service de son donneur d'ouvrage" et de ce "qu'il était tributaire des tarifs imposés par cette société". Ces éléments démontrent une dépendance économique intense. Ils ont permis à la Cour de compléter la faible subordination du transporteur routier en cause, pour en déduire sa qualification de salarié.

Dans une situation de dépendance économique plus faible ou moins bien caractérisée, un tel niveau de subordination serait insuffisant pour permettre la qualification de contrat de travail. Le cas des conférenciers de l'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996⁷¹ en est un bon exemple. Ces conférenciers, soumis notamment à des exigences d'horaires, étaient au moins aussi subordonnés que les médecins ou le chauffeur susvisés. Mais la brièveté de leurs contrats les plaçait dans une relative indépendance économique. Ceci ne rattrapait pas cela. La qualification de contrat de travail fut refusée⁷².

2.3.1.2. Une subordination claire permet de se contenter d'une dépendance économique limitée

Un employé de maison ne travaillant que quelques heures chez de nombreux clients est peu dépendant de chacun d'eux. Son travail, par sa nature, est cependant étroitement soumis à la direction des personnes chez qui il travaille. Il mérite ainsi la qualification de salarié⁷³. Il est à noter que cette situation n'est pas exclusive de toute dépendance économique: même si la part de rémunération tirée de la relation avec l'un des employeurs est très minoritaire, elle n'en est

70 N° 09-66982.

71 Préc. note 10.

72 V. aussi, dans le même sens Soc. 22 janvier 2009, n° 07-19039, Bull. V, n° 27, arrêt qui refuse aux arbitres de football la qualification de salariés de la Fédération française de football. Indépendants dans l'exercice de leurs fonctions, ceux-ci sont soumis à des règles d'organisation, un peu à la manière des médecins susvisés. En revanche, sous l'angle de la dépendance, la situation est différente. Les arbitres ne touchaient que des primes de match, occasionnelles (il ne s'agissait que des matchs organisés par la FFF), ce qui les plaçait dans une situation de moins grande dépendance économique que celle des médecins.

73 Cf. Soc. 11 mars 2009, n° 07-43977, Bull. V, n° 73, lequel déduit l'existence d'une subordination des seules fonctions d'employé de maison.

pas moins un supplément de rémunération utile, voire nécessaire à la personne. Ce qui place le travailleur dans une situation de dépendance, relativement faible, mais existante tout de même.

L'arrêt *L'île de la tentation* du 3 juin 2009⁷⁴ est un autre exemple possible de cette situation. Les participants avaient touché une indemnité non négligeable, mais on peut douter de ce qu'elle fut la motivation première des participants à l'émission de télé-réalité. Celle-ci ne devait durer qu'une dizaine de jours. Et, bien entendu, les participants n'avaient aucune perspective d'embauche ultérieure. Pour toutes ces raisons leur dépendance économique pouvait apparaître relativement faible. Les différents éléments de la subordination subie sont en revanche soigneusement précisés par l'arrêt, ce qui permettait clairement de conclure en l'espèce à la qualification de contrat de travail.

2.3.2. L'absence totale de subordination ou de dépendance

Seule une absence totale de subordination juridique (2.3.2.1) ou de dépendance économique (2.3.2.2) peut exclure la qualification de contrat de travail, même lorsque l'autre élément est fermement caractérisé.

2.3.2.1. Seule une absence totale de subordination exclut toute qualification de contrat de travail, même en situation de dépendance économique intense

L'intensité de la dépendance économique suppose que le travailleur tire l'ensemble de ses moyens de subsistance, ou du moins leur très grande majorité, de la relation de travail. Elle est encore aggravée si le travailleur a des revenus faibles et qu'il est dépourvu de patrimoine professionnel. C'est dans cette situation que la perte d'emploi et de revenu aura les conséquences les plus graves, voire les plus dramatiques. Dans de telles situations, l'absence totale de subordination est difficilement prouvée, la moindre ingérence devant permettre la qualification de contrat de travail. Ceci permet sans doute de comprendre les arrêts du 6 octobre 2010⁷⁵ et du 3 novembre 2010⁷⁶, relatifs, une fois de plus, à un contrat de « location » de taxi. La Cour, dans ces deux espèces, relève une série d'éléments qui caractérisent une dépendance

74 Préc. note 14.

75N° 08-45392.

76 N° 08-45391.

économique forte⁷⁷. Et surtout, dans les deux cas, la Cour insiste sur le fait que les conditions des contrats obligeaient les conducteurs à se “livrer à une activité quotidienne particulièrement soutenue excluant toute liberté dans l’organisation du travail et les plaçant dans un état de subordination”. La dépendance économique était ainsi si forte qu’il en résultait une absence de liberté et donc, selon la Cour, une certaine subordination. La subordination semble ainsi principalement déduite de la force de la dépendance. La mention de directives imposées au conducteur, relatives à l’entretien du véhicule par le seul loueur ou à l’utilisation du véhicule par le seul locataire interdit de considérer que la dépendance nue avait ici suffi à qualifier le contrat de travail. Ces directives permettaient sans doute un certain contrôle, voire une direction indirecte. Mais le conducteur restait libre de ses horaires, de ses parcours, de sa clientèle, etc. La subordination était au mieux marginale et accessoire. La dépendance, en revanche, était particulièrement intense. La Cour en a déduit la qualification de contrat de travail.

De telles solutions doivent être approuvées et encouragées, particulièrement dans le contexte économique et social actuel. Le travail très peu subordonné, mais très dépendant, exécuté en situation de relative pauvreté, voire de misère, peut contraindre le travailleur à travailler bien au-delà des durées habituelles, voire des durées maximales du travail. Et cette situation est un risque croissant. La décentralisation productive, l’essor des entreprises “en réseau” promptes à externaliser leur main d’oeuvre ou encore la montée des statuts réservés aux travailleurs dits “autonomes”, comme celui d’auto-entrepreneur, sont autant de facteurs de ce risque. Réévaluer la portée de la dépendance économique dans la qualification de contrat de travail apparaît comme une évolution nécessaire pour protéger les situations de grande dépendance.

En revanche, plus l’intensité de la dépendance économique décroît, et plus une subordination importante peut être exigée. Il apparaît ainsi acceptable qu’un travailleur dépendant aisé, ayant d’importants revenus et (ou) un important patrimoine professionnel puisse échapper au droit du travail, alors même qu’il subit quelques ingérences – modérées – de son donneur d’ouvrage dans l’exécution de son travail. En cas de rupture de la relation de travail ces travailleurs dépendants auront des moyens financiers qui permettront d’amortir leur chute, voire d’acquérir un fonds de commerce. On peut aussi imaginer qu’ils auront des

⁷⁷ Les deux arrêts relèvent la précarité des contrats, la lourdeur du coût hebdomadaire de la location, et la lourdeur de la tâche nécessaire à la viabilité économique de la relation pour le travailleur. Le second arrêt note de surcroît la fixation unilatérale du prix par le loueur.

qualifications ou une expérience qui leur permettront de retrouver plus facilement un emploi. Leur situation n'est pas forcément enchanteresse, elle n'en est pas moins plus facile que celle du travailleur "de base" menacé d'exclusion sociale radicale et placé de ce fait dans une situation de dépendance bien plus intense. Même si les uns comme les autres tirent la totalité de leurs revenus d'une relation de travail unique, dont ils dépendent, l'intensité de leur dépendance n'est pas la même. Pour les premiers, une caractérisation d'au moins certains éléments de subordination peut être exigée. Ainsi se justifie la jurisprudence qui refuse, à juste titre, d'intégrer dans le salariat des sous-traitants exclusifs gérant d'importants chiffres d'affaires, des concessionnaires de grande marque, ou des mandataires-gérants, même lorsqu'ils subissent quelques interventions de la part de celui dont dépend leur activité économique⁷⁸. Un travailleur "de base" serait qualifié de salarié bien plus facilement. Ce qui ne peut s'expliquer que par la différence d'intensité de la dépendance économique subie par les uns et par les autres.

2.3.2.2. Seule une totale indépendance économique exclut toute qualification de contrat de travail même en cas de subordination pleinement caractérisée

Il n'est guère de totale indépendance économique dès lors que l'on dépend d'autrui pour une part, fût-elle faible, de son revenu. L'existence, ou non, d'une rémunération a ainsi un impact sur la qualification de contrat de travail. Mais cet impact est, désormais, indirect.

La jurisprudence la plus récente a, en effet, abandonné le critère de la rémunération comme élément nécessaire à la qualification de contrat de travail. Cet abandon a été expressément affirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 mars 2009⁷⁹. Une décision d'appel avait refusé la qualification de contrat de travail au seul motif d'une absence de rémunération démontrée. La Cour casse cet arrêt pour manque de base légale, l'arrêt n'ayant pas recherché l'existence d'un lien de subordination. La solution est encore plus nette dans un arrêt du 26 mai 2010⁸⁰, lequel qualifie de contrat de travail une relation de travail dans laquelle aucune rémunération n'avait été perçue. La solution s'explique par la dépendance économique

78 En ce sens, v. not. Soc. 18 février 2009, n° 07-42225 (gérant des succursales Chantemur); civ. 2, 2 mars 2004, n° 02-31153, Bull. civ. II, n° 78 (radiologues exerçant sur le matériel d'une clinique). V. aussi, l'art. L. 7321-2, et les conditions relativement sévères faites aux gérants de succursales pour être partiellement assimilés à des salariés. 79 Soc. 3 février 2011, n° 10-12194.

80 N° 05-44939. Il s'agissait d'assurer le secrétariat d'un avocat.

de la salariée. Celle-ci était au RMI et travaillait dans l'espoir d'une prochaine embauche, promise par le donneur d'ouvrage. La qualification de contrat de travail ici retenue malgré l'absence de toute rémunération doit être approuvée. Elle démontre que même en l'absence de salaire, une certaine dépendance économique peut exister, dépendance qui peut, comme en l'espèce, suffire à qualifier le contrat de travail en présence d'une subordination.

Dans l'autre sens, un travail subordonné faisant l'objet de très modiques contreparties, pourrait dans certains cas limites, être exclu du salariat. On pense ici, par exemple, au bénévole des restaurants du coeur, ayant par ailleurs des revenus tout à fait suffisants, et qui déjeunerait avec les personnes aidées par ces restaurants. L'avantage en nature ainsi reçu serait négligeable, insuffisant à caractériser une quelconque dépendance économique. La qualification de contrat de travail devrait alors être refusée, *même en cas de subordination caractérisée*. En revanche, si l'on se place dans un contexte d'où la générosité est exclue, la moindre contrepartie suffira à permettre la qualification de contrat de travail⁸¹.

En droit positif, la *totale* indépendance économique semble ainsi réservée au cas dans lesquels le travail subordonné peut être assimilé à un don, ce qui ne se conçoit que lorsque l'intention libérale peut être prouvée. Dès que la prestation a lieu à titre onéreux, la démonstration d'un lien économique, d'une dépendance économique au sens le plus large du terme, est faite. Et il suffira de caractériser une claire subordination pour emporter la qualification de contrat de travail.

Il demeure que, souvent, la Cour de cassation qualifie de contrat de travail en motivant au regard de la seule preuve de la subordination, sans se soucier aucunement de la dépendance économique⁸². Mais, ces décisions ont lieu à propos de relations de travail dont l'existence d'une rémunération est soit non contestée, soit démontrée. Ce qui suffit à impliquer l'existence d'une dépendance économique, au moins résiduelle.

3. LA REPARTITION DES RISQUES: UM INDICE A EXCLURE

81 V. not. civ. 2, 11 mars 2010, n° 09-11560, Bull. II, n° 56 (participation d'un directeur d'établissement à un jury d'examen contre une vacation de 34,36 euros). Le pourvoi qui arguait d'une "rémunération dérisoire est exclusif de l'existence d'un lien de subordination" est rejeté.

82 V. par ex. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-42773, Bull. V, n° 221; Soc. 3 juin 2009, L'île de la tentation, préc. note 14.

Comprendre le contrat de travail comme un contrat de répartition des risques est une idée ancienne⁸³. Elle a connu un nouvel essor à partir des années 1970 sous la plume d'économistes assimilant le contrat de travail à une sorte de contrat d'assurance⁸⁴: le salarié bénéficiaire d'un salaire fixe serait assuré contre les fluctuations économiques, lesquelles seraient à la charge de l'employeur, seul à assumer ces risques. Et c'est par une sorte de réciprocité que l'employeur pourrait se voir attribuer le profit, si celui-ci existe. L'idée a eu une influence, modérée, en droit français.

Il est vrai qu'elle n'est guère convaincante. Il existe bien un lien entre répartition des risques et contrat de travail, mais ce lien est indirect. Le contrat de travail est un contrat entre inégaux. Dans tous les cas, par application de ce contrat, une des parties se voit reconnaître un pouvoir juridique sur l'autre. Ce pouvoir implique une certaine répartition des risques. Le titulaire d'un pouvoir a l'obligation de réparer les dommages provoqués par les personnes qui lui sont soumises⁸⁵. De même, il ne peut pas se retourner contre les personnes qui lui sont soumises pour exiger réparation du préjudice qu'il pourrait subir de leur fait⁸⁶. La Cour de cassation l'exprime en ces mots: "un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et sa responsabilité ne peut se voir engagée qu'en cas de faute lourde"⁸⁷. Cette norme est une *conséquence* du rapport de pouvoir. À l'instar de la subordination juridique, elle est un effet de la qualification de contrat de travail et non sa cause⁸⁸.

83 Sur l'historique de l'utilisation de ce critère dans la définition du contrat de travail et dans la compréhension du salariat, notamment en Italie, V. not. Th. PASQUIER, L'économie du contrat de travail, LGDJ 2010, not. pp. 26 et s. et réf. cit.

84 V. not. C. AZARIADIS C. et J. STILGLITZ, "Implicit contract and fixed price equilibria", Quarterly Journal of Economics 1983, 98, supp., pp. 1-12.

85 Depuis le Code civil, la règle est présente au travers de la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Elle est désormais généralisée comme fondement de l'ensemble des responsabilités du fait d'autrui (v. J. JULIEN, La responsabilité du fait d'autrui. Ruptures et continuités, préf. Ph. Le Tourneau, 2001, PUAM, n. 152 et s.). On rappellera que la responsabilité générale du fait d'autrui a pour critère le pouvoir d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité d'autrui, (v. not. Crim. 10 oct. 1996, n° 95-84187; civ. 2ème, 9 déc. 1999, n° 97-22.268, Bull. II, n° 189; civ. 2ème, 20 janv. 2000, n° 98-17005, Bull. II, n° 15, D. 2000. 571, note M. HUYETTE, JCP 2000. I. 241, n° 14, obs. g. VINEY, RTD civ. 2000. 588, obs. P. JOURDAIN), fût-ce temporairement (civ. 2ème, 22 mai 1995, n° 92-21197, Bull. II, n° 155, deux arrêts, JCP 1995. II. 22550, note J. MOULY). Sur le lien entre autorité et assumption des risques, v. déjà B. STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, préf. M. Picard, 1947, Rodstein.

86 Ici se trouve le fondement de la limitation de la responsabilité contractuelle du salarié aux cas de faute lourde (Soc. 27 novembre 1958, Société des forges stéphanoises, Bull. IV, n° 1259; Les grands arrêts du droit du travail, 4ème éd. n° 47; et les arrêts cités à la note suivante).

87 V. not. Soc. 21 janvier 1971, 70-40005, Bull. V, n° 43; 22 mai 1975, n° 74-40454, Bull. V, n° 265; Soc. 27 juin 1991, n° 89-44560.

88 Nécessairement intégré par la jurisprudence au sein de tous les contrats de travail, cet élément peut en revanche apparaître comme faisant partie de l'économie du contrat de travail: v. T. PASQUIER, th. préc.

Ceci se confirme par un raisonnement téléologique basique. La répartition des risques n'est pas la raison d'être du droit du travail. Ce n'est pas parce que le salarié n'assume pas les pertes qu'il doit être protégé. Ce n'est pas parce qu'il bénéficie d'une responsabilité limitée que des congés payés, un SMIC et plus généralement un Code du travail lui sont applicables. C'est tout l'inverse, c'est parce qu'il doit être protégé qu'il est mis à l'abri des risques de l'exploitation.

En pratique, la règle qui interdit d'associer aux pertes les salariés est relativement bien respectée. On peut y voir une certaine effectivité de la règle, mais aussi une sorte d'*habitus* ou de *plerumque fit*: l'assomption des risques par l'employeur est non seulement la situation exigée par le droit, mais elle est aussi ce qu'il advient le plus souvent. Et cette sorte de régularité a conduit la jurisprudence à lui faire jouer un rôle probatoire indirect. Le fait d'assumer les risques a ainsi pu être visé comme un indice de non-salariat, parmi d'autres. Un indice qui n'est ni nécessaire, ni suffisant, mais qui laisserait à penser que telle relation tient plus de l'indépendance que du salariat⁸⁹.

Ce rôle mineur est déjà excessif. L'interdiction de faire supporter les risques de l'entreprise aux salariés est un effet de l'application du droit du travail. C'est une règle de protection impérative. Sa violation ne doit pas servir d'indice en faveur de son inapplicabilité. Un travailleur n'est pas moins subordonné ou moins dépendant parce qu'il assume les risques de son employeur. Au contraire, il est en situation de particulière faiblesse et mérite plus encore d'être protégé. C'est pour protéger les travailleurs auxquels l'employeur fait supporter les risques économiques de l'entreprise que la limitation de la responsabilité du salarié au cas de faute lourde a été édictée. Tendre à l'écarter parce qu'elle est inappliquée est malvenu.

L'exclusion de la répartition des risques comme indice est aujourd'hui d'autant plus nécessaire que les méthodes de gestion des ressources humaines se sont individualisées. Il est de plus en plus souvent demandé au salarié de faire la preuve de sa productivité, des gains qu'il permet de réaliser. D'importants efforts sont faits pour mettre le salarié directement au contact du client. Le travailleur est ainsi rapproché autant que faire se peut des résultats économiques de son travail. Cette tendance pousse l'employeur à imputer davantage le risque d'exploitation

89 V. not. civ. 2, 13 décembre 2005, n° 04-18104; Bull. II, n° 320: la Cour note que la personne "n'assumait aucun risque économique" ce qui s'ajoute à de nombreux autres indices pour permettre de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Réciproquement, le fait d'assumer les risques économiques peut être retenu comme indice dans le sens qu'un travailleur n'est pas salarié (v. not. Soc. 29 novembre 1989, n° 87-40142, qui note qu'un agent d'assurance "avait la charge d'auto-financer son agence").

à ses salariés. Il en résulte un accroissement de la pression subie et de la subordination ressentie. Dans un pareil contexte, écarter un travailleur du salariat en tirant argument des risques économiques qu'il subit apparaît comme un contresens.

Pour finir, il est possible de résumer le propos en trois conclusions, avant d'émettre une proposition de redéfinition de la notion de subordination, telle qu'elle est utilisée lors de la qualification de contrat de travail.

4. TROIS CONCLUSIONS

1) Le rôle d'indice que la jurisprudence fait jouer à la répartition des risques lors de la qualification de contrat de travail est contestable.

2) La jurisprudence érige au rang de critère central du contrat de travail la subordination. Celle-ci est composée de direction, de contrôle et de capacité à prendre des sanctions. C'est la présence de ces éléments en fait, dans la pratique, qui importe. La question porte donc sur l'"état de subordination". Le "lien juridique de subordination", lui, est un effet de droit que la jurisprudence reconnaît à tout contrat qualifié de "contrat de travail". Il ne joue aucun rôle lors de la qualification de contrat de travail.

3) Les solutions du droit positif peuvent être décrites dans un cadre d'analyse où subordination et dépendance sont placées sur un pied de relative égalité. Le critère central du contrat de travail apparaît alors être un composé de subordination et de dépendance, l'intensité de l'un de ces éléments permettant de suppléer la faiblesse de l'autre.

5. UNE PROPOSITION

La pleine reconnaissance de la dualité du contrat de travail, faite d'obéissance et de dépendance, pourrait suivre deux voies. L'une serait d'ajouter aux motivations actuelles, centrées sur la "subordination" la mention expresse de la "dépendance économique". L'autre consisterait à redéfinir l'"état de subordination" qui forme le critère central du contrat de travail. Cette seconde solution apparaît plus adéquate.

L'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996⁹⁰ a défini la subordination comme la résultante du pouvoir de l'employeur, et cette définition est depuis régulièrement reprise⁹¹. Elle n'est pas, pourtant, convaincante. Le "subordonné", étymologiquement, c'est simplement celui qui est en-dessous. Ce peut être aussi bien celui qui obéit que celui qui est en état de dépendance économique. Au demeurant, subordination de fait et dépendance économique étaient un peu mélangées au début du XX^e siècle, le clivage doctrinal opposant bien plus les tenants d'un lien de droit (subordination juridique) et ceux qui croyaient en la nécessité de s'attacher à un lien de fait (dépendance économique ou subordination de fait)⁹².

Face à de tels mélanges, M. de Lapalice risque de s'inquiéter. N'avait-il pas réussi plus haut à affirmer avec force: "la subordination n'est pas la dépendance"? Il faut le rassurer. La subordination dont il parlait alors était celle définie par la jurisprudence, elle était une soumission au pouvoir, une obéissance. M. de Lapalice peut toujours affirmer avec raison que: "L'obéissance n'est pas la dépendance". Mais l'état de subordination pourrait, lui, désigner désormais ce plateau de la balance sur lequel les dépendances et les obéissances s'additionnent. Il pourrait plus précisément être défini comme *l'état de faiblesse du salarié vis-à-vis de son employeur, cet état étant composé de dépendance et d'obéissance dans l'exécution ou l'organisation du travail*.

L'état de subordination pourrait alors redevenir le critère unique du contrat de travail, sans abandonner le dualisme des fondements du droit du travail, et en suivant la lettre des textes qui font mention de la "subordination"⁹³.

Il reste à noter qu'à la différence du pouvoir, la dépendance ne peut être qu'un lien de fait, elle ne peut être un lien de droit. Il en résulte que, *l'état de subordination* peut être dual, mais que la *subordination juridique* ne le peut pas. Elle ne saurait intégrer de "dépendance juridique", élément qui ne peut avoir aucun sens. Elle doit donc conserver son sens actuel, celui d'être le pendant du pouvoir juridique accordé à l'employeur.

90 Préc. note 10.

91 V. réf. cit. note 18.

92 V. réf. cit. note 51.

93 V. les art. L. 8221-6 II, C. trav.; 12 de la loi du 23 mai 2006 relative au volontariat associatif; L. 120-7 du Code du service national.

O TERCEIRO PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA¹

THE THIRD OPTIONAL PROTOCOL TO THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD

Matteo Carbonelli²

RESUMO: O presente artigo visa ao estudo do terceiro Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, adotado no dia 19 de dezembro de 2011 e vigente a partir do dia 14 de abril de 2014. A inovação mais relevante desse Protocolo é a criação do Comitê para os Direitos da Criança, perante o qual podem ser levadas as violações dos direitos previstos na referida Convenção e nos dois Protocolos Facultativos anteriores. Diferentemente dos sistemas criados por outras convenções em matéria de direitos humanos, antes do Protocolo em tela não havia a previsão de um órgão com competência para examinar casos de violações com um procedimento do tipo para-jurisdicional. São assim examinados os dispositivos do Protocolo, em especial os que preveem o procedimento das comunicações individuais, as suas condições de admissibilidade, o seu desenvolvimento e os respectivos resultados. Trata-se, ainda, do procedimento das comunicações interestatais e do procedimento de investigação. Por fim, conclui-se que, embora com alguns pontos fracos, o Protocolo constitui um notável passo adiante no fortalecimento da tutela dos direitos das crianças com a afirmação concreta do princípio do interesse superior do menor e do seu direito a ser ouvido.

PALAVRAS-CHAVE: Terceiro Protocolo Facultativo. Convenção sobre os Direitos da Criança. Comitê para os Direitos da Criança.

Artigo recebido em 30 de outubro de 2016

1 A tradução do presente artigo do italiano para o português foi feita pela Prof. Dra. Lorena Vasconcelos Porto, que é Professora Titular do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário UDF.

2 Matteo Carbonelli é Professor de Direito Internacional na Universidade de Tuscia, em Viterbo (Itália), e na Universidade de Roma “A Sapienza”; Vice-Presidente da União Forense para a Tutela dos Direitos Humanos; Diretor Responsável da Revista “I Diritti dell’Uomo”; ex-Juiz Honorário do Tribunal de Roma.

ABSTRACT: This article aims to study the third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child, adopted on 19 December 2011 and entered into force on 14 April 2014. This Protocol's most important innovation is the introduction of the Committee on the Rights of the Child that has competence in respect of violations by the State party of any of the rights set forth in the Convention and the first two Optional Protocols. Differently from other systems created by other conventions on human rights, before this third Protocol there wasn't a Committee with competence for examining these violations through a quasi jurisdiction procedure. Therefore we discuss this Protocol's rules specially those about individual communication's procedure and its admissibility, development and results. We also discuss inter-state communication's procedure and inquiry procedure. Finally we conclude that, although it has some failures this Protocol is notable advance in order to protect child's rights also because it's guided by the principle of the best interests of the child and his right to be heard.

KEYWORDS: Third Optional Protocol. Convention on the Rights of the Child. Committee on the Rights of the Child.

1. GÊNESE, FINALIDADE E CARACTERÍSTICAS DO PROTOCOLO

O sistema de proteção dos direitos das crianças ganhou um novo instrumento com a adoção do terceiro Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (“Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedimentos”), o qual completa e reforça os instrumentos existentes no plano internacional para essa particular categoria de sujeitos vulneráveis.

Este Protocolo, adotado no dia 19 de dezembro de 2011 e vigente a partir do dia 14 de abril de 2014, permitirá pela primeira vez às crianças, depois de mais de vinte anos do reconhecimento oficial dos seus direitos, a possibilidade de fazê-los valer em nível internacional, levando a um órgão específico as violações dos direitos previstos na referida Convenção e nos dois Protocolos Facultativos anteriores. Entre essas violações encontram-se, por exemplo, a exploração das crianças no trabalho, ou a sua exploração sexual, a negação da instrução primária, a discriminação por razões étnicas ou deficiência física, o tráfico de crianças

e todas as formas de violência física ou psicológica contra as crianças, além do envolvimento de crianças nos conflitos armados e a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantil, que se encontram previstas nos dois Protocolos anteriores.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (entendida como todo indivíduo com idade inferior a 18 anos) foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 (data recordada todo ano com a celebração da Jornada internacional dos direitos da infância e da adolescência), e posteriormente ratificada por todos os Estados, com exceção somente dos Estados Unidos. Os outros dois Protocolos tinham sido adotados ambos no dia 6 de setembro de 2000, sendo ratificados por 159 Estados, o primeiro, e 169 o segundo.

Diferentemente dos sistemas criados por outras convenções em matéria de direitos humanos, não era previsto nenhum mecanismo de controle além do exame dos relatórios periódicos que, nos termos do art. 44 da Convenção sobre os Direitos da Criança, os Estados são obrigados a apresentar a cada cinco anos ao Comitê específico, composto por 18 especialistas independentes, por ela instituído; de modo que este Comitê era, entre os órgãos de monitoramento criados no âmbito da ONU por convenções internacionais sobre os direitos humanos (os denominados “treaty bodies”: nove Comitês além do Subcomitê para a prevenção da tortura), o único a não ser dotado de competência para examinar casos de violações com um procedimento do tipo para-jurisdicional.

O Protocolo em exame veio a preencher esta lacuna, introduzindo – ao lado do exame dos relatórios periódicos dos Estados - um mecanismo de reclamação para os casos de violações específicas dos direitos das crianças. Este reconhece, assim, às crianças, do mesmo modo que aos adultos, igual acesso a um órgão internacional, e atribui ao Comitê para os Direitos da Criança inclusive o poder de examinar as comunicações, de desenvolver investigações e de formular observações ou recomendações.

As razões essenciais que levaram à adoção do Protocolo podem, assim, ser identificadas na exigência de remediar o fato de que a Convenção sobre os Direitos da Criança era a única entre as convenções fundamentais (“core conventions”) sobre os direitos humanos a não prever um procedimento contencioso, além da exigência de se considerar o caráter de especialidade que as normas sobre os direitos das crianças apresentam em relação às outras normas sobre os direitos humanos em geral.

Para garantir os direitos das crianças, considerando as características particulares de seus titulares, que são pessoas em desenvolvimento, geralmente em condição de dependência

ou de parcial autonomia, e invariavelmente vulneráveis em relação aos adultos, pode de fato não ser suficiente a tutela propiciada pelos procedimentos perante outros comitês, ou mesmo perante a tribunais como a Corte Europeia ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, seja pelo conteúdo substancial das convenções a que se referem, seja pelas suas regras procedimentos, não estão moldadas para as especificidades necessárias neste campo.

As dúvidas com relação a um risco de duplicação dos mecanismos existentes foram assim superadas pela presença dos denominados direitos únicos (“unique rights”), isto é, direitos específicos dos quais são titulares apenas as crianças, para os quais apenas foi afirmado, por exemplo, o princípio do “interesse superior” ou o direito de ser ouvido, definido como uma previsão única em um tratado de direitos humanos (“a unique provision in a human rights treaty”).

Os procedimentos introduzidos pelo terceiro Protocolo com as novas competências atribuídas ao Comitê para os direitos da criança são de fato, por si mesmas, orientadas para a criança (“child-oriented”), pois refletem condições mínimas que devem ser respeitadas para serem, em obediência àqueles princípios, “sob medida para as crianças”. Estas concretizam, assim, a concepção, que se encontra na base da Convenção de 1989 e dos outros dois Protocolos adicionais, da criança como sujeito de direitos, e não simplesmente objeto de proteção, atribuindo-lhes os meios para reivindicar o seu pleno respeito e equiparando-o, assim, à outras pessoas tuteladas pelas várias convenções.

O Protocolo, desse modo, faz justiça à suposta “não justiciabilidade” de muitos direitos das crianças, como já havia feito, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, o Protocolo adotado em 2008 para o respectivo Pacto; ademais, faz justiça à ideia de que procedimentos quase-judiciários constituem um modo “ocidental” de intervir em matéria de direitos humanos, ressaltando-se que a própria Carta africana para os direitos e o bem-estar das crianças de 1990 havia permitido o envio de comunicações a um Comitê específico.

Os trabalhos que conduziram à adoção do Protocolo começaram em 2009, quando - após uma campanha de mobilização ativa conduzida desde 2006 por uma coalizão de ONGs para combater a anomalia de uma convenção como a de 1989 para os direitos da criança, que, embora fosse a mais amplamente ratificada, continuava destituída, como vimos, de um mecanismo de garantia do tipo quase-jurisdicional - o Conselho dos direitos humanos na sua XI sessão instituiu com a resolução 11/1 um Grupo de Trabalho de composição aberta, encarregando-o da elaboração de um Protocolo adicional a essa Convenção. Com um procedimento de notável

rapidez, o texto elaborado pelo Grupo de Trabalho foi apresentado em junho de 2011 pelo Conselho dos Direitos Humanos à Assembleia Geral das Nações Unidas e foi por ela adotado por meio de consenso, após a negociação na Terceira Comissão, no dia 19 de dezembro do mesmo ano com a resolução 66/138.

Com uma cerimônia ocorrida no Palácio das Nações em Genebra, por ocasião da XIX sessão do Conselho dos Direitos Humanos, o novo Protocolo facultativo à Convenção dos direitos da criança foi disponibilizado para assinatura no dia 28 de fevereiro de 2012, obtendo-se no mesmo dia as assinaturas de vinte Estados. Entre estes a Itália, a qual, em um encontro de alto nível ocorrido por ocasião da 67ª Assembleia Geral das Nações Unidas no mês de setembro seguinte, manifestou inclusive a intenção de efetuar a ratificação dentro de um ano, sem no entanto poder cumpri-lo em virtude da conclusão prematura da XVI legislatura com a dissolução antecipada das Câmaras em dezembro daquele ano; atualmente o respectivo projeto de lei, como acima recordado, encontra-se em poder da Câmara depois de ter sido já aprovado pelo Senado no mês de julho passado.

Conforme o art. 18 do Protocolo, podem aderir a este todos os Estados-parte da Convenção sobre os direitos da criança ou de um dos outros dois Protocolos facultativos. Tendo entrado em vigor, como dito, no dia 14 de abril de 2014, isto é, três meses após o alcance da décima ratificação, segundo prevê o seu art. 19, o Protocolo recebeu, no dia 1º de setembro de 2015, 18 ratificações, embora com a oposição de diversas reservas, e 49 assinaturas.

O Protocolo, como se conclui desde a sua denominação, não traz disposições materiais e não acrescenta, assim, do ponto de vista substancial, novos direitos àqueles já contidos na Convenção e nos outros dois Protocolos, mas introduz um mecanismo de comunicações individuais e interestatais juntamente com um procedimento de investigação para violações dos direitos contidos em tais acordos a exemplo dos mecanismos instituídos por outras convenções sobre os direitos humanos.

Os procedimentos, que visam a reforçar e completar os mecanismos nacionais e regionais, são caracterizados por um espírito não punitivo, mas de colaboração com os Estados; e se concluem com a adoção de opiniões e recomendações por parte do Comitê, que em si são destituídas de caráter vinculante, mas permitem de todo modo ao menor obter uma reparação do dano sofrido ou um reconhecimento da violação do seu direito.

O Protocolo é subdividido em um preâmbulo e quatro partes, e compõe-se de 24 artigos. No Preâmbulo, além de invocar princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, faz-se

também referência expressa aos princípios da Convenção sobre os direitos da criança, recordando em particular a obrigação dos Estados de garantir a sua aplicação sem qualquer discriminação “a toda criança sujeita à sua jurisdição” (logo, inclusive fora do território estatal, e, por exemplo, às crianças migrantes durante operações de socorro no mar, a bordo de veleiros ou embarcações de bandeira nacional, ou em território ocupado ou de todo modo sujeito a controle efetivo do Estado); se reafirma, ainda no Preâmbulo, o princípio do interesse superior do menor, que deve sempre prevalecer, e da necessidade que os procedimentos sejam sensíveis às crianças; se encorajam, por fim, os Estados a instituir mecanismos nacionais adequados às crianças para facilitar o seu acesso a medidas efetivas, reconhecendo o papel importante das instituições nacionais, em relação às quais se afirma, assim, uma complementaridade ou uma subsidiariedade.

2. AS DISPOSIÇÕES GERAIS

Na primeira Parte, na qual estão contidas disposições de caráter geral, após ter introduzido, no art.1, a nova competência do Comitê para os direitos da criança, o qual poderá receber apenas comunicações concernentes a um Estado que seja parte do Protocolo e em relação a violações de direitos enunciados em um instrumento internacional do qual ele seja parte, o Protocolo, no art.2, reafirma expressamente o princípio do melhor interesse da criança (“best interest of the child”), que deve guiar o Comitê no desenvolvimento das suas atividades; e contém uma aplicação concreta do direito do menor a ser ouvido, dispondo que o Comitê deve levar em consideração os seus direitos e as suas opiniões, às quais deve dar o justo peso em relação à sua idade e ao seu grau de maturidade.

Nesse sentido, o Comitê, conforme requerido pelo art. 3, adotou, já em 2013, tendo em vista a entrada em vigor do Protocolo, regras de procedimento adequadas às crianças, as quais preveem que as decisões do próprio Comitê devem ser redigidas em uma linguagem compreensível pelas crianças interessadas. Tais regras de procedimento preveem, ainda, como também requerido pelo Protocolo, medidas de garantia dirigidas a prevenir manipulações do menor por parte daqueles que agem em seu nome, juntamente com a possibilidade para o Comitê de recusar o exame de uma comunicação que não considere orientada pelo interesse superior do próprio menor.

O Estado, por sua vez, tem a obrigação (art. 4) de adotar todas as medidas necessárias para que as pessoas que se dirigem ao Comitê não sofram, como consequência, violações dos direitos humanos, maus tratos ou intimidações. Para tal fim - como já previsto no Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e no Protocolo facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - é prevista a tutela do sigilo dos sujeitos interessados, estabelecendo-se que a sua identidade não deve ser tornada pública, a menos que eles não o permitam expressamente.

Em particular, segundo a regra 19, eventuais oitivas por parte do Comitê devem ocorrer com portas fechadas, respeitando em todo caso a sensibilidade e a vulnerabilidade do menor, sem a presença dos representantes do Estado, a menos que esta não seja requerida pelo próprio menor e sempre que seja orientada pelo seu interesse superior. No geral, o exame das comunicações por parte do Comitê, segundo o art. 10 do Protocolo, deve ocorrer com portas fechadas, e analogamente o procedimento de investigação, segundo o art. 13, deve ocorrer em caráter sigiloso.

3. O PROCEDIMENTO DAS COMUNICAÇÕES INDIVIDUAIS

A segunda Parte do Protocolo é dedicada ao procedimento de apresentação das comunicações, como forma de recurso “para-jurisdicional” dirigido a denunciar e a determinar violações de direitos enunciados na Convenção sobre os Direitos da Criança o em um dos outros dois Protocolos. As comunicações podem ser de dois tipos: comunicações individuais e comunicações interestatais.

As comunicações individuais, que consistem no tipo de maior interesse do Protocolo, podem ser apresentadas, segundo o art. 5, por indivíduos ou grupos de indivíduos que se consideram vítimas das referidas violações, diretamente ou por meio de um representante que aja em nome deles. Elas podem ser apresentadas diretamente pelas próprias crianças (e nisso se encontra o aspecto particular de novidade e relevância do Protocolo), pois não é necessário possuir a capacidade de agir segundo o direito interno, ou também por adultos em razão de fatos que lhes concernem pessoalmente, ocorridos antes de completarem dezoito anos de idade; no caso em que, ao contrário, as comunicações sejam apresentadas por um outro sujeito (que pode ser inclusive uma ONG) em nome da criança, é necessário o consenso desta, a menos que o representante possa fornecer uma justificativa idônea.

Na versão definitiva não foi adotada a hipótese de recursos coletivos, que figurava nas versões anteriores de 2010 e de 2011 e que era inspirada nas previsões do Protocolo Facultativo de 1995 à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas e também nas previsões da Carta africana sobre os Direitos e o Bem-Estar das crianças. Essa hipótese, que permitia a ONGs qualificadas e a instituições nacionais para os direitos das crianças de apresentar comunicações relativas a um número indeterminado de crianças, foi suprimida por ser considerada não necessária, dado o poder de investigação que foi atribuído ao Comitê além da análise que este faz dos relatórios periódicos dos Estados (e dos “contra relatórios” das ONGs); embora desse modo tenha sido suprimido um instrumento útil para examinar tempestivamente fenômenos mais ou menos extensos, juntamente com a possibilidade de aumentar o papel no plano internacional de organismos institucionais ou da sociedade civil.

Do recebimento da comunicação até a decisão de mérito, o Comitê, nos termos do art. 6, pode a qualquer momento, na presença de circunstâncias excepcionais, requerer ao Estado interessado que adote as medidas provisórias necessárias para evitar um dano irreparável à vítima. A isso, todavia, não corresponde uma obrigação de adoção por parte do Estado, o qual é obrigado apenas a uma “consideração urgente”, embora na regra 7 do Regulamento de procedimento encontra-se prevista uma disciplina de monitoramento por parte do Comitê sobre a adoção de tais medidas, juntamente com a possibilidade de requerê-las também no procedimento de investigação.

Caso sejam requeridas medidas provisórias, o art. 10 dispõe que o procedimento de exame da comunicação seja conduzido com especial celeridade, evidentemente em virtude da maior gravidade e urgência do caso; de todo modo, segundo expressamente previsto pelo próprio art. 6, o requerimento de medidas provisórias não prejudica a decisão do Comitê sobre a admissibilidade ou o mérito da comunicação.

4. AS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

As condições de admissibilidade, previstas pelo art. 7, são diversas e têm um caráter cumulativo, no sentido de que devem estar presentes todas para que a comunicação possa ser examinada. Tais condições lembram aquelas em geral previstas em procedimentos judiciais ou quase judiciais análogos em tutela dos direitos humanos, embora algumas tenham se adaptado a considerações críticas em virtude de se tratar no caso de crianças.

Em especial se requer, antes de tudo, que a comunicação não seja anônima. Isso porque o Comitê deve poder conhecer os fatos e evitar instrumentalizações, sendo de todo modo assegurado o sigilo no curso do procedimento.

Requer-se, assim, que a comunicação seja apresentada por escrito. Condição esta não requerida expressamente em alguns procedimentos relativos a outras convenções (como a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Desaparecimentos Forçados, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ou a Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes) e que, no presente caso, tratando-se de crianças, pode criar dificuldades. Esta de todo modo foi amenizada pela regra 16, parágrafo 3, alínea “d”, do Regulamento de procedimento, na qual se admite a possibilidade de anexar material não escrito, como desenhos, vídeos e outros.

Ademais, a comunicação não deve consistir em um abuso do direito de apresentar comunicações ou ser incompatível com os direitos garantidos na Convenção e nos seus Protocolos; entendendo-se por comunicação abusiva, por exemplo, uma comunicação deliberadamente fundada em fatos inventados ou descritos falsamente ou com finalidade provocatória, ao passo que a sua compatibilidade com os direitos previstos nos instrumentos aos quais o Protocolo se refere consiste, essencialmente, do ponto de vista procedimental, na competência do Comitê *ratione materiae*, e também *ratione personae, temporis e loci*.

A comunicação não deve, ainda, ser manifestamente infundada ou não suficientemente motivada. Trata-se aqui de uma condição de admissibilidade que de certo modo entra no mérito da questão, pois requer a subsistência de certo *fumus boni iuris*, mas não prejudica, de todo modo, a decisão posterior, já que visa a excluir apenas as comunicações que já em um exame preliminar e sumário *ictu oculi* não mostram nenhuma presença mínima de violação dos direitos garantidos.

Outra condição de admissibilidade é que a questão não tenha sido já examinada pelo mesmo Comitê ou não tenha sido, ou não seja ainda, objeto de exame por parte de uma outra instância internacional, como, por exemplo, a Corte Europeia dos Direitos do Homem de Estrasburgo ou um outro Comitê; isso em conformidade com o princípio geral do *ne bis in idem* e com os princípios que regulam a litispendência.

Em conformidade com outro princípio geral que em regra se encontra nos procedimentos internacionais, a saber, o princípio do esgotamento prévio dos recursos internos, requer-se também que tenham sido interpostos todos os recursos que o ordenamento do Estado

coloca à disposição, a menos que tais recursos não tenham uma duração exagerada, isto é, não razoável, ou, de todo modo, que seja pouco provável que possam propiciar remédios efetivos. Isso não é apenas consequência do caráter de subsidiariedade dos procedimentos internacionais, mas também da falta de ocorrência do fato ilícito no plano internacional enquanto sejam possíveis remédios internos, devendo-se, todavia, considerar a duração não razoável ou a improbabilidade de remédios efetivos para uma justiça negada.

Ademais, é previsto um prazo de decadência de doze meses contados do esgotamento dos recursos internos, salvo que o indivíduo demonstre a impossibilidade de apresentar a comunicação dentro desse período. Tal prazo não se encontra previsto em uma convenção como aquela sobre a eliminação das discriminações contra as mulheres, e, para alguns, pareceu inoportuno que seja estabelecido neste Protocolo relativo às crianças.

Por fim, é previsto como condição de admissibilidade da comunicação que os fatos que consistem em seu objeto tenham ocorrido após a data de entrada em vigor do Protocolo para o Estado envolvido, ou, se iniciados anteriormente, tenham continuado após essa data. Isso em conformidade ao previsto em geral pelo art. 20, segundo o qual a competência do Comitê refere-se exclusivamente a violações de direitos previstos na Convenção ou em um dos dois primeiros Protocolos, cometidas por um Estado parte após a entrada em vigor para tal Estado do Protocolo em questão.

5. DESENVOLVIMENTO E RESULTADOS DO PROCEDIMENTO

Se o Comitê não declara inadmissível a comunicação, nos termos do art. 8, a transmite de modo sigiloso ao Estado interessado, que é obrigado a responder por escrito, o mais rapidamente possível, e, de todo modo, em seis meses, anexando as próprias observações e indicando as eventuais medidas adotadas.

É prevista, no art. 9, a possibilidade de se chegar a uma solução amigável para encerrar o caso, respeitando-se as obrigações enunciadas na Convenção e nos Protocolos, mediante os bons ofícios que para tal fim o Comitê deve colocar à disposição das partes, eventualmente atribuindo esta tarefa a um ou mais de seus membros. Esta possibilidade não se encontra nos procedimentos ocorridos perante outros Comitês, salvo no procedimento previsto pelo Protocolo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Protocolo dispõe, no art. 10, que o Comitê deve examinar a comunicação o mais rapidamente possível, a partir de toda a documentação que lhe foi apresentada, e que deve ser transmitida também às partes interessadas. Não há a previsão de audiências, tendo o Comitê as suas sessões - como vimos - com portas fechadas; mas são possíveis, segundo as mencionadas Regras de procedimento, oitivas da vítima, do seu representante ou do Estado interessado. Visando obter todo elemento útil, o Comitê pode também consultar e receber documentação de diversos sujeitos, entre os quais órgãos internacionais, ONGs, instituições nacionais e qualquer outra pessoa capaz de fornecer informações sobre o caso.

Como já dito, o exame deve ser mais rápido caso o Comitê tenha requerido ao Estado a adoção de medidas provisórias. Todavia, caso se trate de uma violação de direitos econômicos, sociais e culturais, o Comitê deve considerar a especificidade de tal categoria de direitos e avaliar a “razoabilidade das medidas” de proteção adotadas pelo Estado, nos termos do art. 4, em consideração de que nesse campo pode ser adotado um leque de diversas medidas possíveis de caráter geral. Esta diferenciação parece, em verdade, contradizer o princípio da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, invocado no Preâmbulo, e a afirmação, contida em diversos instrumentos, de que todas as categorias desses direitos se encontram no mesmo plano.

Concluído o exame da comunicação, o Comitê transmite às partes interessadas as suas observações, juntamente com as recomendações dirigidas ao Estado na hipótese em que o considere responsável pelas violações. Essas recomendações, como exemplificado na regra 27, podem referir-se à reparação do fato ilícito, à garantia de não repetição, ao ressarcimento do dano, à reabilitação da vítima, à punição dos autores do fato, e podem também compreender a adoção de medidas de caráter geral, legislativo ou institucional, para prevenir violações análogas. As decisões do Comitê, em acordo com as partes, poderão ser publicadas, transmitidas a terceiros, ou incluídas na síntese das suas atividades que, nos termos do art. 16, o Comitê descreve nos relatórios apresentados a cada dois anos à Assembleia Geral da ONU.

Após a decisão, é disciplinado pelo art. 11 um mecanismo de *follow-up*, pelo qual o Estado, a quem incumbe a obrigação de dar a “devida consideração” às observações e recomendações do Comitê, é obrigado a submeter-lhe no prazo de seis meses uma resposta escrita contendo informações sobre as medidas adotadas ou previstas para dar aplicação às decisões do Comitê ou ao acordo de solução amigável eventualmente alcançado. O Comitê poderá requerer ao Estado mais informações, inclusive por ocasião dos relatórios periódicos

seguintes apresentados nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança e dos dois primeiros Protocolos. Outras informações poderão ser requeridas pelo Comitê também à vítima, ou ao autor da comunicação ou a qualquer sujeito interessado, eventualmente recorrendo a um relator especial ou a um grupo de trabalho, e dando publicidade à sua atividade de controle por meio de um relato detalhado nos relatórios para a Assembleia Geral.

6. O PROCEDIMENTO DAS COMUNICAÇÕES INTERESTATAIS

Com relação ao procedimento das comunicações interestatais, ou seja, as comunicações apresentadas ao Comitê por parte de um Estado sobre outro Estado por uma suposta violação da Convenção ou de um dos dois primeiros Protocolos - procedimento, todavia, nunca o raramente utilizado na prática em outros sistemas análogos de tutela dos direitos humanos - é previsto, no art. 12, um mecanismo de *opting in*, segundo o qual se requer que ambos os Estados tenham previamente aceitado a competência do Comitê para receber tais comunicações mediante uma declaração específica, que pode ser feita a qualquer momento e depositada junto ao Secretário Geral da ONU. Todavia, tal declaração pode ser revogada a qualquer momento, mas sem prejuízo do exame de uma comunicação já apresentada e com efeito impeditivo apenas para eventuais comunicações posteriores, salvo uma nova declaração de aceitação.

Também neste procedimento é previsto que o Comitê, além de examinar o caso, coloque à disposição dos Estados os seus bons ofícios visando a uma solução amigável, respeitando-se sempre as obrigações previstas pela Convenção e pelos seus Protocolos; e o Comitê, para tal fim, pode também instituir uma comissão de conciliação, conforme previsto pelas regras de procedimento. Essas disciplinam também – para dizer a verdade, de maneira não totalmente satisfatória – o resultado de uma comunicação interestatal, da qual o Protocolo não se ocupa expressamente, estabelecendo que o Comitê pode comunicar aos Estados interessados, de maneira sigilosa, a sua opinião, descrevendo após, em seu relatório, a solução amigável eventualmente alcançada ou o desenvolvimento dos fatos.

7. O PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO

A terceira Parte do Protocolo disciplina o último procedimento de controle por ele previsto, isto é, o procedimento de investigação, que está presente também nos sistemas de

outras Convenções da ONU em matéria de direitos humanos. Tal procedimento, nos termos do art. 13, é iniciado pelo próprio Comitê, o qual, na hipótese de receber informações confiáveis acerca de graves ou sistemáticas violações dos direitos assegurados na Convenção ou nos Protocolos, cometidas por um Estado parte, o convida a cooperar no exame das informações recebidas e, para esse fim, a apresentar-lhe sem demora as suas observações quanto ao mérito. Com base nessas observações e em qualquer outra informação relevante que pode requerer a outros sujeitos internacionais e estatais, inclusive a ONGs, o Comitê pode encarregar um ou mais de seus membros de conduzir uma investigação, que, se necessário, pode implicar inclusive uma visita ao território do Estado, com a possibilidade, também aqui, de oitivas, com o consenso do próprio Estado.

Toda a investigação deve se desenvolver de maneira sigilosa e buscando sempre a colaboração do Estado; o qual, uma vez recebida a conclusão com as observações e as eventuais recomendações do Comitê, tem seis meses de prazo para responder com as próprias observações. Ao final do procedimento o Comitê poderá decidir, após a consulta do Estado interessado, inserir um relato sintético no relatório sobre as suas atividades que a cada dois anos, segundo o art. 44, parágrafo 5, da Convenção, deve apresentar à Assembleia Geral.

Todavia, é prevista uma cláusula de *opting out*, segundo a qual os Estados parte do Protocolo podem declarar, no momento da assinatura ou da ratificação deste (declaração esta sempre revogável), de não aceitar a competência do Comitê para conduzir investigações. Desse modo é possível ao Estado subtrair-se desse procedimento, embora com um mecanismo inverso ao do procedimento das comunicações interestatais, para cuja subtração é, ao contrário, suficiente não depositar (ou revogar) a necessária declaração de aceitação.

Também para o procedimento de investigação é previsto, no art. 14, um mecanismo de *follow up*, de modo análogo ao previsto para o procedimento das comunicações individuais: o Comitê poderá requerer mais informações ao Estado interessado, e também a diversos outros sujeitos internacionais e estatais, entre os quais as ONGs, inclusive convidando o Estado, eventualmente, a incluir as informações nos relatórios periódicos previstos pela Convenção e pelos dois primeiros Protocolos.

8. AS DISPOSIÇÕES FINAIS

Com relação à quarta e última Parte do Protocolo, que contém as disposições finais, entre as quais as dedicadas, como é habitual, à assinatura, ratificação e adesão, à entrada em vigor, às emendas, às notificações, à denúncia do Protocolo (com efeito a partir de um ano após a notificação), é necessário recordar a possibilidade, prevista pelo art. 15, de o Comitê, com o consenso do Estado interessado, transmitir aos institutos especializados, ou fundos e programas da ONU e aos outros organismos competentes, as suas constatações e recomendações relativas aos casos examinados, juntamente com qualquer outro elemento que possa evidenciar a necessidade de fornecer assistência técnica e cooperação para que o Estado possa propiciar melhor aplicação aos direitos assegurados na Convenção e nos Protocolos.

Essa previsão confirma o espírito no qual se inspira todo o Protocolo com os seus diversos procedimentos, qual seja, o de favorecer o respeito dos direitos das crianças essencialmente por meio de colaboração com os Estados. Privilegia-se onde é possível uma solução amigável das questões e se busca o máximo possível evitar conflitos com os Estados, prestando-lhes toda ajuda mas lembrando-lhes o empenho de cumprir as obrigações assumidas; conta-se em verdade com a sua vontade (ou com o seu interesse) de evitar os efeitos negativos que podem advir da constatação feita pelo Comitê, inclusive nos seus relatórios, das suas violações, e não com decisões vinculantes, como seriam aquelas de um órgão judiciário, ou com sanções a cuja submissão os Estados certamente relutariam a aceitar.

A isso também se relaciona o empenho previsto no art. 17 para cada um dos Estados parte de dar amplo conhecimento do Protocolo dentro do próprio território, bem como de facilitar a difusão das informações concernentes às observações e às recomendações do Comitê, em especial daquelas referentes ao próprio Estado, através de meios idôneos e de formas acessíveis tanto aos adultos, quanto às crianças, inclusive aqueles com deficiência. Com efeito, o conhecimento dos próprios direitos é uma condição para poder fazê-los valer e a difusão de tais informações em todos os níveis pode contribuir para o desenvolvimento de boas práticas capazes de assegurar uma melhor aplicação dos direitos das crianças nos diversos ordenamentos nacionais.

9. OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

Embora com alguns pontos fracos, considerando a dificuldade de se chegar a um nível mais avançado de proteção global na presença de diferenças, enraizadas e também relevantes,

entre os diversos Estados, o Protocolo é de todo modo um sucesso. Ele constitui um notável passo adiante no fortalecimento da tutela dos direitos das crianças com a afirmação concreta do princípio do interesse superior do menor e do seu direito a ser ouvido.

O Protocolo abre novas possibilidades, estendendo as competências do Comitê com um mecanismo do tipo quase-jurisdicional, que se junta ao controle mediante o procedimento de relatórios, e estabelecendo que para utilizar esse mecanismo as crianças não devem estar necessariamente acompanhadas por seu representante legal: o próprio menor poderá apresentar uma “denúncia” ao Comitê, e também outros sujeitos, entre os quais as ONGs ou outras associações, poderão ajudá-lo a apresentar a “denúncia”, ou apresentá-la em seu nome, ou poderão denunciar violações sistemáticas aos direitos das crianças.

Mesmo evidenciando, como ocorre normalmente nos procedimentos internacionais, o caráter complementar e subsidiário em relação às instituições nacionais - cujo papel, todavia, procura-se valorizar - o Protocolo poderá garantir uma melhor tutela dos direitos das crianças, estimulando também os Estados a reformar os seus procedimentos para torná-los “adaptados às crianças”, às quais é necessário dar não apenas ouvido, mas também resposta.

A eficácia do protocolo dependerá também da pressão que a opinião pública conseguirá fazer para que o Protocolo seja ratificado pelo maior número possível de Estados e possa receber uma aplicação concreta para garantir uma proteção mais ampla dos direitos das crianças.

LA TEOLOGÍA DEL TRABAJO EN LA METAMORFOSIS DE KAFKA¹

THE LABOUR THEOLOGY IN THE BOOK THE METAMORPHOSIS WRITTEN BY FRANZ KAFKA

Gianni Loy²

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es estudiar la teología del trabajo en la obra Metamorfosis de Franz Kafka. Inicialmente se destaca que aún que la crítica tenga siempre estudiado esa obra para mejor conocer a Kafka y sus relaciones familiares, en realidad la Metamorfosis constituye una extraordinaria visión del trabajo y de su teología. En tal sentido la transformación del protagonista Gregor Samsa en un insecto simboliza el daño producido por la exposición al riesgo, o sea, al estrés de su trabajo. El protagonista no se preocupa por el hecho de que su cuerpo se transformó en insecto pero sí que no podría cumplir su obligación de trabajar y sentía miedo del despido. No le gusta su trabajo pero no lo quita porque sirve para mantener a toda la familia y para pagar la deuda que el padre había contraído con su jefe (“pecado original”). Así en la primera parte del libro la mística del trabajo coincide con la visión bíblica, común al hebraísmo y al cristianismo. El sufrimiento del trabajo surge de la necesidad de ganarse el pan y de la expiación del pecado original. Se evidencia que Franz Kafka proyectó sobre Gregor Samsa su propia historia personal de trabajador. La segunda parte del libro trata de la expiación: como Gregor Samsa no puede trabajar sus familiares son echados del paraíso terrestre y tendrán que ganar el pan con el sudor de su frente. Se evidencia un modelo negativo, que considera al incapaz (Gregor Samsa) como un peso y se propone eliminarlo. En la tercera parte, de la redención, Gregor Samsa se abandona a la muerte para redimir a sus familiares ingratos y permitirles una nueva vida. Los familiares a partir de ahora tienen que soportar la pena del trabajo para que se cumpla el castigo que ha pasado de generación en generación. Pero

Artigo recebido em 16 de novembro de 2016

¹ O presente artigo foi publicado simultaneamente na Revista espanhola **Derecho y Trabajo**, n. 22, 2016.

² Gianni Loy é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Cagliari.

gradualmente se acercan a aquel trabajo que ha sido revalorizado por la doctrina social de la Iglesia, que les hace partícipes de la obra de la creación. Se evidencia al final la gran implicación de Kafka con el Derecho del Trabajo incluso expresa en la Metamorfosis.

PALAVRAS-CHAVE: Franz Kafka. La Metamorfosis. Teología. Derecho del Trabajo.

ABSTRACT: This article aims to study labour theology in the book *The Metamorphosis* written by Franz Kafka. Firstly we show that although critics have always studied this book in order to know Kafka and his relationships better, *The Metamorphosis* consists in an extraordinary vision of work and its theology. In this sense the protagonist Gregor Samsa's transformation into an insect symbolizes damages produced by risk exposure, i.e., the stress caused by his job. The protagonist isn't worried about his transformation into an insect but his absence from work and his fear to be fired concern him. He doesn't like his job but he doesn't leave it because he needs the money to keep his family and to pay his father's debts with his boss ("original sin"). Therefore in the book's first part the work's mystic and the bible's vision shared by Christianity and Judaism coincide. The sufferance caused by work comes from necessity of earning one's daily bread and of atoning for the original sin. We show that Franz Kafka projected onto Gregor Samsa his personal experience as a worker. The book's second part tells about atoning: since Gregor Samsa couldn't work his family is expelled from the earthly paradise and must earn their daily bread by the sweat of their brow. It shows a negative model in which a disabled person (Gregor Samsa) is seen as a burden to be eliminated. The book's third part is about redemption since Gregor Samsa puts himself to death in order to redeem his ungrateful family and to give them a new life. Henceforth his family must bear their job as a punishment that is passed for generations. Nevertheless they get close to the kind of job that has been revalued by Church's social doctrine and makes them part of creation's work. Finally we show Kafka's deep involvement with Labour law that is also expressed in the *Metamorphosis*.

KEYWORDS: Franz Kafka. *The Metamorphosis*. Theology. Labour law.

INTRODUCCIÓN

Gregor Samsa no ha tenido la suerte de otros muchos personajes de la literatura que, después de haber sido introducidos al mundo por la pluma de un escritor, han vivido, y viven,

con vida propia. En realidad, de muchos de los personajes no conocemos ni siquiera al autor, a lo máximo se trata de un nombre y nada más. Pero incluso en el caso en que el autor sea famoso tanto o más que sus personajes, nuestros héroes, cuando son tales, mantienen su personalidad y su autonomía. Don Quijote y Sancho Panza, justo para citar uno de los ejemplos más célebres, siguen vagando desde hace siglos a lo largo de los campos del planeta, indiferentes a cuanto vive y padece Miguel de Cervantes. De la misma manera, Ulises puede seguir viviendo incluso sin Homero o Harry Potter sin Joanne Rowling.

Para Gregor Samsa no es así. Al igual que los demás personajes de Kafka, sus desaventuras se leen sólo para profundizar en los misterios existenciales del autor. Con frecuencia, Gregor Samsa se define como el héroe de la metamorfosis, pero, en realidad, no es otra cosa que la contrafigura de Franz Kafka. Quizás, incluso con más suerte que las otras contrafiguras, porque al menos se le ha concedido un nombre, un apellido y una familia, aun cuando problemática, mientras que otros personajes de Kafka han tenido que conformarse con ser identificados simplemente con una letra del alfabeto.

Cualquiera que se acerque a la lectura de la metamorfosis, en la mayor parte de los casos, ya ha sido detalladamente informado con anterioridad de la trama, no sólo literaria, de Franz Kafka y de su *imprinting*. Como sucede con poquísimos otros autores, en efecto, su nombre está asociado a la visión de la vida expresada por su obra literaria. Es difícil que el lector que se adentra en la historia del último retazo de la vida de Gregor Samsa no conozca ya el significado del término kafkiano y que no lo asocie a la idea de absurdo, incomprensible, paradójico, interminable, (...).

Como consecuencia, la lectura de la metamorfosis sirve sólo para convalidar o profundizar la aserción según la cual la obra literaria de Kafka expresa justo aquel complejo de sensaciones sintetizadas por el término “kafkiano”. Esto es incluso paradójico si se piensa al hecho de que la metamorfosis no es para nada una historia kafkiana o, por lo menos, es aquella que menos corresponde a los cánones de la ética kafkiana. Leer las obras de Kafka conociendo su biografía y, sobre todo, la célebre “carta al padre”, es como admirar un paisaje a través de lentes coloradas. El filtro, en este caso, es la supuesta relación conflictiva con el padre, un filtro que deja entrever, en cada uno de los principales personajes de la historia, no sólo los familiares de Gregor Samsa, sino aquellos de Franz Kafka. Bien entendido, no hay nada de erróneo, ni de original, en el hecho de que el autor proyecte sus propios tormentos a sus personajes. Sin embargo, esto provoca que ejércitos de críticos y de lectores pronuncien el nombre de Gregor Samsa, y sigan registrando el último retazo de su vida, mientras su obsesión, en realidad, es

Franz Kafka. Los verdaderos motivos que les empujan a ocuparse de Gregor Samsa son otros: algunos imaginan un proceso de identificación entre el protagonista de la metamorfosis y Kafka, es decir dialogan con Gregor Samsa imaginando que están hablando con Kafka; otros profundizan en la historia de Gregor Samsa porque imaginan que éste pueda ser el guardián, o uno de los guardianes, de la fórmula que, un día u otro, permitirá revelar el enigma de Kafka.

Así, la crítica ha colocado en el centro de su atención, sobre todo, las relaciones familiares, sin darse cuenta del hecho de que la metamorfosis constituye, antes de nada, una extraordinaria visión del trabajo y de su teología. Esto parece evidente, en la historia y en sus personajes, hasta en los más pequeños detalles.

La empresa de releer la metamorfosis prescindiendo totalmente de cualquier prejuicio no es fácil, pero quien consiga hacerlo, tendrá la suerte de entrever bajo las manos de color que hasta ahora han orientado la interpretación de la obra, un admirable fresco (mural), fascinante y al mismo tiempo inquietante, que representa la filosofía del trabajo en la concepción de Kafka, cuadro en el cual el mismo Kafka, según una difundida tradición pictórica, no deja de representarse a sí mismo. Partimos de los hechos tal y como vienen descritos en la obra según un rígido criterio cronológico.

1. PRIMERA PARTE: EL PECADO ORIGINAL

¿Quién es Gregor Samsa? Es un comerciante de telas, con un buen salario, pero insatisfecho con su propio trabajo. Entre los otros viajantes, según cuenta, muchos “viven como pachás”³. En cambio, Gregor se queja de los madrugones, del cansancio, del estrés debido a las coincidencias de los viajes, de las malas relaciones humanas, de las comidas irregulares y de mala calidad (...).

Si tuviésemos que buscar la causa de su transformación en un monstruoso bicho⁴, una metáfora que simplemente simboliza el daño producido por la exposición al riesgo, la podríamos encontrar en el estrés del trabajo al cual viene incesantemente expuesto. Hay quien prefiere otras hipótesis. Con referencia al trabajo, por ejemplo, alguien supone que la metamorfosis pueda ser “el castigo que ha de sufrir un parásito soñador por su inadaptación o

³ La traducción al español utilizada es la de Ángeles Camargo y Bernd Kretschmar, que aparece en **La transformación y otros relatos**. Cátedra: Madrid, 2011.

⁴ Sin embargo, utilizo también el término “insecto” que aparece en otras traducciones, como la de José Luis Borge, en **Franz Kafka. La metamorfosis y otros cuentos**. Losada: Buenos Aires, 1938, considerando que el bicho pueda ser, precisamente, un insecto.

el sustraerse al mundo del trabajo y su alienación de lo humano”⁵. En cualquier caso, no podemos olvidar que, en la época, “las condiciones de explotación reinantes, facilitaban los accidentes y enfermedades entre la población laboral”⁶. Se trata de un aspecto que ofrece interesantes elementos para el jurista, pero que, por razones de espacio, no serán objeto de análisis en este estudio.

En toda la primera parte de la historia, la que termina con la pérdida del puesto de trabajo, no hay la más mínima referencia, ni siquiera fugaz, a otras hipótesis de malestar, antecedentes al despertarse, diferentes de su estatus de trabajador. De esto la crítica, que se concentra fundamentalmente en las relaciones conflictivas entre padre-hijo, no parece que lo haya tenido en cuenta en su debida medida. Y, sin embargo, es absolutamente evidente que Gregor Samsa no esté preocupado por el hecho de que su cuerpo se está transformando en insecto y, cuando se da cuenta, se limita a considerarlo una “chifladura”, según otras versiones una “locura” o una “fantasía” o una “extravagancia”. En definitiva, “no le confunde su metamorfosis en artrópodo sino la angustia de no poder acudir ese día al trabajo, su obligación”⁷. Su única preocupación es la de levantarse para poder coger un tren que le lleve al trabajo y, al mismo tiempo, la de conseguir justificar su ausencia, con la esperanza de evitar el mal absoluto que está por caerle entre cabeza y espalda, el del despido. “La única cosa que le irrita en la singular aventura que le transforma en insecto es que el patrón pueda enfadarse por su ausencia”⁸. Por lo tanto, le aterroriza sólo el hecho que “seguramente el jefe aparecería con el medico del seguro [...] para el que sólo existe gente totalmente sana pero con aversión al trabajo”.

Mientras está ocupado en intentar abrir la puerta para poder justificarse con el gerente de la empresa, que mientras tanto se había presentado en su casa para preguntar la razón de su ausencia, reflexiona a voz alta. Nadie podrá comprenderlo porque ya emite sonidos incomprensibles. Por lo tanto, en profunda soledad, reflexiona sobre las condiciones de su trabajo, sus relaciones con el jefe, busca las palabras más apropiadas para convencer al gerente para que interceda por él ante el patrón, porque la única cosa que le importa es evitar a toda costa el despido. Intenta convencerlo, y convencerse a sí mismo, del hecho de que su indisposición “para la que, más adelante, se encontraría sin problemas una disculpa adecuada”,

⁵ SALMERÓN, Miguel. Franz Kafka. **La metamorfosis y otros relatos de animales**. Espasa: Barcelona, 2010. p. 09.

⁶ PÁEZ, Francisco Alemán. Trabajo y derecho en el Proceso de Franz Kafka. **Trabajo y derecho**, n. 18, 2016, p. 125.

⁷ MACHACA, Francisco. 8 septiembre 2011, en <<https://jimarino.com/2011/09/04/kafka-roberto-calasso-k>>

⁸ CAMUS, Albert. **El mito di Sisifo**. Bompiani: Milano, 1947

no podía constituir motivo suficiente para un despido sin preaviso. Sobre todo, para él que “no había estado enfermo ni una sola vez durante los cinco años que llevaba trabajando allí”. A Gregor Samsa su trabajo no le gusta en absoluto, lo considera una fase transitoria de su vida; para el futuro cultiva otros proyectos. Más bien, ya tiene un plan preciso: calcula que “si alguna vez tengo el dinero suficiente para pagar las deudas que mis padres tienen con él – tardaré todavía unos cinco o seis años – (...) entonces borrón y cuenta nueva”. Si no hubiese sido por el escrúpulo hacia sus padres, en efecto, habría dimitido desde hacía ya tiempo.

Pero no puede hacerlo por dos precisos motivos. El primero porque su trabajo sirve para mantener a toda la familia. Partiendo desde las humildes tareas de un dependiente, gracias a un trabajo desarrollado con un “entusiasmo especial”, ha conquistado la categoría de comerciante de telas, y sus “éxitos laborales” si han convertido “inmediatamente en moneda contante y sonante que se podía poner sobre la mesa de casa ante una familia sorprendida y feliz”. El, que trae a casa todo el salario, quedándose “para sus gastos con unos pocos florines”, se hace cargo de toda la familia. Gracias al trabajo del hijo, el padre había podido dejar de trabajar. El mismo Gregor Samsa, por lo demás, no había permitido jamás que tocara trabajar “a la anciana madre, que padecía de asma, que se agotaba simplemente con andar por el piso” o quizás a la hermana, “que todavía era una criatura de diecisiete años, merecedora de la forma de vida que había llevado hasta ahora y que consistía en ir bien arreglada, dormir mucho, ayudar en la casa, participar en alguna que otra diversión y, sobre todo, tocar el violín”. También hay otro motivo, más profundo e impenetrable, que impide a Gregor liberarse del peso de un trabajo que odia: esta obligado a trabajar para pagar la deuda que el padre había contraído con su jefe cinco años atrás, a causa de un “desastre económico”. Si Gregor no hubiese hecho frente a su deber, ciertamente “el jefe perseguiría a los padres con viejas deudas” y Gregor no quiere abandonar a su familia.

Todo esto, contenido en la primera de las tres partes del libro, permite comprender por qué la única preocupación de Gregor Samsa es justificar la ausencia al trabajo y evitar el despido. Kafka que amaba recurrir a la simbología de los números, se refiere constantemente al número tres⁹.

Si prestamos atención a la concepción del trabajo contenida en esta primera parte, podemos observar que la mística del trabajo coincide perfectamente con aquella de la doctrina católica tradicional y, más en general, con la visión bíblica, común tanto al hebraísmo como al

⁹ Sobre el argumento véase la cuidada descripción de Gonzalo Hidalgo Bayal. **La Metamorfosis. Franz Kafka**. Akal: Madrid, 2005. p. 39.

cristianismo. A causa de la desobediencia de Adán y Eva, aquello que en el paraíso terrestre era un placer y espontáneamente ofrecido por la naturaleza, se convierte en causa de pena y sufrimiento. El ángel que echa a nuestros antepasados del Edén les advierte, antes de nada, sobre el hecho de que a partir de ese momento tendrán que “ganarse el pan con el sudor de su frente” (Gen. 3:19). Cuando Adán, “por iniciativa de Eva, decide comer el fruto del Árbol del conocimiento, Adán descubre el bien y el mal; viene por ello relegado en el mundo de la rareza, donde nada es disponible sin trabajo”¹⁰. El hebraísmo, a diferencia del cristianismo, que con San Agustín introducirá el concepto del pecado original, enseña que dejar el jardín terrestre “no es ni un exilio ni una señal de pecado original, sino el descubrimiento de la necesidad de un esfuerzo físico y moral. En efecto, el trabajo será penoso; dos veces más difícil del parto de su compañera y dos veces más arduo de la búsqueda de la salud”¹¹.

Por cuanto Kafka profesase la religión judía, no interesa, en esta sede, comparar las dos diversas teologías del trabajo, incluso por el simple hecho de que no era ésta la finalidad del autor. Por lo demás, al tiempo de la escritura de la metamorfosis, Kafka no había manifestado aún aquel interés por el hebraísmo que cultivara, con pasión, algún año más tarde. Solamente interesa evidenciar cómo la visión kafkiana coincide con la tradicionalmente transmitida por la iglesia católica. El sufrimiento del trabajo, en efecto, según la tradicional visión cristiana, surgía, por un lado, de la necesidad de ganarse el pan y, por otro lado, de la expiación del pecado original.

Esta es la condición existencial de Gregor Samsa que desarrolla un trabajo penoso para mantener a su familia. Su sufrimiento, al mismo tiempo, deriva también de una suerte de pecado original, no suyo sino de sus padres. Al haber contraído una deuda, hasta que no sea saldada, obligan al hijo a “pagar” su culpa. Y es en estos términos que lo vive Gregor Samsa: él, como veremos en la segunda parte, cultiva la esperanza de que la deuda, el pecado, pueda ser saldada, pagada antes, y que, como consecuencia, pueda volver a ser libre de la pena. No escondo que la hipótesis de un pecado original como origen del sufrimiento de Gregor Samsa podría parecer arbitraria. Sin embargo, puede encontrar confirmación en el hecho de que la teoría del pecado original “ha de destacarse como noción fundamental en la obra kafkiana”¹². Sin embargo, es también verdad que en los apuntes que Kafka escribirá entre los últimos meses de 1917 y los primerísimos meses de 1918, con frecuencia hace referencia al pecado original y a sus

¹⁰ ATTALI, Jaques. **Dizionario innamorato dell'ebraismo**. Fazi: Roma, 2013.

¹¹ *Ivi*.

¹² SILVA, Lorenzo. **El derecho en la obra de Kafka**. Rey Lear: Madrid, 2008. p. 30.

consecuencias, afirmando que entre los “tres posibles castigos por el pecado original: el más suave fue el castigo real, la expulsión del Paraíso; el segundo, la destrucción del Paraíso; el tercero – y ese habría sido el castigo más horrible –, la prohibición de acceder a la vida eterna”¹³.

Una primera consideración, a este punto, hace referencia a Franz Kafka, que éste proyecte sobre Gregor Samsa su propia historia personal de trabajador. También él, como su personaje, no está satisfecho con su trabajo porque no le permite dedicarse a su verdadera pasión, a la literatura, y tiene por la cabeza otros proyectos. Tanto es así que deja la filiar de los Seguros Generales, que le obligaba a un horario de trabajo desde las ocho de la mañana al mediodía y desde las dos a las seis de la tarde, con apenas 14 días de vacaciones al año, para entrar en el Instituto de Seguros contra Accidente de Trabajo del reino de Bohemia cuyo horario de trabajo continuado, desde las 8 a las 14, le habría permitido dedicarse con más facilidad a su pasión de escritor. También él, como Gregor Samsa, inicia su carrera desde abajo, desde funcionario ayudante, pero gracias a su capacidad y a su esfuerzo alcanza la cualificación de secretario principal.

No obstante, aunque Kafka haya negado su identificación con el personaje, se pueden observar numerosos indicios de una proyección de sus experiencias personales en la historia. También Kafka, como Gregor, en el momento de la escritura de la historia, trabaja desde hace cinco años. Su trabajo lo obliga a viajar, como a Gregor. Poco tiempo antes de la escritura, se ha lamentado de un viaje por trabajo, que no lo agradaba. La misma escritura de la *Metamorfosis*, en fin, ha sido interrumpida brevemente justo a causa de una misión de trabajo. Poco tiempo antes, el mismo Kafka, en su diario, describe un sueño en el cual se ve transformado en un escarabajo negro.

Una segunda consideración se refiere a la relación de Gregor Samsa con su familia. Hasta que sea evidente que no podrá trabajar más, la familia es totalmente solidaria con él. Cuando se presenta el gerente de la empresa para quejarse del incumplimiento, sus familiares se ponen a la obra para protegerlo. El padre, en primera persona, defiende la causa del hijo: “No se encuentra bien, créame usted, señor. ¡Cómo si no iba Gregor a perder el tren! El muchacho no piensa mas que en el trabajo”.

La solidaridad de la familia, evidentemente, está llena de hipocresía. Basta pensar que la hermana, antes de darse cuenta de la transformación del hermano, rompe a llorar “porque él no se levantaba (...), porque estaba corriendo el riesgo de perder su puesto del trabajo”. Los

¹³ KAFKA, Franz. **Cuadernos en octavo**. Alianza: Madrid, 2011, p. 67.

familiares, en esencia, son conscientes perfectamente del hecho de que Gregor, en cierto sentido, es su gallina de los huevos de oro, por ello lo protegen. Gregor, por el contrario, sigue sintiendo por ellos un afecto genuino, está “profundamente orgulloso de haber podido proporcionar a sus padres y a su hermana la cómoda vida que llevaban en una vivienda tan hermosa”. En cualquier caso, todos “se habían acostumbrado a esta situación; se aceptaba el dinero con agradecimiento, él lo entregaba con gusto”.

Hasta que Gregor Samsa está en condiciones de trabajar y, por lo tanto, puede mantener a su familia, el equilibrio se mantiene. El conflicto entre padre e hijo, en sustancia, no es pre-existente, explota cuando a causa de la transformación de Gregor en insecto y de su despido, se rompe la armonía. La reacción del padre, que cerrará “el puño con expresión amenazadora”, pateará y agitará el bastón para reintroducirlo en su habitación, se producirá, en efecto, sólo cuando Gregor Samsa se asome fuera de su habitación con semblante de bicho, desatando repugnancia y asumiendo el inevitable despido.

2. SEGUNDA PARTE: LA EXPIACIÓN

Hasta este momento, tanto Gregor Samsa como sus familiares han esperado que la momentánea indisposición pudiera superarse y que las cosas pudiesen volver a la normalidad. Pero cuando ya es cierto que la falta de idoneidad al trabajo de Gregor Samsa es definitiva, que como consecuencia no podrá trabajar más, el equilibrio se desquebraja.

La admonición del ángel que ha echado a sus progenitores del paraíso terrestre se representa imperativo: ahora que no hay quien trabaje para manteneros, tendréis que ganar el pan con el sudor de vuestra frente.

En realidad, la familia posee algún ahorro, pero es suficiente sólo para hacer frente a las primeras exigencias. Kafka, como persona que conoce bien el mundo de los negocios, no ignora la descripción de las acciones que la familia realiza para tirar adelante durante un tiempo, empezando por la reducción de los gastos. Lo hará, antes que nada, reduciendo el coste del personal. La primera en echar es a la doméstica. Ella, en realidad, deja inmediatamente el trabajo por su espontánea voluntad porque no es capaz de convivir con el monstruoso insecto que ocupa la habitación de Gregor Samsa. Su dimisión sirve tanto para subrayar la extraordinaria precisión de Kafka en la descripción de los hechos jurídicos, como para la preexistencia de institutos que, ingenuamente, hemos creído que se trata de adquisiciones más

recientes. Me refiero al derecho del trabajador para abstenerse de la prestación y alejarse del lugar de trabajo en presencia de condiciones que puedan perjudicar su integridad psicofísica¹⁴.

Las dimisiones constituyen evidentemente la modalidad extrema de ejercicio de tal derecho cuando la mera suspensión de la prestación no sea suficiente. Si se quiere, por otro lado, constituye justa causa de resolución del contrato en el sentido de que, por su gravedad, “no permiten proseguir, ni siquiera temporalmente, con la relación de trabajo” (art. 2129 *Codice civile*). La criada ejercita este derecho, pero puesto que está ligada por un contrato de trabajo que, en un contexto de supremacía del empresario, no le permitiría abandonarlo está obligada a justificarse con un motivo suficiente que le permita la “dispensa del servicio”. Es por esto que, frente a la situación que se ha creado en casa Samsa, pide “de rodillas a la madre que la despidiera inmediatamente”. Habiéndolo obtenido, da las gracias llorando y se despide un cuarto de hora después, “como si le hubieran hecho un inmenso favor”.

Alguna semana más tarde, visto que “el presupuesto familiar era cada vez más reducido” se despide también a la criada. Asimismo, el balance de la familia se incrementa con el alquiler de una habitación a tres jubilados. Además, hubo que vender varias joyas de la familia.

Sin embargo, no es suficiente para compensar la renta perdida con el despido de Gregor Samsa. Por lo tanto, también el padre, la madre y la hermana tienen que aceptar la regla según la cual el pan se gana con el sudor de la frente. Como se puede observar, nos encontramos frente a la sustitución de las personas que tienen la obligación de mantener a la familia. El sujeto es siempre el trabajo, entendido como instrumento, necesitado y penoso, indispensable para mantener a la familia. El padre, la madre y la hermana no hacen otra cosa que suceder a Gregor Samsa en tal función.

El padre estaba obligado a caminar despacio, “envuelto en su viejo abrigo, apoyando siempre con cuidado el bastón, y ese que, cuando quería decir algo, casi siempre se quedaba parado”. Ahora que tiene una ocupación, lo encontramos “ahí bien derecho, con un riguroso uniforme azul de botones dorados como los que llevan los ordenanzas de los bancos; por encima del cuello alto y tieso de la levita sobresalía su enorme papada; por debajo de las pobladas cejas se abría paso la mirada despierta y atenta de los ojos negros. El cabello blanco, normalmente desgredado, estaba ahora perfectamente peinado a raya y con brillo”.

La madre, que “padecía de asma, que se agotaba simplemente por andar por el piso y que, a causa de sus dificultades respiratorias, tenía que tumbarse cada dos días en el sofá con la ventana abierta”, también ella tiene que sacrificarse “por la ropa de gente extraña”. La hermana,

¹⁴ Directiva CEE 89/391, art. 8.

por último, dejados a un lado los sueños alimentados gracias al salario y a los cuidados del hermano, se emplea como dependienta y la encontramos que corre “de acá par allá tras el mostrador para cumplir las ordenes de los clientes”.

Sin embargo, se observa que la familia no restituye a Gregor cuanto ha recibido de él. Este, desde hacía cinco años, había mantenido a la familia con su trabajo permitiendo a todos una vida digna. Pero cuando no es capaz de conseguir una renta, no viene pagado con la misma moneda. Al contrario, se convierte en un peso. La familia no conserva ningún reconocimiento por cuanto espontáneamente Samsa ha hecho, e incluso lo considera como una molestia. Se le reserva un tratamiento cada vez peor, su habitación viene utilizada como despensa, su presencia evitada, incluso porque molesta a los jubilados que, mientras tanto, se han instalado en casa Samsa. La sustitución de los sujetos en la producción de la renta familiar, en buena medida, altera el preexistente equilibrio.

También existe otra posibilidad: aquella por la que el trabajo de las personas hábiles permita mantener también a quienes por diferentes motivos, como la edad o la discapacidad, no son capaces de procurarse su sustento. Una sociedad en la que cada componente contribuye según sus posibilidades y que, a su vez, asiste a cada uno según sus necesidades. Gregor, en el fondo, después de la transformación, no es otra cosa que un discapacitado o, mejor, un inválido absoluto.

En cambio, el modelo representado es aquel negativo, el que considera al incapaz como un peso, tanto por la familia como por la sociedad y, como consecuencia, se propone eliminarlo. Kafka, al máximo, habría podido pensar en el mito del monte Taigeto, que fue utilizado por los espartanos para la ejecución de los recién nacidos discapacitados o con defectos físicos. Hay que tener en cuenta que Gregor Samsa, una vez transformado en un bicho, pertenece a esta categoría. Desde entonces hasta hace algunas décadas, millones de incapacitados han sido asesinados bárbaramente en los hornos crematorios, actuando políticas adscritas sólo parcialmente a un feroz dictador, pero alimentadas y preparadas en realidad por más generales orientaciones culturales que pretendían pertenecer a la ciencia. Kafka, que a lo largo de la historia se encuentra con la necesidad de eliminar a una sola persona en el ámbito de un único núcleo familiar, probablemente no podía ni siquiera imaginar hasta qué punto se habría materializado la idea de la supresión de estas personas.

Gregor Samsa, una vez condenado dentro del cuerpo de un bicho, viene descrito como una persona lúcida y racional que asiste y reflexiona sobre lo que le ha tocado vivir y sobre cómo reaccionan sus familiares, terminando por resignarse. Sin embargo, hay un momento en

el cual la racionalidad deja sitio a la esperanza y, por un segundo al menos consiente a Gregor Samsa soñar con la redención del pecado original, es decir, como se ha dicho, con la liberación de aquel deber contraído por el padre cinco años antes que le había llevado a realizar aquel trabajo mal soportado y que, después, había determinado su transformación. Se trata de un pensamiento a penas acariciado, cuando Gregor, que ha tomado la costumbre de orillar cuanto sucede en familia, descubre que el dinero que él traía a casa no se había gastado integralmente. Los ahorros acumulados “se habían convertido en un pequeño capital”. Gregor, por un momento, considera que “con ese dinero restante el podía haber ido liquidando la deuda que su padre tenía, y de ese modo habría estado mas cercano el día en que el, por fin, hubiera podido dejar el trabajo”. Pero se trata sólo de una fugaz ilusión: la deuda no se pagará. Como consecuencia, Gregor no será redimido y se encaminará, triste y racionalmente, hacia el epílogo de su historia, hacia aquel epílogo del cual el mismo Kafka, más tarde, se declarará insatisfecho.

3. TERCERA PARTE: LA REDENCIÓN

La ilusión de que alguno de los familiares, al menos la hermana, pueda seguir sintiendo afecto por Samsa, desaparece rápidamente. El sufrimiento de los familiares madura deprisa, la actitud es cada vez más violenta. Al final, se abre camino un lucido dibujo dirigido a la eliminación física de quien algún tiempo atrás, con su propio trabajo, mantenía generosamente a la entera familia.

La hermana es la primera que lo demuestra: “tenemos que intentar deshacernos de esto”. Se trata de una elección cruel que necesita una justificación, para ellos y para la comunidad a la que pertenecen, una justificación al menos aparentemente plausible. La hermana es la que lo señala: “hemos hecho todo lo humanamente posible por cuidarlo y aceptarlo, creo que nadie pueda reprocharnos lo mas mínimo”. Después, dirigiéndose al padre: “tú tienes que desechar la idea de que es Gregor”.

El dilema con el que se encuentra Kafka es dramático. Está en juego la vida de uno o de los otros, se impone una elección. La hermana es la que conduce el juego con cruel pragmatismo: si no conseguimos liberarnos, advierte a los padres, “os va a matar a los dos, lo veo venir”. Una vez más es el tributo que hay que pagar al trabajo que justifica la elección. Porque “cuando hay que trabajar tan duramente como lo hacemos nosotros no se puede, además, soportar en casa este eterno tormento. Yo tampoco puedo más”. Pero, no será necesario que se

manchen las manos de sangre. El padre y la hermana piden al propio Gregor que encuentre una solución: “¡Si nos entendiera siquiera!”, imploran a la vez.

A la confirmación de la visión mística presente en toda la historia, es el mismo Gregor quien entiende perfectamente y decide cumplir, voluntariamente, el sacrificio. Se sacrifica para salvar a su propia familia. Gregor, pese a la transformación, valora emotiva y racionalmente el punto de vista de la hermana y de los padres. “Su opinión de que tenía que desaparecer, si cabe, es aún más decidida que la de la hermana”.

Por lo tanto, decide morir.

Después de haber permanecido, en un “estado de vacía y apacible meditación” Gregor se inmola justo cuando el reloj del campanario toca las tres de la mañana. Símbolo que no sólo hace referencia a la simbología de la que he hablado, sino que también evoca otra “pasión”. Gregor Samsa, que no ha sido redimido, se abandona a la muerte para así redimir a sus familiares ingratos y permitirles, como se verá, una nueva vida. Sólo una vez que ha sucedido, la hermana, se dará cuenta que “ya hacía mucho tiempo que no comía nada. Las comidas salían igual que entraban”.

La descripción del momento final de la agonía recuerda, de forma impresionante, a aquella de Cristo: “vivió todavía el comienzo del amanecer que se desplegaba fuera, delante de la ventana. A continuación, sin pretenderlo, su cabeza se desplomó sobre el suelo y sus orificios nasales exhalaban el último respiro”.

El padre, la madre y la hermana, nada más saber que Gregor había muerto, dieron gracias a Dios y se santiguaron. Para ellos iniciaba una nueva vida.

Los supervivientes de quien, hasta aquel momento, traía la retribución a casa para su mantenimiento, a partir de ahora tienen que soportar la pena del trabajo para que se cumpla el castigo que ha pasado de generación en generación. También ellos, en un primer momento, se ven obligados a trabajar, y su trabajo es duro. Sin embargo, de forma inesperada, algo cambia. Después de la muerte de Gregor, parecen darse cuenta de que el trabajo no es sólo fatiga sino también oportunidad. Se asoma, en otros términos, una primera referencia a la idea de un trabajo que no es sólo pena, sólo expiación. Se acercan a aquel trabajo que, gradualmente, ha sido revalorizado por la doctrina social de la Iglesia. Un trabajo en el cual no viene menos, o no del todo, la pena, sino que al mismo tiempo, les hace partícipes de la obra de la creación.

Así, la familia a lo largo de la mañana vuelve a hacer proyectos. El señor Samsa, en un momento, decide echar a los jubilados: “¡Salgan inmediatamente de mi casa!”. Poco después,

deciden dejar la vieja casa, que había elegido Gregor, para mudarse a otro barrio, en una posición mejor y más práctica.

Por lo que respecta al trabajo, los tres empiezan a darse cuenta de que sus empleos son “sumamente buenos y, sobre todo, muy prometedores para el futuro”. También la hermana percibe las perspectivas de crecimiento que el trabajo le ofrece. En efecto, mientras desarrolla su actividad de dependiente, “estudiaba por la noche estenografía y francés, para conseguir, quizá mas adelante, un trabajo mejor”.

Se puede observar la visión de un trabajo que cambia, de un trabajo no sólo reducido a mera fatiga, incluso degradante y, para algunas actividades, también indigno para una persona libre. Kafka no ha tenido la ocasión de asistir a la completa revalorización y exaltación del trabajo humano realizada por la doctrina social de la Iglesia, ni al perfeccionamiento de la legislación que tutela la dignidad de los trabajadores. Sin embargo, percibe una diferente y positiva visión del trabajo humano que gradualmente se abre camino. Por lo demás, su idiosincrasia por el trabajo, debida exclusivamente al hecho que limitaba el tiempo que habría podido dedicar a la literatura, no le ha impedido obtener brillantes resultados en la profesión, ni tomar partido por los trabajadores, empeñándose en los ambientes socialistas en los que, durante algún tiempo, ha participado. “La gran implicación de Kafka con los derechos de los trabajadores”¹⁵ es evidente. Cuenta Max Brod, amigo y biógrafo de Kafka, que refiriéndose a los trabajadores víctimas de accidentes profesionales, con los cuales tenía relación cotidianamente, se haya expresado así: “Qué gente tan modesta! Vienen a nosotros pidiendo por favor. En lugar de asaltar el establecimiento y hacerlo trizas, vienen pidiendo por favor”¹⁶.

Años más tarde, en los primeros meses de 1918, apuntará en uno de sus cuadernos las pruebas de un manifiesto que contenía derechos y deberes de una “Comunidad de obreros carentes de bienes” donde, entre otras cosas, fijará en seis horas la jornada máxima diaria, reducida a cuatro o cinco horas en caso que se trate de trabajo físico¹⁷.

La nueva condición, hecha posible después de la muerte de Gregor y de la nueva y satisfactoria condición laboral de los familiares, produce a su vez ulteriores cambios.

Una nueva metamorfosis, después de aquella que, al principio, había transformado el cuerpo de Gregor Samsa, se afirma de forma imprevista. La historia, que hasta aquel momento se había consumado dentro de una casa, confinando el mundo más allá de la ventana que se

¹⁵ PÁEZ, Francisco Alemán. *Op. cit.* p. 121.

¹⁶ SILVA, Lorenzo. *Op cit.* p. 32.

¹⁷ KAFKA, Franz. **Cuadernos en octavo.** p. 88.

asoma en la Charlottenstrasse, en las últimas líneas de la historia se traslada, repentinamente, al exterior, en pleno campo, en el vagón de un tren.

Las gotas de lluvia que batían sobre la piedra de la repisa, la niebla y el mal tiempo, el viento impetuoso, el frío, que inducía a la melancolía, dejan lugar “a un cálido sol”. El mal humor, los episodios de rabia, la desesperación, que hasta aquel momento se habían respirado dentro de la casa, ceden paso a la “tranquilidad apenas conseguida”. Madre e hija se abrazan, son cariñosas con el padre, “lo acarician”. Dentro del vagón del tren “reposados cómodamente en sus asientos, hablan de las perspectivas futuras y llegan a la conclusión de que, bien mirado, no eran malas”.

Justo al final, se manifiesta la última metamorfosis: esta vez sobre Grete; que ya no es hermana sino hija: “a pesar de las calamidades que habían hecho palidecer sus mejillas” se ha transformado “en una joven lozana y hermosa”. Se ha convertido en una mujer, una mujer casadera, en suma, que sugiere a los padres “nuevos sueños y buenas intenciones”.

La imagen se representa incluso plásticamente, justo al cierre de la historia, con la chica que, una vez parados en su destino, al levantarse “estira su cuerpo joven”.

Dejando a un lado las reflexiones para un epílogo cuanto menos inesperado, al menos para quien se asoma a la lectura de la Metamorfosis para la búsqueda de una confirmación del estereotipo kafkiano, se puede observar que es todavía el trabajo, al final de la historia, lo que llama la atención. El bucólico cuadro final, poco más de una página, es otra vez medido por los tiempos y las reglas del trabajo.

Los componentes de la nueva familia que han reencontrado la felicidad, en efecto, ahora son tres trabajadores, dos subordinados y un autónomo, contractualmente vinculados al cumplimiento de una prestación o de una obra. Para poder dedicar una jornada al reposo, como en sus intenciones, tienen que justificar su ausencia. Se trata de un deber indispensable, descrito hasta en los particulares: se sientan a la mesa y escriben “tres cartas disculpándose, el señor Samsa a la dirección, la señora Samsa a quienes le daban trabajo y Grete al dueño de la tienda”. La redacción viene interrumpida por la entrada en la sala de la asistenta; una segunda vez la señora Samsa y Grete se inclinan “sobre sus cartas como si quisieran continuar escribiendo”. Pero, por la insistencia de la mujer de servicio, tienen que interrumpir otra vez hasta que, finalmente, al tercer intento, las mujeres no consiguen terminar rápidamente sus cartas.

La simetría entre el inicio de la historia y su conclusión no se nos puede escapar.

En efecto, la historia se abre con la descripción de un trabajador, Gregor Samsa, que intenta justificar su ausencia al trabajo y se concluye con tres trabajadores, sus familiares,

escribiendo una carta para justificar la ausencia al trabajo. Gregor no ha tenido suerte, los otros tres pueden soñar todavía con un futuro mejor.

El trabajo ha perdido un servidor y ha adquirido otros tres.

No pretendo interpretar Kafka, que ha dedicado conscientemente, o sacrificado, una parte de su vida al trabajo, tanto en cuanto trabajador como en cuanto conocedor del derecho del trabajo. Me limito a la admonición de Martin Walser, según el cual “hay que proteger a Kafka de sus intérpretes”. Sin embargo, si se lee la *Metamorfosis* siguiendo el hilo de Ariadna constituido por el trabajo y por su teología, será posible, sobre todo para los juristas del trabajo, encontrar en el fondo del calidoscopio figuras que les pueden resultar familiares. Y, quizás, extraer una enseñanza.

BIBLIOGRAFÍA

ATTALI, Jaques. **Dizionario innamorato dell’ebraismo**. Fazi: Roma, 2013.

BAYAL, Gonzalo Hidalgo. **La Metamorfosis. Franz Kafka**. Akal: Madrid, 2005.

BORGE, José Luis. **Franz Kafka. La metamorfosis y otros cuentos**. Losada: Buenos Aires, 1938.

CAMUS, Albert. **Il mito di Sisifo**. Bompiani: Milano, 1947.

KAFKA, Franz. **La transformación y otros relatos**. trad. Ángeles Camargo, Bernd Kretzschmar. Cátedra: Madrid, 2011.

KAFKA, Franz. **Cuadernos en octavo**. Alianza: Madrid, 2011.

MACHACA, Francisco. 8 septiembre 2011, en <<https://jimarino.com/2011/09/04/kafka-roberto-calasso-k>>.

PÁEZ, Francisco Alemán. Trabajo y derecho en el Proceso de Franz Kafka. **Trabajo y derecho**, n. 18, 2016.

SALMERÓN, Miguel. **Franz Kafka. La metamorfosis y otros relatos de animales**. Espasa: Barcelona, 2010.

SILVA, Lorenzo. **El derecho en la obra de Kafka**. Rey Lear: Madrid, 2008.

**IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE TRA PRINCIPI E REGOLE. IL DIFFICILE
EQUILIBRIO TRA GARANZIE ED EFFICIENZA DEL PROCESSO**

**THE CIVIL PROCEDURE CODE BETWEEN PRINCIPLES AND RULES. THE
HARD BALANCE BETWEEN GUARANTEES AND EFFICIENCY OF THE
JUDICIAL PROCEDURE**

Andrea Panzarola¹

RIASSUNTO: Lo scopo del presente articolo è studiare la funzione dei principi nel diritto processuale civile anche nell'ambito del Nuovo Codice di Procedura Civile (NCPC) brasiliano del 2015, con enfasi nella ricerca dell'equilibrio tra garanzie ed efficienza nel processo. Innanzitutto vengono studiati i principi e le regole nel NCPC brasiliano e nel processo civile in generale. Sono anche studiati i principi nei nuovi codici di procedura civile dei diversi paesi. In seguito si discute la funzione dei principi lungo la storia per arrivare al momento del recupero della funzione assiologica dei principi processuali e alla questione della collisione tra questi ultimi con prevalenza delle garanzie delle parti nel processo.

PAROLE-CHIAVE: Principi processuali. Garanzie. Efficienza. Nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano.

ABSTRACT: This article aims to study the role of civil procedure's principles also in the Brazilian new Code of Civil Procedure (2015), emphasizing the search for the balance between guarantees and efficiency in process. Firstly we discuss principles and rules in the Brazilian new Code of Civil Procedure and generally in civil procedure. We also study procedure principles in new codes of civil procedure of many countries. After we discuss principles' role

Artigo recebido em 06 de novembro de 2016

¹ Andrea Panzarola é Professor Titular de Direito Processual Civil na Universidade LUM (Libera Università Mediterranea) de Bari. Professor de Direito Processual Civil e Direito da Arbitragem na Universidade Luiss-Guido Carli em Roma. Advogado junto à Corte de Cassação italiana.

throughout history in order to study the recovering of procedure principle's axiological role and the principles' collision in which parties' guarantees must prevail.

KEYWORDS: Procedure principles. Guarantees. Efficiency. Brazilian new Code of Civil Procedure.

1. PRINCIPI E REGOLE NEL CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL (NCPC) BRASILIANO DEL 2015

I primi dodici articoli del *Código Processual Civil* (NCPC) brasiliano del 2015 sono dedicati alle “norme fondamentali” (“*das normas fundamentais*”). Talune norme “fondamentali” sono contenute anche in altre parti del codice. Basti menzionare quelle relative alla estensione della giurisdizione brasiliana (artt. 21 e ss.) o quelle sul *precedente* (artt. 926 e ss.), come pure le norme sull’*amicus curiae* (art. 138), sulla *Distribuição dinâmica do ônus da prova* (art. 373, §1°), sul *Direito à fundamentação da decisão qualificado* (art. 489, §1°), sull’*Incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 976 ss.), ecc. Tuttavia solo le norme fondamentali che figurano negli artt. 1-12 NCPC possono valere come principio costante di delega per la produzione delle norme secondarie. Va da sé che il riferimento alle “norme” può essere inteso come richiamo ai “principi” oltre che alle “regole” processuali (è fra queste rientra senz’altro l’art. 12: *Julgamento por ordem cronológica*). Per effetto, poi, dell’art. 1 NCPC si introduce un collegamento con la Costituzione federale del 1988 e con i valori da essa introdotti per la realizzazione di uno stato “democratico di diritto”: sicché il processo sarà ordinato, disciplinato e interpretato conformemente ai “valori e alle norme fondamentali fissate nella Costituzione” nel rispetto delle norme del codice.

I primi dodici articoli del *Código Processual Civil* sollecitano un approfondimento intorno alla differenza che intercorre fra le “regole” e i “principi” processuali e, insieme, inducono a riflettere sul rapporto che sussiste fra principi “organizzativi” (volti ad una gestione efficiente del servizio giudiziario) e principi “garantistici” (posti a presidio dei diritti della parte), per stabilire se il legislatore brasiliano ha (come sembra) anteposto la tutela dei primi

(tra i quali spiccano la “buona fede”², la proporzionalità³, il dovere di cooperazione⁴, ecc.) alla assicurazione dei secondi (basti dire che non compare – nei primi dodici articoli del NCPC – alcun riferimento al diritto ad un giudice terzo ed imparziale). Si tratta di temi di straordinaria attualità e può forse essere utile il confronto tra l’esperienza brasiliana e quella italiana.

2. LA PROCEDURA CIVILE E LE REGOLE

Diffusa è l’idea che la “procedura” civile sia una disciplina altrettanto complessa che arida, intessuta soltanto di regole sui termini e sulle forme, insomma “*une fille de Thémis à la mauvaise réputation*”⁵.

Quanti siano tuttora irretiti da questa idea, non si sorprenderanno affatto della assenza degli studiosi del processo civile dalla discussione sui principi generali dell’ordinamento giuridico, nel maggio del 1940 a Pisa⁶ così come nel maggio di 51 anni dopo a Roma⁷.

Il processualcivilista, si dirà, mentre indugia sulla *forma iudicii*, non può innalzarsi alle premesse ultime del sistema da cui discendono (*ex principiis derivationes*) i vari precetti.

Salvatore Satta, ad esempio, postosi ad indagare il mistero del processo, riconosceva che, se si adotta una certa prospettiva, il codice di procedura civile appare come il più noioso fra i codici, nient’altro che una filza di norme regolamentari⁸. Dopo tutto, il primo organico codice di procedura civile della storia, quello di Luigi XIV del 1667, è generalmente visto come un “*code des formalités et délai*”⁹. Lo stesso codice di procedura civile napoleonico del 1806

² Cfr. artt. 5, 77, 322, 489 § 3 NCPC.

³ Cfr. art. 8, che menziona anche i “fini sociali del processo” e il “bene comune”.

⁴ Cfr. art. 6 NCPC.

⁵ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29^a, Paris, 2008, 1. La considerazione di questi studiosi francesi si può riferire anche all’Italia, dove pure la “procedura” si è evoluta – come tutti sanno – in “diritto processuale civile”.

⁶ Cfr. *Atti del Convegno Nazionale Universitario sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, tenuto in Pisa nei giorni 18 e 19 maggio 1940, Pisa, 1940. V. peraltro il contributo di V. Andrioli, *Intorno ai principi generali del nuovo ordine giuridico*, in questa *Rivista*, 1940, I, 254 e ss. ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano 2007, III, 1809 e ss. Ovviamente un posto a sé spetta alla riflessione “valoriale” sul tema di E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^a, a cura di G. Crifò, Milano 1971, 316.

⁷ Cfr. *I principi generali del diritto*, Roma, 1992 (Atti del Convegno Linceo del 27-29 maggio 1991).

⁸ Cfr. S. Satta, *Il mistero del processo*, in questa *Rivista*, 1949, 274 ss.

⁹ Inutile dire della importanza della codificazione del 1667. “*L’ordonnance de 1667 fut le premier pas fait dans la voie de notre codification moderne*”: così R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice*, Évreux, 1857 (rist. di Hachette Livre, in collaborazione con la BnF), 55.

egualmente è considerato un “codice di regole”¹⁰, il che è ancor più significativo considerando che il codice civile francese di due anni prima viene usualmente reputato come modello di “codice di principi”.

Parrebbe per di più che il problema non sia del codice di rito ma proprio della materia, se si pensa che Daniel Nettelblatt – al quale si fa risalire la nascita della moderna scienza del processo civile – notoriamente alludeva nel 1762 alla procedura come alla “*arte di gestire gli atti*” (“*die Kunst, mit Akten umzugehen*”)¹¹.

Potrebbe sembrare che vi siano pertanto elementi per trarre la deduzione che, per sua natura, la disciplina del processo non può elevarsi al “principio”. Ci sia o non ci sia un codice di procedura civile, vi si applichi una norma posta monopolisticamente dal legislatore o creata coralmemente dalla prassi comune dei tribunali, sta di fatto – si potrebbe proseguire – che è la “regola” a farla da padrona.

3. I PRINCIPI PROCESSUALI, LE NUOVE CODIFICAZIONI E IL C.D. SOFT-LAW

Nella disciplina del processo le regole contano, eccome! Moltissimi precetti dei codici di rito sono meccanicamente applicabili in una “*all-or-nothing fashion*”¹².

Ma non si deve esagerare l’importanza di questa notazione. Lo studioso del processo civile da sempre è costretto a muoversi su piani diversi e, se è ovviamente guidato dalla regola, nel suo cammino è illuminato da principi, quale che sia il contesto nel quale opera, vi domini un codice calato dall’alto o una *tela giudiziaria* sorta dal basso, una *Ordnung* ufficiale dell’autorità o il *gemeines Recht*.

Attualmente le nuove codificazioni in materia processuale esordiscono con la enumerazione dei principi generali del processo.

¹⁰ U. Petronio, *Introduzione, Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I Codici Napoleonici. T. I Codice di procedura civile, 1806*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2000 XXXVIII-XLI.

¹¹ La massima di Nettelblatt è stata però fraintesa (o, meglio, decontestualizzata): K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozeß. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976 (trad. it., Roma, 2013, con pagine introduttive di M. Ascheri e N. Picardi), 21 e nota 65.

¹² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (1977), rist. 2012, London, spec. 40 ss. (trad. it., *I diritti presi sul serio*, nuova ed., Bologna, 2010).

Per non dire delle *Civil Procedure Rules* (CPR) inglesi¹³ o del c.d. codice italiano del processo amministrativo¹⁴, basti richiamare per dimostrarlo i codici di procedura civile brasiliano del 2014¹⁵ e portoghese del 2013¹⁶, quello svizzero del 2008, il primo codice unico per tutti cantoni elvetici¹⁷. Molti codici latino-americani dedicano una parte introduttiva alla indicazioni dei principi del processo. Si pensi ai titoli preliminari del *Código Procesal Civil* peruviano del 1993¹⁸ e del *Código de procedimiento civil* venezuelano del 1990¹⁹ oppure al *Código General del Proceso* dell'Uruguay del 1988²⁰, ecc.

L'esempio più importante è però costituito dal «nouveau» *code de procédure civile* (NCPC²¹) francese del 1975, i cui primi ventiquattro articoli pongono i principi fondamentali²² del processo civile, denominati – recependo la indicazione di René Morel – “principi direttivi”, dietro i quali si scorgono i *Grundprinzipien* tedeschi, penetrati nella cultura francese con la mediazione del celebre comparatista Robert Wyness Millar²³ e con la sua opera sui “*Formative Principles of Civil Procedure*”²⁴.

Il fenomeno in atto si distacca dalla impostazione seguita nelle tradizionali “disposizioni generali” dei codici di procedura civile precedenti, compreso il *Code judiciaire* belga del 1967²⁵.

Con i nuovi codici il campo visivo non tanto si allarga, quanto si trasforma rispetto al passato. Si arricchisce il catalogo stesso dei principi, perché a quelli consegnatici da una esperienza millenaria o secolare, si giustappongono principi di recente, se non recentissima elaborazione, filtrando i valori iscritti nelle Costituzioni o recependo le indicazioni delle Corti

¹³ Dove peraltro se ne parla sotto il titolo: “*The overriding objective*”.

¹⁴ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (artt. 1-3).

¹⁵ Artt. 1-12.

¹⁶ Il titolo I del libro I del CPCp/2013 (artt. 1-9).

¹⁷ L.P. Comoglio, *Principi e garanzie fondamentali del nuovo processo civile elvetico*, in questa *Rivista*, 2011, 652 ss.

¹⁸ Artt. 1-10.

¹⁹ Artt. 1-27 (nonchè– a proposito dei doveri delle parti – artt. 170 ss.).

²⁰ V. i primi undici articoli.

²¹ Dal dicembre 2007 semplicemente “*code de procédure civile*”.

²² Cfr., per tutti, lo studio monografico di M. Schilling, *Die “principes directeurs” des französischen Zivilprozesses*, Berlin, 2002.

²³ L. Cadiet, *The International sources of French civil procedure*, in AA.VV., *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society*, a cura di M. Deguchi e M. Storme, Antwerpen-Apeldoorn, 2008, 261 ss., 266 ss.

²⁴ R.W. Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure*, in AA.VV., *A History of Continental Civil Procedure*, a cura di A. Engelmann, et al. (Boston, 1927), rist. Buffalo, New York, 1999, 3 ss.

²⁵ Se pure contempla una prima parte dedicata ai “*Principes généraux*” (artt. 1-57), vi figurano, insieme a veri e propri principi fondamentali, regole organizzative nei settori più vari.

supreme, nazionali e non: i principi di proporzionalità, di efficienza ed effettività, di buona fede, quelli che favoriscono l'accesso alla giustizia o reprimono l'abuso del processo o sollecitano la collaborazione fra il giudice e le parti o invitano alla concisione nella redazione degli atti giudiziari²⁶, ecc.

Il fascino esercitato da questa tendenza è testimoniato anche dai progetti di riforma dei codici di rito, ufficiali e non²⁷. Se ne indovina una convalida non meno patente altresì nella predisposizione di principi transnazionali del processo dai quali irradiano regole procedurali di dettaglio. In questo senso il cosiddetto *soft-law* è la riprova della capacità ordinante che si è proclivi a riconoscere al “principio” quando si punti all'accostamento di ordinamenti differenti e alla omologazione di tradizioni giuridiche diverse²⁸. L'asse portante di questa embrionale forma di “diritto processuale” va spostandosi dal comando di un legislatore al prodotto dell'esperienza collettiva raccolta con l'attività razionale dei giuristi²⁹.

Pure all'interno dei singoli ordinamenti vigoreggia la funzione argomentativa dei principi processuali. È noto³⁰ che, soprattutto per mezzo del principio di durata ragionevole, la Cassazione ha (nell'ultimo lustro o poco più) praticato in modo sempre più massiccio una argomentazione con funzione decostruttiva o ablativa di regole tecniche processuali (anche essenziali per la garanzia del diritto di difesa), sconvolgendo occasionalmente l'ordine preesistente.

4. I PRINCIPI INTERNAZIONALI, EUROPEI E COSTITUZIONALI SUL PROCESSO CIVILE

²⁶ Sembra trovare ancora credito l'idea (V. Cappelletti, *Libertà individuale e giustizia sociale*, in questa *Rivista*, 1972, 11 ss.) secondo cui, se le garanzie tradizionali rispondono alle esigenze di un processo “liberale”, non bastano però ad assicurare un processo “giusto”.

²⁷ Cfr. il progetto di A. Proto Pisani: *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 (artt. 0.1-0.25).

²⁸ Cfr. i ‘*Principles of Transnational Civil Procedure*’ elaborati congiuntamente nel 2004 dall'Unidroit e dall'ALI (*American Law Institute*), per la definizione delle liti in materia commerciale. Cfr. la edizione dei principi pubblicata da Cambridge University Press: ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, 2006. Abbiamo consultato la rist. 2007 in broccura. Si veda pure il *Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica* del 1988, elaborato su iniziativa dell'*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*.

²⁹ Lo nota, con riferimento al diritto privato, P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* in Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 162.

³⁰ V., per tutti, M. Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010; G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.

Non si deve però credere che si sia giunti alla situazione attuale da molto tempo. Tardi³¹ è maturato tra i processualcivili l'interesse per la Costituzione³² e lentamente se ne sono misurati gli effetti sulle vigenti regole procedurali e scoperti i riflessi sui principi processuali tradizionali, per renderli davvero aderenti ai bisogni connessi ai giudizi civili. Solo col tempo si è consolidata l'idea³³ che il diritto processuale sia nient'altro che diritto costituzionale applicato³⁴.

Gradatamente³⁵ è pure cresciuto l'interesse fra gli studiosi del processo per le disposizioni della CEDU e per le norme europee³⁶, quali mediate dalla giurisprudenza delle Corti rispettivamente di Strasburgo³⁷ e di Lussemburgo.

Si è creato un circolo virtuoso fra normativa nazionale, europea e internazionale³⁸ incentrato sulla tutela dei “*droits fondamentaux du procès*”³⁹, come ha segnalato in Italia la costituzionalizzazione nel 1999 dei principi del giusto processo regolato dalla legge di fronte ad un giudice terzo ed imparziale, nel contraddittorio tra le parti.

La stessa idea della effettività della tutela giurisdizionale, compiutamente espressa a suo tempo dalla dottrina italiana, ha attratto sempre più la cultura giuridica europea e la giurisprudenza ed è stata alla fine elevata alla dignità di principio fondamentale del processo nella Carta dei diritti dell'Unione Europea⁴⁰ (C.D.F.U.E.). Il conseguenziale principio della ragionevole durata del processo è adesso sancito pure a livello costituzionale.

³¹ Cfr. A. Proto Pisani, *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in questa *Rivista*, 1972, 35 ss., spec. 39; F. Cipriani, *La prima sentenza della Corte costituzionale sul c.p.c. (Nel cinquantenario dell'entrata in funzione della Corte)*, in AA.VV., *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, 71 ss., spec. 82 ss.

³² Inutile sottolineare il profondo distacco dei principi processuali nella Costituzione rispetto alle regole del codice di rito del 1940 costruite dal punto di vista del giudice.

³³ W. Habscheid, *Les grands principes de la procédure civile: nouveaux aspects*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, vol. 2, 3 ss. Va pure segnalata la elaborazione giurisprudenziale (sulla premessa del carattere precettivo dell'art. 111, co. 2 – ora co. 7 – Cost.) del ricorso (straordinario) per cassazione contro le sentenze c.d. in senso “sostanziale”: v., per tutti, R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005.

³⁴ N. Trocker, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.

³⁵ F. Cipriani, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 40 ss. ricorda la sottovalutazione (protrattasi per anni) dell'art. 6 CEDU.

³⁶ Cfr., per questa evoluzione, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 2^a, Torino, 2012, spec. 64 ss.

³⁷ Cfr., in ultimo, R. Giordano, *Giurisdizione europea e nazionale sui diritti umani. Profili processuali*, Roma, 2012.

³⁸ V. ancor prima, l'art. 10 della «*Déclaration universelle des droits de l'homme*» adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Ricordiamo pure l'art. 14 (1) del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, adottato a New York il 16 dicembre 1966.

³⁹ V. il lavoro fondamentale sul processo “equo” (*procès équitable*), fra gli altri, di Serge Guinchard e Frédérique Ferrand: cfr., AA.VV., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5^a, Paris, 2009, spec. 89 ss.

⁴⁰ L'art. 47 assicura il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Negli ultimi tempi perfino il legislatore ordinario ha creduto opportuno inserire un richiamo alla violazione dei “principi regolatori del giusto processo” quale condizione di accesso al sindacato dinanzi alla Corte di cassazione (art. 360-*bis* n. 2 c.p.c.). Clamoroso è infine il modo nel quale la Suprema Corte negli ultimi due lustri ha preso ad utilizzare i principi processuali nella argomentazione delle sue decisioni.

5. LA MAXIMENMETHODE E LA NASCITA DELLA MODERNA SCIENZA DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Il “principio” è davvero “*a catchphrase for use in legal argument*”⁴¹, anche nel campo del processo civile. Da un lato, con la espressione principi del processo⁴², si possono intendere delle “costruzioni” di diritto positivo elaborate (con un processo di astrazione generalizzante) a partire da dati anche essi di diritto positivo. Dall’altro lato, il principio processuale può essere la traduzione giuridica di esigenze superiori, che sono considerate preesistenti allo *ius positum* (di ordine morale o associate alla ricerca della giustizia o derivanti dalla logica o coordinate alla aspirazione di certezza dei rapporti, ecc.).

Il richiamo a questa duplice dimensione del “principio processuale” è risalente. Non è un caso che gli stessi autori tedeschi del periodo giusnaturalistico – cui si deve il rinnovamento delle dottrine processuali dalla fine del secolo XVIII – hanno proceduto, da un verso, alla concettualizzazione, nella forma di massime (o principi) processuali, delle forze costitutive del processo, e, dall’altro verso, hanno rintracciato gli elementi costanti di certi fenomeni processuali, riducendoli a concetti per fondarvi il sistema. Se in quest’ultima forma, tramite l’ausilio di un procedimento, ora induttivo ora deduttivo, si pervenne alla elaborazione di principi dogmatici fondamentali, nell’altra si elevarono a massime universali le “forze” costitutive del processo⁴³.

⁴¹ Così, con riferimento alle *legal maxims*, P. Stein, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgo, 1966, 105; nonché, a proposito dei “*general principles*”, P. Stein - J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgo, 1974, 97 ss. (trad. it., Milano, 1981).

⁴² In rapporto ai “principi di procedura” elaborati dalla dottrina tedesca, R.W. Millar (*The Formative Principles*, cit., 5-6) ha osservato questo: “*By such generalizations it has identified and delimited the fundamental conceptions which consciously or unconsciously determine the form and character of systems of procedure*”.

⁴³ Precisamente: “*die gestaltenden Kräfte, welche sie im Prozeß zu wirken vermeint*”. Così K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozeß*, cit., 19.

Ora, mentre la teoria degli atti processuali di Daniel Nettelbladt rappresentò il primo esempio di trattazione sistematica del processo⁴⁴, l'attenzione per *Grundregeln* e *Grundsätzen* – e per loro capacità ordinante del processo civile –, preannunciata dall'opera di Grolman del 1800⁴⁵, si realizzò compiutamente con *l'Handbuch* di Gönner⁴⁶ nel 1801. Questi, contrapponendo la *Verhandlungsmaxime* e la *Untersuchungsmaxime*⁴⁷, gettò nello specifico le basi per distinguere fra i poteri della parte e quelli del giudice nella conduzione del processo e propose, in generale, alle generazioni future un nuovo modello – la *Maximenmethode* – innervato sui principi generali del processo⁴⁸.

La *Maximenmethode* di Gönner esercitò un influsso notevole e durevole negli anni avvenire. Uno strumento rilevante utilizzato dai membri della Scuola Storica⁴⁹ per il confronto tra la moderna ed antica procedura civile furono proprio i cosiddetti “principi di procedura”⁵⁰. Per quanto tali principi non fossero ovviamente conosciuti (e soprattutto elaborati) dall'antico diritto romano e costituissero invece una creazione puramente moderna, vennero impiegati⁵¹ egualmente per descrivere il complesso della procedura romana⁵².

6. I PRINCIPI E LE RIFORME DEL PROCESSO

⁴⁴ *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum*, 1762. Esistono due ristampe dell'opera: la prima Olms Verlag 1997, la seconda (che abbiamo consultato), Nabu press, 2012.

⁴⁵ Karl Ludwig Wilhelm von Grolman, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen*, Gießen/Darmstadt, 1800. Abbiamo sotto gli occhi la edizione del 1803, pagine 22 ss. (§25), consultabile in http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11101010_00059.html.

⁴⁶ Cfr. Nikolaus Thaddäus Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände*, Erlangen (1801), reperibile in <https://download.digitale-sammlungen.de/pdf/1407949942bsb10554120.pdf>.

⁴⁷ F. Bomsdorf, *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO –*, Berlin, 1971 (spec. 96 ss., 159 ss.).

⁴⁸ Si è osservato che “seit Grolman und Gönner ist diese Frage, in welcher Gestalt auch immer, nach den Grundregeln und Grundsätzen des Zivilprozesses lebendig geblieben”: K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozeß*, cit., 42.

⁴⁹ E. Metzger, *Roman judges, case law, and principles of procedure*, in *Law and History Review*, 2004, 243 ss.; nonché, per un panorama della dottrina tedesca dopo Gönner, F. Bomsdorf, *op. cit.*, 159 ss.

⁵⁰ Dalla *Verhandlungsmaxime* alla *Untersuchungsmaxime*, dal *Grundsatz des beiderseitigen Gehörs* ai principi der *Öffentlichkeit* e der *Mündlichkeit*.

⁵¹ Con quello che, negli studi storici, è stato denominato (da N. Matteucci, *Stato* – 1984 -, ora in Id., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997, 15 ss., 21) “proiezionismo” (che spinge a guardare al passato con gli occhi di oggi).

⁵² Sul problema generale dell'impiego di principi processuali moderni per descrivere esperienze del passato v. K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: “iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat”*, München, 1967, 13-15; E. Metzger, *op. loc. cit.*

Ne consegue che, per questa loro ambivalenza, i principi processuali ora stanno dentro lo *ius positum* ora lo oltrepassano. Facilmente possono descrivere l'esistente o prescriverne il mutamento: ora, *staticamente*, si ergono ad impalcatura dogmatica delle soluzioni legislative già accolte; ora, *dinamicamente*, per l'eccedenza di contenuto deontologico che veicolano, pretendono un adeguamento dell'ordinamento positivo alle istanze che avanzano, quando non siano rispecchiate nelle norme vigenti.

Ecco perché spesso, nei diversi luoghi e tempi, la riforma del processo civile si è svolta nel nome di uno o più principi.

Ne è un esempio rimarchevole la *Prozeßordnung* federiciana del 1781⁵³. Il desiderio di porre il giudice in condizione di ricercare da solo la verità, senza al contempo sottoporre le parti ad un trattamento arbitrario⁵⁴, si tradusse – in consonanza con l'influsso del pensiero giusnaturalistico – nella elaborazione di numerosi principi (“*generali ed immutabili*” si legge nel *Vorbericht* premesso alla *Prozeßordnung*), ai quali avrebbe dovuto conformarsi il processo futuro.

Anni dopo, ancora in Germania, in una atmosfera ben diversa, si assiste *mutatis mutandis* allo stesso fenomeno. Intorno ai “principi generali di procedura” si coagulò la discussione che precedette la codificazione processuale tedesca unitaria del 1877, che, se rifiutò il principio di eventualità (*Eventualmaxime*) diffuso nel diritto comune⁵⁵, al contempo intese aderire ai dettami della oralità (*Grundsatz der Mündlichkeit*) e della libera valutazione delle prove (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*), di pubblicità (*Grundsatz der Öffentlichkeit*), nella cornice della garanzia del principio dispositivo (*Verhandlungsgrundsatz*).

Pur quando a questi principi ne subentrano degli altri ispirati a concezioni generali profondamente diverse, la forza propulsiva dei “principi processuali” rimane intatta, se non addirittura si accentua. Sulla premessa che la controversia costituisce di per sé un male sociale da comporre nell'interesse della Comunità, Franz Klein si fa paladino in Austria di una riforma giudiziaria⁵⁶ che, mentre assegna al giudice la direzione del processo (c.d. *materielle*

⁵³ Che anticipa l'*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten* del 1793.

⁵⁴ La prima aspirazione come noto ha un carattere dominante. Il principio della ricerca della verità da parte del giudice, liberato dalla ingombrante presenza degli avvocati, si associava alla idea leibniziana del giudice avvocato generale delle parti (*advocatus partium generalis*). Al posto degli avvocati stanno gli *Assistenzräte* statali.

⁵⁵ F.P. Luiso, *Principio di eventualità e principio della trattazione*, in AA.VV., *Studi in onore di Elio Fazzalari*, II, Milano, 1993, 212 ss.

⁵⁶ Cfr. *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano 2004, con le *Introduzioni* rispettivamente di W.H. Rechberger

Prozessleitung), rimodula la posizione delle parti al suo interno nella prospettiva del *Wahrheitspflicht*⁵⁷.

Altre volte sotto l'insegna dei principi processuali si propone senza successo una riforma. Da ministro per le riforme delle leggi prussiane, nel 1845 Savigny⁵⁸ aveva elaborato un elenco di diciotto questioni di principio intorno alle quali avrebbe dovuto essere preparata la riforma della procedura civile in Prussia. Non se ne fece però nulla.

Anche l'esperienza italiana ha mostrato che i principi possono entrare in polemica con il codice di procedura civile. Come altro definire l'apostolato chiovendiano⁵⁹ per la riforma del processo civile italiano sulla base dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione? L'oralità ha per decenni rappresentato l'aspirazione non ancora interamente attuata nel processo civile e insieme lo stimolo per riformarlo.

7. I PRINCIPI NELL'ORDO IUDICIARIUS MEDIOEVALE

La circostanza che la scienza del processo nasca come una scienza dei "principi processuali"⁶⁰ (*principia processus iudicarii*) individuati con una *nova methodus* (la *Maximenmethode*) ha delle implicazioni significative. I *Grundprinzipien* si presentano come degli incondizionati, con carattere assoluto e valore universale: come la logica dalla quale sono tratti, hanno il carattere formale dei principi *a priori*, auto-evidenti ed invariabili. Quanto c'è d'incerto, imprevedibile, casuale o anche assurdo nel mondo del processo è dissolto in formule generali, escogitate con sottile sapienza per imprigionare l'opera di secoli nel solco di un invadente costruttivismo razionalistico.

Proprio per questo, tale fortunata scienza moderna dei principi processuali rappresenta uno strappo rivoluzionario con l'epoca passata.

e G.E.Kodek, *L'ordinanza della procedura civile austriaca del 1895*, VII ss., e di C. Consolo, *Il duplice volto della "buona" giustizia tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, XXXVII ss.

⁵⁷ L'obbligo di dire la verità gravante sui contendenti insieme al ruolo attivo del giudice cospirano ad assicurare – acuendo ad un tempo, però, la contrapposizione fra la c.d. *Forschungsmaxime* o *Offizialmaxime* e la *Parteidispositionsmaxime*. – che non vi sia scarto tra la realtà processuale e quella materiale.

⁵⁸ K. W. Nörr, "Die 18 Prinzipienfragen des Ministers Savigny zur Reform des preussischen Zivilprozesses," in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, Goldbach, 1993, 181-185.

⁵⁹ Con la conferenza tenuta al *Circolo giuridico* di Napoli l'11 marzo 1906 e soprattutto con la pubblicazione della prima edizione dei *Principii* (che sono la fibra stessa della formazione di processualciviltà).

⁶⁰ Lo hanno in particolare dimostrato K.W. Nörr e F. Bomsdorf negli scritti citati.

Nell'ambito dell'*ordo iudiciarius* medioevale – denominato efficacemente da Nicola Picardi ed Alessandro Giuliani “*ordine isonomico*”⁶¹ –, i principi provengono dalle regole della retorica e dell'etica e sono elaborati dalla stessa comunità cui appartengono i protagonisti della vicenda processuale.

I principi più importanti (l'*audiatur et altera pars*, ad esempio) nell'epoca di mezzo, in quanto assurti a simbolo degli *iura naturalia*⁶², esibiscono una eccedenza deontologica e designano una entità che preesiste alla disciplina processuale ed alla quale questa dovrebbe conformarsi⁶³. Nell'*ordo* medioevale, per di più, non tutti i principi sono equiordinati ma se ne percepisce il diverso valore in corrispondenza con gli *iura naturalia* a presidio dei quali si pongono. Si profila così la differenziazione fra quanto attiene alle tecniche processuali e ai meccanismi acceleratori del giudizio, da un verso, e i principi (davvero fondamentali) inerenti all'*ordo substantialis* del processo, dall'altro verso. In questo quadro si stagliano la garanzia della difesa, il diritto al giudice naturale, all'appello, al tempo ragionevole, etc.

Un capitolo significativo della riflessione dei giuristi si rinviene pertanto nella ricerca dei *substantialia ordinis judicialis*, di quei principi, cioè, che meritano veramente di essere annoverati fra gli elementi essenziali per poter qualificare un ordine giuridico-processuale come “giusto”.

Non si tratta di una riflessione astratta, ma resa necessaria dalla introduzione di forme processuali che, in vario modo, deflettevano dal modello ordinario. Si doveva pertanto stabilire quali fossero gli snodi processuali dai quali si poteva prescindere per accelerare il corso dei giudizi e quali fossero viceversa le attività giudiziali necessarie ed inderogabili. Fra queste ultime, ad esempio, svetta per importanza la coppia “*citatio-defensio*”, cui si riconosce un

⁶¹ Le categorie di ordine isonomico ed ordine asimmetrico sono oggi patrimonio comune degli studiosi: cfr., ad es., in ultimo, L.P. Comoglio, «Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in questa *Rivista*, 2015, 131 ss. e B. Cavallone, *Postilla a Luigi Comoglio*, *ivi*, 158 ss. Per un discorso più articolato in proposito, nonché per gli opportuni riferimenti, v., se vuoi, A. Panzarola, *La ricusazione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008, 147 ss., 395 ss.

⁶² Da questo punto di vista il richiamo al diritto naturale non deve fuorviare. La versione classica è presupposta nella concezione medioevale, quella moderna è all'opera nella riflessione dei giuristi tedeschi del XVIII sec. L'antagonismo fra queste due anime del diritto naturale si coglie anzi in modo marcato nella prospettiva della teoria del processo, meglio di ogni altro capitolo della scienza giuridica europea.

⁶³ P. Alvazzi Del Frate, *Le droit naturel de la procédure et le «procès équitable»: une perspective historique*, in “*Cahiers poitevins d'histoire du droit*”, III, Paris, 2011, 59 ss.; N. Picardi, *Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 7 ss.

fondamento di diritto naturale⁶⁴, diversamente dalla *litiscontestatio* la quale, da *cardo causae*, è declassata dalla *Clementina Saepe* ad elemento solo eventuale del processo.

Va da sé, inoltre, che al fondo della ordinazione per importanza dei principi sta, anziché il volere rapsodico di una autorità o l'inclinazione di un singolo, un criterio di razionalità che ubbidisce ad una logica argomentativa e risente delle opzioni di valore della comunità dei giuristi. La contrapposizione fra principi di organizzazione del processo e principi sostanziali (*substantialia ordinis judicialis*) è *lapis in caput anguli* della riflessione dei giuristi dell'epoca di mezzo.

Da questo punto di vista, il passaggio ai principi dell'epoca moderna – svigoriti nel loro valore assiologico – può comportare delle conseguenze impreviste. Anzitutto quei principi processuali possono essere classificati in base a criteri diversi e taluni principi possono essere anteposti ad altri, ancorché i primi manifestino una destinazione organizzativa o acceleratoria ed i secondi assicurino garanzie difensive essenziali. Può pure tornare in auge quel principio di eventualità che del principio di preclusione rappresenta una versione esasperata. I principi della oralità, della immediatezza e della concentrazione possono essere ipostatizzati e trasformati nel vessillo di una riforma del processo infinita. Può perfino capitare che un Maestro liberale del processo come Adolf Wach qualifichi il principio della immediata assunzione delle prove da parte del collegio giudicante come un vero e proprio “*Lebenprinzip des heutigen Straf- und Zivilprozesses*”⁶⁵ o che James Goldschmidt, enumerando – in una parte apposita del suo celebre Manuale – i “principi fondamentali del procedimento” civile non menzioni il diritto di difesa o al contraddittorio⁶⁶.

8. I PRINCIPI FRA COSTRUTTIVISMO RAZIONALISTICO E LOGICA DIALETTICA

⁶⁴ Cfr. M.R. Damaška, *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, 27 ss.

⁶⁵ La citazione è in P. Calamandrei, *Recensione a Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin, 1914, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 60.

⁶⁶ J. Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, 2^a, Berlin, 1932, 44 ss. L'autore riconduce tra i principi fondamentali (*die Grundsätze des Verfahrens*) quello dispositivo, di impulso di parte, di concentrazione, di oralità, di immediatezza, di libera valutazione della prova da parte del giudice, di pubblicità, ma non anche il diritto di difesa. Nel definire il principio dispositivo vi è, in effetti, un accenno al contraddittorio, senza che ne sia curato lo svolgimento.

Quantunque sperimentata in altri tempi, non ci serve oggi una “metafisica” dei principi processuali⁶⁷ à la Allmendingen⁶⁸. Sarebbe inutile ed in contrasto con la realtà stessa del processo a cui il diritto deve per forza aderire. D'altronde nessuno ha mai incontrato un giudizio civile che integralmente si conformi ai dettami della *Verhandlungsmaxime* e della *Untersuchungsmaxime*, come ha dimostrato inoppugnabilmente⁶⁹ Falk Bomsdorf⁷⁰. Tali principi, che pure si credevano immutabili, sono adesso in larga misura inutilizzabili⁷¹.

L'esperienza storica ha dimostrato che, in una considerazione *more logico* dei principi processuali, categorie nobili rischiano di essere confuse con altre meno rilevanti. Un esempio impressionante è costituito dalla imparzialità del giudice in rapporto all'istituto della ricasazione, degradato per lunghi anni a procedimento sostanzialmente amministrativo posto a presidio soltanto della corretta amministrazione della giustizia⁷². Non solo. Per molto tempo perfino il principio del contraddittorio – risolto in una dimensione formale e bilaterale e reciso l'originario collegamento con il diritto naturale – è andato perdendo la sua tradizionale portata etico-ideologica⁷³.

Non è un caso, allora, che oggi è posto in discussione il metodo stesso per investigare la fenomenologia del processo, imperniato su un elevato grado di astrazione, contraddistinto da uno spiccato concettualismo e ordinato intorno a principi formali e assoluti che strutturano un “sistema” del diritto processuale civile tanto raffinato quanto rarefatto. Le coordinate logiche

⁶⁷ “*Eine metaphisik Umformung*”, scrive F. Bomsdorf, *op. cit.*, 192.

⁶⁸ L.H. von Allmendingen, *Metaphysik des Civilprocesses*, Giessen, 1821, rist. 1970. Ben diverso sarà l'approccio di Raymond Bordeaux: pur dedicandosi (qualche decennio più tardi) allo studio della “*filosofia della procedura civile*” (nel senso chiarito in Id., *Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice*, cit., 1-7), l'autore riconoscerà il ruolo decisivo, fra l'altro, dello studio storico e dell'esame delle altre legislazioni (*ivi*, 38-45). Al contempo, solleciterà lo studioso a non isolarsi dal mondo reale per immergersi in speculazioni astratte (*ivi*, 4).

⁶⁹ Cfr., però, in senso critico, P. Böhm, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis*, in *Ius Commune*, 1978, 136 ss.; K.A. Bettermann, *Besprechung von Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit*. in *ZZP*, 1975, 347 ss.

⁷⁰ In *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß – Vom gemeinen Recht bis zur ZPO*, cit., 121. I principi delineati da Gönner – per quanto sorti per descrivere il processo comune tedesco e il ben diverso ordinamento processuale prussiano – non si adattano completamente né all'uno né all'altro modello. L'astrattezza del procedimento impiegato è già nel fatto che si vogliono imprigionare in etichette generali realtà poliedriche.

⁷¹ Lo ha evidenziato, in tema di disciplina della prova, B. Cavallone, *Crisi delle «Maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria* (1976), ora in Id., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1997, 289 ss. (nonché la “Prefazione”: *ivi*, VII), seguito da L. Dittrich, *I limiti oggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 45 ss.

⁷² In questo modo l'elemento pubblicistico della polizia processuale è stato anteposto alla individuale aspirazione ad essere giudicati da un magistrato terzo: cfr., se vuoi, A. Panzarola, *La ricasazione*, cit., 243 ss.

⁷³ Cfr., in proposito, N. Picardi, *op. loc. cit.*; ed ora A. Chizzini, nei saggi ora raccolti in Id., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, 2^a, Torino, 2014, 48 ss., 263 ss.

del metodo dogmatico⁷⁴ vacillano. Ad una logica del necessario e dell'assoluto legata alla dimostrazione di principi evidenti, si oppone una logica argomentativa che sollecita una ricerca affidata al metodo dialettico e che, come tale, non aspira a cogliere verità assolute ma si accontenta di tendere a verità probabili, oggetto di continua discussione. Assieme o in luogo della logica formale, la logica argomentativa si presta a fornire gli strumenti per studiare il processo civile. E, nell'ottica di una logica giuridica intesa come teoria della argomentazione, muta lo statuto stesso dei principi, non più costruzioni astratte o assiomi o verità evidenti e metastoriche, ma, pur nella loro natura fondamentale, "frutto di una logica del senso comune" e destinati "a facilitare l'interpretazione basata sulla ragionevolezza"⁷⁵, un po' come le antiche *regulae iuris*. Se al logicismo tradizionale subentra un approccio dialettico, facilmente i principi non accampano più pretese esclusivistiche di auto-evidenza, ma mostrano invece un carattere relativo, mutevolezza nel tempo e variazioni nello spazio, che a loro volta sono il fomite per analisi storiche e ricerche comparative che concorrono a profilare, al posto del tradizionale monismo metodologico, un vivace sincretismo dei metodi.

Così intesi, i principi fondamentali del processo paiono senz'altro utili, tanto più nell'epoca presente contrassegnata dalle imprevedibili fluttuazioni delle regole e dalla loro malcerta formulazione e provvisorietà.

9. IL RECUPERO DELLA FUNZIONE ASSIOLOGICA DEI PRINCIPI PROCESSUALI

I principi processuali non hanno perciò esaurito la loro funzione assiologica, che anzi – in questa loro diversa dimensione – va espandendosi e prendendo forme anche imprevedibili.

La mutevolezza dei principi in consonanza con nuovi bisogni può produrre esiti ragguardevoli. Si pensi alla rimodulazione degli estremi applicativi del principio del contraddittorio, svilito per lungo tempo nella sua funzione garantistica, e trasformato da ultimo in strumento operativo per il giudice che deve – lui per primo – osservarlo nel corso del

⁷⁴ L'insoddisfazione per il metodo tramandato è diffusa. Variano però le proposte avanzate per il futuro: v., ad es., la prospettiva "neo-processual-razionalista" autorevolmente sostenuta da C. Consolo, *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante ("omessa")*, in una prospettiva neo-processual-razionalista, in *Corr. giur.*, 2014, 893 ss., spec. 894, 898-900.

⁷⁵ N. Picardi, *Manuale del processo civile*, 3^a, Milano, 2013, 17: "ciò che la logica rinserra" – nota l'a. –, "l'argomentazione lascia aperto".

processo⁷⁶. Si consideri pure il tema della imparzialità del giudice che secondo la più recente giurisprudenza dà vita ad un diritto soggettivo della parte azionabile, ove violato, con il procedimento di ricusazione.

Ma vi sono anche ragioni di preoccupazione. Si è in precedenza segnalato che la Cassazione negli ultimi anni⁷⁷ impiega in modo sempre più massiccio i principi processuali – in particolare quello che assicura una durata “ragionevole” del giudizio –, non di rado quale espediente per oltrepassare la rigidità della regola processuale, piegandola, ricomponendola, perfino riformulandola, come si farebbe con oggetti malleabili. L’anelito alla speditezza dei giudizi rischia di essere assolutizzato e ad esso sono subordinati principi non meno importanti, da quello del contraddittorio a quello del giudice naturale. Per di più, la vera e propria riscrittura in via pretoria di talune regole processuali è praticata in dichiarata attuazione di un principio costituzionale diverso da quello alla base della regole “colpita”⁷⁸. È perfino accaduto che una norma del codice di rito sia stata giudicata inutile⁷⁹ e che altre siano state proprio disapplicate⁸⁰.

Gli stessi principi regolatori del “giusto processo” rischiano di essere sviliti nella loro funzione garantistica quando la Suprema Corte⁸¹ afferma che i vizi di attività del giudice che comportino la nullità della sentenza o del procedimento (art. 360, n. 4, c.p.c.: c.d. *errores in procedendo*) conducono all’accoglimento del ricorso soltanto se si tratta di eliminare un

⁷⁶ Si allude in dottrina al passaggio da una nozione di contraddittorio “in senso debole” ad una “in senso forte”: Non solo nel processo civile (per il quale v., per tutti, N. Picardi, *op. cit.*, 231 ss.), ma anche in quello penale: P. Ferrua, *Il ‘giusto processo’*, 3^a, Bologna, 2012, 99 ss. L’art. 3.3 del codice di procedura civile portoghese del 2013 è l’ultimo anello di una catena di codificazioni (compresa la italiana: artt. 101, co. 2, 183, co. 4, 384, co. 3, c.p.c.) che accolgono una concezione “forte” del contraddittorio estesa anche al giudice.

⁷⁷ L’atteggiamento della Corte emerge nitidamente, da ultimo, in Cass., sez. un. 23 gennaio 2015, n. 1238, nella quale si descrive, fra l’altro, la “*evoluzione dell’ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestate dalle regole di rito*” (§ 9.1 della motivazione).

⁷⁸ È quanto accaduto in occasione della notissima “riformulazione” dell’art. 37 c.p.c. da parte della Suprema Corte (sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883). La quale ha ristretto il campo di applicazione di un norma di legge ordinaria, ispirata al principio del giudice naturale, applicando in via esclusiva un principio – egualmente costituzionale – con quello antinomico, vale a dire il principio della ragionevole durata del processo.

⁷⁹ Così, in motivazione, Cass. sez. un. 14 aprile 2008 n. 9741 in relazione all’art. 334, co. 2, c.p.c.

⁸⁰ Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9946, decide la causa nel merito senza rispettare l’art. 383, co. 3, c.p.c.

⁸¹ Non può essere ascritta a responsabilità della Cassazione la limitazione del suo controllo della motivazione della sentenza impugnata (quale delineata da Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Corr. giur.*, 2014, 1241 ss., con annotazione di C. Glendi). Vi è stata alla base la riscrittura dell’art. 360 co. 1, n. 5 c.p.c. che pone delicati problemi di coordinamento con il principio costituzionale della motivazione dei provvedimenti giudiziari. Cfr., B. Sassani, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 849 ss.; nonché, se vuoi, per riferimenti ulteriori, A. Panzarola, sub art. 360, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, a cura di Martino e Panzarola, Torino, 2013, spec. 693 ss. Lo stesso dicasi a proposito del meccanismo che ruota intorno al c.d. filtro in appello (artt. 348-*bis* *ter* c.p.c.) ed in particolare alla c.d. “doppia conforme”.

pregiudizio del diritto di difesa concretamente subito⁸² dalla parte che denuncia il vizio (risolvendosi pertanto nella violazione dei principi del “giusto processo” richiamati dall’art. 360-*bis*, n. 2, c.p.c.)⁸³. Tuttavia, subordinando il rilievo e la dichiarazione della invalidità per vizi di forma degli atti al pregiudizio concreto del diritto processuale della parte, si rischia di affievolire la valenza garantista⁸⁴ degli schemi processuali predisposti dall’ordinamento e si finisce per trasformare surrettiziamente la garanzia della nullità in censura di ingiustizia.

In nome dei principi, insomma, in un modo o nell’altro, si perviene alla destrutturazione dell’ordine fondato sulle regole.

Ecco allora che lo studioso del processo civile avverte l’esigenza di ripensare una prassi che sembra aver perduto oggettività e – proprio per questo – riconoscibilità. Sceglie di scendere in campo “in difesa della norma processuale”. Questa scelta registra il timore del processualista di perdersi nella più angosciosa delle vertigini, dinanzi alla incommensurabile prepotente invadenza del principio. Per arginare questo effetto destabilizzante, la forma conchiusa della regola appare come un comodo antidoto, un tranquillante ritorno all’ordine consueto, in ogni caso come una vera e propria forza frenante.

In questo quadro, la regola, come manifestazione del *kat’echon*, del “freno”, si contrappone alla deriva associata alla vaghezza del principio. In effetti, però, quel che si lamenta e ciò di cui si ha paura è la discrezionalità del giudice in materia processuale. Anzi la sua discrezionalità “sfrenata”: se la discrezionalità può rassomigliarsi al “buco di una ciambella”⁸⁵, ora il processualcivilista inizia a pensare che pian piano la giurisprudenza gli stia sottraendo da sotto gli occhi proprio la “ciambella”.

10. LA COLLISIONE FRA PRINCIPI E I SUBSTANTIALIA PROCESSUS

Dinanzi al proliferare dei principi, all’impiego largo e talvolta indecifrabile fattone dalle Corti, si esorta lo studioso ad individuare un criterio che consenta di risolvere le collisioni che

⁸² A favore di questa soluzione si possono certamente evocare numerosi (e pur tuttavia opinabili) argomenti, variamente connessi con lo scopo cui l’atto processuale è preordinato. In argomento v., per tutti, da ultimo, la rivisitazione critica di R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012.

⁸³ La Cassazione addossa poi al ricorrente l’onere di dimostrare il pregiudizio concreto a pena di inammissibilità del ricorso.

⁸⁴ Qualsiasi garantismo giudiziario poggia sull’artificialità delle forme e sul loro rispetto: cfr., in generale, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, 10^a, 2011.

⁸⁵ R. Dworkin, *op. cit.*, 48, a proposito del carattere relativo della nozione di discrezionalità (“*like the hole in a doughnut*”).

possono determinarsi fra di loro, quasi un principio “al quadrato” dal quale desumere una gerarchia di valori. Ecco allora che i principi processuali vengono variamente organizzati dalla dottrina⁸⁶ sia negli ordinamenti di *common law* che in quelli continentali⁸⁷.

Il compito di “pesare”⁸⁸ i principi processuali, già complesso di per sé, è reso ancora più difficile dalla situazione di crisi nella quale versa la giustizia civile in Italia. Quando un uomo è malato, si dirà, la prima preoccupazione è che non muoia e solo poi ci si dovrà occupare del modo migliore in cui potrà passare le proprie vacanze. E il processo è attualmente come l’uomo malato, occorre evitare che si inceppi, con gravi costi sociali.

Su questa premessa si pospongono nella prassi giurisprudenziale⁸⁹ i principi che esprimono valori etici a quelli che racchiudono aspirazioni utilitaristiche. Ad una logica non dissimile sembrano ispirarsi le proposte volte all’ampliamento del catalogo dei principi, includendovi pure quello (rispondente ad un canone logico superiore) di proporzionalità⁹⁰. Addirittura il legislatore ha trasformato l’invito alla sinteticità degli atti di parte (contenuto in un testo – art. 3, comma secondo, cod. proc. amm. – che pure sembra esibire un carattere esortativo ed ammonitorio) in una regola puntuale⁹¹, cui è ricollegato il potere-dovere del giudice di rifiutare lo scrutinio nel merito delle difese di parte, se formulate al di là del limite di pagine fissato.

⁸⁶ Cfr. N. Andrews, *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos*, in X. X. E. Kramer and C. H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague, 2012, 20-35. Andrews utilizza quattro etichette per raggruppare i principi processuali (“*Regulating Access to Court and to Justice*”; “*Ensuring the Fairness of the Process*”; “*Maintaining a Speedy and Effective Process*”; “*Achieving Just and Effective Outcomes*”).

⁸⁷ Henry Motulsky ha distinto tre categorie di principi, secondo che si riferissero alla “*marche de l’instance*”, alla “*matière du procès*” o alla esplicazione del diritto di difesa: cfr. H. Motulsky, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971* (1972), ora in Id., in *Écrits. Études et notes de procédure civile* (1973), 2a, Paris, 2010, cit., 281. Lo scrittore assegna una posizione di assoluta primazia al diritto di difesa, considerato come un dono del diritto naturale.

⁸⁸ Lì allora i principi debbono essere “pesati”: la riflessione di R. Dworkin, *op. cit.*, 43, resta fondamentale: a suo dire i principi hanno una dimensione che le regole non posseggono: “*the dimension of weight or importance*”.)

⁸⁹ Cfr. *retro* per riferimenti alle note 73 e ss.

⁹⁰ Questo ed altri principi (di buona fede processuale, di abuso del processo, di autoresponsabilità, di completezza, ecc.), per quanto importanti, meritano ancora di essere fissati nei loro estremi essenziali nel contesto del processo civile, sotto la vigile cura della giurisprudenza e della dottrina, impegnate nell’arduo compito di non esagerare il perseguimento di esigenze oggettive a scapito dei diritti individuali di azione e di difesa in giudizio. Sul dovere di completezza cfr. A. Carratta, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, Relazione al XXIX Convegno della Associazione degli studiosi del processo civile (e poi, in due parti, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014). Sul principio di autoresponsabilità v. pure – nell’ambito del medesimo convegno – la relazione di S. Menchini, *Autoresponsabilità e principio di preclusione*. Sul principio di proporzionalità v. R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 389 ss.

⁹¹ Art. 120, co. 6, cod. proc. amm.

In questo modo, però, si rischia di cedere a quella fallacia costruttivistica all'opera nella fondazione "metafisica" della scienza del processo civile. Viceversa, muovendo da una teoria del processo impostata secondo una logica dell'argomentazione, la coesistenza di principi in conflitto va composta certo dialetticamente, ma pur sempre alla luce dei valori che si confrontano. Per evitarne l'abuso, la portata dei principi processuali ed il loro rapporto vanno verificati da una ragione sociale che non può prescindere dalla collaborazione della dottrina e della giurisprudenza.

In particolare, il pur comprensibile desiderio di accelerare la definizione dei processi non deve pregiudicare le garanzie millenarie a tutela delle parti. Occorre evitare che si crei uno *jatus* pericoloso fra una esigenza contingente ed un bisogno eterno. D'altronde proprio nell'epoca di mezzo, in concomitanza con la introduzione della procedura sommaria, se da un lato si era stabilito che il giudice "*litis contestationem non postulet*", dall'altro lato si era ribadito che le garanzie difensive essenziali non potevano essere derogate, dando esse vita all'*ordo substantialis* del processo. Sicché le tecniche organizzative e le misure acceleratorie, pur se innalzate alla dignità di principio, debbono recedere – ieri come oggi – rispetto alle garanzie del contraddittorio, della difesa⁹² e della azione in giudizio⁹³.

Sono, questi, i principi che davvero costituiscono⁹⁴ quel '*unus spiritus*' che sostiene ed è la sostanza stessa dell'ordinamento del processo. Tali principi rappresentano le condizioni⁹⁵ "*che fanno giudizio un giudizio*" e danno un senso⁹⁶ complessivo a quell'attività umana che nella tradizione occidentale spinge, "*quando si è in lite, a ricorrere al giudice, e l'andare dal giudice è come andare dalla giustizia: il giudice infatti vuole essere come la giustizia incarnata*"⁹⁷.

⁹² La elevazione del diritto alla difesa al rango di diritto naturale nell'epoca attuale (v., ad es., l'importante opinione di H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile* – 1961 -, in Id., *Écrits. Études et notes de procédure civile*, cit., 60 ss., spec. 67; B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris, 1999, 17), trova il proprio antecedente storico nell'epoca di mezzo (N. Picardi, *op. cit.*, spec. 7 ss.), in consonanza con una risalente tradizione di impronta religiosa e non: v. P. Alvazzi Del Frate, *op. cit.*, 60-61; M. Manzin, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in AA.VV., *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di Manzin e Puppo, Milano, 2008, 3 e ss.

⁹³ Ne offre un esempio significativo – a proposito del diritto di azione – Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

⁹⁴ Per impiegare liberamente una felice immagine di G. CAPOGRASSI, *Il quid ius e il quid iuris in una recente sentenza*, in questa *Rivista*, 1948, 57 ss.

⁹⁵ Sono condizioni – osserva G. CAPOGRASSI, *op. loc. cit.* – che "*non sono state inventate da legislazioni o legislatori*", ma "*sono le invenzioni, profonde e insuperabili della vita, nel senso che un giudizio in tanto può essere tale, in quanto si realizzi così, con queste condizioni*".

⁹⁶ Per chi non pensi – come S. SATTA, *op. loc. cit.* – che il processo sia l'unica attività umana senza scopo.

⁹⁷ E si cerca (aggiunge ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 1132a, 20-24) un "giudice imparziale".

A PERSPECTIVA INCLUSIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

THE INCLUSIVE PERSPECTIVE OF THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES

Jane Lucia Wilhelm Berwanger¹

Yasmin Alves dos Santos²

RESUMO: Historicamente, as pessoas com deficiência encontram diversos obstáculos para terem as mesmas oportunidades para o trabalho e para a vida digna de que usufruem os demais cidadãos. No intuito de solucionar esse problema, e seguindo o princípio da Igualdade, foram elaboradas leis diferenciadas para garantir os direitos das pessoas com deficiência. No presente estudo, serão analisadas as modificações históricas da Constituição Federal, especialmente em relação às concepções de Igualdade e às normas referentes à pessoa com deficiência. Serão estudados e distinguidos dois dos subsistemas da Seguridade Social - Previdência e Assistência - para então revisar o modo com que abordam a figura da pessoa com deficiência. Busca-se compreender a evolução histórica da legislação - constitucional e intraconstitucional -, que culminou, mais recentemente, na aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em julho de 2015. Não obstante, as questões abordadas configuram o ponto de partida para que sejam alcançados os objetivos principais do trabalho, qual seja de avaliar como as pessoas com

Artigo recebido em 20 de setembro de 2016

¹ Doutora em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Advogada. Professora do PPGDireito – Mestrado e Doutorado e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Professora visitante da Escola da Magistratura Federal do Paraná, da Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento do Judiciário, da ATAME POS-GRADUAÇÃO E CURSOS, do Complexo de Ensino Superior, do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, da Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Paraná, do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC), do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), da Universidade FEEVALE, dentre outras. Autora de várias obras de Direito Previdenciário, como Previdência Rural Inclusão Social e Segurado Especial, pela Editora Juruá.

² Bacharel em Direito.

deficiência são afetadas pelas modificações da Lei e de que formas pode-se evoluir ainda mais na concretização do Princípio da Igualdade.

Palavras-chave: Pessoas com deficiências; Seguridade social; Igualdade.

ABSTRACT: Historically, people with disabilities encounter many obstacles to have the same opportunities to work and to have a dignified life enjoyed by other citizens. In order to solve this problem, and according to the principle of equality, differentiated laws were elaborated to guarantee the rights of persons with disabilities. The present study includes an analysis of the historical changes of the Constitution, especially when it comes to the concepts of equality and the norms for the disabled person. The subsystems of Social Security will be distinguished and the way they approach the figure of the person with disabilities will be reviewed. The aim is to understand the historical evolution of the legislation, culminating most recently with the adoption of the Statute of Persons with Disabilities, in July 2015. However, the issues raised constitute the starting point to achieve the main objective of the work, which is to evaluate how people with disabilities are affected by changes in the law and through which means it is possible to advance further in the implementation of the Principle of Equality.

Keywords: People with disabilities; Social security; Equality.

INTRODUÇÃO

Historicamente, as pessoas com deficiência encontram diversos obstáculos para terem nível igual ou similar de oportunidades para trabalho e para uma vida digna ao que apresentam os demais cidadãos.

No intuito de efetivar na prática o princípio constitucional de igualdade, a legislação brasileira promoveu diferenciações para a obtenção de direitos por parte das pessoas com deficiência. Será analisada aqui, portanto, a aplicação da isonomia na área da Seguridade Social, em especial os requisitos diferenciados para concessão de benefícios assistenciais e previdenciários para as pessoas com deficiência.

O estudo iniciará avaliando o modo com que ocorreu historicamente a inclusão da figura do deficiente na Constituição Federal, desde a outorgada em 1824 até a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988.

Em um segundo momento, será feita uma revisão da legislação infraconstitucional referente à Previdência Social e à Assistência Social e serão contrastados esses dois subgrupos da Seguridade Social. Será dado maior enfoque aos benefícios assistencial e de aposentadoria do deficiente e suas alterações legislativas.

Destacar-se-á a influência da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) pela Organização Mundial da Saúde (OMS), consolidada na Conferência de Nova Iorque de 2001, na definição de deficiente para a legislação brasileira.

Posteriormente, será avaliada a adoção da política de cotas no serviço público e nas empresas privadas como uma aplicação, diretamente no mercado de trabalho, dos princípios da igualdade e da isonomia, previstos na Constituição. Será examinada a tentativa, a partir das políticas de ações afirmativas, de prover um maior leque de oportunidades de trabalho às pessoas com deficiência.

A evolução histórica da legislação relativa às pessoas com deficiência convergirá na instituição, em 6 de julho de 2015, da Lei Federal 13.146, traduzindo-se no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Será esse, portanto, o último ponto a ser discutido nesse estudo, e será abordada a configuração resultante da nova lei, suas vantagens e desvantagens para a pessoa com deficiência e as profundas modificações que dela emergiram no que concerne ao Código Civil Brasileiro e à própria concepção social de pessoa com deficiência.

1. A INCLUSÃO DO DEFICIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição remete a um conjunto de normas jurídicas e é composta de regras e de princípios, hierarquicamente posicionadas no ápice do ordenamento jurídico, acima de qualquer outra forma normativa.³

Canotilho pontifica que a Constituição é um sistema normativo aberto de regras e princípios “porque tem uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade e da justiça’”.⁴

Nesse sistema normativo aberto, os princípios jurídicos exercem um papel fundamental, tendo em vista se revestirem de alto grau de generalidade, diferentemente das regras, que

³ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

⁴ CANOTILHO apud BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20..

apresentam grau de abstração relativamente baixo, já que sua incidência ocorre em situações predefinidas⁵.

A igualdade é o princípio basilar que norteia toda a lógica jurídica quando o assunto cinge a inclusão da pessoa com deficiência. O conceito de igualdade, contudo, nunca foi uniforme, tendo diversas variações no decorrer da história.

Sob o prisma constitucional, o conceito de igualdade foi muitas vezes considerado sinônimo de mera legalidade - ou seja, desde que a lei fosse geral, abstrata e genérica, estar-se-ia aplicando o princípio da igualdade. A Constituição do Império de 1824 referia-se à igualdade somente entre homens e mulheres, destituindo boa parte da população da qualidade de sujeitos de direitos (população de escravos e, em grande medida, a de mulheres). Dessa forma, sequer se pode considerar que essa igualdade-legalidade atingiu a dimensão da isonomia⁶.

Na Constituição Republicana de 1891, em seu art. 72, §2º, inseriu-se a expressão “todos são iguais perante a lei”, sugerindo a possibilidade de adoção de uma igualdade como isonomia (expurgando privilégios de nascimento e foros de nobreza e abolindo a escravatura)⁷.

A Constituição de 1934, por sua vez, buscou o sentido da igualdade na isonomia, estabelecendo, nos arts. 102, §2º e 113, I, que “todos são iguais perante a lei, sem privilégio de nascimento, sexo, classe social, riqueza, crenças religiosas e ideias políticas, desde que não se oponham às da pátria”.

A Carta Magna de 1937 voltou a adotar a redação sucinta da Constituição de 1891, repetindo, por meio do seu art. 122, I, que “Todos são iguais perante a lei”. Todavia, o contexto brasileiro ditatorial, até se desrespeitava até o princípio da legalidade.⁸

A Constituição de 1946 permaneceu com essa redação em seu art. 141, §1º, não obstante englobando também o rechaço aos preconceitos de raça e de classe. Durante a vigência dessa Constituição é que ocorreu a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1948 e 1951. Nesse período a doutrina passou a interpretar a Constituição mais sob a ótica de Estado Social do que Liberal, comprometendo-se com as necessidades sociais a fim atingir uma igualdade material, não apenas formal.⁹

⁵ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

⁶ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 23

⁷ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 24

⁸ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 24

⁹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 24

Posteriormente, a Constituição de 1967 novamente abordou a igualdade sob o aspecto da legalidade, ao prever em seu art. 153, §1º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”. Em 1969 a Constituição-emenda alterou um pouco a redação do art. 153, §1º para acrescentar que “[...] Será punido o preconceito de raça [...]”.

Segundo Lorentz, na atual Constituição a igualdade tem uma dimensão muito maior que a da simples legalidade, alcançando a isegoria (participação de todos nos processos judiciais e administrativos) e a isocrítica (igualdade de todos de alterar ou substituir a lei/possibilidade de participação nos processos legislativo, judiciário e administrativo por meio da aplicação da ampla defesa)¹⁰.

Para Barroso, a norma constitucional da igualdade não veda o estabelecimento de situações de desigualdade jurídica e, às vezes, até a impõe, permitindo tratamentos diferenciados a certas pessoas ou grupos a fim de afastar a discriminação a que estão sujeitos. Como exemplo, vale mencionar a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, prevista no art. 37, inciso VIII da CF.

Nessa linha de pensamento, Lorentz leciona que a norma constitucional da igualdade deve ser lida como a obrigatoriedade de tratamento isonômico a todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas e grupos que enfrentam situações fáticas naturalmente desiguais. Este tratamento diferenciado, contudo, somente é admissível se o conjunto de regras e princípios constitucionais o autorizar¹¹.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 admite esse tratamento diferenciado em diversos dispositivos. Vejamos o art. 227 da CF:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o

¹⁰ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 25

¹¹ LORENTZ, *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr 2016, p. 27.

trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. (*grifo nosso*).

No aspecto da educação também há princípios e regras que buscam garantir maior inclusão das pessoas com deficiência:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

No que tange ao meio ambiente artificial, também houve preocupação do Constituinte com a produção de normas de caráter inclusivo, *in verbis*:

Art. 244. A lei disporá sobre a **adaptação** dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º (*grifo nosso*).

Recentemente toda essa proteção constitucional direcionada às pessoas com deficiência foi regulamentada mediante implantação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), que também será analisado no presente trabalho.

2. O PAPEL DA SEGURIDADE SOCIAL: BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E APOSENTADORIA DO DEFICIENTE

A expressão “Seguridade Social” é corriqueiramente utilizada para designar um conjunto de regras que conferem proteção social, uma vez que o princípio objetiva amparar os membros da sociedade em todas as situações aptas a gerar algum estado de pobreza ou indigência.¹²

Ao tratar da dinâmica histórica da proteção social, Wagner Balera e Thiago D’Avila Fernandes mencionam que:

A procura por seguridade individual ou coletiva sempre foi um dos instintos essenciais da humanidade. Desde os primeiros tempos, o homem sempre se ajustou, de forma individual ou coletiva, para que pudesse atender às suas necessidades nas situações de infortúnio. A Seguridade Social, estágio mais avançado de proteção social, surgiu, portanto, como forma coletiva de proteção a tais necessidades [...].¹³

¹² BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2015, p. 25.

¹³ BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2015, p. 28.

Não é incomum o uso da expressão “Seguridade Social” como sinônimo de proteção social, no entanto Wagner Balera e Thiago D’Avila Fernades esclarecem que Seguridade Social é restrita às áreas da saúde, previdência e assistência social, enquanto a proteção social tem um significado mais amplo, compreendendo qualquer direito social.¹⁴

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 194, define Seguridade Social como “um conjunto integrado de ações e iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Desse modo, à luz da definição constitucional, a Seguridade Social é composta por três subsistemas: previdência, assistência e saúde.

O subsistema da previdência social é gerenciado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e tem como foco a proteção do trabalhador em situações de necessidades futuras, fundamentando-se nos princípios da contributividade, compulsoriedade, filiação prévia, proteção do trabalhador contra riscos sociais, manutenção limitada do nível de vida dos trabalhadores e equilíbrio financeiro-atuarial.¹⁵

O subsistema da saúde compõe-se de um conjunto de serviços gerenciados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e que visam a resguardar a higidez física e mental dos cidadãos. Seus princípios basilares são a universalidade e o tratamento igualitário entre os usuários (acesso universal e igualitário).¹⁶

Ao contrário da previdência social, o subsistema da assistência se preocupa com o hipossuficiente, ou seja, aquele que passa por situações atuais de necessidade e indigência, impedido de integrar o mercado de trabalho e prover suas necessidades básicas¹⁷.

É a contemporaneidade do estado de necessidade que diferencia o subsistema da previdência do subsistema da assistência. Enquanto este cuida de situações atuais de necessidade, prestando auxílio independente de qualquer contribuição prévia do assistido, aquele visa atender necessidade futura do segurado ou de seus dependentes, mediante prévia contribuição. Destaca-se, por conseguinte, o caráter reparador da assistência em oposição ao caráter preventivo da previdência.¹⁸

¹⁴ BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2015, p. 30.

¹⁵ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

¹⁶ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

¹⁷ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

¹⁸ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009. P. 24.

Ao dispor sobre a assistência social, no artigo 203, inciso V da Carta Magna, o Constituinte garantiu o benefício mensal de um salário mínimo aos portadores de deficiência que não possuem meios de proverem a própria manutenção ou de a terem provida por sua família.

Nota-se, portanto, que a assistência social tem caráter subsidiário - isso porque o ser humano, em regra, é autossuficiente para prover sua própria subsistência. Somente no surgimento de circunstâncias que prejudicam essa capacidade é que entram os sistemas externos de proteção, observando-se sempre a ordem do menor para o maior (família, sociedade, Estado).¹⁹

Desse modo, a assistência deve ser prestada pela família, por grupos ou pessoalmente de forma espontânea e circunstancial e, por fim, pelo próprio Estado, mediante aplicação de políticas de assistência pública/social.

Nesse sentido, cabe ressaltar que o benefício previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, somente passou a ser devido a partir da edição da Lei n. 8.742 de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social). Anteriormente a Lei n. 6.179, de 11 de dezembro de 1974, havia instituído benefício semelhante, denominado renda mensal vitalícia, nos seguintes termos:

Art 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que:

- I - Tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou
- II - Tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou ainda
- III - Tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

A Lei também trata dos benefícios devidos às pessoas abrangidas:

Art 2º As pessoas que se enquadrem em qualquer das situações previstas nos itens I e III, do artigo 1º, terão direito a:

- I - Renda mensal vitalícia, a cargo do INPS ou do FUNRURAL, conforme o caso, devida a partir da data da apresentação do requerimento e igual à metade do maior salário-mínimo vigente no País, arredondada para a unidade de cruzeiro imediatamente superior, não podendo ultrapassar 60% (sessenta por cento) do valor do salário-mínimo do local de pagamento.
- II - Assistência médica nos mesmos moldes da prestada aos demais beneficiários da Previdência Social urbana ou rural, conforme o caso.

¹⁹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 27.

§ 1º A renda mensal de que trata este artigo não poderá ser acumulada com qualquer tipo de benefício concedido pela Previdência Social urbana ou rural, por outro regime, salvo, na hipótese do item III, do artigo 1º, o pecúlio de que trata o § 3º, do [artigo 5º, da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960](#), na redação dada pelo artigo 1º, da Lei nº 5.890, de 8 junho de 1973.

Verifica-se, destarte, que a relação jurídica tinha como sujeito ativo o ex-trabalhador rural ou urbano e como sujeito passivo o FUNRURAL (quando o beneficiário era ex-trabalhador rural) ou o INPS (quando se tratava de ex-trabalhador urbano)²⁰.

Assim, apesar do forte traço assistencial da Renda Mensal Vitalícia, era exigida a prévia filiação ao sistema previdenciário para recebimento do benefício, não havendo que se falar ainda em benefício assistencial²¹.

Dessa forma, o primeiro benefício assistencial foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, previsto em seu art. 203, inciso V. O dispositivo constitucional, contudo, em razão da sua parte final, não era autoaplicável, necessitando-se a atuação do legislador infraconstitucional para ser concretizado²².

A Lei nº 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), como dito, regulamentou o artigo 203 da Constituição Federal e estabeleceu que o benefício assistencial garantido ao deficiente seria um “benefício de prestação continuada” no valor de um salário mínimo.

O art. 40 da referida lei estipulou que a Renda Mensal Vitalícia seria extinta a partir da implantação do benefício de prestação continuada, o que de fato ocorreu com a entrada em vigor do Decreto n. 1.744/95, que regulamentou a implantação do benefício.

A Emenda Constitucional n. 20 de 1998 acrescentou o §4º ao art. 40 da CF/88, permitindo a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos participantes do Regime Próprio de Previdência Social, em casos de trabalho em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, nos termos definidos em Lei Complementar. A mesma disposição foi repetida no § 1º do art. 201 da CF.²³

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 47 de 2005 alterou a redação do §4º do art. 40 da CF/88, elencando quais servidores públicos abrangidos pelo RGPS deveriam ser

²⁰ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 49.

²¹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 49.

²² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 50.

²³ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr., p. 28.

beneficiados com a adoção de requisitos e critérios diferenciados, incluindo, assim, os servidores públicos portadores de deficiência. A referida Emenda Constitucional cuidou de reiterar tal previsão no §1º do art. 201 da CF.

Trata-se, pois, de uma exceção ao princípio da vedação de critérios diferenciados para concessão de aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Conforme enfatiza João Marcelino Soares, “o próprio constituinte prevê uma desigualdade normativa com a finalidade de igualar uma situação fática naturalmente desigual”.²⁴

Em que pese a previsão constitucional, o benefício ficou sem regulamentação durante quinze anos, sendo inclusive objeto do Mandado de Injunção n. 5.126, impetrado pelo Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira. Para suprir a omissão do legislador, o Supremo Tribunal Federal ordenou a aplicação provisória do artigo 57 da Lei n. 8.230/91, até regulamentação dos dispositivos da Carta Política.²⁵

Após longa tramitação no Congresso Nacional (2005/2013), sobreveio a Lei Complementar n. 142/2013, de 08.05.2013, publicada no Diário Oficial da União de 09.05.13.

A referida Lei institui duas espécies de aposentadorias: por tempo de contribuição e por idade, ambas com redução de tempo e idade, respectivamente. Há necessidade de enfatizar que em ambos os casos os benefícios são de caráter contributivo, abrangendo segurados obrigatórios e facultativos, urbanos e rurais, da previdência social básica.

Na aposentadoria por tempo de contribuição, tanto para homem quanto para mulher reduz-se dois anos se a deficiência é leve, seis anos se a limitação é moderada e dez anos se a limitação é grave. Já a idade mínima para ter direito à aposentadoria é diminuída em cinco anos, tanto para homem quanto para mulher (art. 3º da LC 142/2013).

O requisito para obtenção da redução da idade é que o segurado comprove, na data em que alcançou a idade mínima, a existência de alguma deficiência, não importando a classificação dela (grave, moderada ou leve). Se o segurado comprovar algum grau de deficiência após atingir a idade mínima, também terá direito ao benefício.²⁶

Para que seja possível a concessão do benefício, exige-se 180 meses de contribuição. Não obstante, o art. 3º, inciso 4º, da LC 142/2013, dispõe que são necessários, no mínimo, 15 anos

²⁴ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 127.

²⁵ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 127.

²⁶ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 46.

de contribuição. Isso significa que a comprovação dos 180 meses de contribuição deve estar contido dentro do período de no mínimo 15 anos de deficiência, não importando o grau²⁷.

Seguindo essa linha de raciocínio, se a pessoa tem a carência de 180 meses no decorrer da sua vida laborativa, mas nem todos os períodos de contribuição ocorreram dentro do período de deficiência comprovada, o segurado não terá direito ao benefício. Se, por outro lado, no período de comprovada deficiência o segurado tiver realizado contribuições não contabilizadas para efeito de carência (por exemplo, recolhimento em atraso de contribuinte individual) mas que totalizam 180 meses de tempo contribuição e, além desses períodos, tiver contribuído fora do período de comprovada deficiência, fará jus ao benefício.²⁸

Assim sendo, verifica-se que na aposentadoria por idade o que interessa não é a contagem do tempo de serviço em anos, mas sim a quantidade de meses contribuídos, que deve ser igual ou maior que 180.²⁹

De outro lado, para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição exige-se apenas um requisito, conforme se extrai do art. 201, §7º da Constituição Federal: 35 anos de contribuição para o homem e 30 anos de contribuição para mulher.³⁰

Em que pese o dispositivo constitucional, os novos critérios estabelecidos pela LC n. 142/2013 permitem que a pessoa que possua deficiência comprovada na data do requerimento administrativo ou no momento em que alcançou os requisitos mínimos para concessão do benefício, não cumpra a regra geral de 30 anos de contribuição para a mulher e 35 anos para o homem. Isto porque, de acordo com o regulamento legislativo, o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição será concedido a um deficiente de acordo com a gravidade de sua deficiência (leve, moderado ou grave)³¹.

Assim, quem possui um quadro grave de deficiência poderá aposentar-se com um período menor de tempo de contribuição, sendo que existe um aumento gradativo do tempo de contribuição necessária para cada tipo de deficiência, conforme se denota do art. 3º, incisos I, II e III da LC n. 142/2013:

²⁷ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 49.

²⁸ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 49.

²⁹ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 49.

³⁰ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, 2015, p. 63.

³¹ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 64.

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve (...)

No que toca à LC 142/2013, considera-se que o objetivo do legislador foi restabelecer a equidade por meio de um tratamento de excepcionalidade positiva. Contudo, muito embora o intuito do legislador tenha sido garantir aos deficientes a possibilidade de aposentarem-se com menor tempo, o Decreto n. 8.145/13, por meio de modificação do Decreto 3.048/99, impôs um requisito a mais para concessão do benefício: cumprir um tempo de carência de 180 meses³².

Artigo 70-B. A aposentadoria por tempo de contribuição do segurado com deficiência, **cumprida a carência**, é devida ao segurado empregado, inclusive o doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e facultativo, observado o disposto no art. 199-A e os seguintes requisitos (...) (grifo nosso)

A imposição de mais este requisito (cumprimento do tempo de carência) é bastante criticada pela doutrina. Primeiro porque é cediço que um decreto do Poder Executivo não pode criar regras novas, tampouco restringir direitos, somente regulamentar uma legislação ordinária ou complementar programática. Segundo porque não é coerente que o tempo de carência exigido para o benefício do deficiente seja igual ao exigido para uma aposentadoria com tempo total de 30 ou 35 anos³³.

Por outro lado, é preciso lembrar que o critério de carência é indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário. Em razão disso, Adriano Mauss e José Ricardo Caetano Costa defendem que esse critério deve ser flexibilizando, permitindo a diminuição proporcional do tempo de carência de acordo com a diminuição do tempo de contribuição previsto na LC n. 142/2013, já que o tempo necessário desta é menor³⁴.

3. A POLÍTICA DE COTAS NO SERVIÇO PÚBLICO E NAS EMPRESAS PRIVADAS

³²MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr., p. 64

³³ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, 2015.

³⁴ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, 2015.

Ao longo da história as pessoas com deficiência enfrentaram diversas dificuldades para terem o mesmo direito ao respeito e à dignidade que os demais, assim como igualdade de acesso a oportunidades de trabalho.

Em alguns momentos históricos, as pessoas com deficiência eram discriminadas ao ponto de serem equiparadas a seres bestiais, excluídas tanto do conceito de povo ativo quanto do conceito de destinatários de prestações civilizatórias³⁵.

Lutiana Nacur Lorentz divide a história das pessoas com deficiência em quatro fases distintas: a fase da eugenia (ou da eliminação), a fase do assistencialismo (ou da piedade caridosa), a fase da integração, e a fase atual da inclusão³⁶.

Segundo a autora, na fase da eugenia ocorreu a preponderância da repulsa e do desprezo, que acabou sustentando políticas e teorias jurídicas eliminatórias das pessoas com deficiência, sobretudo na época da Antiguidade Clássica, e, de forma menos acentuada, na Idade Média. Na era Moderna essa perspectiva foi retomada a partir da dogmática biologicista do nazi-fascismo e na era pós-moderna também pode ser percebida quando fala-se em abortos preventivos e eliminação de fetos “defeituosos”³⁷.

A fase do assistencialismo ocorreu de forma mais acentuada entre a era cristã e o período medieval. Nessa fase as pessoas com deficiência passaram a receber um tratamento baseado na piedade caridosa cristã e também no distanciamento. Na Idade Média eram consideradas “*les enfants du bom Dieu*” (“crianças do bom Deus”), passando da qualidade de “quase coisa”, presente na fase da eliminação, para o *status* de crianças. Tal fato não impediu que as pessoas com deficiência continuassem segregadas, já que vivam confinadas em casas de assistência, hospitais, paróquias e asilos - longe, portanto, dos olhos da sociedade.³⁸

A terceira fase, chamada de integração, iniciou-se no Renascimento e teve um marco científico muito importante: a invenção do Código Braille, em 1824, por Louis Braille. Nessa fase não se buscava isolar as pessoas com deficiência em instituições de caridade, quase sempre de cunho religioso, mas sim prestar um atendimento médico-científico para que elas pudessem conviver com o restante da sociedade. Contudo, Lutiana Nacur Lorentz ressalta que o equívoco desta fase estava no desejo de primeiro ajustar e curar a pessoa com deficiência para só depois

³⁵ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016.

³⁶ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016.

³⁷ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016.

³⁸ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016..

inserir-la no seio da sociedade, o que no fundo acabava exacerbando a segregação. A mesma autora também frisa outro erro: colocar a pessoa com deficiência como paciente do modelo médico e não como agente de mudanças. Desse modo, o tratamento dispensado a pessoa com deficiência nessa fase se baseava na tolerância e não na aceitação³⁹.

Por fim, a quarta e atual fase, a da inclusão, iniciou-se na Europa e nos EUA na segunda guerra mundial, e no Brasil na década de 1980 a 1990. Nessa fase, diferentemente do que ocorria na fase anterior, considera-se que as pessoas com deficiência não devem ser “consertadas” ou curadas para só depois conseguir uma chance de convívio social, mas sim o oposto: é a sociedade que deve educar-se e adaptar-se para receber as pessoas com deficiência. Outro fator medular desta fase, para a autora, é que a pessoa com deficiência passou a ser agente condutor de sua autonomia, e não mero recebedor passivo das prestações alheias.⁴⁰

É interessante notar que estas fases se repetem dentro do processo de contratação empresarial de pessoas com deficiência, pois existem políticas de contratação absolutamente segregacionistas, outras que dispendem um tratamento paternalista ou assistencialista, e algumas que conseguem alcançar um patamar inclusivo - é o caso de políticas mais avançadas que pressupõem que a aceitação da diversidade e da fragilidade humana pode apontar para uma “humanização” e diversificação do ambiente laboral.⁴¹

A preocupação com as pessoas com deficiência ocorre também no âmbito internacional. O art. 27 da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência obrigou expressamente os Estados-Partes a promoverem a realização do direito ao trabalho, adotando medidas apropriadas, como por exemplo, programas de ação afirmativa⁴².

No Brasil, a norma que busca efetivar a inclusão das pessoas com deficiência no ambiente laboral está prevista no art. 93, caput, da Lei n. 8.213/1991. Este dispositivo é claramente direcionado para as empresas de maior porte, as quais devem contratar e manter pessoas com deficiência no quadro de colaboradores, em percentuais legalmente fixados⁴³.

³⁹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: LTr, 2016..

⁴⁰ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: LTr, 2016.p. 134.

⁴¹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: LTr, 2016, p. 90.

⁴² CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012, p. 51.

⁴³ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012.

Essa política de cotas busca promover uma discriminação positiva que garanta igualdade substancial e efetiva, na medida em que assegura o ingresso e a permanência dos deficientes no mercado de trabalho.⁴⁴

Trata-se, portanto, de uma política de ação afirmativa que visa eliminar os efeitos da discriminação do passado e evitar a chamada discriminação estrutural, espalhada nas desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.⁴⁵

Feitas tais considerações, vejamos a redação do art. 93 da lei n. 8.213/93:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

A Lei n. 8.213/91 diz que é obrigação das empresas preencherem seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência habilitadas, ou seja, que passaram pelo programa de habilitação e reabilitação do INSS⁴⁶.

Segundo Martinez, “a habilitação consiste na preparação, educação, treinamento, estágio probatório de alguém que ainda não domina a profissão, ofício ou função”, enquanto que a reabilitação profissional “é a recuperação da habilidade havida e perdida por moléstia ou acidente de trabalho, uma reeducação, normalmente em razão de uma doença ocupacional”.⁴⁷

Em síntese, a habilitação tem por fim inserir a pessoa pela primeira vez no mercado de trabalho, já a reabilitação busca reinsserir o trabalhador afastado.

Para a inclusão da pessoa com deficiência na política de cotas basta que a deficiência gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Assim, não se trata de incapacidade para toda e qualquer atividade, mas tão somente para alguma.

Como já foi abordado anteriormente:

O conceito de pessoa com deficiência não é unânime na legislação brasileira. Diversas normas a caracterizam de forma diferente, para cada finalidade. Pode-se observar que

⁴⁴ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012. P. 51.

⁴⁵ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012. P. 50.

⁴⁶ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 45.

⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Benefícios Previdenciários das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. P. 102-103.

elas têm em comum a preocupação com a inclusão, ora pela concessão de benefícios, ora por políticas de cotas, por tratamento diferenciado perante instituições públicas e privadas e assim por diante.⁴⁸

O art. 93, §1º da Lei 8.213/91 também dispõe o seguinte:

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Esta previsão é de suma importância, pois faz com que as empresas não deixem de contratar segurados e/ou dependentes habilitados e reabilitados, cumprindo, assim, sua função social.⁴⁹

Por outro lado, é obrigação do INSS realizar a habilitação e a reabilitação profissional do trabalhador, ou encaminhar o mesmo para habilitação e reabilitação em empresas, entidades sindicais ou instituições que tenham convênio de cooperação técnico-financeira firmado com a autarquia.⁵⁰

Com efeito, o Decreto Lei n. 3.048/99, que regula a Lei n. 8.213/91, assim dispõe:

Art. 136. A assistência (re)educativa e de (re)adaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

§ 1º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social promover a prestação de que trata este artigo aos segurados, inclusive aposentados, e, de acordo com as possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e as condições locais do órgão, aos seus dependentes, preferencialmente mediante a contratação de serviços especializados.

§ 2º As pessoas portadoras de deficiência serão atendidas mediante celebração de convênio de cooperação técnico-financeira.

O Decreto também esclarece como deve ser desenvolvido o processo de habilitação e reabilitação profissional:

Art. 137. O processo de habilitação e de reabilitação profissional do beneficiário será desenvolvido por meio das funções básicas de:

I - avaliação do potencial laborativo:

III - articulação com a comunidade, inclusive mediante a celebração de convênio para reabilitação física restrita a segurados que cumpriram os pressupostos de elegibilidade

⁴⁸ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. SANTOS, Yasmin Alves. Um Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e a Busca da Cidadania. IN: GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELINA, Rosangela. *Direitos Humanos no Contexto da Cidadania e sua Efetividade*. Aguas de São Pedro: Livro Novo, 2016. p. 46.

⁴⁹ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 47.

⁵⁰ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 46.

ao programa de reabilitação profissional, com vistas ao reingresso no mercado de trabalho; e

IV - acompanhamento e pesquisa da fixação no mercado de trabalho.

§ 1º A execução das funções de que trata o **caput** dar-se-á, preferencialmente, mediante o trabalho de equipe multiprofissional especializada em medicina, serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins ao processo, sempre que possível na localidade do domicílio do beneficiário, ressalvadas as situações excepcionais em que este terá direito à reabilitação profissional fora dela.

§ 2º Quando indispensáveis ao desenvolvimento do processo de reabilitação profissional, o Instituto Nacional do Seguro Social fornecerá aos segurados, inclusive aposentados, em caráter obrigatório, prótese e órtese, seu reparo ou substituição, instrumentos de auxílio para locomoção, bem como equipamentos necessários à habilitação e à reabilitação profissional, transporte urbano e alimentação e, na medida das possibilidades do Instituto, aos seus dependentes.

§ 3º No caso das pessoas portadoras de deficiência, a concessão dos recursos materiais referidos no parágrafo anterior ficará condicionada à celebração de convênio de cooperação técnico-financeira.

Hélio Gustavo Alves afirma que a norma regulamentadora em vigor não tem eficácia alguma no Sistema Previdenciário Brasileiro, pois o INSS não tem em seu corpo de servidores uma equipe multiprofissional especializada em serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins em todas as agências do INSS⁵¹.

Sem avaliação de uma equipe multiprofissional, o reabilitado não será encaminhado para o programa de habilitação e reabilitação correto; conseqüentemente, conclui o programa sem estar devidamente qualificado para ser lançado no mercado de trabalho. É devido a essa falta administrativa que muitos beneficiários desistem do processo de habilitação e reabilitação profissional.⁵²

As empresas podem realizar o programa de habilitação ou reabilitação profissional se tiverem convênio com o INSS; no entanto, não estão obrigadas por lei a celebrar o convênio, muito menos efetivar o programa de reabilitação⁵³.

Os arts. 92 da Lei n. 8.213/91 e 140 do Decreto n. 3.048/99 dispõem que, concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, a Previdência Social emitirá certificado individual, indicando as atividades que poderão ser exercidas pelo beneficiário, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar. Não obstante, o §1º do art. 140 do Decreto 3.048/99 deixa claro que a obrigação do INSS cessa com a emissão do referido certificado:

⁵¹ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 45.

⁵² ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 48.

⁵³ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 50.

Art. 140. Concluído o processo de reabilitação profissional, o Instituto Nacional do Seguro Social emitirá certificado individual indicando a função para a qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra para a qual se julgue capacitado.

§ 1º Não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado, cessando o processo de reabilitação profissional com a emissão do certificado a que se refere o caput.

§ 2º Cabe à previdência social a articulação com a comunidade, com vistas ao levantamento da oferta do mercado de trabalho, ao direcionamento da programação profissional e à possibilidade de reingresso do reabilitando no mercado formal.

Consoante o dispositivo acima colacionado, não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado. No entanto, o INSS deve verificar a possibilidade de reingresso do reabilitado no mercado formal.

Nesse sentido, Helio Gustavo Alves defende que, se o INSS realizasse convênios com entidades do sistema S⁵⁴ para oferecer cursos de acordo com a necessidade de cada região e compatível com as peculiaridades do reabilitando, todos que saíssem do programa de reabilitação teriam emprego garantido.⁵⁵

Vale registrar que o objetivo principal da habilitação e reabilitação profissional de segurados, pessoas com deficiência e, se possível, seus dependentes, é promover a inclusão social dessas pessoas e coloca-las ou recoloca-las à disposição da empresa, independentemente de carência.⁵⁶

O motivo de maior relevância para não existir carência no processo de habilitação e reabilitação é, sem dúvidas, fazer com que o segurado incapacitado retorne ao mercado de trabalho, resgatando a sua dignidade, e mais, possibilitar que ele deixe de receber benefício previdenciário e volte a contribuir com a previdência⁵⁷.

Da mesma forma, a capacitação e qualificação profissional de pessoas com deficiência não vinculadas à Previdência Social é possível pois, assim, além de deixarem o mercado informal, também passarão a contribuir com a Previdência.

⁵⁴ O sistema S é formado por organizações e instituições do setor produtivo, tais como indústrias, comércio, agricultura, transporte e cooperativas que buscam melhorar e promover o bem-estar de seus funcionários, na saúde e no lazer, assim como disponibilizar uma boa educação. São várias as organizações que compõem o sistema S, algumas delas subordinadas à Confederação Nacional da Indústria, outras à Federação do Comércio. Ex: Sesi, Senai, Sesc, Sebrae, e etc.

⁵⁵ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 50.

⁵⁶ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 53.

⁵⁷ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 75.

Não obstante, a Instrução Normativa da Previdência Social n. 77/2015, em seu art. 399, separa hierarquicamente a preferência dos beneficiários ao processo de reabilitação, da seguinte forma:

Art. 399. Poderão ser encaminhados para o Programa de Reabilitação Profissional:
I - o segurado em gozo de auxílio-doença, acidentário ou previdenciário;
II - o segurado sem carência para a concessão de auxílio-doença previdenciário, incapaz para o trabalho;
III - o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez;
IV - o segurado em gozo de aposentadoria especial, por tempo de contribuição ou idade que, em atividade laborativa, tenha reduzida sua capacidade funcional em decorrência de doença ou acidente de qualquer natureza ou causa;
V - o dependente do segurado; e
VI - as Pessoas com Deficiência - PcD.

Outrossim, o art. 400 da mesma Instrução Normativa estabelece que

Art. 400. É obrigatório o atendimento pela Reabilitação Profissional aos beneficiários descritos nos incisos I, II, III e IV do art. 399, ficando condicionado às possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e às características locais, o atendimento aos beneficiários relacionados aos incisos V e VI do mesmo artigo.

Desse modo, as pessoas com deficiência sem vínculo com a Previdência Social, além de ficarem em último lugar na hierarquia de preferência, também ficam condicionadas às possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e às características locais.

Em que pese a hierarquia e todas as condicionantes previstas na referida Instrução Normativa, o INSS terá que comprovar a impossibilidade administrativa, técnica e financeira de efetivar o programa, caso contrário está obrigado a realizá-lo.⁵⁸

Importa registrar também que caso não ocorra o processo de habilitação das pessoas com deficiência, estas não terão garantidos seus empregos, conforme postula o art. 93 da Lei 8.213/91. Se não tiverem seus empregos garantidos, não contribuirão para a Previdência Social, logo não terão direito a aposentadoria e, conseqüentemente, receberão o benefício assistencial de prestação continuada, gerando prejuízo para a Previdência.⁵⁹

Portanto, se as pessoas com deficiência tiverem a chance de passar pelo processo de habilitação, além de serem resgatadas da segregação profissional a que corriqueiramente estão sujeitas, também farão parte do sistema previdenciário e contribuirão para a Previdência Social.⁶⁰

⁵⁸ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p.77.

⁵⁹ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p.76.

⁶⁰ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p.76.

Ainda destaca-se que, de acordo com a pesquisa realizada por Katia Regina Cesar, a reserva obrigatória de vagas de emprego para pessoas com deficiência não sacrifica a função lucrativa das empresas, pois o serviço prestado por elas é tão produtivo e eficaz quanto aquele realizado por pessoas sem deficiência.⁶¹

4. O QUE É UM DEFICIENTE: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A consciência de que existem situações que colocam as pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade e desvantagem impulsionou a formulação de leis que visam a promover maior igualdade material, garantindo iguais condições de acesso às oportunidades que outrora estariam acessíveis apenas a pessoas sem deficiência.

Como visto, a primeira legislação a estabelecer um tratamento diferenciado às pessoas com deficiência para concessão de benefícios foi a Lei nº 6.179/74, que garantiu-lhes amparo previdenciário. Posteriormente esse amparo foi substituído pelo benefício assistencial de prestação continuada, estabelecido na Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

A partir da alteração dada pela Lei 9.720/98, a redação da Lei 8.742/93 passou a definir pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício, como sendo “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Portanto, para fins de caracterização da deficiência estabelecia-se não apenas a incapacidade laboral, mas também a incapacidade para a vida independente.⁶²

A exigência de incapacidade para a vida independente sofreu severas críticas por parte da doutrina, pois, encontrando-se o benefício de prestação continuada dentro do subsistema da assistência social, que trata justamente de proteger aqueles que apresentam incapacidade para o trabalho, não importa se os beneficiários possuem capacidade ou não para a vida independente⁶³.

⁶¹ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012. , p. 55.

⁶² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada – Reflexões sobre o Trabalho do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009. P. 55

⁶³ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009.

Para Carla Evelise Justino Hendges e Eugélio Luis Müller⁶⁴, a definição legal de deficiente dada pela Lei 9.720/98 distanciava-se da previsão constitucional acerca do benefício, pois centrava a concepção de dependência na incapacidade para a vida independente.

Em 2001 o conceito de deficiência sofreu significativa alteração com a aprovação da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

A CIF é uma linguagem unificada que descreve a saúde e os estados relacionados à Saúde. Essa linguagem unificada foi aprovada na 54ª Assembleia Mundial de Saúde e passou a ser utilizada em substituição à antiga Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens⁶⁵.

De acordo com a CIF-2011 duas pessoas com a mesma doença podem ter níveis diferentes de funcionamento, e duas pessoas com o mesmo nível de funcionamento não tem necessariamente a mesma condição de saúde.⁶⁶

Para identificar deficiência a CIF leva em consideração, além das funções mentais e as estruturas do corpo, os denominados *fatores contextuais*, os quais são divididos em fatores pessoais e ambientais (SOARES, 2014, p. 134).

Os fatores pessoais, de acordo com a CIF, são

(...) o histórico particular da vida e do estilo de vida de um indivíduo e englobam as características do indivíduo que não são parte de uma condição de saúde ou de um estado de saúde. Esses factores podem incluir o sexo, raça, idade, outros estados de saúde, condição física, estilo de vida, hábitos, educação recebida, diferentes maneiras de enfrentar problemas, antecedentes sociais, nível de instrução, profissão, experiência passada e presente, (eventos na vida passada e na actual), padrão geral de comportamento, carácter, características psicológicas individuais e outras características, todas ou algumas das quais podem desempenhar um papel na incapacidade em qualquer nível. Os factores pessoais não são classificados na CIF. No entanto, eles são incluídos na Fig.1 para mostrar a sua contribuição, que pode influenciar os resultados das várias intervenções.

Já os fatores ambientais “constituem o ambiente físico, social e atitudinal no qual as pessoas vivem e conduzem sua vida. Esses fatores são externos aos indivíduos e podem ter uma influência positiva ou negativa sobre o seu desempenho, enquanto membros da sociedade”.

Os fatores ambientais estão organizados na CIF em dois níveis distintos: o individual e o social. O primeiro engloba espaços como o domicílio, o local de trabalho e a escola; inclui as

⁶⁴ HENDGES, Carla Evelise Justino; MÜLLER, Eugélio Luis. *Alterações na Disciplina do Benefício Assistencial Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal de 1988*. In: Revista Brasileira de Direito Previdenciário. v. 12. Porto Alegre: Magister, 2013.

⁶⁵ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 133.

⁶⁶ COSTA, José Ricardo Caetano. *Perícia Biopsicossocial: Perspectivas de um novo modelo pericial*. Caxias do Sul: Plenum, 2014.

características físicas e materiais do ambiente em que o indivíduo se encontra, bem como o contato direto com outros indivíduos como família, conhecidos, colegas e estranhos. Já o segundo abrange estruturas sociais formais e informais, serviços e regras de conduta ou cultura que têm impacto sobre os indivíduos. Este nível inclui organizações e serviços relacionados ao trabalho, com atividades na comunidade, com organismos governamentais, serviços de comunicação e de transporte e redes sociais informais, bem como leis, regulamentos, regras, atitudes e ideologias⁶⁷.

Desse modo, a verificação da deficiência é feita de forma multidisciplinar, avaliando-se o resultado das relações existentes entre a condição de saúde do indivíduo, os fatores pessoais e os fatores externos, abrangendo as circunstâncias nas quais o indivíduo vive⁶⁸. Isto porque diferentes ambientes podem impactar de forma distinta indivíduos com a mesma deficiência; um ambiente com barreiras, ou sem facilitadores, vai restringir o desempenho do indivíduo, enquanto que ambientes mais facilitadores melhoram esse desempenho⁶⁹.

A sociedade pode limitar ou facilitar o desempenho de um indivíduo de acordo com a frequência com que cria ou diminui barreiras, fornecendo ou não dispositivos que facilitam a acessibilidade das pessoas com deficiência⁷⁰.

Desse modo, a Convenção de Nova Iorque reconheceu que a deficiência não resulta apenas da incapacidade física ou mental, mas da interação dessas características de saúde com fatores contextuais (barreiras atitudinais e ambientais) que impedem a plena e efetiva participação do indivíduo na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A Convenção de Nova Iorque foi a primeira a passar pelo crivo do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, sendo internalizada no ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Não obstante, foi o Decreto n. 186, de 9 de julho de 2008, que aprovou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007.

Em razão disso, hoje é possível afirmar que existe um conceito constitucional de deficiência, instituído pela referida Convenção como *“impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras,*

⁶⁷ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

⁶⁸ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

⁶⁹ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

⁷⁰ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Verifica-se que esse conceito “parte de uma análise multidisciplinar da deficiência, avaliando não apenas os aspectos físicos da pessoa, mas também como a mesma interage socialmente com suas limitações”.⁷¹ Talvez por isso a definição tenha passado a constar em atos normativos posteriores relacionados ao tema, bem como sido incorporada às leis que já tratavam do assunto afeto às pessoas com deficiência.⁷²

Foi o que ocorreu com a Lei Orgânica da Assistência Social. Com a alteração da Lei 12.435/2011, o art. 20 da LOAS passou a vigor da seguinte forma:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.” (grifo nosso).

Percebe-se que a lei 12.435/2011, além de introduzir o novo conceito de deficiência trazido pela Convenção de Nova Iorque, também tratou de apresentar um limitador temporal de 2 anos para definir “impedimentos de longo prazo”.

Esse limitador temporal tem sido objeto de amplas discussões, tanto na doutrina como na jurisprudência, pois não foi exigido pelo legislador constitucional e tampouco pela Convenção de Nova Iorque.

Esse limitador também se fez presente na última alteração trazida pela Lei nº 12.470 ao art. 20 do LOAS e seus parágrafos:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁷¹ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 133.

⁷² ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. A aposentadoria da pessoa com deficiência: conceitos e peculiaridades da nova prestação do Regime de Previdência Social. *IN: Juris Plenum Previdenciária: doutrina*. Ano I, n. 04 (nov./Jan. 2014). Caxias do Sul: Editora Plenum, 2013. p. 9-40.

(...)

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Passou-se a questionar então em qual momento esse impedimento de longo prazo estaria caracterizado: se deveria ser implementado antes da concessão do benefício ou ser comprovado, ao tempo da concessão, que a deficiência perduraria por no mínimo dois anos.

Nesse aspecto, Melissa Folmann e João Marcelino Soares já se posicionaram no sentido de que:

O real intuito constitucional certamente não se resume à concessão de salário mínimo ao portador de deficiência irreversível e já consumada no tempo de 2 anos, mas à proteção do portador de deficiência que pode ter sido vítima da mesma 1 dia antes do requerimento e encontra-se em estado de miserabilidade.⁷³

A Turma Nacional de Uniformização também firmou jurisprudência no sentido de que o impedimento de longo prazo não precisa ser definido pelo critério temporal, sendo possível averiguar esse impedimento pela análise do contexto social no qual a pessoa com deficiência vive:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. SÚMULAS Nº 29 E 48 DA TNU. IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS. IMPRESCINDIBILIDADE. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (...) Nos termos do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), na redação dada pela Lei nº. 12.470/2011 (que apenas explicita regas implícitas): Para efeito de concessão deste benefício considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (§ 2º); A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2o, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social INSS. (§ 6º). 7. Do que se depreende da literalidade dos dispositivos citados, o conceito de incapacidade para efeito de concessão do benefício assistencial não pode ficar confinado à ideia da incapacidade física, restrita a considerações de ordem médica, seja ela mental, orgânica ou funcional. O impedimento de longo prazo também pode ser definido por aspectos de ordem intelectual a exemplo do grau de escolaridade que em interação com outros elementos diversos, notadamente os de ordem social, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com os demais. 8. De outro lado, a própria ideia de incapacidade para o trabalho focada em noções hauridas do direito previdenciário não é suficiente para preencher a amplitude do referido conceito. Com efeito, embora no direito previdenciário aquele que se encontre incapacitado para sua atividade habitual deva, necessariamente, fazer jus ao benefício por incapacidade, sendo o benefício devido somente nessa hipótese, em se tratando de benefício assistencial isso não ocorre, haja vista que, a rigor, não se exige que o interessado esteja incapacitado para o trabalho, mas sim que esteja impedido de produzir a renda necessária para a própria

⁷³ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Benefício Assistencial ao Idoso e ao Portador de deficiência (LOAS): Teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37.

subsistência. Isso se dá com frequência em relação a determinadas pessoas que são consideradas aptas para suas atividades habituais, sem que isso obste, em princípio, a caracterização do impedimento, pois a referida atividade não gera renda alguma. (...) (TNU - PEDILEF: 05087008120114058200, Relator: JUIZ FEDERAL PAULO ERNANE MOREIRA BARROS, Data de Julgamento: 12/11/2014, Data de Publicação: 05/12/2014).

Da decisão colacionada acima, conclui-se que a avaliação sobre o impedimento de longo prazo também deve ocorrer a partir da conjunção de diversos fatores (pessoais, culturais, econômicos e sociais), não se limitando apenas à análise das características de saúde e ao período de tempo de dois anos.⁷⁴

Exigir o cumprimento do lapso temporal de 2 anos significaria corroborar com a marginalização das pessoas com deficiência - como se já não se encontrassem suficientemente privadas de seu direito de subsistência.⁷⁵

Portanto, na doutrina e na jurisprudência está pacificado o entendimento de que a pessoa com deficiência não precisa comprovar o prazo de dois anos de deficiência para ter direito à percepção do benefício assistencial.

Outro ponto que merece destaque é que, com o advento da Lei nº 12.470/11, a deficiência, para fins de concessão do benefício, não precisa estar estritamente relacionada à impossibilidade absoluta para o trabalho pois reconheceu-se que, ainda que algumas deficiências não impossibilitem o indivíduo para o exercício de atividades laborativas, elas dificultam a inserção no mercado de trabalho, como é o caso dos portadores de HIV.⁷⁶

Desse modo, as alterações promovidas pela Lei nº 12.470/11 adaptaram a LOAS ao novo conceito de pessoa com deficiência estabelecido na Convenção de Nova Iorque.

A Lei complementar 142/2013 também adotou o conceito constitucional de deficiente oriundo da Convenção de Nova Iorque, mas inovou ao prever uma gradação dessa deficiência para fins de aposentadoria. Como visto anteriormente, a redução de tempo de contribuição para este benefício pode ser de dois, seis ou dez anos, tanto para homens quanto mulheres, conforme o grau de deficiência - se leve, moderada ou grave.

⁷⁴ LINHARES, Aletsandra. Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC). IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015. P. 653-684.

⁷⁵ LINHARES, Aletsandra. *Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)*. IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015, p. 653-684.

⁷⁶ LINHARES, Aletsandra. *Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)*. IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015, p. 653-684.

O art. 4º da LC 142/2013 estabeleceu que a avaliação da deficiência será médica e funcional, nos termos do regulamento. Esse regulamento é o Decreto nº 8.145/13, o qual, além de regulamentar a LC 142/2013, também alterou o Regulamento da Previdência Social (RPS) para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência.

Apesar de regulamentar a LC 142/2013, o Decreto nº 8.145/13 remeteu parte do tema para ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União, que estipulou o que seria “impedimento de longo prazo” para fins de concessão dos benefícios e aposentadorias.

Assim, em 30 de janeiro de 2014 foi publicada a portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP 01/14, definindo “impedimentos de longo prazo” e aprovando o instrumento metodológico elaborado para aferição do grau de deficiência para fins de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição à pessoa com deficiência (Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria - IFBra).⁷⁷

A portaria definiu “impedimento de longo prazo” utilizando o mesmo critério temporal previsto na LOAS. Ou seja, para os efeitos do Decreto nº 8.145/13, impedimento de longo prazo é aquele que produz efeitos de natureza física, mental, sensorial ou intelectual pelo prazo mínimo dois anos.

Para Soares, esse prazo é coerente para fins de concessão de aposentadoria, pois realmente é preciso que os impedimentos persistam para que haja redução etária na aposentadoria por idade e uma efetiva redução contributiva na aposentadoria por tempo de contribuição.⁷⁸

Como visto, a LC 142/2013 estabeleceu que a avaliação da deficiência será médica e funcional. O art. 5º da referida legislação prevê que o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

A perícia realizada deverá fixar a data provável do início da deficiência e o seu grau. Além disso, deve identificar se houve variação no grau de deficiência e, caso tenha ocorrido, indicar os respectivos períodos de cada grau (art. 70-D do Decreto nº 3.048/99, incluído pelo Decreto 8.145/13).

⁷⁷ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 136.

⁷⁸ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 137.

Nota-se que a avaliação da deficiência para concessão de aposentadoria permite que se avalie a deficiência também sob dois ângulos: o médico e o social.

José Ricardo Caetano Costa explica que é necessário repensar o sistema pericial:

Não importa se o segurado deficiente esteja com falta de saúde. Importa, isto sim, qual o nível de dificuldade que ele apresenta na consecução de determinada tarefa. Por óbvio que é de menor complexidade a avaliação da falta de saúde para determinado trabalho do que as condições, limites e dificuldades com que os segurados deficientes exercem determinadas atividades.⁷⁹

Preliminarmente, o médico perito identifica o diagnóstico, descreve o tipo de deficiência e as funções corporais afetadas. Depois realiza-se, conforme exigido, a aplicação do instrumento de avaliação, que se caracteriza pela soma da pontuação atribuída ao periciando pelo médico e pelo assistente social. Estas pontuações podem ser de 25, 50, 75 ou 100 pontos, e variam conforme o grau de dependência de terceiros. Quanto maior é a pontuação, maior é a independência do requerente e menor é seu grau de deficiência.

Embora seja necessário afastar o excesso de subjetivismo, a deficiência e a dignidade da pessoa humana não podem ser mensuradas em termos matemáticos e menos ainda, quantificada em pontos. Talvez por isso o legislador estabeleceu que a pontuação gerada conjuntamente pelo médico perito e pelo assistente social também sofrerá a influência de outras duas variáveis: a identificação de barreiras externas e a utilização do método linguístico *Fuzzy*.⁸⁰

Fuzzy, conforme explica Soares, é uma palavra de origem inglesa, que quer dizer: impreciso, nebuloso, vago. A lógica *Fuzzy* é uma teoria de raciocínio lógico aplicada a casos de incerteza, que a matemática clássica não consegue resolver. Com esse raciocínio, consegue-se converter variáveis linguísticas incertas para um formato numérico.⁸¹

O apontamento das barreiras externas serve para justificar e identificar quais fatores agem como barreira na execução de determinada atividade. Dessa forma, se alguma atividade pontuar 25 (quando o indivíduo não exerce alguma atividade), deve-se investigar se alguma barreira externa é a causa dessa pontuação. De todo modo, a pontuação será mantida. Já o método linguístico *Fuzzy* serve para uniformizar a pontuação de atividades nas situações de maior risco funcional para cada tipo de deficiência. Por exemplo: se a deficiência é auditiva, o domínio da comunicação é o mais prejudicado; se a deficiência é motora, o domínio mais prejudicado é a

⁷⁹ MAUSS, Adriano; COSTA, José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes – Aspectos legais, Processuais e Administrativos*. São Paulo: LTr, 2015. P. 106

⁸⁰ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 140.

⁸¹ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 140.

mobilidade. Desse modo, o método busca evitar distorções no resultado puramente quantitativo, que ocorreria com a simples soma de pontuações.⁸²

A avaliação leva em consideração a deficiência em 4 categorias (auditiva, visual, motora, intelectual cognitiva/mental), relacionando cada uma a dois domínios em que o avaliado é mais vulnerável. Uma vez mantendo-se na pontuação de cada nível de deficiência, será reconhecido o direito à aposentadoria; caso supere o limite máximo para enquadrado, não será considerado deficiente para este benefício.

5. A INCLUSÃO PLENA DO DEFICIENTE: NOVOS PARADIGMAS INTRODUZIDOS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

Visando garantir maior inclusão social das pessoas com deficiência e promover, em condições de igualdade, o exercício dos seus direitos e liberdades fundamentais, em 6 de julho de 2015 foi sancionada a Lei Federal 13.146, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A redação da referida Lei foi embasada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o que acarretou em profundas modificações no Código Civil Brasileiro.

Com efeito, a convenção assinada em Nova Iorque estabeleceu o seguinte:

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

- a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;
- b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.
- c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Alinhando-se à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei 13.146/2015 modificou o art. 3º do Código Civil, revogando seus incisos II e III, a fim de dispor que apenas menores de 16 (dezesseis) anos são absolutamente incapazes de praticar atos da vida civil.

⁸² SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 140.

O conceito de incapacidade relativa também foi alterado, porquanto a lei deixou de fazer menção aos que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido, e excluiu a menção aos excepcionais - sem desenvolvimento mental completo. Assim, a incapacidade relativa passou a abranger apenas as seguintes hipóteses: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; c) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; d) os pródigos.

Dessa forma, a figura da pessoa incapacitada civilmente foi dissociada da figura da pessoa com deficiência, o que foi um grande avanço. Em razão disso, atualmente as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável, se houver, conforme prevê o §2º do art. 1550 do Código Civil.

Outra questão importante é que, por força dos artigos 198, I e 208 do Código Civil, a prescrição e a decadência não correm contra os absolutamente incapazes. Logo, não sendo mais as pessoas com deficiência passíveis de serem consideradas absolutamente incapazes, a prescrição e a decadência correrão contra elas, prejudicando-as.

Da mesma forma, os negócios jurídicos praticados por pessoas excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e por pessoas com deficiência que tiverem discernimento reduzido, deixarão de ser considerados nulos e passarão a ser anuláveis. Isso significa que as pessoas com deficiência deverão comprovar a ocorrência de algum vício de consentimento, o que exigirá prova de maior complexidade.

Nesse trilhar, Melissa Folmann salienta que o Estatuto, ao revogar as disposições previstas no artigo 3º do Código Civil, afetou a concepção de capacidade civil tanto para o bem quanto para o mal: “Isto porque os deficientes pararam de ser considerados necessariamente incapazes civis para fins previdenciários, mas ao mesmo tempo a figura da ‘tomada de decisão apoiada’ ainda é bem obscura”.⁸³

Com efeito, consoante art. 1.783A do Código Civil (introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), a tomada de decisão apoiada consiste num processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

⁸³ Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6035/Curatela+n%C3%A3o+%C3%A9+mais+exigida+para+concess%C3%A3o+de+BPC+e+aposentadoria+por+invalidez>> Acesso em 27 jun 2016.

Assim, a pessoa com deficiência que tenha dificuldades em conduzir sua vida civil, poderá optar pela curatela (caso se enquadre na hipótese do artigo 4º, III, do Código Civil) ou pelo procedimento de tomada de decisão apoiada⁸⁴.

No entanto, no que toca à curatela, importa frisar que a redação do artigo 84, §3º, do Estatuto, estabelece que esta deverá ser "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível". Isso afasta a saída usualmente utilizada até então, de forma quase total, de simples decretação da incapacidade absoluta com a limitação integral da capacidade do sujeito.⁸⁵

Por se tratar de incapacidade relativa, o curatelado deverá manifestar sua vontade conjuntamente com o curador, pois passará a ser assistido. Entretanto, sabe-se que existem situações em que o curatelado encontrar-se-á impossibilitado até de anuir com os atos praticados pelo seu curador. Dessa forma, o deficiente será capaz apenas por ficção legal, já que não poderá exprimir sua vontade e não há previsão legal de que poderá ser representado⁸⁶.

Nesse aspecto, para José Fernando Simão, a mudança legislativa não trouxe nenhuma vantagem às pessoas com deficiência; pelo contrário, é extremamente prejudicial àqueles que necessitam de representação e não de assistência⁸⁷. Logo, é razoável que, ao invés de somente prestar assistência, se admita que o curador represente o curatelado, caso contrário este ficará abandonado à própria sorte.⁸⁸

Com relação ao Direito Previdenciário, cumpre mencionar que, diante das alterações promovidas pelo novo Estatuto, não constitui mais exigência para requerimento ou concessão do Benefício de Prestação Continuada a interdição judicial do idoso ou da pessoa com deficiência, seja ela total ou parcial. Da mesma forma, com relação à aposentadoria previdenciária, não caberá ao INSS fazer exigência de interdição do beneficiário⁸⁹.

⁸⁴ CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-Atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>> Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁵ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>> Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁶ SIMÃO, José Fernando. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acessado em 27 jun 2016.

⁸⁷ SIMÃO, José Fernando. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁸ CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-Atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>< Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁹ Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6035/curatela+n%C3%A3o+%C3%A9+mais+exigida+para+concess%C3%A3o+de+BPC+e+aposentadoria+por+invalidez>> Acesso em 27 jun 2016.

CONCLUSÕES

Partindo da norma constitucional da igualdade - que, como vimos, não apenas escusa-se de vedar o estabelecimento de situações de desigualdade jurídica como por vezes até a impõe, o legislador infraconstitucional concedeu tratamento diferenciado às pessoas com deficiência.

Essa diferenciação isonômica visualiza-se na Previdência Social por meio da redução do tempo necessário para a pessoa com deficiência obter sua aposentadoria, seja ela por idade, seja por tempo de contribuição.

No que tange à Assistência Social, a Lei nº 8.742/93 (LOAS) regulamentou o artigo 203 da Constituição Federal e estabeleceu que o benefício assistencial garantido ao deficiente seria um “benefício de prestação continuada” no valor de um salário mínimo.

Recentemente toda essa proteção constitucional direcionada às pessoas com deficiência foi regulamentada mediante implantação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015)

A política de cotas, por sua vez, busca promover uma discriminação positiva que garanta igualdade substancial e efetiva, na medida em que assegura o ingresso e a permanência dos deficientes no mercado de trabalho.

Outro meio pelo qual pode-se alcançar uma maior inclusão da pessoa com deficiência é a partir dos processos de habilitação e reabilitação. Ao contrário dos benefícios de aposentadoria, para esses processos não existe carência, o que possibilita que o segurado incapacitado retorne ao mercado de trabalho, resgatando a sua dignidade, e mais, possibilitar que ele deixe de receber benefício previdenciário e volte a contribuir com a previdência.

Da mesma forma, a capacitação e qualificação profissional de pessoas com deficiência não vinculadas à Previdência Social é possível pois, assim, além de deixarem o mercado informal, também passarão a contribuir com a Previdência.

Apesar das leis e ações afirmativas já existentes, um grande marco para a mudança de postura em relação à pessoa com deficiência foi a aprovação, em 2001, da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Para identificar deficiência a CIF leva em consideração, além das funções mentais e as estruturas do corpo, os denominados fatores contextuais, os quais são divididos em fatores pessoais e ambientais.

O novo conceito de deficiência foi inserido na lei 12.435/2011 e, em razão disso, hoje é possível afirmar que existe um conceito constitucional de deficiência, instituído pela referida Convenção como “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Verifica-se que, como progresso significativo na manutenção da vida digna da pessoa com deficiência, sua figura foi dissociada da pessoa incapacitada civilmente. Em razão disso, atualmente as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável, se houver, conforme prevê o §2º do art. 1550 do Código Civil.

Vê-se, portanto, que há uma preocupação por parte da esfera legislativa em promover a inclusão das pessoas com deficiência e, por conseguinte, a aplicação do princípio da Igualdade. Embora persistam entraves para que tais indivíduos tenham seus direitos garantidos, podemos reconhecer que houve avanços.

No entanto, essa não é uma conclusão final, e os efeitos das novas regulamentações e da mais recente perspectiva sobre as pessoas com deficiência formam uma conjuntura complexa que deverá continuar a ser analisada, tendo a aplicação do princípio da igualdade como ideal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo Alves. **Habilitação e Reabilitação Profissional: Obrigação do empregador ou da Previdência Social?** São Paulo: LTr, 2015.

BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. **Fundamentos da Seguridade Social.** São Paulo: LTr, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo e os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. **Constituição: Um olhar sobre minorias vinculadas à Seguridade Social.** 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; SERAU JR. Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa. **Previdência em Tempos de Reforma.** Porto Alegre: Magister, 2015.

CEZAR, Katia Regina. **Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas.** São Paulo: LTr, 2012.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas.** In Revista Consultor Jurídico, ago 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>> Acessado em 27 jun 2016.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Perícia Biopsicossocial: Perspectivas de um novo modelo pericial.** Caxias do Sul: Plenum, 2014.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício Assistencial ao Idoso e ao Portador de deficiência (LOAS): Teoria e prática.** Curitiba: Juruá, 2012.

Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. **Curatela não é mais exigida para concessão de BPC e aposentadoria por invalidez.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6035/Curatela+n%C3%A3o+%C3%A9+mais+exigida+para+concess%C3%A3o+de+BPC+e+aposentadoria+por+invalidez>> Acessado em 27 jun 2016.

LINHARES, Aletsandra. **Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC).** IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) *Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência.* 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015, p. 653-684.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência.* São Paulo: LTr, 2016,

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social.** São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes Martinez. **Benefícios Previdenciários das Pessoas com Deficiência.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. **Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos.** São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Sérgio do. **Interpretação do Direito Previdenciário.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PASSOS, Fábio Luiz dos. **Previdência Social e Sociedade Pós-Industrial.** Curitiba: Juruá, 2013.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades.** In: Revista Consultor Jurídico, jul 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>> Acessado em 27 jun 2016.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (2)**. In: Revista Consultor Jurídico, ago 2015. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acessado em 27 jun 2016

SOARES, João Marcelino. **Aposentadoria da Pessoa com Deficiência**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A aposentadoria da pessoa com deficiência: conceitos e peculiaridades da nova prestação do Regime de Previdência Social**. *IN*: Juris Plenum Previdenciária: doutrina. Ano I, n. 04 (nov./Jan. 2014). Caxias do Sul: Editora Plenum, 2013.