

VOLUME 4 - NÚMERO 1
JANEIRO/ABRIL 2018

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol.4 / N.1



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 IV
Número 1
Janeiro/Abril 2018**

Reitora do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)

Prof. Dra. Beatriz Maria Eckert Hoff

Coordenador de Pesquisa do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)

Prof. Dr. Bernardo Petriz de Assis

Coordenador do Mestrado Direito das Relações Sociais e Trabalhistas

Prof. Dr. Ricardo José Macêdo de Britto Pereira

Editor Acadêmico da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas

Prof. Dr. Mauricio Godinho Delgado

Editor Executivo da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. IV, n. 1 (Jan./Abril. 2018). Brasília, DF, 2018 [on-line]

Quadrimestral

ISSN: 2446-8908

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

CDU: 349.2:331.1

Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)

Centro Universitário do Distrito Federal, SEP/SUL EQ 704/904, Conjunto A,
Brasília/DF, CEP 70390-045

Telefone: (61)3704-8880

E-mail: mestradodireito@udf.edu.br/<http://mestradodireito.udf.edu.br/revistadireito>
claudiojannotti@hotmail.com/revistamestradoudf@hotmail.com

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS

É uma publicação quadrimestral da Revista do Mestrado Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, do Mestrado do Centro Universitário do Distrito Federal voltada à divulgação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisas e estudos desenvolvidos dentro e fora do Brasil, com publicação em meio digital e com acesso livre (mas com publicação subsequente, em meio impresso, pela importante Editora LTr, de São Paulo), com temáticas altamente inovadoras nas linhas de pesquisa do Mestrado, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho", sendo que atualmente conta com fomento da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF).

Equipe Técnica

Coordenação de Editoração

Cláudio Jannotti da Rocha
Eliel Silva da Cruz

Gestão de Artigos

Lorena Vasconcelos Porto
Luiza Baleeiro Coelho Souza

Capa

Eliel Silva da Cruz

Diagramação

Luiza Baleeiro Coelho Souza

Revisão de Texto

Carolina Silva Silvino Assunção

Revisão de Idiomas

Lorena Vasconcelos Porto
Carolina Silva Silvino Assunção

Revisão de Diagramação

Cláudio Jannotti da Rocha

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)
- Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega e Hertie School of Governance, Alemanha)
- Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof.^a Dr.^a Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)
- Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)
- Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)
- Prof.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)
- Prof.^a Dr.^a Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)
- Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)
- Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)
- Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)
- Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)
- Prof.^a Dr.^a Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)
- Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)
- Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)
- Prof.^a Dr.^a Adriana Pereira Campos (UFES)
- 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)
- Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (UFES)

Colaboradores do Volume 4, n. 1 (2018)***Double Blind Review - Rol de Pareceristas***

Prof. Dra. Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Amauri César Alves (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória)

Prof. Dr. Antônio Leal de Oliveira (Universidade Vila Velha)

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabello Viegas (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves (universidade Federal de Pernambuco)

Profa. Dra. Lívia Mendes Moreira Miraglia (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Ney Stany Moraes Maranhão (Universidade Federal do Pará)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (Universidade Federal de Goiás)

Prof. Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (Faculdade de Direito de Vitória)

Profa. Dra. Valdete Souto Severo (Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida (Faculdade de Direito Milton Campos)

Profa. Dra. Wanise Cabral (Universidade Federal Fluminense)

Profa. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Autor Convidado

Prof. Dr. Gianni Loy - Itália

Autores de Artigos em Línguas Estrangeiras

Prof. Dr. João Leal Amado - Portugal

Prof. Dr. Emmanuel Dockès - França

Prof. Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti - Espanha

Profa. Dra. Lucía Martínez Virto - Espanha

Prof. Dr. Danilo Volpe - Itália

Autores

Agatha Accorsi Voss - UERJ

Profa. Dra. Érica Babini Machado - UNICAP

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso - UNICAP

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim - UERJ

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - CESUPA

Profa. Dra. Vanessa Rocha Ferreira - CESUPA

Viviana Monteiro Costa de Souza de Andrade Lima - UNICAP

SUMÁRIO

Editorial.....	12
Artigo 1 - Autor Convidado	
LA DISABILITA' NELLE FONTI INTERNAZIONALI.....	16
Disability in International Sources	
Prof. Dr. Gianni Loy	
Artigo 2	
A ULTRATIVIDADE DOS CONTRATOS COLETIVOS DE TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA: constitucionalidade e convencionalidade do artigo 614, § 3º, da CLT.....	42
The ultrativity of collective labor contracts and the labor reform: constitutionality and conventionality of the article 614, § 3, of the CLT.	
Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho e Profa. Dra. Vanessa Rocha Ferreira	
Artigo 3	
EM TORNO DO DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO: UM OLHAR LUSO-BRASILEIRO.....	58
Around the discriminatory disponent: a luso-brazilian look	
Prof. Dr. João Leal Amado	
Artigo 4	
LE DROIT DU TRAVAIL DANS L'AFFRONTMENT DES MONDES POSSIBLES.....	76
Labor Law in the confrontation of possible worlds	
Prof. Dr. Emmanuel Dockès	
Artigo 5	
LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LAS RELACIONES LABORALES: UN DEBER EMPRESARIAL TODAVÍA POR CONSTRUIR EM ESPAÑA.....	86
The digital disconnection in the labor relations: a business duty still to build in Spain.	

Prof. Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti

Artigo 6

SUPERVIVENCIA LABORAL EN LA CRISIS ESPAÑOLA: LAS
CONSECUENCIAS DE LA PRECARIDAD Y LA SUPERVIVENCIA EM
TÉRMINOS DE INCLUSIÓN Y EMPLEABILIDAD.....104

Labor survival in the spanish crisis: the consequences of precarity and survival in terms
of inclusion and employability

Profa. Dra. Lucía Martínez Virto

Artigo 7

MEDIDA PROTETIVA À EMPREGADA AFASTADA DO TRABALHO EM
DECORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA..... 121

Protective measure for employees away from work because of domestic violence
Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso; Viviana Monteiro Costa de Souza de Andrade Lima e Profa. Dra.
Érica Babini Machado

Artigo 8

A CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO FINANCIAMENTO DO SEGURO DE
ACIDENTES DE TRABALHO E A APLICAÇÃO DO RE Nº 343.446/SC.....148

The contribution for the financing of work accident insurance and the application of re nº
343.446/SC

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim e Agatha Accorsi Voss

Artigo 9

GESTIONE PREVIDENZIALE PER I COMMERCianti: INSUFFICIENTE LA
QUALITÀ DI SOCIO ACCOMANDATARIO PER FAR SCATTARE
L'ISCRIZIONE..... 172

Social security management for traders: insufficient quality of accomandatory partner to
sign up subscription

Prof. Dr. Danilo Volpe

EDITORIAL

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* - periódico científico do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília -, abre, em 2018, o seu Volume IV, Número 1, relativo ao quadrimestre janeiro-abril de 2018.

Divulgada regularmente em meio digital e com acesso livre (mas com publicação subsequente, em meio impresso, pela importante Editora LTr, de São Paulo), a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* afirma-se como um periódico de referência no meio jurídico e acadêmico, contemplando estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas linhas de pesquisa do Mestrado, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho".

Lançada, originalmente, no primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. I, Nº 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por ano), a Revista entra em seu quarto ano sequencial e regular de profícua existência, consagrando diversos importantes aperfeiçoamentos e conquistas.

De um lado, desde este Vol. IV, Número 1 (janeiro-abril de 2018), a Revista se torna *quadrimestral*, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos, como praticado desde o Vol. I, N. 1), com o que totalizará 27 artigos por volume anual, um crescimento significativo em comparação com os três anos precedentes, ainda mais considerada a elevadíssima qualidade dos textos científicos divulgados em cada número do periódico científico.

De outro lado, neste ano de 2018, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* do Mestrado em Direito do UDF passa a contar com relevante suporte da *Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal - FAP-DF* -, incremento diferenciado que, inclusive, permitirá a concretização, já no corrente ano, de uma série de aperfeiçoamentos no periódico científico, entre os quais se inclui o acréscimo de um número por volume anual publicado (três números por ano).

A par disso, neste Vol. IV, Nº 1, o periódico sedimenta a implementação - já iniciada no Vol. III, Nº 2, do segundo semestre passado - de importante e crucial avanço, consistente na implementação do sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), que é formado por Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas das cinco regiões do Brasil, que cordialmente avaliaram os artigos

que foram enviados para a Revista, sendo que os aprovados encontram-se no bojo deste exemplar (cada artigo foi objeto de duas avaliações/revisões, realizadas por Avaliadores distintos).

Inquestionavelmente, a plena sedimentação do sistema *double blind review* oferta à *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* conquistas e avanços ainda mais elevados, uma vez que atende todos os requisitos estabelecidos pela CAPES para que, em um futuro breve, ingresse em alto patamar de classificação no *ranking* estabelecido pelos organismos oficiais competentes. Com isso, sedimenta-se notável espaço acadêmico editado para os campos do Direito do Trabalho, do Direito Processual do Trabalho, do Direito da Seguridade Social e áreas afins a partir da comunidade acadêmica do UDF e do próprio centro-oeste do Brasil.

Se não bastasse, o presente Vol. IV, Nº 1, do periódico científico colhe e firma o notável contato que vem estabelecendo o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas com a comunidade acadêmica brasileira e do exterior, que foi aprofundado, significativamente, mediante o *Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social*, realizado em novembro de 2017 no UDF, em Brasília. Por meio desse contato e relação com diversos e seletos Professores Doutores, o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal vem se consolidando como um dos principais centros de pesquisa, reflexão e produção acadêmica no segmento dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários característicos do Constitucionalismo Humanista e Social inaugurado na Europa logo em seguida à Segunda Grande Guerra e, no Brasil, com a Constituição da República de 1988.

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

A consolidação da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* é também fruto das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, que habitualmente estão participando de diversos Congressos, Seminários, Simpósios, Colóquios realizados em território brasileiro, bem como lançando livros, artigos em obras coletivas ou em revistas acadêmicas, com isso aprofundando

laços de pesquisa e reflexão acadêmica com importantes Professores e Instituições Universitárias.

Reafirmando o caminho percorrido nos números anteriores, esta edição é integrada por nove artigos, sendo que seis são de Professores Doutores estrangeiros, de Universidades de quatro importantes países (Espanha, França, Itália e Portugal). Três artigos são da lavra de Professores Doutores brasileiros (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Universidade Federal do Pará - UFPA; Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ). Todos os textos, portanto, se originam de Instituições de Ensino Superior diversas do UDF e situadas fora do âmbito do Distrito Federal. Essa formação heterogênea fomenta uma verdadeira dialética entre o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF e outros importantes Programas de Pós-Graduação em Direito de dentro e de fora do Brasil.

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

A Revista é composta exclusivamente por artigos inéditos capitaneados por Professores Doutores estrangeiros e brasileiros. Trata-se dos seguintes trabalhos: 1) "La Disabilita nelle Fonti Internazionali", da lavra do Prof. Dr. Gianni Loy, da Itália, que analisa as deficiências das fontes normativas internacionais; 2) "A Ultratividade dos Contratos Coletivos de Trabalho e a Reforma Trabalhista: constitucionalidade e convencionalidade do art. 614, § 3º, da CLT", de autoria dos Profs. Drs. José Claudio Monteiro de Brito Filho e Vanessa Rocha Ferreira, da UFPA e da CESUPA, que estudam o tema da ultratividade na norma coletiva; 3) "Em Torno do Despedimento Discriminatório: Um Olhar Luso-Brasileiro", produzido pelo Prof. Dr. João Leal Amado, de Portugal, que analisa a dispensa discriminatória no ordenamento jurídico português e brasileiro; 4) "Le Droit du Travail dans Láffrontement des Mondes Possibles", elaborado pelo Prof. Dr. Prof. Dr. Emmanuel Dockès, da França, que demonstra a importância das leis trabalhistas nos diferentes cenários mundiais, na perspectiva do Direito Individual do Trabalho.

Logo em seguida, despontam mais três artigos: 5) "La Desconexión Digital en las Relaciones Laborales: un deber empresarial todavía por construir en España", da lavra do Prof. Dr. Eduardo Enrique Taléns Visconti, da Espanha, que pesquisa sobre o direito à

desconexão virtual; 6) "Supervivencia Laboral en la Crisis Española: las consecuencias de la precaridad y la supervivencia en términos de inclusión y empleabilidad", de autoria da Profa. Dra. Profa. Dra. Lucía Martínez Virto, que analisa a sobrevivência do trabalho na crise espanhola; 7) "Medida Protetiva à Empregada Afastada do Trabalho em Decorrência de Violência Doméstica", da lavra dos Professores de Recife-PE, Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso, Profa. Viviana Monteiro Costa de Souza de Andrade Lima e Profa. Dra. Érica Babini Machado, da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco. O texto demonstra a importância de uma medida protetiva à empregada afastada do trabalho em decorrência de violência doméstica.

Fecham a Revista dois artigos relacionados ao campo da Seguridade Social: 8) "A Contribuição Destinada ao Financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho e a Aplicação do RE nº 343.446/SC", artigo capitaneado pelo Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim, com a coautoria de Agatha Accorsi Voss, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, autores que analisam a contribuição destinada ao financiamento do seguro de acidentes de trabalho e a aplicação do recurso extraordinário nº 33.446/SC; 9) "Gestione Previdenziale per i Commercianti: insufficiente la qualità di socio accomandatario per far scattare l'iscrizione", de autoria do Prof. Dr. Danilo Volpe, da Itália, que analisa aspectos da gestão da Seguridade Social, tema de grande atualidade no Direito contemporâneo.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este Nº 1 do Vol. IV da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, abrangendo o primeiro quadrimestre de 2018, conectam-se estruturalmente à linha editorial do periódico científico jurídico e aos estudos e pesquisas realizados no interior do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF.

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

Brasília, abril de 2018.

Equipe Editorial

LA DISABILITA' NELLE FONTI INTERNAZIONALI

DISABILITY IN INTERNATIONAL SOURCES

Gianni Loy¹

SOMMARIO: 1. La disabilità: una storia tragica nascosta nell'inconscio collettivo; 2. La palingenesi nei più recenti orientamenti legislativi: una tardiva riparazione? 3. La non omogenea nozione di disabilità nelle fonti internazionali; 4. Ma serve veramente una nozione rigida di disabilità? 5. Posto che tutti, in una certa misura, possiamo essere considerati dei disabili; 6. Ma, quindi, le persone affette da minorazioni esistono in quanto categoria? 7. La problematica distinzione tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta; 8. Le cause di giustificazione e le deroghe; 9. Il diverso trattamento riservato ai disabili non costituisce discriminazione positiva ma è espressione del principio di uguaglianza; 10. Rimane da capire quando si possa ritenere che le cause di giustificazione siano ragionevoli; 11. Interpretazioni ed omissioni del legislatore italiano; 12. Ma le azioni volte a garantire l'uguaglianza dei lavoratori disabili non si limitano alla disciplina antidiscriminatoria.

SUMMARY: 1. Disability: a tragic story hidden in the collective unconscious; 2. The palingenesi in the most recent legislative guidelines: a delayed repair? 3. The non-homogeneous notion of disability in international sources; 4. But does a strict notion of disability really help? 5. Given that all, to some extent, we can be considered disabled; 6. But, then, do people with disabilities exist as a category? 7. The problematic distinction between direct discrimination and indirect discrimination; 8. The reasons for justification and the exceptions; 9. The different treatment reserved for disabled people does not constitute positive discrimination but is an expression of the principle of equality; 10. It remains to be seen when the reasons for justification can be considered to be reasonable; 11. Interpretations and omissions of the Italian legislator; 12. But actions to guarantee the equality of disabled workers are not limited to anti-discrimination.

1 LA DISABILITÀ: UNA STORIA TRAGICA NASCOSTA NELL'INCONSCIO COLLETTIVO

Ho creduto, un tempo, che i peggiori misfatti della storia appartenessero al passato, che la coscienza comune dovesse progressivamente liberarci, seppure con fatica, dei atroci crimini che l'uomo è stato capace di compiere. Ho creduto che nessuno sarebbe più stato capace di opprimere un suo simile, che i valori delle rivolte della seconda metà del secolo scorso, dal Concilio Vaticano II alla rivoluzione femminista, avrebbero contribuito all'affermarsi di società fondate sull'uguaglianza e sul rispetto della persona. Per tanto, probabilmente, ho provato sconcerto nel ri-prendere coscienza di quanto sia recente nel cuore d'Europa, altorché attuale in altre parti del mondo, la storia della spietata e cinica violenza su quelle persone che, per

Artigo recebido em 27/03/2018.

Artigo aprovado em 06/06/2018.

¹ Professor Titular da Università di Cagliari, Itália.

deficienza fisica o mentale, non possiedono strumenti sufficienti per non soccombere di fronte agli ostacoli materiali e spirituali imposti dalle regole, scritte o non scritte, delle nostre società.

L'idea che i neonati deformati o storpi venissero condannati a morte per esposizione sul monte Taigete, in ossequio alla tradizione militaristica di Sparta ed ai miti della bellezza e della forza calati dall'Olimpo, non ha mai destato in me particolare impressione, perché la ritenevo una barbarie destinata non a ripetersi e confinata in un'epoca che non conosceva i valori che (crediamo) definitivamente conquistati dalla civiltà "moderna". Sgomento provoca, invece, l'apprendere solo ora, grazie ad alcune letture connesse con la preparazione di questo saggio, che la sterilizzazione coattiva di handicappati, malati mentali e associati, cioè di persone socialmente emarginate, è rimasta in vigore in alcuni paesi europei sino all'ultimo scorcio del secolo scorso. In Svezia la legge che consentiva la sterilizzazione forzata ha operato sino al 1976 ed ha portato alla sterilizzazione, a partire dal 1935, di circa 230.000 persone (Tarditi R. 2007). Solo a partire dal 1976 è stato reso obbligatorio il consenso degli interessati e la legge ha fatto pubblica ammissione del misfatto riconoscendo il diritto ad un risarcimento economico alle vittime di tali barbarie. Forse in ossequio al fatto che, proprio nel 1976, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con risoluzione 31/123 del 16 dicembre, aveva proclamato il 1981 quale "Anno internazionale delle persone handicappate". Nel 1976, la Comunità europea procedeva già a passo spedito, le rivoluzioni culturali della fine degli anni 60 erano già compiute, ed i principali organismi internazionali avevano già dettato i primi documenti di riconoscimento dei diritti delle persone handicappate².

Della eliminazione, nelle camere a gas, di 70.000 persone adulte portatrici di *handicap* e di almeno 275.000 malati mentali, solo in Germania, tra il 1939 ed il 1947, nell'ambito del programma di eutanasia "Aktion T4", si è saputo molto più tardi: l'opinione pubblica è rimasta a lungo indirizzata e turbata dallo sterminio degli ebrei; delle "collaterali" eliminazioni, di handicappati, rom, omosessuali, si è incominciato parlare solo negli ultimi decenni.

Le politiche di eliminazione degli handicappati, come di altre categorie per alcuni versi assimilabili, non sono tuttavia ascrivibili ad un feroce dittatore di passaggio, esse sono state alimentate e preparate da più generali orientamenti culturali, che pretendevano di appartenere alla scienza, affermatasi a partire dall'ultimo scorcio dell'800 negli Stati Uniti e poi diffusisi in Europa. La prima legge che prevedeva la sterilizzazione di malati mentali, altroché di delinquenti recidivi, è stata approvata nel 1907 dallo Stato dell'Indiana e nel 1931, quando il movimento di

² Declaration on the rights of mentally Retarded Persons (1971), approvata dall'Assemblea generale dell'ONU on Risoluzione 2856 del 20 dicembre 1971. Declaration on the rights of Disabled Persons, approvata con Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 3447 del 9 dicembre 1975.

eugenetica incominciava a diffondersi in Europa, erano già 31 gli Stati dell'Unione che avevano approvato leggi sulla sterilizzazione. "Non è un caso probabilmente che, dopo l'avvento dei nazisti, nel 1933, i funzionari tedeschi ospitarono regolarmente eugenisti americani per scambiare opinioni in merito" (Tarditi R. 2007). Così che politiche selettive, che includevano handicappati o malati mentali tra le persone da sterilizzare coattivamente, sono state attuate da diversi paesi europei come la Norvegia, la Finlandia, la Svizzera (sino al 1970!). Anche la scienza italiana, ha dato il suo contributo, grazie al contributo di Lombroso, che inseriva alcuni gruppi di persone con disabilità tra quelli fatalmente portati alla criminalità e considerava l'epilessia un probabile indizio di tendenza delinquenziale.

Una cultura che ha attraversato quasi tutto il secolo XX, in definitiva, si ricollegava idealmente al modello della Repubblica utopica di Platone che pretendeva che i bambini privi delle qualità ottimali non venissero curati ed allevati. Un ricorso storico che pretendeva di selezionare le buone razze mediante la selezione dei migliori.

Anche fuori dagli atti criminali, le disabilità e gli *handicap* di ogni tipo hanno quasi sempre comportato fenomeni di emarginazione, seppure con qualche eccezione: i mutilati di guerra, sin dal tempo dei romani, hanno ricevuto un trattamento più favorevole in segno di riconoscimento del sacrificio per la patria; gli *handicap* di Omero, di Tiresia, oracolo di Apollo o quello di Efesto, dio del fuoco, erano considerati un segno della predilezione divina; in alcune culture, al malato mentale venivano riconosciuti poteri sovranaturali. Ma si è trattato di casi isolati, come quello degli storpi che trovavano albergo come giullari nelle corti o nei circhi.

Non a caso, le società hanno incominciato ad occuparsi tardi delle disabilità di ogni tipo e quasi esclusivamente sotto il profilo assistenziale.

Anche in epoca moderna, secondo il modello dell'età antica, è stato il sentimento di riconoscenza nei confronti dei reduci mutilati delle guerre a suggerire le prime iniziative legislative volte al recupero lavorativo degli invalidi, in Italia con la legge 21 agosto 1921, n. 1312.

Il crescente interesse delle legislazioni nazionali ed internazionali ha continuato ad avere un carattere prevalentemente assistenziale. Non di rado, il lavoro stesso, attraverso le esperienze di laboratori protetti, variamente disciplinate dalle legislazioni nazionali, ha costituito solo una finzione, una rappresentazione della vera essenza del lavoro quale manifestazione di partecipazione alla vita sociale. Forse perché si reputava che chi non fosse in grado di offrire al sistema sociale una completa capacità lavorativa non potesse neppure partecipare a pieno titolo

ai riti di quella società. Quindi, benevolmente, poteva essere assistito, talora mantenuto a carico della collettività, ma non riconosciuto “uguale”.

Il diritto del lavoro, peraltro, è stato storicamente costruito sullo stereotipo della persona non solo dotata della piena capacità lavorativa, ma anche della forza fisica, a misura del maschio adulto fornito di “sana e robusta” costituzione, che teneva ai margini, pur utilizzandole nei momenti del bisogno e riconoscendo loro diritti “affievoliti”, anche le mezze forze costituite da donne e minori.

Le persone colpite da disabilità venivano all’ultimo posto, ed anche quando hanno cominciato a beneficiare di normative, prevalentemente vincolistiche, che consentivano loro l’ingresso nel mondo del lavoro “vero”, non di rado il loro apporto è stato considerato un costo sociale piuttosto che un contributo alla comunità. In mancanza di un apporto paritario con gli altri soggetti della comunità, la loro esclusione da un parte dei diritti agli altri riconosciuti è parsa persino giusta e giustificata: essi, infatti, riceverebbero dalla società più di quanto ad essa non diano.

Immaginando una serie di cerchi concentrici costruiti attorno al nucleo forte del lavoratore tipo, può apparire persino naturale che il diritto del lavoro abbia incominciato a recuperare dapprima le periferie più vicine, le donne ed i minori, per garantire loro prima protezione e, successivamente, uguaglianza.

Il tempo dei disabili è arrivato molto più tardi. Le convenzioni internazionali che si occupano di loro sono tra le più recenti e, nell’ambito della disciplina antidiscriminatoria, si può dire che l’*handicap*, come del resto l’età, siano appena entrate far parte dei fattori di discriminazione.

2 LA PALINGENESI NEI PIÙ RECENTI ORIENTAMENTI LEGISLATIVI: UNA TARDIVA RIPARAZIONE?

Con la direttiva europea n. 2000/78 e con la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del dicembre 2006, il lungo passato di emarginazione ed esclusione delle persone con disabilità sembra essere stato definitivamente cancellato. Lo è stato, sicuramente, non solo nella pura enunciazione dei diritti, peraltro rintracciabile anche in altre fonti di carattere generale o, esplicitamente o implicitamente, in quasi tutte le moderne Costituzioni, ma anche quanto alle tecniche ed ai mezzi da impiegare per la garanzia di tali diritti. L’effettività, certo, è altra cosa, è un cruccio del Diritto del Lavoro di carattere ben più generale. Tuttavia, la svolta legislativa, che

attraverso questi due documenti passa da una concezione prevalentemente assistenziale ad una questione di uguaglianza, merita di esser sottolineata. Le disposizioni della nuova legislazione europea, come del resto della più recente Convenzione ONU, “pongono al centro dell’intervento normativo la tutela dell’uguale dignità di tutti gli esseri umani” (Barbera M, 2007b, 79).

Si tratta, in definitiva, di un completo rovesciamento della tradizionale prospettiva dei legislatori precedenti. Il punto di partenza non è più la disabilità, a partire dalla quale individuare soluzioni idonee a risolvere i problemi che tale stato comporta. Il punto di partenza, al contrario, è costituito dal pieno riconoscimento della dignità delle persone e del patrimonio di diritti “uguali ed inalienabili” (*Conv. ONU 2006, Preambolo, lett. a*) ad esse attribuite. La disabilità, come del resto altri fattori, implica evidentemente una differenza, ma tale differenza non può comportare alcuna menomazione dei diritti e della dignità della persona. La risposta dell’ordinamento, di conseguenza, non è più in chiave di “diritto diseguale”, bensì in termini di divieto di discriminazione sia diretta che indiretta (Barbera M. 2007b, 81).

Anche nel campo dell’invalidità, in altri termini, l’obiettivo non è quello di eliminare la differenza, bensì quello di consentire che la differenza non pregiudichi la persona e, possibilmente, le consenta di meglio realizzarsi e di meglio offrire il proprio apporto alla comunità di cui fa parte.

L’attenzione che la Convenzione ONU del 2006 riserva alle persone con disabilità, coerentemente con tale impostazione, è quello di “promuovere, proteggere ed assicurare il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali”, cioè far sì che la disabilità non costituisca ostacolo per il godimento di tali diritti. Posto che le persone disabili possiedono una “intrinseca dignità” (*Conv. ONU 2006, art. 1*), inoltre, il proposito della Convenzione è quello di “promuovere il rispetto” di tale loro dignità. Il bene protetto, in altri termini, è quello generale dell’uguaglianza di dignità e di diritti di tutte le persone umane. Affermarlo solennemente significa, implicitamente, una presa di coscienza del fatto che, storicamente e nell’attualità, le persone disabili sono facilmente escluse dall’effettivo esercizio di tali diritti e la loro dignità non è riconosciuta. Il prevalente strumento indicato dalla Convenzione ONU, in coerenza con quanto già stabilito dalla Direttiva europea del 2000, è quello di “eliminare la discriminazione sulla base della disabilità da parte di ogni persona, organizzazione o impresa privata”(*Conv. ONU 2006, art. 4, lett. b*) e, nello specifico, impegna gli Stati a “modificare o abrogare qualsiasi legge esistente, regolamento uso e pratica che costituisca discriminazione nei confronti di persone con disabilità” (*Conv. ONU 2006, art. 4,lett. e*).

Le affermazioni di principio contenute nei più recenti documenti internazionali rivestono una eccezionale importanza, anche simbolica, in quanto completano il cammino di adeguamento della disciplina giuridica internazionale ai valori fondamentali di uguaglianza enunciati, ma non sufficientemente protetti, in relazione alle persone con disabilità. Essi contengono, altresì, l'indicazione di strumenti teoricamente idonei a consentire che i diritti riconosciuti possano trovare applicazione. Si tratta, tuttavia, di disposizioni di carattere generale, che in larga parte richiedono una trasposizione da parte dei legislatori nazionali e che, in ogni caso, appartengono ad una tecnica legislativa di tipo aperto che lascia ampio spazio alle interpretazioni e, almeno per quanto riguarda la normativa comunitaria, è destinata ad essere completata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

Si possono, sin d'ora, evidenziare gli elementi fondamentali e la loro eventuale criticità, a partire dalla nozione stessa di persona disabile, per poi esaminare le tecniche antidiscriminatorie, le eccezioni al principio generale consentite dalla normativa comunitaria, i meccanismi di recepimento delle norme comunitarie ed internazionali e, infine, le politiche degli Stati.

3 LA NON OMOGENEA NOZIONE DI DISABILITÀ NELLE FONTI INTERNAZIONALI.

Non è agevole stabilire quando una persona debba essere considerata disabile e, conseguentemente, includerla tra i destinatari delle relative discipline. Se si prendono in considerazione i tre organismi sopranazionali che hanno stabilito norme in relazione alla disabilità, l'Il, l'Unione europea e l'ONU, ci si trova in presenza di nozioni affatto differenti: L'OIL, nella Convenzione 159 del 1983, peraltro non ratificata dall'Italia, offre una definizione particolarmente restrittiva, in quanto include tra i destinatari della convenzione solo le persone affette da una menomazione di ordine fisico o mentale, il cui *handicap* sia stato formalmente riconosciuto e, in più, richiede che la difficoltà di tali persone nel mercato del lavoro risulti di notevole entità. Si tratta di tre elementi (*handicap*, formale riconoscimento, notevole entità) che, in realtà, costituiscono tre progressivi criteri di esclusione dal novero dei soggetti destinatari delle misure contenute nella Convenzione; misure che, peraltro, sono limitate all'impegno degli Stati ad adottare misure volte al reinserimento professionale ed all'occupazione delle persone disabili. La Convenzione ONU del 2006 include tra le persone con disabilità "quantità hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base

di eguaglianza con gli altri”(*Conv. ONU 2006*, art. 1). Si tratta di una definizione, assai più ampia, che non richiede alcun riconoscimento formale di appartenenza ad una categoria (e quindi esclude possibili fenomeni di ghetizzazione) e che consente di apprezzare il fatto che le “minorazioni”, intese quali possibili differenze, non necessariamente implicano l’insorgere della difficoltà, cioè dell’*handicap*. L’*handicap* si produce solo quando le minorazioni, non in quanto tali ma in relazione alle condizioni esterne, impediscono alla persona di vivere l’esperienza sociale in condizioni di uguaglianza. Si apprezza, in tale definizione, anche l’assenza di qualsivoglia elemento di tipo quantitativo: posto che l’uguaglianza dovrà essere “piena”, anche la minima difficoltà rientra tra quelle che la Convenzione si propone di eliminare. Tale definizione ricalca il più recente orientamento dell’Organizzazione Mondiale della Sanità che, abbandonando la precedente terminologia³, fa riferimento alle *Attività personali* in luogo della *Disabilità*, ed alla *Partecipazione sociale* in luogo dell’*Handicap*⁴. L’innovazione consiste, essenzialmente, nel fatto che la “disabilità” non è più una condizione (limitazione) inerente all’individuo, bensì al rapporto tra l’individuo e l’ambiente esterno, ciò che dovrebbe rendere infruttuoso ogni tentativo di considerare la disabilità quale caratteristica insita nella persona.

La Direttiva europea n. 200/78, infine, non offre alcuna definizione di persona disabile o di *handicap* e, pertanto, nonostante dal suo contenuto possano trarsi elementi utili ai fini di una definizione, la nozione di persona con disabilità, nell’ambito del Diritto comunitario, seppure ve ne fosse bisogno, attende di essere costruita.

4 MA SERVE VERAMENTE UNA NOZIONE RIGIDA DI DISABILITÀ?

Sulla base di tali premesse, tuttavia, si pongono questioni di non semplice soluzione relative proprio all’ambito di applicazione della normativa comunitaria di carattere antidiscriminatorio e, in prospettiva, della Convenzione ONU.

Prima di tutto, occorre stabilire se, alla luce delle più recenti formulazioni, sia ancora utile la ricerca di una definizione fondata sulle caratteristiche delle persone. È tempo di prendere atto, definitivamente, dell’inadeguatezza dei modelli elaborati dalla scienza medica in termini di

³ OMS, *Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Disabilità e degli Svantaggi esistenziali (ICIDH)*, 1980. Tale classificazione definiva menomazione: qualsiasi anomalia permanente, anatomica o psicologica - esterizzazione; disabilità qualsiasi limitazione o perdita della capacità di compere attività di base considerate normali per un essere umano - oggettivazione; handicap: qualunque condizione di svantaggio che impedisce al soggetto l’adempimento (totale o parziale) di un ruolo sociale considerato “normale” in relazione ad età sesso, contesto socio-culturale - socializzazione.

⁴ OMS, *Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Attività personali (ex-Disabilità) e della Partecipazione sociale (ex handicap o svantaggio esistenziale, (ICIDH-2)*, 1999.

salute, malattia o disabilità, all'ambito sociale ed a quello del lavoro in particolare. Salute e malattia, come intesi dalla scienza medica, sono pressoché privi di significato nell'ambito del lavoro, posto che per poter accedere ad una occupazione, conservare il posto del lavoro o espletare le prestazioni connesse all'obbligo contrattuale, non è affatto necessario né essere sani né privi di malattia. Per poter stipulare un valido rapporto di lavoro occorre semplicemente che l'oggetto della prestazione sia possibile e che, di conseguenza, il soggetto possieda la capacità psico-fisica necessaria all'adempimento in misura "normale". Si tratta, pertanto, di capacità, o di idoneità, allo svolgimento delle mansioni richieste e, in nessun caso, di salute o di assenza di malattia. L'unico caso in cui la malattia può aver rilievo in quanto tale, senza cioè provocare una riduzione della capacità di lavoro, è stabilita, tassativamente, nel caso di patologie infettive o di altre patologie che possano arrecare pregiudizio alla salute pubblica o dei compagni di lavoro.

Il discorso relativo alla disabilità è strettamente conseguente. Per il Diritto del Lavoro non esistono persone di per sé disabili, per il semplice fatto che nella relazione contrattuale tutti i soggetti vengono presi in considerazione solo una volta definite le mansioni che dovranno svolgere. Solo in tale momento si potrà verificare se le persone destinate allo svolgimento di tale attività possano o non possano, cioè siano o non siano capaci di, svolgere tali mansioni secondo un criterio di normalità.

Quella che comunemente viene definita disabilità, e che nel linguaggio comune indica l'incapacità o la maggior difficoltà allo svolgimento di azioni della vita quotidiana, nell'ambito del Diritto del Lavoro altro non è che una caratteristica soggettiva di determinate persone che fa semplicemente presumere una loro possibile inidoneità allo svolgimento di determinate mansioni. E' un attributo della persona che, analogamente alla qualifica, intesa in senso soggettivo secondo l'insegnamento di Gino Giungi, si può spendere nel mercato del lavoro in quanto indica potenzialità dell'individuo (proprio come la qualifica professionale), ma che è del tutto irrilevante una volta individuate le mansioni da svolgere, perché a partire da tale momento saranno queste a costituire il parametro della capacità. La capacità, in definitiva, dovrà essere stabilita sulla base "oggettiva" della prestazione richiesta.

Così come, in materia di professionalità, ciò che conta non è la qualifica soggettiva ma quella oggettiva, analogamente, nel campo della disabilità, ciò che conta non è la abilità soggettiva bensì quella oggettiva. E' del tutto evidente che una persona al quale sia anche formalmente riconosciuto dall'ordinamento un elevato grado di invalidità o di inabilità (ai nostri effetti la distinzione tra le due ipotesi adottata in ambito previdenziale ed assistenziale è irrilevante) laddove venga assunta per lo svolgimento di mansioni che sia in grado di espletare in

misura normale non può essere considerato come un disabile che lavora ma, semplicemente, una persona idonea allo svolgimento delle mansioni per le quali sia stata assunta.

Il riconoscimento di una disabilità, in senso soggettivo, ovviamente, può esser rilevante nell'ambito del mercato del lavoro, perché consente di prevedere, sulla base delle caratteristiche soggettive, cioè della menomazione, secondo la classificazione dell'OMS, quali mansioni un soggetto sarà probabilmente in grado di svolgere normalmente, quali non potrà svolgere e quali potrà eventualmente svolgere in misura inferiore al criterio di normalità così come comunemente inteso.

Ma, anche in questo caso, si tratta di una approssimazione di carattere generale. La capacità del soggetto affetto da una menomazione di poter svolgere determinate mansioni, infatti, dipende solo in parte dalle sue caratteristiche soggettive, cioè dalle condizioni psico-fisiche: la sua idoneità finale, il più delle volte, è determinata dalla somma delle sue caratteristiche fisiche e dagli strumenti correttivi, cioè dalle protesi, intese in senso ampio, che, integrando la capacità "naturale" di ciascuno, gli consentano di svolgere una determinata attività lavorativa e, in senso più ampio, di partecipare paritariamente alla vita sociale.

5 POSTO CHE TUTTI, IN UNA CERTA MISURA, POSSIAMO ESSERE CONSIDERATI DEI DISABILI.

Non so se abbiamo mai riflettuto abbastanza sul fatto che, sotto il profilo soggettivo, la disabilità è una caratteristica affatto comune, cioè che siamo quasi tutti diffusamente disabili. Un deficit visivo che renda difficile la lettura, ad esempio, costituisce una menomazione assai diffusa tra la popolazione, una menomazione che determina incapacità di svolgere un grande numero di prestazioni o di atti della vita quotidiana laddove non possa essere, o non venga, corretta mediante protesi. La perdita o la rottura accidentale della protesi, pertanto, ci rende nuovamente disabili sino a quando non potremo disporre di un altro paio di lenti idonee alla correzione della disabilità. Ma se l'esempio degli occhiali, come di un apparecchio acustico, di un busto, di un calzare ortopedico e di tante altre piccole cose che ci fanno dimenticare le nostre piccole disabilità può apparire banale, via via che il tipo di protesi sia più complicato e costoso, o che l'adattamento riguardi strutture fisiche, o che la disabilità originaria possa esser corretta solo a seguito di lunghi processi riabilitativi o formativi, si osserva come si prospettino differenze tra le stesse persone affette dalla stessa menomazione che, non di rado, possono presentarsi al mercato del lavoro ed alla società con un differente grado di abilità (nell'accezione di quello comprensivo

delle correzioni) semplicemente a seconda delle disponibilità economiche. Non a caso, tra gli impegni che assumeranno gli Stati con la ratifica della Convenzione ONU, è incluso quello di “intraprendere o promuovere la ricerca e lo sviluppo di beni e servizi, apparecchiature e attrezzature progettati universalmente, le quali dovrebbero richiedere il minore adattamento possibile ed il minore costo più basso per venire incontro alle esigenze specifiche delle persone con disabilità e promuovere la loro disponibilità ed uso” (Conv. ONU 2006, art. 4, lett. f).

Sulla base di quanto detto, si può concludere nel senso della impossibilità di pervenire ad una definizione onnicomprensiva di disabilità e, pertanto, di formulare una definizione del gruppo destinatario della protezione offerta dalla legislazione internazionale di cui discorriamo. Definizioni parziali, relative a particolari normative, ma non certamente al diritto antidiscriminatorio, saranno, ovviamente, possibili e necessarie in relazione a particolari fattispecie, come per l'individuazione dei soggetti destinatari di assunzione obbligatoria o di misure formative o riabilitative.

La prima giurisprudenza della Comunità Europea, dal canto suo, si è mossa esattamente nella direzione opposta a quanto qui prospettato, laddove afferma che “occorre, in primo luogo, interpretare la nozione di *handicap* di cui alla direttiva 2000/78 e, in secondo luogo, esaminare entro quali limiti i disabili sono tutelati da quest'ultima...”⁵. In sostanza, secondo la Corte, si tratterebbe di definire il gruppo di persone destinatarie della tutela sulla base del grado di disabilità posseduto. Posto che la stessa direttiva non contempla alcun rinvio agli Stati membri per la definizione della nozione, tale giurisprudenza afferma, quindi, che occorre pervenire ad “una interpretazione autonoma e uniforme” della definizione di *handicap*, da poter spendere in tutto lo spazio comunitario, e si accinge alla costruzione di tale definizione, affermando che la nozione di *handicap* “va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale”⁶. La Corte, come si vede, sottolinea prima di tutto il rilievo delle caratteristiche psicofisiche dell'individuo e, in secondo luogo, prospetta una valutazione “quantitativa” dell'*handicap* per poter dar luogo all'inclusione dei soggetti nel gruppo delle persone protette dalla direttiva: “perché una limitazione possa rientrare nella nozione di *handicap* – afferma, ad esempio, la Corte – deve quindi esser probabile che essa sia di lunga durata”⁷. Tale indicazione è determinante nella causa Chacón Navas perché la Corte era chiamata a stabilire se una malattia di lunga durata, che aveva dato luogo ad un licenziamento, possa essere considerata come un

⁵ Corte di Giustizia delle Comunità europee, causa Chacón Navas, C-13/05, del 11 luglio 2006, p. 38.

⁶ Ivi, p. 43.

⁷ Ivi, p. 45.

motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali è vietata dalla direttiva 2000/78 qualsiasi discriminazione.

La Corte, relativamente a tale fattispecie, afferma che la causa di malattia “non rientra nel quadro generale per la lotta contro la discriminazione fondata sull’*handicap*”. In tal modo, ridimensiona i possibili sviluppi della sentenza Mangold, che aveva riconosciuto al divieto generale di discriminazione la caratteristica di diritto fondamentale, di quei diritti, per intenderci, che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario⁸, ribadendo che l’ambito di applicazione della direttiva del 2000 non può essere esteso, per analogia, al di là dei motivi elencati tassativamente nell’art. 1 della direttiva stessa. La sentenza Chacón Navas, soprattutto, apre la strada ad una interpretazione restrittiva del concetto di *handicap* che sembra mossa dal timore che possa prevalere una interpretazione aperta ed indefinita di tale nozione. Tale preoccupazione appare in maniera più esplicita nelle conclusioni presentate dall’Avvocato generale. Egli, infatti, esplicitamente afferma che debba tenersi conto dei costi economici che gli Stati potrebbero esser chiamati a sostenere per l’applicazione dei divieti di discriminazione e, pertanto, che il legislatore debba sempre “operare scelte dolorose, se non tragiche, ponderando gli interessi in gioco, quali i diritti dei disabili o dei lavoratori anziani rispetto ad un flessibile funzionamento del mercato del lavoro...”⁹. Ciò che ne viene fuori è una definizione nient’affatto coerente con la nuova cultura recepita dai legislatori internazionali. Una nozione caratteristica, semmai, di una concezione vecchia e superata: “i disabili sono persone con gravi limitazioni funzionali (*handicap*) derivanti da difetti fisici, mentali psichici”¹⁰.

In conclusione: la decisione della Corte di non equiparare la malattia all’*handicap* può essere condivisa, in linea di principio, sulla base di una interpretazione strettamente letterale, peraltro conforme alla definizione della Convenzione ONU che, esplicitamente, fa riferimento a minorazioni “a lungo termine”(Conv. ONU 2006, art. 1). Ciò anche in considerazione del fatto che la malattia è direttamente protetta, in quanto tale, dagli ordinamenti degli Stati membri. Non può sfuggire, tuttavia, la differente tutela accordata nel caso concreto al licenziamento per malattia rispetto al licenziamento discriminatorio. Secondo la normativa spagnola, infatti, il licenziamento per causa di malattia è *improcedente* e dà luogo esclusivamente ad un risarcimento economico, mentre ove fosse riconosciuto come discriminatorio sarebbe invece nullo e darebbe luogo alla reintegrazione. Non può essere condivisa, invece, l’impostazione di fondo, che è quella di elaborare una nozione di appartenenza al gruppo protetto dalla

⁸ Corte di Giustizia delle comunità Europee, Causa Mangold, C-144/04, del 22 novembre 2005.

⁹ Conclusioni dell’Avvocato generale L. A. Geelhoed, presentate il 16 marzo 2006 nella Causa Chacón Navas.

¹⁰ Ivi.

discriminazione. Tale scelta porterebbe, inevitabilmente, ad una significativa riduzione della tutela antidiscriminatoria.

6 MA, QUINDI, LE PERSONE AFFETTE DA MINORAZIONI ESISTONO IN QUANTO CATEGORIA?

La dottrina ha incominciato ad interrogarsi se sia effettivamente necessario pervenire ad una individuazione della categoria dei disabili, individuandoli sotto un profilo soggettivo o se, invece, non occorra guardare alla discriminazione in quanto tale. La migliore dottrina, al proposito, ha posto l'accento sul fatto che si parli "di discriminazione fondata sulla disabilità e non di discriminazione a danno di persone affette da disabilità" (Barbera M. 2007b, 91). Tuttavia, ha finito per concludere nel senso che i due profili (condotta discriminatoria e caratteristiche del gruppo passibile di discriminazioni) siano strettamente connessi e che "nell'accertamento della discriminazione, i giudici si trovano, inevitabilmente, a verificare quali caratteristiche diano titolo al soggetto che agisce in giudizio ad ottenere la tutela prevista dalla legge" (Ivi).

Ed invece, a parer nostro, il giudice, attenendosi strettamente a quanto stabilito dalla norma, dovrà limitarsi a stabilire se il provvedimento adottato nell'ambito delle materie indicate dall'art. 3 della Direttiva sia stato preso "sulla base di un motivo" discriminatorio. Le caratteristiche soggettive della persona potrebbero costituire un elemento di cui tener conto, ma in nessun caso costituire elemento essenziale e definitivo ai fini dell'accertamento della discriminazione. Se la disabilità fosse non evidente e sconosciuta al datore di lavoro, ad esempio, in nessun caso un trattamento meno favorevole (salvo che non sia rilevante sotto altri profili) potrebbe ritenersi fondato su di un motivo discriminatorio. Ma potrebbe presentarsi anche il caso opposto di una persona perfettamente idonea ma ritenuta disabile: "la malattia diabetica priva di complicazioni invalidanti non costituisce motivo ostativo al rilascio del certificato di idoneità fisica ... per l'accesso ai posti di lavoro pubblici e privati, salvo i casi per i quali si richiedano specifici, particolari requisiti attitudinali"¹¹. Le persone diabetiche, se non affette da specifiche invalidità, in altri termini, non rientrano tra i soggetti disabili. Ma potrebbe verificarsi che tali persone, come frequentemente avviene soprattutto in fase di assunzione, posto che oltre 1/3 dei datori di lavoro dichiarano apertamente di non assumere un lavoratore per il solo fatto di essere diabetico, vengano discriminate per il fatto di essere affetti da una malattia che, in realtà, non

¹¹ Legge 16 marzo 1987, n. 115, art. 8,

comporta automaticamente disabilità. Ebbene, se per poter accedere ai rimedi stabiliti dalla direttiva del 2000 venisse richiesta l'appartenenza ad una categoria caratterizzata da requisiti psico-fisici ascrivibili alla disabilità tali soggetti verrebbero esclusi. Ed invece, posto che ciò che conta è il motivo discriminatorio e non l'appartenenza ad una categoria, non vi è alcun motivo per escluderli dalla tutela antidiscriminatoria ove la disparità di trattamento sia avvenuta sulla base di una presunzione (anche erronea) della loro disabilità. Non si tratta, sia ben chiaro, di dilatare il concetto di *handicap* né di invocare una estensione della tutela antidiscriminatoria al di là delle fattispecie indicate dalla direttiva, cosa di cui, peraltro potrebbe discutersi, ma di considerare la ragione della discriminazione, in questo caso l'*handicap*, non quale attributo della persona, ma quale attributo della condotta. Il legame con la disabilità, in altri termini, dovrà esser verificato all'interno dei motivi del comportamento che si suppone antidiscriminatorio e non in relazione alle caratteristiche della persona. Perché il motivo possa essere considerato antidiscriminatorio, ovviamente, è necessario che sia relazionato con una vera o presunta disabilità, ovverossia con una caratteristica dell'individuo, ma in termini aperti e generici, senza che occorra pervenire alla costruzione di una categoria di aventi diritto sulla base di una precisa definizione.

Ciò appare evidente se si considera che la direttiva è stata adottata in forza dell'art. 13 CE, che si propone di combattere tutte le discriminazioni in esse indicate, e, pertanto, dev'essere coerentemente interpretata in tal senso. L'uguaglianza, infatti, secondo quanto ribadito dalla giurisprudenza comunitaria (Cause riunite C-27/00 e C-122/00, sentenza 12 marzo 2002, Omega Air e a) “non è soltanto un ideale politico e un'aspirazione, ma uno dei principi fondamentali del diritto comunitario”.

Analogo ragionamento, ovviamente, vale per il caso in cui ad essere discriminata non sia la persona portatrice di handicap o ritenuta tale ma, ad esempio, la persona che assiste il disabile. Anche in tal caso, la disparità di trattamento, ove determinata dal fatto che un lavoratore sia trattato in modo meno favorevole rispetto al modo in cui vengono trattati o potrebbero essere trattati altri lavoratori, a motivo del fatto che tale lavoratore assista un figlio disabile del quale si prende cura, può integrare una discriminazione diretta per violazione del principio della parità di trattamento stabilito dalla direttiva. In senso conforme, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale nella Causa C-303/06, S. Coleman contro Attridge Law, presentate il 31 gennaio 2008.

Non può sfuggire, infine, che sia la disciplina contenuta nella direttiva 2000/78 che quella contenuta nella più recente Convenzione ONU proteggono i lavoratori disabili in quanto persone e non in quanto portatori di *handicap*! L'art. 5 della Convenzione ONU, prima ancora di far

riferimento alle persone con disabilità, si apre con l'affermazione che “tutte le persone sono uguali di fronte e secondo la legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio di legge”. La definizione di discriminazione diretta contenuta nell'art. 2, comma 2, della Direttiva 2000/78, dal canto suo, fa riferimento al differente trattamento tra due persone che si trovino in situazione analoga.

7. LA PROBLEMATICIA DISTINZIONE TRA DISCRIMINAZIONE DIRETTA E DISCRIMINAZIONE INDIRETTA.

La peculiarità di disciplina dettata in materia di *handicap*, soprattutto per la previsione di un obbligo specifico di adottare provvedimenti volti a consentire l'accesso e lo svolgimento di un'attività lavorativa da parte dei disabili, ha sollevato delicati problemi interpretativi relativamente alla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta. La questione, tuttavia, appare meno problematica di quanto non possa apparire a prima vista, posto che i capisaldi della comparazione nel caso della discriminazione diretta e dell'esistenza di una “disposizione criterio o prassi” apparentemente neutri in quella indiretta, continuano a sussistere, pur nel nuovo contesto spazio-temporale posto in evidenza dalla dottrina (Barbera M. 2007a, XIX). Nel primo caso si discuterà della legittimità del differente trattamento di una persona rispetto ad un'altra (ove fondata su di un motivo attinente alla vera o presunta disabilità della persona), nel secondo caso della “essenzialità” di un criterio suscettibile di svantaggiare determinate persone.

Orbene, posto che non ogni disparità di trattamento di un disabile costituisce discriminazione diretta, e che non ogni criterio che produca un particolare svantaggio per un disabile costituisce discriminazione indiretta, si tratta semplicemente di collocare nella corretta prospettiva le parti di disciplina della direttiva esplicitamente riferite ai lavoratori disabili.

L'art. 5 della direttiva prevede l'obbligo di “adottare provvedimenti appropriati in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perchè possano ricevere una formazione”. Fermo restando che, come si vedrà più avanti, tale obbligo è prescritto nei limiti della ragionevolezza, occorre stabilire se una disparità di trattamento derivante dal mancato rispetto di questo obbligo, determini una discriminazione diretta o indiretta. La risposta è agevole: ove il datore di lavoro non adotti i provvedimenti di cui all'art. 5 della direttiva pone in essere una discriminazione diretta in quanto basata sulla disabilità (Barbera M. 2007b, 103). Ove la disparità di trattamento sia posta in essere in relazione alle caratteristiche del soggetto, in altri

termini, la discriminazione diretta non sussisterà solo ove possa dimostrarsi l'impossibilità o l'irragionevolezza delle misure adeguate di cui all'art. 5 della direttiva.

Quanto alla discriminazione indiretta, una volta individuata “una disposizione un criterio o una prassi apparentemente neutri” sussistono due possibili cause di giustificazione. La prima è di carattere generale, valida per tutte le ipotesi di discriminazione, e cioè che la finalità della disposizione sia legittima e che i mezzi risultino appropriati e necessari. La seconda è specificamente stabilita in relazione alla disabilità e riguarda il caso in cui il datore di lavoro sia obbligato dalla legislazione nazionale “ad adottare misure adeguate, con riferimento ai principi di cui all'art. 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi”. L'adempimento di quanto prescritto dall'art. 5 della direttiva, pertanto, può assumere rilievo sia in relazione alla discriminazione diretta che a quella indiretta, ma ciò non determina confusioni. Nel caso della discriminazione indiretta il problema interpretativo consiste, piuttosto, nella relazione tra le due ipotesi di giustificazione, quella generale e quella specifica. Si è sostenuto, al proposito, che una volta che il datore di lavoro “abbia provato che il trattamento produttivo di particolari svantaggi per il disabile sia giustificato da finalità legittime e che i mezzi siano appropriati e necessari, egli sarà *tenuto* anche a basare la sua difesa sull'esimente specifica” (Barbera M. 2007b p. 105).

La lettera della legge, tuttavia, non consente una lettura cumulativa, tale da richiedere, per poter considerare giustificata la disposizione, criterio o prassi, la sussistenza di entrambe le cause di giustificazione. Le due ipotesi, quella generale e quella specifica, sono infatti collegate dalla formula disgiuntiva: “o che”. Ciò significa che ove il datore di lavoro abbia adottato le specifiche misure stabilite dalla legislazione nazionale, non sarà tenuto a dimostrare la sussistenza di una finalità legittima e della appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati. Ma ciò significa anche che il datore di lavoro non potrà avvalersi della facoltà di dimostrare la finalità legittima e l'appropriatezza dei mezzi ove non abbia adempiuto a quanto stabilito dalla legislazione nazionale. Tale interpretazione, conduce inevitabilmente a svuotare di significato, nel caso della discriminazione per disabilità, il criterio di giustificazione di carattere generale, ma è l'unica interpretazione consentita dalla formulazione della direttiva: il datore di lavoro adempiente non è tenuto all'ulteriore dimostrazione della sussistenza della causa di giustificazione generale: il datore di lavoro inadempiente non può avvalersi della causa di giustificazione generale.

Tutto ciò, peraltro, possiede una sua logica, che è quella di ancorare le cause di giustificazione alle fattispecie stabilite dalla disciplina nazionale che siano conformi con le previsioni contenute nell'art. 5 della direttiva. In caso contrario, cioè laddove gli Stati non

abbiano emanato una disciplina specifica coerente, dovrà applicarsi, quale unica causa di giustificazione, quella di carattere generale contenuta nell'art. 2, comma 2, lettera b) punto i. Tale disposizione, tuttavia, andrà comunque interpretata alla luce dell'obbligo generale di predisporre misure adeguate nei limiti della ragionevolezza.

In definitiva, se si considera, per un verso, il ritardo da parte degli Stati nel dare applicazione specifica all'art. 5 della direttiva e, per altro verso, la difficoltà di una disciplina puntuale in materia, si deve concludere che la principale causa di possibile giustificazione rimane, per il momento, quella di carattere generale. Del resto, è nello spirito della nuova disciplina antidiscriminatoria, quello di governare situazioni aperte e variabili nel tempo.

8 LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE E LE DEROGHE.

Sia la disparità di trattamento che i particolari svantaggi derivanti dall'adozione di provvedimenti apparentemente neutri, come si è visto, se adeguatamente giustificati, potrebbero non configurare un'ipotesi di discriminazione diretta o indiretta. Per quanto riguarda la discriminazione indiretta, la giustificazione attinge alla disposizione o criterio impiegato dal datore di lavoro, sotto il profilo della sua necessità ed adeguatezza. Per quanto riguarda la discriminazione diretta, diversamente, la direttiva non fa riferimento ad alcuna causa di giustificazione. Ciò significa che la discriminazione diretta non può essere giustificata in nessun caso e, pertanto, in caso di trattamento meno favorevole fondato sulla disabilità, sarebbe improprio parlare di cause di giustificazione. Tuttavia, occorre considerare che l'art. 5 della direttiva prescrive l'obbligo di adottare provvedimenti appropriati volti a consentire ai disabili di accedere e conservare la propria occupazione. La tipologia di tali comportamenti è succintamente indicata, in termini esemplificativi, dal considerando n. 20: "ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento". Per altro verso, al considerando n. 17, si ribadisce che la direttiva non prescrive alcun obbligo di assumere o mantenere in servizio un soggetto non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione. Il nodo interpretativo consiste nel fatto che le competenze e le capacità del disabile vengono prese in considerazione non sulla base della sua idoneità soggettiva, cioè delle sue caratteristiche psicofisiche, bensì della sua idoneità una volta che egli sia stato dotato dei "provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete" (*Dir.* 2000/78, art. 5). Questa concezione, non è affatto nuova. Già si è detto che la capacità lavorativa va

considerata tenendo conto dei correttivi materiali e immateriali di cui il soggetto disabile possa disporre (Loy G., 1993, 50 ss.). La novità consiste nel fatto che, ai sensi della direttiva, è compito del datore di lavoro predisporre misure adeguate a consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa. Egli sarà tenuto ad adottare le misure necessarie, materiali ed immateriali, necessarie a consentire che il lavoratore disabile possa prestare la propria attività. E' in questa fase che entra in gioco la causa di giustificazione: l'obbligo del datore di lavoro di adottare tali provvedimenti non è illimitato ma incontra il limite della ragionevolezza. La causa di giustificazione, in altri termini è relativa alla mancata adozione di provvedimenti adeguati, e non alla discriminazione. Ma è evidente che se il datore di lavoro non è tenuto ad adottare misure volte a consentire il superamento dell'handicap, in quanto superano il limite della ragionevolezza, il diverso trattamento del disabile in quanto non capace della prestazione, non costituisce discriminazione.

Oltre alle cause di giustificazione, sostanzialmente quelle contemplate all'art. 2, lettera *b*, sub *i*, la direttiva stabilisce una serie di altre eccezioni al divieto di discriminazione che prossimo considerare delle vere e proprie deroghe al divieto.

Tali deroghe sono contenute agli art. 3, IV co. e 4, I co. La prima consente agli Stati di non applicare la direttiva, per quanto riguarda le discriminazioni relative all'*handicap* (oltreché all'età) alle forze armate. La seconda consente agli Stati di stabilire che le differenze di trattamento basate su di uno dei possibili fattori di discriminazione (che contemplano anche l'*handicap*) non costituiscano discriminazione “ laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, perché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”. Vi è da segnalare, peraltro, che il considerando n. 18 stabilisce che la direttiva “non può avere l'effetto di costringere le forze armate, nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obbiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi”.

Fatta salva quest'ultima disposizione, che sembra avere efficacia diretta, le altre deroghe possono essere fatte valere solo ove gli Stati espressamente dichiarino di volersene avvalere e, in ogni caso, quanto all'art. 4, relativamente ad ipotesi caratterizzate da una finalità legittima ed in relazione ad un requisito proporzionato.

L'effetto è stato quello di consentire una tipologia di recepimento della direttiva assai variabile tra sistemi che hanno disciplinato minuziosamente le deroghe (come il Regno Unito), altre che si sono limitate a ripetere il principio generale che consente la deroga (come la Spagna) di modo che, a mio avviso, non ne hanno riprodotta alcuna all'interno dell'ordinamento. Quanto all'Italia, infine, la direttiva è stata recepita estendendo le deroghe al di là di quanto consentito dalla norma comunitaria (Barbera M, 2007b, 121), così da operare una sorta di "sovrainterpretazione" della direttiva stessa (De Simone G., 2005, 145) ed introducendo la specifica previsione di cause di idoneità ad uno specifico lavoro che non pare coerente con la direttiva (Chieco P., 2006, 582).

9 IL DIVERSO TRATTAMENTO RISERVATO AI DISABILI NON COSTITUISCE DISCRIMINAZIONE POSITIVA MA È ESPRESSIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA.

Il fatto che il lavoratore disabile, soprattutto per effetto di quanto stabilito dall'art. 5 della direttiva, possa aver diritto ad un trattamento differenziato, che non necessariamente significa più favorevole, non costituisce, tuttavia, una espressione di discriminazione positiva bensì una affermazione del principio di uguaglianza. Principio che ben sopporta, ed anzi postula, che situazioni differenti vengano trattate in modo differente, proprio perchè l'uguaglianza sia effettiva. Nell'ambito di cui ci occupiamo, peraltro, non sussiste (benché nel caso concreto sarebbe legittima) alcuna violazione neppure del principio formale di uguaglianza, posto che tutti i lavoratori, laddove si trovassero nelle condizioni del lavoratore disabile, verrebbero trattati nello stesso modo, cioè avrebbero diritto ad un ragionevole adattamento delle proprie condizioni di lavoro. Non può neppure sfuggire il fatto che il diritto fondamentale cui fa riferimento la normativa che commentiamo non è il diritto all'uguaglianza, bensì il diritto al lavoro, e che l'obbiettivo è quello di far sì che tutte le persone, indipendentemente dalle proprie condizioni personali, possano ugualmente fruire di tale diritto. Ciò postula l'adozione di differenti strumenti a seconda delle condizioni di partenza di ciascuno. Compito della disciplina che si propone di dare attuazione al principio fondamentale è quello di neutralizzare l'*handicap*, posto che, in mancanza di tale neutralizzazione, verrebbero a mancare proprio le condizioni di uguaglianza tra le diverse persone ugualmente destinatarie del diritto nonostante le differenti condizioni di partenza. E se l'*handicap*, come è evidente, può essere neutralizzato solo mediante l'adozione di trattamenti differenti, tali trattamenti si configurano come espressione di uguaglianza sostanziale

che, allo stesso tempo, non confligge neppure con una pretesa parità “formale” la cui rilevanza, peraltro, è stata spesso sopravvalutata.

Sotto questa prospettiva, in definitiva, non si ha alcuna concessione o favore nei confronti dei lavoratori disabili, non rimane alcuno spazio per concezioni di tipo assistenzialistico o meglio, la funzione assistenziale, ispirata anch’essa ad un principio cardine delle moderne legislazioni, entra in azione solo laddove l’adozione di misure che consentano l’affermazione del diritto al lavoro in termini di parità (sostanziale e formale) superi i limiti della ragionevolezza. In tal senso, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori¹², quando sancisce che “ogni persona `handicappata, a prescindere dall’origine e dalla natura dell’*handicap*, deve poter beneficiare di concrete misure aggiuntive intese a favorire l’inserimento sociale e professionale” (punto 26) si riferisce in generale sia alle misure “restitutive” dell’uguaglianza di condizioni che alle politiche di assistenza.

10 RIMANE DA CAPIRE QUANDO SI POSSA RITENERE CHE LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE SIANO RAGIONEVOLI.

Su tutto ciò, come si è anticipato, incombe il principio della ragionevolezza, inteso quale limite delle misure che possono essere imposte agli Stati ed ai privati per compensare le disabilità.

Analogamente a quanto avvenuto in relazione ad altri indici che consentono un apprezzamento discrezionale, sarà soprattutto compito della giurisprudenza quello di fissare dei criteri tali da portare ad una applicazione il più possibile omogenea del principio. La direttiva, tuttavia, fornisce alcune indicazioni di carattere generale lasciando agli Stati il compito di definire in materia più articolata la materia. Il legislatore comunitario fa essenzialmente riferimento al criterio della ragionevolezza: “per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili sono previste soluzioni ragionevoli”, e ribadisce, in particolare, il principio della proporzionalità dell’onere finanziario richiesto.

Il criterio della ragionevolezza contiene al suo interno due indici di valutazione: il primo fa riferimento agli strumenti, che son da valutare secondo l’adeguatezza delle misure rispetto alla finalità perseguita; il secondo consiste in un limite intrinseco, da misurare in relazione agli effetti ulteriori delle misure adottate.

¹² Adottata nel corso della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo il 9 dicembre 1989, cui fa riferimento l’art. 136, n. 1, CE.

I provvedimenti, in altri termini, sono ragionevoli se sono adeguati, cioè tali da consentire alle persone con disabilità di neutralizzare l'*handicap* o di ridurlo in misura tale da consentire l'esercizio dei propri diritti. Ma, allo stesso tempo, gli effetti prodotti dall'adozione di tali misure dovranno risultare compatibili con le condizioni di esercizio dell'attività lavorativa.

Tale previsione, tuttavia, non è di carattere assoluto, non comprende qualunque adattamento materiale ed organizzativo tecnicamente fattibile ma solo quelli che non comportino per il datore di lavoro, sia in termini di organizzazione del lavoro che di eventuali adattamenti materiali, un "costo" sproporzionato rispetto alla finalità da raggiungere. Per "costo" non si intende solo l'onere finanziario ma anche qualsiasi altro disagio di tipo organizzativo che possa derivare dall'adozione di tali misure.

L'avvocato generale della causa Chacón Navas indica tra i possibili esempi relativi al concetto di ragionevolezza, quello della "possibilità per i disabili considerati, di accedere ad altre professioni o attività nelle quali il loro handicap non costituisca ostacolo oppure costituisca un ostacolo notevolmente più contenuto"¹³. L'accettazione di tale criterio comporta, tra l'altro, che l'indice di valutazione della ragionevolezza non si esaurisca all'interno del posto di lavoro considerato e che debba tener conto del fatto che la persona considerata possa più facilmente, o addirittura senza alcun *handicap*, svolgere un'altra attività lavorativa. Il disagio o l'onere economico cui il datore di lavoro non può sottrarsi, in altri termini, sarà variabile in relazione alle caratteristiche della persona disabile. Sarebbe ragionevole, in definitiva, imporre al datore di lavoro un costo anche elevato ove si trovi in presenza di una persona non facilmente occupabile in altra attività ma, allo stesso tempo, sarebbe irragionevole imporgli un costo analogo ove la persona possa essere facilmente occupata in altre attività ad essa più confacenti in relazione al tipo di disabilità posseduta.

Tale ragionamento, tuttavia, a meno che non sia condotto con un criterio rigoroso, può implicare il sacrificio del diritto alla libera scelta dell'attività lavorativa e della protezione della professionalità della persona disabile. Tale eventualità, in definitiva, dovrà essere valutata sotto il profilo della ragionevolezza (tenuto conto anche degli'interessi in gioco della persona disabile) e non, come sembra fare l'Avvocato generale, essere utilizzata come attenuazione del principio della ragionevolezza.

Il principio della ragionevolezza, peraltro, contiene in sé, ed anzi ne costituisce elemento essenziale, anche il criterio della sostenibilità economica delle misure di adeguamento delle

¹³ Conclusioni dell'Avvocato generale L. A. Geelhoed, presentate il 16 marzo 2006 nella Causa Chacón Navas.

strutture organizzative e materiali. Affermare tale principio, infatti, esclude implicitamente che possa farsi riferimento ad un criterio di fattibilità tecnologica quale quello contenuto nell'art. 2087 del codice civile italiano (che, beninteso, non significa inapplicabilità della norma in relazione ai lavoratori disabili) e suppone l'essenzialità, oltretutto di altri fattori di comparazione, anche di quello del costo economico.

Il riferimento contenuto nella seconda parte dell'art. 5 della direttiva, ove si prevede che tali provvedimenti non “richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato” non fa altro che ribadire, esplicitamente, quanto già contenuto nella previsione generale. Costituisce, se si vuole, una sorta di norma di chiusura che pone un limite di carattere generale, in questo caso solo sotto il profilo dell'onere finanziario, all'obbligo contenuto nella disposizione. Una analoga previsione, contenuta nella Convenzione ONU del 2006, dimostra come si vada omogeneizzando il criterio a livello di normativa internazionale. L'*accomodamento ragionevole*, secondo tale documento “indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e fondamentali” (Conv. ONU 2006, art. 2). La formulazione della disposizione è parzialmente differente, e peraltro destinata ad un differente ambito di applicazione, ma il senso è sostanzialmente analogo. Nella formulazione della Convenzione ONU, con la locuzione “carico sproporzionato o eccessivo”, si intendono sia i costi immateriali che gli oneri finanziari. Sostanzialmente si evita di ribadire, nello specifico, il riferimento alla proporzionalità degli oneri economici.

Perché una soluzione sia ragionevole sotto il profilo degli oneri finanziari, in definitiva, dovrà essere garantita la proporzionalità. Ma la proporzionalità, a sua volta, potrà non essere valutata sotto il profilo della ragionevolezza? Se la disposizione si chiudesse con l'esimente costituita dall'onere finanziario sproporzionato potremmo ritenere di trovarci di fronte ad un circolo vizioso o alla ripetizione, in altri termini, di un medesimo concetto. La norma, tuttavia, contiene una rilevante novità che consente di ancorare ad un riferimento obiettivo (almeno in parte) il criterio della proporzionalità: “non è sproporzionato allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”.

Ciò comporta due importanti conseguenze. La prima fa sì che l'esimente dell'onere finanziario sproporzionato non possa essere fatto valere ove il relativo onere sia assunto dallo Stato. In riferimento all'ordinamento italiano, per fare un esempio, ciò comporta una automatica

trasformazione delle politiche di incentivazione all'adattamento del posto di lavoro in obbligo. Il datore di lavoro, in altri termini, non è più libero di decidere se avvalersi o meno degli incentivi economici stabiliti dall'art. 18 della legge 12 marzo 1999, n. 68 per l'adattamento del posto di lavoro ma, di fronte al caso concreto, sarebbe tenuto a ricorrere a tale incentivo, se previsto, per non essere ritenuto inadempiente all'obbligo generale contenuto nell'art. 5 della direttiva. Ciascuno Stato, ed è questa la seconda conseguenza, finisce per stabilire, indirettamente, mediante la determinazione dei costi che ritiene sostenibili, il limite della proporzionalità. Ciò, a sua volta, non potrà che costituire una variabile delle risorse messe in campo. Maggiori risorse da parte degli Stati determineranno una elevazione dell'indice di proporzionalità e viceversa. Ciò, infine, è destinato a determinare forti disparità nell'attuazione della direttiva da parte degli Stati allontanando il raggiungimento di un criterio omogeneo nello spazio comune europeo: né un'unica nozione di disabilità né un livello comparabile delle misure la cui adozione sia obbligatoriamente richiesta a tutti i datori di lavoro.

11 INTERPRETAZIONI ED OMISSIONI DEL LEGISLATORE ITALIANO.

Lo Stato italiano, proprio in relazione a quanto disposto dall'art. 5 della direttiva, che costituisce uno degli snodi fondamentali del nuovo diritto antidiscriminatorio a favore dei disabili, ha già fatto la sua parte, omettendo di recepirne il contenuto. Ciò non certo per una dimenticanza ma ponendo in essere una “colpevole manomissione della nozione comunitaria di discriminazione” (Barbera M. 2007b, 81). Il mancato recepimento di questa parte della direttiva, peraltro, non pare mettere in discussione l'obbligo, da parte dei giudici nazionali, di interpretare il diritto interno in conformità con il diritto comunitario. Nel caso della sopravvenuta riduzione della capacità lavorativa, ad esempio, non sarebbe più conforme al diritto europeo la giurisprudenza che consente il licenziamento sulla base della mera inidoneità allo svolgimento delle mansioni di competenza senza che il datore di lavoro sia tenuto ad adottare una soluzione che, nell'ambito della ragionevolezza, consenta il mantenimento del posto di lavoro. Non si tratta, peraltro, di una vera e propria novità, quanto del perfezionamento di una linea interpretativa che, considerando il licenziamento quale “ultima ratio” richiede la dimostrazione della sua inevitabilità. Rispetto a ciò, in materia di capacità fisica, la direttiva ha il pregio di formalizzare l'obbligo di esperire ogni tentativo di conservazione del posto di lavoro e di offrire un criterio volto a stabilire sino a quale limite il datore di lavoro sia tenuto ad adottare soluzioni alternative al licenziamento.

12 MA LE AZIONI VOLTE A GARANTIRE L'UGUAGLIANZA DEI LAVORATORI DISABILI NON SI LIMITANO ALLA DISCIPLINA ANTIDISCRIMINATORIA.

La disciplina antidiscriminatoria stabilita dalla direttiva CE 2000/78 costituisce un punto di riferimento imprescindibile per la realizzazione del diritto all'uguaglianza proclamato dalle principali Dichiarazioni e Patti internazionali. Essa, tuttavia, non esaurisce il ventaglio degli strumenti adottati dalle principali organizzazioni internazionali per rendere effettivo tale diritto. Il più recente e significativo intervento è contenuto nella Convenzione ONU sui diritti delle Persone con Disabilità del 2006, cui si è già fatto cenno, che si propone di “promuovere, proteggere ed assicurare il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità e promuovere il rispetto per la loro inerente dignità”. Al concetto di uguaglianza indicato dalla Convenzione, peraltro, si giunge mediante un articolato percorso che include tra i principi generali “il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa” (Art. 3). Gli altri principi generali della Convenzione (rispetto per la dignità della persona, non discriminazione, piena ed effettiva partecipazione, parità di opportunità, accessibilità) vanno pertanto interpretati alla luce di questa chiave di lettura che accoglie il nuovo concetto di disabilità accolto dall'OMS secondo il quale, come ribadito dalla lettera e) del preambolo, “la disabilità è un concetto in evoluzione e il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri”. La Convenzione, a differenza della direttiva europea, ha una estensione generale, posto che riguarda “tutti i diritti umani e le libertà fondamentali” (Art. 4) senza alcuna esclusione. Essa è rivolta, essenzialmente agli Stati che, con la firma della Convenzione assumono l'obbligo generale di assicurare e promuovere il rispetto di tali diritti mediante una serie di azioni indicate nel dettaglio dalla Convenzione che, in ogni caso, stabiliscono prescrizioni di tipo aperto: “adottare tutte le misure appropriate legislative, amministrative e altre misure per realizzare i diritti riconosciuti dalla Convenzione”.

La Convenzione, peraltro, comprende un “Protocollo Opzionale” che prevede un meccanismo di controllo del rispetto della Convenzione da parte di un “Comitato per i diritti delle Persone con Disabilità”. Il procedimento può essere avviato mediante comunicazioni inoltrate da individui o gruppi di soggetti che ne facciano istanza in quanto vittime di violazioni delle disposizioni della Convenzione da parte di uno Stato. La procedura prevede la possibilità

che, al termine di un'inchiesta, uno Stato possa essere censurato per violazioni gravi o sistematiche dei diritti stabiliti dalla Convenzione. La possibilità di un controllo da parte di un Comitato esterno ha provocato non poche resistenze alla ratifica della Convenzione, anche da parte di Stati appartenenti all'Unione Europea. Il processo di ratifica, in ogni caso, si è avviato regolarmente anche se non un parte degli Stati che hanno ratificato la Convenzione non ha ratificato anche il Protocollo Opzionale.

La Convenzione ONU, pur costituendo una tappa di fondamentale importanza, non comporta un cambiamento radicale rispetto al passato. La rottura, infatti, è avvenuta con il Programma di Azione Mondiale per le Persone con Disabilità del 1982¹⁴ che, superando il modello paternalistico ed assistenziale delle precedenti Dichiarazioni (vedi nota n. 1), ha rappresentando un cambio di paradigma rispetto al passato. A partire da tale Programma, infatti, la disabilità' non e' più considerata come un deviazione individuale e negativa rispetto al parametro della normalità e la Convenzione del 2006, in linea di continuità con i documenti successivi al 1982¹⁵ utilizzando il concetto di "persona con disabilità", mantiene "un certo compromesso tra il modello medico – si parla di "deficienze" – ed il modello sociale – si parla di barriere che impediscono la partecipazione effettiva in ambito sociale" (Courtis, C, 2007, 71). La Convenzione, di conseguenza pone come obiettivo l'accesso alle manifestazioni della vita sociale, dal lavoro alla politica, al tempo libero, postulando l'abbattimento delle barriere e sollecitando l'adozione di nuove tecnologie nel campo dell'inserimento.

La Convenzione del 2006, tuttavia, perfeziona il linguaggio e precisa meglio nuovi ambiti di intervento tanto da poter essere considerata come una importante evoluzione del modello inaugurato con il Piano di Azione del 1982.

Tra gli esempi di tale evoluzione possono segnalarsi l'enfasi che viene posta sul valore della autonomia e vita indipendente delle persone con disabilità, il riferimento alla particolare condizione delle persone che sono doppiamente discriminate per il fatto di appartenere, per un verso, alla "categoria" dei disabili e contemporaneamente ad altre categorie svantaggiate ed il particolare regime di protezione necessario per le persone particolarmente vulnerabili per il fatto di trovarsi in condizioni di esclusione sociale, di povertà, etc. (*Conv. ONU 2006, Preambolo, sub j, p, q, t x, art. 16*).

¹⁴ Approvato con la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 3 dicembre 1982.

¹⁵ "Direttive di Tallin per lo sviluppo delle risorse umane dei disabili", approvate con la Risoluzione 44/70 dell'Assemblea generale il 15 marzo 1990; i "Principi per la protezione dei malati mentali e per il miglioramento della salute mentale", approvati con la Risoluzione 46/119 dell'Assemblea generale del 17 dicembre 1991; le "Norme uniformi per la pari opportunità delle Persone con disabilità", approvate con la Risoluzione 48/90 dell'Assemblea generale il 20 dicembre 1993.

Fondamentale, infine, il fatto di riconoscere “come valore la diversità apportata dalle persone disabili alla società” (Courtis, C, 2007, 71) Il processo che conduce all’uguaglianza, in altri termini, non va più ricercato nel microcosmo, individuale o collettivo, delle persone disabili, pur con la nobile finalità di aiutarle a superare l’*handicap*, ma coinvolge tutta la società che, prima di tutto, accetta e rispetta la diversità come parte di se stessa e, di conseguenza, è disposta a modificarsi essa stessa al fine di consentire che i portatori di differenze possano partecipare in condizioni di sostanziale uguaglianza. Allo stesso tempo, e di conseguenza, il tema dell’accessibilità assume rilevanza centrale sia in termini materiali, per l’entità dell’impegno richiesto agli Stati dell’abbattimento delle barriere (*Conv. ONU 2006*, art. 9), sia in termini immateriali (*Conv. ONU 2006*, art. 8), posto che gli Stati assumono anche l’obbligo di sradicare “i pregiudizi e gli stereotipi esistenti che sostengono e riproducono la discriminazione” (Courtis, C, 2006, 81). Le barriere “sono create, costituite, tollerate, accettate e perpetuate dalla stessa società” (Brognia P. 2007, 89), posto che già a partire dalla progettazione degli spazi, l’architetto ha in mente una comunità di riferimento, composta da persone, che assume quale condizione di normalità. Si può concludere ricordando che la disabilità può essere riferita agli impedimenti (soggettivi) della persona, agli ostacoli materiali che il disabile incontra nella vita di relazione, ma esiste anche un ulteriore livello di disabilità, che è “strutturale, la sua origine sta nella nostra struttura sociale, nelle nostre rappresentazioni, nei nostri valori, nella nostra idiosincrasia, nelle nostre norme nella nostra cultura, nei nostri schemi cognitivi. Con le parole di Bourdieu: nel nostro *habitus*, che è il principio non scelto di tutte le nostre scelte, nelle strutture sociali interne che ci inducono a pensare così come pensiamo” (Brognia P. 2007, 89)

13 NOTE

Brognia P. (2007), Posición de discapacidad: los aportes de la Convención, in ONU, Secretaría de Relaciones exteriores, Mexico - Comisión Europea, Los derechos de las personas discapacitadas, Mexico.

Chieco P. (2006), Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione, in Rivista Giuridica del Lavoro, n. 3.

Courtis C. (2007), La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ante un nuevo paradigma de protección, in Los Derechos de las Personas Discapacitadas, cit.,

De Simone G. (2005), I requisiti occupazionali, in Fabeni S., Toniollo M.G. (a cura di), La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, Ediesse, Roma.

Loy G. (1993), Capacità fisica e rapporto di lavoro, Angeli, Milano.

Barbera M. (2007a), Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale, (a cura di M. Barbera) Giuffrè, Milano.

Barbera M. (2007b), Le discriminazioni basate sulla disabilità, in Il nuovo diritto antidiscriminatorio (a cura di M. Barbera), Giuffrè. Milano.

R. Tarditi (2007), L'olocausto delle diversità, un passato poco conosciuto, in La rivista psichiatrica/informazione, 1/2007, numero 32.

A ULTRATIVIDADE DOS CONTRATOS COLETIVOS DE TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA: constitucionalidade e convencionalidade do artigo 614, § 3º, da CLT

THE ULTRA-ACTIVITY OF COLLECTIVE LABOR AGREEMENT AND THE LABOR REFORM: constitutionality and conventionality of Article 614, § 3, of the CLT (Consolidation of Labor Law - Brazilian Decree Law)

José Claudio Monteiro de Brito Filho¹
Vanessa Rocha Ferreira²

RESUMO: Estudo que pretende discutir a ultratividade dos contratos coletivos de trabalho, agora expressamente proibida pela legislação trabalhista brasileira, após a reforma promovida em 2017. O problema de pesquisa relaciona-se à constitucionalidade e à convencionalidade da referida disposição normativa. É uma pesquisa teórico-normativa, tendo como base a doutrina existente a respeito da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos coletivos de trabalho. Ultratividade. Constitucionalidade e convencionalidade. Reforma trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Reforma trabalhista; 3 A proibição do efeito ultratemporal dos contratos coletivos de trabalho. 3.1 Eficácia e efeitos dos contratos coletivos de trabalho: noções básicas; 3.2 Ultratividade; 4. Constitucionalidade e convencionalidade da atual redação do artigo 6514, § 3º, da CLT; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: A study that intends to discuss the ultra-activity of collective labor agreement, currently expressly prohibited by Brazilian labor legislation, after the reform promoted in 2017. The research problem is related to the constitutionality and the conventionality of the aforesaid legal provision. It is a theoretical-normative research, based on the existing doctrine regarding the matter.

KEYWORDS: Collective labor agreement. Ultra-activity. Constitutionality and Conventionality. Labor reform.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Labor reform; 3 The prohibition of the ultratemporal effect of collective labor agreements. 3.1 Effectiveness and effects of collective labor agreements: basics; 3.2 Ultrativity; 4. Constitutionality and conventionality of the current wording of article 6514, § 3, of the CLT; 5. Conclusion; 6. References.

1 INTRODUÇÃO

Artigo recebido em 07/02/2018.

Artigo aprovado em 13/06/2018.

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor do PPGD e do Curso de Graduação em Direito do CESUPA. Professor do PPGD-UFPA. Titular da Cadeira nº 26 da ABDT.

² Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/ES. Professora da Universidade da Amazônia (UNAMA/PA) e da Faculdade Integrada Brasil-Amazônia (FIBRA/PA). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará.

RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p 42-57, jan-abr/2018



Uma das alterações da reforma trabalhista produzida pela aprovação da Lei nº 13.467/2017 foi a proibição expressa da ultratividade, que é, singelamente, a manutenção dos efeitos das cláusulas normativas presentes em convenções e acordos coletivos nos contratos individuais de trabalho, no caso de convenções e acordos coletivos que tiverem a sua vigência expirada e não forem substituídos por outro.

Podemos dizer, a esse respeito, que a proibição é mais um capítulo de uma série de fatos e atos a respeito da existência da ultratividade no Direito brasileiro, como veremos mais adiante, sem se poder dizer que ela será definitiva, tal o grau de litigiosidade existente a respeito da temática, na doutrina e na jurisprudência, no Brasil.

É que esse tema é sempre visto sob os mais diversos ângulos, até no direito estrangeiro, como também veremos, e está longe de haver uma posição mais uniforme a respeito.

A tarefa que nos propomos nesse breve estudo é discutir a ultratividade sob o prisma da constitucionalidade e da convencionalidade da disposição que, agora, proíbe o efeito ultratemporal dos contratos coletivos de trabalho, sendo este o nosso problema de pesquisa, sob o prisma da questão que motiva o estudo, e nosso objetivo geral, agora sob o ângulo da meta a ser alcançada.

O estudo é de cunho teórico-normativo, importando na análise teórica de disposições normativas, especialmente o que consta da parte final do artigo 614, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Para tal, iniciaremos fazendo breves considerações a respeito da Lei nº 13.467/2017, conhecida como a reforma trabalhista, passando, depois, para uma análise a respeito da eficácia e dos efeitos dos contratos coletivos de trabalho, com destaque para a ultratividade. Feita essa análise, discutiremos, finalmente, essa questão sob a ótica da constitucionalidade e da convencionalidade da disposição da CLT que agora proíbe o efeito ultratemporal dos contratos coletivos de trabalho, finalizando com breves considerações finais sobre o assunto.

2 A REFORMA TRABALHISTA

O que agora ficou alcunhada como “reforma trabalhista” iniciou como uma proposta modesta de alteração de poucos artigos, e que foi significativamente ampliada na Câmara dos

Deputados. Essa proposta ampla foi, depois, aprovada no Senado em uma conturbada sessão, e se transformou na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, depois que o resultado das votações, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 38 foi sancionado, sem vetos, pelo Presidente da República. Citada lei entrou em vigor 120 dias após sua publicação.

É importante registrarmos que, diferentemente do que essa denominação possa aparentar, a lei aprovada não tratou somente de alterações de normas que dispõem sobre as relações individuais de trabalho. Foi muito mais do que isso. A Lei nº 13.467/2017 representou uma reforma ampla da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e, por conseguinte, houve alterações, também, de normas de Direito Sindical e de Direito Processual do Trabalho.

Fazendo uma análise das alterações levadas a efeito, principalmente, mas não somente, na CLT, podemos perceber que ela foi, claramente, uma reforma conservadora, em boa medida prejudicial aos interesses dos trabalhadores e, talvez por isso, além de privilegiar os interesses dos empregadores, deixou de lado questões que já deveriam ter sido objeto de alteração legislativa há tempos.

A reforma, cabe registrar, durante sua tramitação, especialmente no Senado, sofreu duras contestações, tendo o poder Executivo, durante a tramitação na Casa Revisora, comprometido-se a, em nova alteração da CLT, modificar algumas normas tidas como inadequadas³. E isso ocorreu, por meio da MP nº 808/2017, embora sem afetar o nosso objeto de estudo, que é a ultratividade, ou mudar a feição conservadora já registrada.

A reforma trabalhista, por esse viés conservador, tem sido duramente atacada por diversos doutrinadores, como, por exemplo, por Valdete Souto Severo que é totalmente contra, chegando a afirmar que

[...] é indispensável seguir a luta para que a Lei n. 13.467/2017 seja completamente rejeitada, expulsa — formal e materialmente — do ambiente jurídico do Direito do Trabalho, como uma célula cancerígena que se não for neutralizada a extirpado o quanto antes, poderá provocar a morte do corpo que habita⁴.

³ Ver, por exemplo, em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/11/por-acordo-com-senadores-reforma-trabalhista-deve-ser-alterada-no-planalto>>. Acesso em 25 de janeiro de 2018.

⁴ SEVERO, Valdete Souto. O ideal de construção de um ambiente de trabalho saudável e os desafios da Lei n. 13.467/17: elementos para resistência. In: MELO, Raimundo Simão de e ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária**. São Paulo: LTr, 2017. p. 444.

De outro modo, com posição não tão desfavorável, há Georgenor de Sousa Franco Filho que, ao lado de doze aspectos que afirma serem criticáveis na reforma trabalhista, indica nove que seriam, ao contrário, elogiáveis, embora registre ter sido a Lei n. 13.467/2017 uma criação “açodada demais”, sem a oitiva dos interlocutores sociais para, ao final, concluir que “[a]s dificuldades que se avizinham com a reforma das leis trabalhistas não devem ser motivo de desesperança, nem de sentirmos que está ruindo o edifício da democracia e que a classe patronal será a opressora e os trabalhadores estão retornando à senzala”⁵.

Há também quem, como um dos autores desse texto, julgue que a reforma trabalhista, embora necessária — mas, não exatamente a que ocorreu, conservadora demais, como já dito —, foi precipitada, pois deveria ter sido antecedida da reforma sindical, que daria mais liberdade de organização aos trabalhadores, principalmente e, por isso, melhores condições de lutarem por alterações que também lhes favorecessem⁶.

A precipitação, ressaltamos, não inquina, necessariamente, de nula, inconstitucional ou não convencional a reforma, sendo certo que, ainda que no bojo de alterações majoritariamente desfavoráveis aos trabalhadores, há modificações que podem ser benéficas para estes, e, talvez e ao mesmo tempo, aos empregadores.

É o que veremos, no item a seguir, a respeito da proibição da ultratividade.

3 A PROIBIÇÃO DO EFEITO ULTRATEMPORAL DOS CONTRATOS COLETIVOS DE TRABALHO

Neste item, antes de adentrarmos na temática da ultratividade, vamos, primeiro, discutir, de forma ampla, a questão da eficácia e dos efeitos dos contratos coletivos de trabalho, pois o efeito ultratemporal deve ser visto nesse contexto.

Gostaríamos também de, desde logo fixar uma ideia: quando nos referimos a contratos coletivos de trabalho estamos dando a essa expressão a noção de gênero, e que inclui as duas espécies que podem ser utilizadas no Direito Sindical, no Brasil, a convenção coletiva de

⁵ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Reforma trabalhista: o futuro do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. In: MARANHÃO, Ney e TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Coord.). **O mundo do trabalho no contexto das reformas**: análise crítica: homenagem aos 40 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2017. p. 15.

⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Reformas trabalhista e previdenciária: entre o sim e o não. In: MARANHÃO, Ney e TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Coord.). **O mundo do trabalho no contexto das reformas**: análise crítica: homenagem aos 40 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2017. p. 22-27.

trabalho e o acordo coletivo de trabalho. Não é uma terceira espécie de contratação coletiva, mas sim a denominação genérica das duas hipóteses expressamente previstas no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), e nos artigos 611 e seguintes da CLT.

3.1 EFICÁCIA E EFEITOS DOS CONTRATOS COLETIVOS DE TRABALHO: NOÇÕES BÁSICAS⁷

Do ponto de vista da eficácia⁸, deve ser lembrado que os contratos coletivos de trabalho no Brasil, pela representação pelo sindicato de todos os integrantes da categoria, em razão da unicidade sindical, têm eficácia *erga omnes* ou geral. Nesse caso, o alcance é maior, atingindo todos os integrantes dos grupos representados pelos contratantes, independentemente da condição de associados⁹.

Cabe observar que, tanto na eficácia geral, como no caso em que a representação é somente dos associados e a eficácia é limitada, essa eficácia, ao contrário dos contratos em geral, onde é interpartes, no contrato coletivo de trabalho tem amplitude maior, sendo considerada ultracontraentes. É que, mesmo quando ele tem eficácia limitada, produz efeitos não só para os contratantes (obrigacionais), como para os associados (normativos).

Pode-se dizer, então, que a eficácia é sempre ultracontraentes, sendo limitada quando se aplicar somente aos associados das entidades contratantes, e geral quando, por outro lado, for aplicada a todos os integrantes das categorias representadas, caso, repetimos, do Brasil.

Sobre os efeitos, Octavio Bueno Magano leciona que “A celebração da convenção coletiva gera direitos e obrigações entre as partes convenientes e regras de direito aplicáveis às pessoas por ela abrangidas. Vale dizer que a convenção coletiva gera efeitos obrigacionais e normativos”.¹⁰

⁷ Esse item é baseado, em boa parte, em livro de um dos autores do presente estudo, José Claudio Monteiro de Brito Filho, denominado **Direito sindical** (6 ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 217-229).

⁸ Carlos Moreira de Luca trata desta questão denominando esta eficácia de “eficácia subjetiva do contrato coletivo” (LUCA, Carlos Moreira de. **Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo: a convenção coletiva do trabalho no Brasil e o contrato coletivo de trabalho na Itália**. São Paulo: LTr, 1991. p. 48-58).

⁹ Esta discussão, claro, leva em consideração os efeitos normativos dos contratos coletivos de trabalho.

¹⁰ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Vol. III: Direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 1990, p. 152.

Entendemos que, aqui, a importância reside em verificar os efeitos normativos, ou seja, os efeitos que incidem sobre as pessoas abrangidas: trabalhadores e empregadores.

Ernesto Krotoschin, tratando dos efeitos normativos das convenções coletivas, afirma que é característica das normas nelas fixadas sua inderrogabilidade e sua aplicação imediata. Afirma, depois, que não existe incorporação das cláusulas normativas aos contratos individuais de trabalho, visto que, sendo a convenção lei material, aplica-se às relações entre empregado e empregador sem que seja preciso imaginar a incorporação. Por fim, leciona que as condições fixadas nos contratos coletivos visam ao interesse do grupo e à ordem pública, não o interesse individual, pelo que têm caráter imperativo e irrenunciável¹¹.

Alfredo J. Ruprecht elenca dois efeitos, a inderrogabilidade, segundo o qual as cláusulas normativas são inderrogáveis pela vontade daqueles que se encontram dentro do âmbito de aplicação pessoal do ajuste, e a obrigatoriedade, surgindo esta última de duas formas, que seriam, do ponto de vista doutrinário, as orientações principais: 1) da faculdade que teriam certos grupos de criar normas, e 2) de disposição constante do ordenamento jurídico¹²

Octavio Bueno Magano, por sua vez, diz que os efeitos são: 1) a força vinculante da convenção sobre os contratos individuais e 2) a sua executoriedade¹³.

Quanto à força vinculante, entendemos este efeito de duas formas: como a obrigatoriedade de cumprimento das cláusulas, no caso do Brasil, onde prevalece a eficácia ultracontraentes geral, por todos os integrantes das categorias representadas no ajuste, independentemente da condição de associados ou não das entidades sindicais; e como aquele que faz prevalecer as cláusulas do contrato coletivo sobre as dos contratos individuais de trabalho, durante o prazo de vigência do primeiro.

No tocante ao primeiro aspecto, salientamos, o que se deve observar é que, celebrado um contrato coletivo de trabalho, as cláusulas normativas geram efeitos imediatos em todos os contratos individuais de trabalho, de associados ou não dos contratantes, devendo ser observados todos os direitos e obrigações previstos no ajuste coletivo.

¹¹ KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo**. 4. ed. actualizada por el dr. Gustavo Raúl Meilij. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 279.

¹² RUPRECHT, Alfredo J. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995. p. 473-476.

¹³ MAGANO, Octavio Bueno. *Idem*, p.152-153.

Em relação ao segundo aspecto, deve ser observado que as cláusulas normativas prevalecerão sobre as condições contratadas individualmente. Isto, observe-se, com base na lei brasileira, em qualquer condição, ou seja, independentemente de ser mais ou menos favorável, como se verifica do art. 619 da CLT.

No tocante à executividade, deve ser dito que as cláusulas dos contratos coletivos de trabalho são exigíveis de imediato, em juízo e fora dele, não somente pelos interessados como, em se tratando de trabalhadores, pelos seus representantes diretos, os sindicatos.

3.2 ULTRATIVIDADE

Como desdobramento da análise a respeito da eficácia e dos efeitos dos contratos coletivos de trabalho, é importante tratar da ultratividade, que é o objeto central desse estudo.

Graciela Giuzio, sobre a ultratividade, afirma que ela *“tiene que ver con el problema de la sobrevivencia de algunos de sus efectos o cláusulas, con posterioridad a su caducidad o extinción”*¹⁴.

A ultratividade, então, é a sobrevivência de condições de trabalho pactuadas em instrumento normativo, após sua vigência, pela incorporação definitiva das cláusulas normativas nos contratos individuais de trabalho.

Esta definição, observe-se, aplicável ao instituto sob exame, que é o contrato coletivo de trabalho, diz respeito, apenas, à ultratividade das cláusulas normativas¹⁵.

Para Amauri Mascaro Nascimento, a ultratividade é o efeito ultratemporal dos contratos coletivos, posicionando-se o autor, em 1989, pela sua ocorrência e afirmando que:

Há uma função receptícia do contrato individual e uma função outorgante do contrato coletivo acasalando-se para a transposição do direito, que sai da esfera do acordo coletivo para penetrar no âmbito do contrato individual, como norma que, por si só, manterá, não necessitando mais do acordo coletivo para se fundamentar.¹⁶

¹⁴ GIUZIO, Graciela. Ultratividade de los convenios colectivos de trabajo. *In*: RODRIGUEZ, Américo Plá *et al.* **Veintitres estudios sobre convenios colectivos**. Montevideo: Fundación de Cultura, 1988, p. 214.

¹⁵ Segundo Graciela Giuzio, a ultratividade pode ocorrer em relação às cláusulas normativas e, no caso das cláusulas obrigacionais, apenas se a própria convenção ou a lei impuserem a obrigação patronal de negociar um novo contrato coletivo, quando de seu término. (*Ibidem*, p. 215).

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 347.

Graciela Giuzio, abordando a questão da ultratividade em seu país, o Uruguai, onde “*no existe norma legal alguna que regule*” a matéria, conclui pela continuidade da aplicação das cláusulas normativas, mesmo após a extinção do contrato coletivo, até para os trabalhadores admitidos após dita extinção, o que se explicaria pelo princípio da igualdade e pela transformação do conteúdo do contrato em usos e práticas profissionais¹⁷.

Aceitando a incorporação das cláusulas aos contratos individuais de trabalho, temos, ainda, Délio Maranhão que, fazendo um paralelo entre o regulamento de empresa ditado por ato unilateral do empregador e os instrumentos normativos, dispõe que não seria positivamente lógico que a eficácia dos últimos fosse menor do que a do primeiro, além de, mais adiante, concluir que a eficácia normativa da convenção coletiva é temporária, o que, entretanto, não justifica a conclusão de que, encerrada a sua vigência, cessam as vantagens adquiridas pelos trabalhadores¹⁸.

Em sentido contrário, o pensamento de Renato Rua de Almeida que, elencando razões como a necessidade de estabelecer modificações por motivos de ordem conjuntural ou estrutural, afirma que, em princípio, não há a incorporação definitiva das condições pactuadas em instrumento normativo nos contratos individuais de trabalho¹⁹.

O autor, entretanto, faz ressalva à vantagem individual adquirida, segundo ele, denominação utilizada pelo direito francês e consagrada naquele país pela Lei *Auroux*, de 13 de novembro de 1982 (Código do Trabalho, art. L. 132-8, alínea 6), e que se constituiria em direito previsto em cláusula que beneficiaria o trabalhador individualmente, em razão, pelo que se depreende, do implemento de uma determinada condição durante a vigência da norma. Exemplifica com a estabilidade especial do empregado que sofre acidente do trabalho com redução da capacidade laborativa²⁰.

Umberto Grillo, por sua vez, defende solução intermediária, afirmando que as cláusulas normativas são de três tipos ou natureza: 1) jurídica ou declaratória, que tratam de direito que já existe, para interpretá-lo com efeito normativo; 2) econômica, que implicam alterações de salário e 3) funcional, que são de natureza não econômica e estipulam condições de trabalho. Conclui

¹⁷ GIUZIO, Graciela. *Ibidem*, p. 216-219.

¹⁸ MARANHÃO, Délio. Dos instrumentos trabalhistas normativos e do limite de sua eficácia no tempo. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. p. 393-394.

¹⁹ ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. *In*: **Revista LTr**. São Paulo, v. 60, n. 12, p. 1603, dez. 1996.

²⁰ *Ibidem*, p. 1604.

que as primeiras não perdem eficácia pelo término da convenção coletiva; que as segundas produzem efeitos durante a vigência do instrumento normativo, efeitos estes que perduram no tempo, embora tais cláusulas, após a vigência da convenção, não produzam novos efeitos e que as últimas têm sempre vigência temporária²¹.

De nosso lado, defendemos a não incorporação aos contratos individuais de trabalho, considerando o próprio espírito da contratação coletiva, que é estabelecer, de forma temporária, condições aplicáveis aos contratos individuais de trabalho.

Neste sentido, somente pela vontade das partes que condição de trabalho pactuada em instrumento normativo poderá incorporar-se definitivamente nos contratos individuais de trabalho, não sendo efeito que subsista sem a vontade expressa dos contratantes.

No Brasil, a questão da ultratividade já sofreu várias reviravoltas nos últimos tempos.

Depois de período em que prevaleceu a ultratividade, em razão do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.542/92, que prescrevia o efeito ultratemporal, como denomina Mascaro, houve sua revogação pelo art. 18 da Medida Provisória (MP) nº 1.079, de 28 de julho de 1995, sucessivamente reeditada. Ocorre que, em 2 de julho de 1998, liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADIn nº 1.849-0-DF, suspendeu a eficácia do artigo 19 da Medida Provisória nº 1.620, de 10 de julho de 1998, que substituía o artigo 18 da MP citada no parágrafo anterior, pelo que, ao menos provisoriamente, foi consagrada, novamente, a ultratividade. O governo, todavia, não aceitou o entendimento, persistindo com seu intento de acabar com a ultratividade, o que veio a ocorrer, de modo definitivo, com a transformação da então MP nº 2.074/73 na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Referida Lei, no artigo 18, revogou o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8.542/92.

Ainda sobre a ultratividade, deve ser salientado que, ao lado da vantagem, para os trabalhadores, da incorporação das cláusulas em seu patrimônio jurídico, tem-se a desvantagem de isto, ocorrendo de forma automática, desestimular os empregadores a aceitar, com mais facilidade, conceder mais direitos aos seus empregados, pela sua perpetuação.

É evidente que podemos vislumbrar em certas cláusulas efeitos que perdurarão mesmo após a vigência dos contratos coletivos, o que de fato ocorre, como, por exemplo, nas cláusulas

²¹ GRILLO, Umberto. Eficácia no tempo das condições estipuladas nos acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas. *In*: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coord.). **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 1989. p. 402.

em que há elevação dos salários. Apenas é preciso verificar que estes efeitos perduram porque é próprio de sua natureza que assim ocorra, havendo, nestes casos, somente a impossibilidade de a cláusula gerar novos efeitos, sem a retirada ou cancelamento dos já produzidos²².

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) vinha rechaçando a ultratividade, como se verifica no processo nº TST-RR-705.035/2000.7 (Publicação no DJ de 20 de outubro de 2006)

O TST, todavia, mudou sua orientação, alterando a Súmula nº 277, que passou a ter a seguinte redação:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) Res. n. 185/2012 — DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012.
As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

A decisão de alterar a súmula, pensamos, não foi a melhor, quer porque desafiava a posição adotada pelo legislador, quer pelas razões acima apontadas, sendo fonte para o emperramento da negociação de novas condições de trabalho, pois os empregadores têm receio de estabelecer cláusulas que acresçam direitos aos trabalhadores, baseados no fato de que, depois, não poderiam tê-las suprimidas, salvo se conseguissem isto por meio de nova negociação coletiva.

De qualquer sorte, a aplicação da Súmula nº 277 ficou suspensa por decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, tomada em 14 de outubro de 2016, na Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de preceito Fundamental (ADPF) 323 Distrito Federal, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), nos seguintes termos:

Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, *ad referendum* do Pleno (art. 5º, § 1º, Lei n. 9.882, de 1999) a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas²³.

²² Se, durante vigência de convenção, por força de cláusula desta, o salário é majorado sucessivamente, até ser elevado em 100%, cessada a vigência do instrumento, não ocorrerão novas majorações, mas, por outro lado, não haverá redução ao patamar anterior às já ocorridas.

²³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente>>

Não acreditamos que tenha andado mal o Ministro Relator. É que a ultratividade, pelos argumentos por nós apresentados logo acima, além de não ter suporte legal, ainda desestimula uma negociação coletiva mais franca.

De qualquer sorte, agora a ultratividade está expressamente proibida, conforme consta da parte final do artigo 614, § 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017. Foi uma boa alteração, no sentido de eliminar um dos entraves existentes para uma negociação coletiva mais ampla e livre.

É claro que, como aduz Francisco Gérson Marques de Lima, nada impede que as partes “acertem entre si a projeção dos instrumentos coletivos para além do período de sua vigência”²⁴, mas, nesse caso temos o exercício da autonomia privada coletiva pelas partes, e não uma imposição legal generalizante e, por isso, descabida.

É preciso que verifiquemos, todavia, se a alteração do artigo 614, § 3º, da CLT é constitucional e convencional, sendo esse o nosso objetivo principal neste estudo. É o que faremos no item a seguir.

4 CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DA ATUAL REDAÇÃO DO ARTIGO 6514, § 3º, DA CLT

Começando com a primeira questão, da constitucionalidade, isso significaria que a disposição ofende norma prevista na CRFB/88 e, no segundo, que é contrária a disposição normativa prevista em instrumento normativo internacional que o Brasil ratificou, incorporando ao seu ordenamento jurídico.

A constitucionalidade, a propósito, deve ser vista sob dois aspectos, formal e material. No primeiro caso, é preciso verificar se a norma foi inserida na CLT em obediência ao processo legislativo regular, previsto nos artigos 59 a 69 da Carta Magna.

=4599102>. Acesso em: 06 fev. 2018.

²⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Instrumentos coletivos de trabalho e sua ultratividade. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da e outros (Coord.). **Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho**. Salvador: JusPODIUM, 2018. p. 489.

A esse respeito, a Lei nº 13.467/2017 foi de iniciativa do Presidente da República e tramitou regularmente pelas duas Casas do Congresso Nacional, sendo aprovada em ambas, sem vícios aparentes que indiquem a violação de qualquer disposição constitucional.

É certo que a tramitação, talvez, tenha ocorrido com uma rapidez que não agradou seus opositores, que desejavam mais discussão, ou, melhor ainda, o aparecimento de fatos que impedissem sua tramitação até a aprovação, porque refletiu uma opção conservadora, não desejada.

Isso não significa, todavia, uma violação, mas, tão somente a imposição da vontade da maioria parlamentar existente no momento das deliberações.

É que uma das regras básicas da democracia, até nas democracias constitucionais, o que é o caso do Brasil, é a chamada regra da maioria e, que, não obstante possa aparentar significar um poder exagerado, em verdade incorpora-se com naturalidade à noção de democracia, pois, primeiro, decorre de um processo eleitoral em que há igualdade política, pois todos os aptos a votar podem exercer esse direito, e o resultado dessa atuação com igualdade é que forma as maiorias parlamentares; segundo, a regra da maioria não produz um poder absoluto, uma vez que nas democracias constitucionais há o respeito às normas definidas como básicas pela comunidade, dentre elas os direitos fundamentais, e, por isso, a margem de atuação da maioria parlamentar não é ilimitada.

E isso leva à segunda questão a verificarmos, em relação à constitucionalidade: do ponto de vista material, há alguma disposição da Constituição da república que tenha sido violada pelo que consta da parte final do artigo 614, § 3º, da CLT?

Acreditamos que não. A Constituição reconhece validade às convenções e aos acordos coletivos de trabalho (artigo 7º, XXVI), fixa que a negociação coletiva deve ter a participação obrigatória do sindicato (artigo 8º, VI), além de prever diversos direitos que devem ser reconhecidos aos trabalhadores, mas, nada dispõe a respeito dos efeitos dos contratos coletivos de trabalho.

A disposição em comento (artigo 614, § 3º, da CLT) não atenta contra qualquer dessas disposições, então, pois, somente proíbe o efeito ultratemporal dos contratos coletivos de trabalho. Fixa, dessa feita, o limite temporal para a produção dos efeitos das cláusulas normativas dos contratos coletivos de trabalho, não sendo, necessariamente esse limite prejudicial aos trabalhadores, pois, como vimos no item anterior, a ultratividade é fator de desestímulo para

negociações mais arrojadas pelos empregadores, que ficam receosos de conceder algo que, mais à frente, pela mudança de suas condições econômico-financeiras, não possam mais suportar.

E no tocante à convencionalidade? Como os instrumentos normativos internacionais têm supremacia em relação aos atos normativos infraconstitucionais, quer tenham *status* constitucional, no caso de serem aprovados nos termos do artigo 5º, § 3º, da CRFB, quer pelo reconhecimento pelo STF de que os demais têm a natureza de supralegais, como se verifica, por exemplo, no RE nº 466.343, que teve repercussão geral (DJE de 05.06.2009), é necessário que o artigo 643, § 3º, da CLT não conflite com qualquer disposição de instrumento normativo internacional²⁵.

Não verificamos esse conflito. Em relação às convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que são específicas, não há qualquer disposição que fixe o efeito ultratemporal. Com efeito, as Convenções 98 e 154, que o Brasil ratificou, nada fixam a respeito do efeito ultratemporal das cláusulas normativas dos contratos coletivos. Da mesma forma o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Organização das Nações Unidas (ONU), e o Protocolo de San Salvador, que é um protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que o Brasil também ratificou, nada dispõem a respeito.

Assim, não há violação a respeito de norma prevista em convenções internacionais a respeito.

Poder-se-ia, então, contra a proibição da ultratividade, argumentar somente com o chamado princípio do retrocesso social, o que também não é o caso. É que, além de esse princípio não poder ser interpretado de forma inflexível, como entende, por exemplo, Gilmar Ferreira Mendes²⁶, embora os direitos sociais devam, sim, ser respeitados, ele deve ser considerado como válido para esses direitos: os direitos fundamentais sociais, e não para todos os direitos sociais previstos em qualquer ato normativo, pois isso emperraria de tal forma a produção normativa que seria difícil legislar a respeito da temática, além de representar uma restrição não aceitável para o parlamento, nesse caso em questões sensíveis à escolha.

²⁵ Ver mais a respeito dessa discussão em livro de um dos autores desse texto, José Claudio Monteiro de Brito Filho (**Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015. p. 99-100).

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 681.

A esse respeito, cabe lembrar Ronald Dworkin, para quem há dois tipos de decisões políticas: as insensíveis à escolha, e as sensíveis à escolha, sendo as últimas “aquelas cuja solução correta, por questão de justiça, dependem essencialmente do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política”, e, por isso, estão subordinadas à escolha do Parlamento, a partir do voto de cada um de seus integrantes, dependendo dos arranjos feitos e, em última análise, das maiorias que se formam em relação às questões debatidas. Em sentido contrário, as questões insensíveis à escolha não estão sujeitas a esses arranjos, já estando previamente definidas, ainda que em termos gerais, a partir dos valores e princípios que formam a base do ordenamento jurídico²⁷. Pensamos que a ultratividade é, claramente, uma questão sensível à escolha. Assim, pode-se concordar com ela ou não, mas, não dizer que não poderia ser objeto de escolha pelo parlamento, por não se tratar de um direito fundamental, nem estar diretamente amparada em um.

Além do mais, encerrando essa análise, não vislumbramos uma violação aos direitos dos trabalhadores na proibição da ultratividade, como visto no item anterior, não havendo, então, ainda assim, retrocesso.

5 CONCLUSÃO

A reforma trabalhista, que alterou significativamente a legislação laboral brasileira, e tem sido duramente criticada por alguns autores, proibiu de forma expressa a ultratividade dos contratos coletivos de trabalho, o que pode gerar o efeito ultratemporal das cláusulas normativas, no caso dos instrumentos normativos não serem substituídos por outros, ao término de sua vigência.

A alteração, que eliminou a possibilidade prevista na Súmula nº 277 do TST, que já se encontrava suspensa do por liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, deve ser recebida como uma das modificações da legislação que era realmente necessária, embora a doutrina sempre se tenha mostrado dividida em relação a esse instituto, pois representava um entrave para a negociação coletiva, e não era benéfica nem para trabalhadores, nem para empregadores, como foi descrito claramente no item 3 deste estudo.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 281-282.

A alteração, além disso, não apresenta qualquer vício de forma ou de conteúdo que afete sua compatibilidade com a Constituição da República ou com os instrumentos normativos internacionais que têm o Brasil como signatário, e que têm relação com a matéria.

Esperemos agora que essa proibição possa ser um elemento estimulador de negociações mais amplas e mais reais; negociações que reflitam a realidade vivida pelos empregadores no momento em que estão ocorrendo, agora que não há mais o risco de que uma condição de trabalho negociada coletivamente e em caráter temporário não possa ser mais retirada por um entendimento que contrariava o próprio espírito da contratação coletiva, em seu aspecto temporal.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. In: Revista LTr. São Paulo, v. 60, n. 12, p. 1602-1605, dez. 1996.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos humanos. São Paulo: LTr, 2015.
_____. Direito sindical. 6 ed. São Paulo: LTr, 2017.

COSTA, Ângelo Fabiano Farias da e outros (Coord.). Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho. Salvador: JusPODIUM, 2018.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

KROTOSCHIN, Ernesto. Manual de derecho del trabajo. 4. ed. actualizada por el dr. Gustavo Raúl Meilij. Buenos Aires: Depalma, 1993.

LUCA, Carlos Moreira de. Convenção coletiva do trabalho: um estudo comparativo: a convenção coletiva do trabalho no Brasil e o contrato coletivo de trabalho na Itália. São Paulo: LTr, 1991.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho. São Paulo: LTr. v. III: Direito coletivo do trabalho.

MARANHÃO, Ney e TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Coord.). O mundo do trabalho no contexto das reformas: análise crítica: homenagem aos 40 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2017.

MELO, Raimundo Simão de e ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. São Paulo: LTr, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito sindical. São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUEZ, Américo Plá *et al.* Veintitres estudios sobre convenios colectivos. Montevideo: Fundación de Cultura, 1988.

RUPRECHT, Alfredo J. Relações coletivas de trabalho. Tradução Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). Relações coletivas de trabalho. São Paulo: LTr, 1989.

EM TORNO DO DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO: um olhar luso-brasileiro

AROUND THE DISCRIMINATORY DISPONMENT: a luso-brazilian look

João Leal Amado¹

RESUMO: O presente artigo analisa o regime jurídico do despedimento, em Portugal e no Brasil, a partir do disposto nas respectivas leis fundamentais e tendo em conta a regulamentação da matéria feita pela lei ordinária de ambos os países. Especial atenção é dedicada à figura do despedimento discriminatório, seja no que diz respeito à sua noção, seja no tocante às suas consequências.

PALAVRAS-CHAVE: Despedimento. Discriminação. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução: A lei fundamental; 2. O despedimento *for no cause* em Portugal e no Brasil; 2.1 Portugal; 2.2 Brasil; 3. O despedimento discriminatório no Brasil; 4 O despedimento discriminatório em Portugal; 4.1 O despedimento por motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; 4.2 A reintegração do Trabalhador; 4.3 A “indenização de antiguidade”; 4.4 Os factores ilegítimos de discriminação; 5. Conclusão.

ABSTRACT: This article analyzes the legal regime of dismissal, in Portugal and Brazil, from the provisions in the respective fundamental laws and taking into account the rules of the matter made by ordinary law of both countries. Particular attention is devoted to the concept of discriminatory dismissal, whether in terms of its notion or its consequences.

KEYWORDS: Dismissal. Discrimination. Fundamental rights.

SUMMARY: 1. Introduction: The fundamental law; 2. Dismissal *for no cause* in Portugal and in Brazil; 2.1 Portugal; 2.2 Brazil; 3. Discriminatory dismissal in Brazil; 4 Discriminatory dismissal in Portugal; 4.1 Dismissal for political, ideological, ethnic or religious reasons; 4.2 The reintegration of the Worker; 4.3 The "seniority indemnity"; 4.4 Illegitimate factors of discrimination; 5. Conclusion.

1 INTRODUÇÃO: A LEI FUNDAMENTAL

Lê-se no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa (CRP): «É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos». Lê-se, por seu turno, no art. 7.º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que são direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: «Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos».

Artigo recebido em 09/03/2018.

Artigo aprovado em 06/06/2018.

¹ João Leal Amado é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p 58-75, jan-abr/2018



Assim sendo, no Brasil pergunta-se: mas então o despedimento arbitrário não é um despedimento sem justa causa? Resposta: sim. Mas é mais do que isso! Isto porque um despedimento pode ser desprovido de justa causa (justa causa disciplinar, resultante de falta grave cometida pelo trabalhador) mas não ser arbitrário, *maxime* por se basear em motivos ligados à empresa, de carácter técnico, económico ou financeiro².

Assim sendo, também em Portugal se poderá perguntar: mas então o despedimento por motivos políticos ou ideológicos não é um despedimento sem justa causa? Resposta. Sim. Mais é mais do que isso! Como escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «a proibição de despedimentos por motivos políticos ou ideológicos não é apenas uma concretização específica da proibição dos despedimentos sem justa causa. É um mais, uma categoria autónoma que pode assumir uma função específica: trata-se de impedir que um trabalhador seja discriminado por causa das suas convicções políticas ou ideológicas, ou por motivo de atividade política (e, por maioria de razão, por motivo de atividade sindical)»³. Em termos próximos, escreve JORGE LEITE: «Quer a lei quer a CRP proibem o despedimento sem justa causa e o despedimento por motivos políticos ou ideológicos em termos de não deixarem dúvidas de que este último não é uma mera explicitação do primeiro. Ambas as normas querem, por certo, significar que o despedimento por motivos políticos ou ideológicos configura uma violação mais grave dos direitos do trabalhador (enquanto tal ou enquanto cidadão ou enquanto pessoa) ou dos valores constitucional e legalmente protegidos do que o despedimento sem justa causa. Supõe-se, no entanto, que igual ou próximo tratamento devem merecer os despedimentos determinados por motivos de natureza análoga, designadamente os de natureza sindical, rática, sexual, etc.»⁴.

Dir-se-ia, pois, que a CRP, ao autonomizar os despedimentos por motivos políticos ou ideológicos dos despedimentos sem justa causa, veio de algum modo acolher a distinção há muito formulada entre os despedimentos *for no cause* e os despedimentos *for bad cause*. Trata-se da clássica doutrina do *employment-at-will*, bem expressa nos dizeres de uma famosa decisão judicial de fins do séc. XIX (*Payne v. Western & Atlantic Railroad*, de 1884), segundo a qual «men must be left, without interference to buy and sell where they please, and to discharge or

² Para desenvolvimentos, por todos, ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, *Proteção contra a Dispensa na nova Constituição*, 2.^a ed., LTr, São Paulo, 1992, e PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS, *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*, Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

³ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 710-711.

⁴ *Coletânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 247.

retain employees at will for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act *per se*⁵.

Em Portugal, e por força da CRP, tanto o despedimento *for no cause*, caracterizado pela ausência de um qualquer motivo justificativo, como o despedimento *for bad cause*, caracterizado pela presença de um motivo antijurídico, são ilícitos; mas, dir-se-ia, este último é mais ilícito do que o outro, reveste-se de uma carga extra de antijuridicidade, tendo em conta que se baseia numa causa tida como “vil” ou “torpe”⁶ – o que pode e deve ter consequências ao nível dos respectivos efeitos.

2 O DESPEDIMENTO *FOR NO CAUSE* EM PORTUGAL E NO BRASIL

2.1 PORTUGAL

Tendo em conta o disposto nos arts. 389.º a 393.º do Código do Trabalho (CT) português, pode dizer-se que, nas suas grandes linhas, este diploma configura o despedimento sem justa causa ou sem motivo justificativo, enquanto acto *contra legem*, como um despedimento *ilícito* e *inválido*: assim, e porque pratica um ato *ilícito*, o empregador terá de indemnizar o trabalhador por todos os danos causados pelo despedimento, de ordem patrimonial e não patrimonial (art. 389.º, n.º 1, al. a)); e porque o ato extintivo é tido como *inválido*, o empregador será, em princípio, condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade (art. 389.º, n.º 1, al. b)).

Via de regra, o despedimento *contra legem* não se limita, pois, a ser um ato *irregular*, desencadeador de uma obrigação indemnizatória a cargo do empregador. Pelo contrário, o despedimento *contra legem* é concebido como um verdadeiro e próprio despedimento *inválido*⁷, assim se compreendendo a tutela reintegratória estabelecida na al. b) do n.º 1 do art. 389.º do CT. Destarte, o trabalhador que seja objeto de um despedimento ilícito goza, não apenas do direito de ser indemnizado por todos os danos causados, mas também do direito a ser reintegrado na empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. O princípio geral consagrado no CT

⁵ Passagem citada e exemplarmente sustentada por RICHARD A. EPSTEIN, «In Defense of the Contract at Will», University of Chicago Law Review, vol. 51, 1984, pp. 947 e ss.

⁶ Termos utilizados por PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS, Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa, cit., pp. 65 ou 132.

⁷ Sobre a distinção entre a invalidade e a simples irregularidade, vd., por todos, CARLOS MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2005, p. 627: «Enquanto a invalidade importa a destruição dos efeitos negociais, a irregularidade, embora provenha de um vício interno negocial, tem consequências menos graves, não afetando a eficácia do negócio, mas dando apenas lugar a sanções especiais».

continua, pois, a ser aquele que foi acolhido em Portugal após a Revolução de Abril e a Constituição da República de 1976: ao declarar o despedimento ilícito, o tribunal priva este último do seu efeito extintivo da relação laboral, pelo que, tendencialmente, tudo se vai passar como se o despedimento jamais tivesse sido proferido pela entidade empregadora. Em conformidade com esta lógica de fundo, e para além do direito aos chamados “salários intercalares” (isto é, às retribuições correspondentes ao período que medeia entre a data do despedimento e a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o declara ilícito, nos termos do art. 390.º), o trabalhador tem o direito de retomar a sua atividade profissional ao abrigo de um contrato de trabalho que, afinal, ao invés daquilo que o empregador pretendia, não foi dissolvido pelo despedimento («princípio da coercibilidade do vínculo jurídico-laboral», nas palavras de JORGE LEITE).

A consagração de uma *tutela de tipo reintegratório ou restitutivo* entende-se e é, julga-se, a única que, ao menos como solução-regra, se mostra compatível com a garantia constitucional da segurança no emprego, consagrada no art. 53.º da CRP. Qualquer outro sistema, em que a tutela da estabilidade do emprego fosse como que amolecida, assentando em mecanismos puramente indemnizatórios (sistema do “despedimento pago”), ficaria, decerto, aquém das exigências constitucionais. Como lapidarmente escrevem GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, «se o ato que extingue o contrato vem, afinal, a revelar-se anti-jurídico, a única reação adequada do ordenamento jurídico compatível com o sistema da estabilidade é a de privar aquele ato da sua consequência normal, determinando a sua invalidade e consequente subsistência do vínculo contratual. A “monetarização” do despedimento como alternativa à reintegração permitiria, afinal, à entidade empregadora aquilo que a CRP quer, manifestamente, proibir — “desembarçar-se” do trabalhador apesar de não haver causa legítima de despedimento»⁸.

Em todo o caso, *importa não confundir invalidade do despedimento com direito à reintegração do trabalhador despedido*. Este último pressupõe aquela, mas aquela pode viver desacompanhada deste. Ora, se o princípio da invalidade do despedimento ilícito se encontra solidamente ancorado no CT, já o pilar reintegratório da segurança no emprego, não tendo sido destruído, foi seriamente abalado pelo CT, visto que, em certos casos (não tão contados como isso...) o CT faculta ao empregador aquilo que, até ao período da codificação, lhe era vedado —

⁸ «A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1988, pp. 51-52.

a oposição à reintegração do trabalhador ilicitamente despedido (art. 392.º). O tema será analisado *infra*.

2.2 BRASIL

Já no Brasil, porém, a tutela dos trabalhadores contra o despedimento *for no cause* (despedida arbitrária ou sem justa causa) parece ser muito menos vigorosa, aí acabando por predominar a tese da aceitação do despedimento livre ou *ad nutum* (“denúncia vazia”, “dispensa imotivada”, “despedida arbitrária”). Tendo em conta a norma constante do art. 7.º, I, da CRFB, dir-se-ia que o princípio do despedimento causal ou justificado, vigente em Portugal (e recomendado pela OIT, na sua Convenção n.º 158), imperaria também no Brasil. Sucede, porém, que: *i*) o direito a «relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa» efetivar-se-á, segundo o mencionado art. 7.º, I, «nos termos de lei complementar»; *ii*) segundo o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.º, I, da Constituição, «fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da percentagem prevista no art. 6.º, *caput* e § 1.º, da Lei n.º 5107, de 13 de setembro de 1966»⁹.

Atento o quadro normativo acima esboçado, e sendo certo que a questão continua a ser alvo de intenso debate doutrinal no Brasil, o entendimento maioritário que se forjou pode resumir-se nestas lapidares palavras de PEDRO PAULO MANUS: «Em conclusão, atualmente, após a vigência do art. 7.º da Constituição Federal e sem a lei complementar a que se refere, temos por ora equiparadas, quanto aos seus efeitos, a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária, ensejando ambas a multa do FGTS paga à razão de 40% sobre o montante dos depósitos existentes na conta vinculada, como determina o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E a Constituição é expressa quanto à temporariedade desta

⁹ Trata-se do diploma que instituiu o chamado Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), diploma revogado e substituído pela Lei n.º 7839/89, por sua vez revogada e substituída pela Lei n.º 8036/90. Nas autorizadas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, o FGTS consiste em «recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada» (Curso de Direito do Trabalho, 14.ª ed., LTr, São Paulo, 2015, p. 1368). Trata-se, pois, no essencial e para o que ora nos interessa, de um depósito bancário feito pelo empregador em nome do trabalhador e destinado a formar uma poupança para este, que poderá ser sacado nas hipóteses previstas na lei, principalmente se e quando ele for despedido sem justa causa (caso em que incidirá um acréscimo percentual sobre o montante depositado, nos termos legais, correspondente a 40%). Sobre a matéria, por último, SÉRGIO PINTO MARTINS, Manual do FGTS, 5.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

penalidade, limitando-a ao período até à promulgação da lei complementar»¹⁰.

É claro que sempre se poderá dizer, acompanhando RENATO RUA DE ALMEIDA, que, ocorrendo a despedida, seja ela arbitrária ou sem justa causa, o ato unilateral do empregador será ilícito¹¹. E, como bem observa LUCIANO MARTINEZ, se tomarmos a garantia de emprego numa acepção estrita, abrangendo a imposição de desincentivos à extinção do contrato por iniciativa patronal, então a mais clássica de todas as fórmulas de garantia de emprego consiste, justamente, na indemnização de 40% sobre o FGTS¹². Mas a sanção legal é tão modesta que, no essencial, ninguém duvida de que o FGTS veio liberalizar o mercado de trabalho brasileiro e veio atenuar substancialmente o papel do tradicional princípio da continuidade da relação de emprego, «ao se propiciar a franca ruptura desmotivada do contrato empregatício por ato empresarial; em síntese, a *denúncia vazia* do pacto empregatício. O ato de dispensa, na nova sistemática, não dependeria mais de uma causa tipificada em lei, considerada razoável para autorizar o fim do contrato, qualquer que fosse o tempo de serviço do empregado: bastaria a simples vontade do empregador (por isso fala-se também em *dispensa desmotivada*, isto é, sem motivo jurídico relevante e tipificado, a não ser a prerrogativa potestativa empresarial). Noutras palavras, o motivo para a ruptura do contrato exigido pela ordem jurídica é interno, íntimo à vontade empresarial — trata-se do simples exercício do arbítrio pelo empregador»¹³.

Em sentido próximo ao que acabámos de expor, pergunta AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO: «Pode o empresário brasileiro despedir sem causa específica um empregado?». Eis como responde: «A resposta estaria, *a priori*, no art. 7.º, I, da Constituição brasileira, por cujo preceito se tutela a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas reclama por lei complementar que incluiria a indenização compensatória e, enquanto tal regulamentação não sobrevém, é regulamentado por dispositivos que (...) autorizam o

¹⁰ Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa, cit., pp. 56-57.

¹¹ «Proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa», Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região, n.º 40, 2012, pp. 79 e ss. [81].

¹² Curso de Direito do Trabalho, 6.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2015, pp. 687-689. Em sentido muito crítico sobre o papel histórico desempenhado pelo FGTS, MÁRCIO TÚLIO VIANA, 70 anos de CLT: uma história de trabalhadores, Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 2013, pp. 105-111.

¹³ MAURÍCIO GODINHO DELGADO, Curso de Direito do Trabalho, cit., p. 1194. Isto sem prejuízo de existirem alguns casos específicos de estabilidade no emprego no Brasil, alguns, inclusive, com arrimo na Constituição Federal, tais como os do dirigente sindical e da trabalhadora gestante, que não serão objeto da nossa atenção neste texto. Para uma panorâmica geral a este propósito, ALEXANDRE AGRA BELMONTE, «A proteção do emprego na Constituição Federal de 1988 – estabilidade, garantias provisórias, proteção geral à despedida arbitrária ou sem justa causa e direitos decorrentes da extinção contratual», Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT, n.º 2, 2014, pp. 11-55, e CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, «A proteção da relação empregatícia no Estado democrático de direito», DANIELA MURADAS REIS, ROBERTA DANTAS DE MELLO e SOLANGE BARBOSA DE CASTRO MOURA (coord.), Trabalho e Justiça Social – Um Tributo a Maurício Godinho Delgado, LTr, São Paulo, 2013, pp. 237-249.

empresário, não propriamente a dispensar, mas sim, e com igual efeito prático, a pagar indenização de valor equivalente a 40% do saldo na conta vinculada do empregado no FGTS, nos casos de despedida sem justa causa». E o Autor conclui: «Daí resulta que a proteção constitucional se realiza de modo contraditório: o empresário, embora sob regência de norma jurídica pretensamente inibidora da despedida, possui a faculdade de dispensar imotivadamente o empregado, desde que pague a indenização citada»¹⁴.

Em suma, e no que ao despedimento *for no cause* diz respeito, os ordenamentos dos dois países dão respostas, na prática, bem distintas, a despeito da aparente proximidade dos dispositivos contidos no art. 53.º da CRP e 7.º, I, da CRFB. Em Portugal, o despedimento *for no cause* é ilícito em sentido forte, é inválido, gerando direito a “salários intercalares” para o trabalhador, a uma indemnização pelos danos causados (sobretudo os de natureza moral) e, em princípio, à reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho. Já no Brasil, dir-se-ia, o despedimento *for no cause* é tão brandamente ilícito que até parece lícito, pois a única consequência dele resultante, para o empregador, consiste no pagamento de uma modesta e tarifada multa, correspondente a 40% dos depósitos na conta vinculada do FGTS. Trata-se, pois, quando muito, de um despedimento meramente irregular, mas válido, eficaz e que não confere direito a reintegração ao trabalhador que dele seja objeto.

Isto, repete-se, no que diz respeito ao despedimento *for no cause*. Surge, então, a questão: e tratando-se de um despedimento *for bad cause*? E se for um despedimento baseado numa causa vil ou torpe? Um despedimento que, mais do que sem motivo bastante, se deva a motivos flagrantemente antijurídicos, quiçá mesmo repugnantes?

Este é um tema a que os dois países têm conferido um relevo distinto. Em Portugal, o assunto não tem merecido particular atenção da doutrina e da jurisprudência. Dir-se-ia que a tutela forte contra o despedimento *for no cause*, de algum modo, retira espaço à discussão em torno do despedimento discriminatório e dos seus efeitos. Mas a CRP, no art. 53.º, dá um sinal da importância do tema, ao proibir os despedimentos por motivos políticos ou ideológicos. E, como veremos, o CT veio dar algum relevo a esta figura do despedimento discriminatório, em sede de efeitos do despedimento ilícito. Já no Brasil, pelo contrário, atendendo à tutela débil hoje existente contra o despedimento *for no cause*, a sensibilidade doutrinal e jurisprudencial em relação ao despedimento *for bad cause* é compreensivelmente maior. Se o ordenamento jurídico brasileiro reage de forma frouxa contra o despedimento *for no cause*, importa garantir que, lá onde o despedimento se mostre abusivo ou discriminatório, lá onde se baseie numa *bad cause*, ao

¹⁴ Garantia de Indenidade no Brasil, LTr, São Paulo, 2013, pp. 169-170.

menos aí a reação do ordenamento seja diferente e mais enérgica, invalidando tal despedimento. Vejamos.

3 O DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO NO BRASIL

No Brasil, a ideia de que urgia distinguir o despedimento *arbitrário* (ato desprovido de motivação plausível) do despedimento *discriminatório* (ato baseado num motivo vil ou torpe), estabelecendo penalizações em escala crescente para o autor do despedimento, era apontada pela melhor doutrina, na sequência da CRFB de 1988¹⁵. Como bem escreve LEONARDO VIEIRA WANDELLI, «a só constatação da ausência de motivo justo não deveria encerrar a pesquisa em relação à presença de motivos por si antijurídicos, como nas constantes práticas discriminatórias em matéria de despedida»¹⁶. Mas a figura do despedimento discriminatório, concebido como uma modalidade especial de despedimento arbitrário, como um despedimento arbitrário qualificado por um *plus*, veio a sofrer um notável desenvolvimento após a publicação da Lei n.º 9.029/95, de 13 de abril, cujo art. 1.º, na sua redação originária, proibia «a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal». E a doutrina logo tinha sublinhado que este rol de fatores proibidos de discriminação, este elenco de motivos sob suspeita, geralmente ligados a preconceitos, não era taxativo, havendo numerosa jurisprudência com exemplos de casos em que a discriminação foi detetada e punida, em hipóteses fora das expressamente enumeradas — é o caso do despedimento de trabalhador seropositivo, do chamado “despedimento retaliatório”, motivado pelo facto de o trabalhador ter ousado demandar judicialmente o empregador, do despedimento por motivo de orientação política ou opção sindical, etc.¹⁷

Nestes casos, a lei brasileira reage com maior vigor do que nos casos, dir-se-ia que triviais, de simples despedimento arbitrário ou sem justa causa. Nestes casos, o despedimento não é um ato meramente irregular cometido pela entidade empregadora. Nestes casos, o

¹⁵ Por todos, PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS, *Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa*, cit., e ARION SAYÃO ROMITA, *Despedida Arbitrária e Discriminatória*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008. Por último, no mesmo sentido, JÓLIA LUCENA DA ROCHA MELO, *Abuso do Direito nas Dispensas sem Justa Causa e Arbitrárias*, Juruá Editora, Curitiba, 2014, pp. 250-266.

¹⁶ *Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, LTr, São Paulo, 2004, p. 121.

¹⁷ Entretanto, a Lei n.º 13.146/2015, através do seu art. 107, veio conferir nova redação ao art. 1.º da Lei n.º 9.029/1995, acrescentando ao rol de fatores discriminatórios proibidos a deficiência e a reabilitação profissional, bem como esclarecendo que esse rol é meramente exemplificativo («entre outros»).

despedimento é considerado inválido, pelo que o art. 4.º da Lei 9.029/95 estabelece que, se a relação de trabalho for dissolvida por ato discriminatório do empregador, o trabalhador poderá optar entre: *i*) a readmissão (*rectius*: reintegração)¹⁸ com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; *ii*) a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (os chamados, em Portugal, “salários intercalares”), corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. Além ou independentemente disto, caso a prática de despedimento discriminatório tenha causado danos morais ao trabalhador atingido, tais danos são ressarcíveis, nos termos gerais¹⁹.

Ou seja, se o ordenamento jurídico brasileiro reage de forma frouxa e claudicante em relação ao despedimento *for no cause*, o mesmo já não sucede, pelo contrário, em relação ao despedimento *for bad cause*. Isto porque, nas palavras de ARION SAYÃO ROMITA, «se a despedida for apenas arbitrária, estão em jogo interesses patrimoniais do empregado. Sim, decerto ele perdeu o emprego, mas por isso ele só tem direito a uma indenização. Todavia, se a despedida for discriminatória, entra em cena outra noção, digna de proteção mais intensa do que mera recomposição patrimonial. Agora, trata-se de eliminar do mundo jurídico um ato que viola direito fundamental do trabalhador. A única reparação admissível é a reintegração»²⁰.

Confrontada com despedimentos que apresentam uma carga de antijuridicidade muito significativa, por se basearem em motivos vis ou torpes, a jurisprudência tem manejado a Lei n.º 9.029/95 com desenvoltura e até com uma certa audácia, respondendo a tais despedimentos de modo enérgico. A tutela antidiscriminatória tem, pois, sido utilizada com algum sucesso no Brasil, em ordem a reprimir as situações mais escandalosas de despedimento. Sem que,

¹⁸ Sobre a distinção entre as figuras da readmissão e da reintegração (aquela supõe uma nova contratação, ao passo que nesta ocorre a continuidade do contrato, implicando o pagamento da remuneração por todo o período de afastamento), e assinalando a falha terminológica do legislador, por todos, SÉRGIO TORRES TEIXEIRA, Nova Dinâmica da Reintegração Judicial no Emprego, Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, 2004, pp. 192-212. A falha foi corrigida através da supramencionada Lei n.º 13.146/2015, que substituiu o termo “readmissão” por “reintegração”.

¹⁹ Sobre toda esta matéria, MÁRCIO TÚLIO VIANA e RAQUEL BETTY DE CASTRO PIMENTA, «A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n.º 9.029/95)», in LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT, MÁRCIO TÚLIO VIANA e PAULA OLIVEIRA CANTELLI (coord.), Discriminação, 2.ª ed., LTr, São Paulo, 2010, pp. 135-142, e, desenvolvidamente, ANA LÚCIA COELHO DE LIMA, Dispensa Discriminatória de Trabalhadores sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais, Faculdades Integradas de Vitória – FDV, 2007.

²⁰ Despedida Arbitrária e Discriminatória, cit., p. VIII. É claro que, numa ótica portuguesa, dir-se-á que o despedimento arbitrário viola, também ele, um direito fundamental — o direito à segurança no emprego e a correspondente proibição do despedimento sem justa causa (art. 53.º da CRP) —, pelo que a sua violação deve dar lugar à possibilidade de reintegração do trabalhador. Mas, claro, quando se trate de despedimento discriminatório registam-se, dir-se-ia, duas violações de garantias e princípios fundamentais: à lesão da segurança no emprego soma-se o desrespeito do mandato antidiscriminatório. As respectivas consequências devem, por isso, ser mais drásticas para o empregador.

entretanto, se deva esquecer que o empregador, autor do despedimento, em regra “não passa recibo” da motivação discriminatória que o anima, pelo que a questão do ónus da prova se revela, por vezes, um obstáculo inultrapassável para o trabalhador despedido: este sabe que foi alvo de um ato discriminatório, sabe que o empregador sabe que discriminou, sabe que o empregador sabe que ele sabe que foi alvo de discriminação, mas nem sempre será fácil persuadir o tribunal da existência dessa discriminação...²¹

4 O DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO EM PORTUGAL

4.1 O DESPEDIMENTO POR MOTIVOS POLÍTICOS, IDEOLÓGICOS, ÉTNICOS OU RELIGIOSOS

Elaborada na sequência da Revolução de Abril, num tempo de superação histórica de um longo período de ditadura e de vibrante exaltação da liberdade e da democracia, compreende-se que a CRP, no seu art. 53.º, tenha considerado importante vincar expressamente a proibição dos despedimentos por motivos políticos ou ideológicos, a par da proibição do “simples” despedimento sem justa causa. A verdade, porém, é que esta norma constitucional, na parte referente à proibição do despedimento por motivos políticos ou ideológicos, ficou longo tempo sem regulamentação específica por parte da lei ordinária. De certa forma, só com o primeiro Código de Trabalho, de 2003, a situação foi alterada, numa orientação que foi confirmada pelo atual Código, de 2009.

Desde 2003, o legislador português entendeu dar especial ênfase à ilicitude do despedimento, de qualquer despedimento, que seja devido a *motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos*, ainda que com invocação de motivo diverso (art. 429.º, al. *b*), do CT de 2003, e art. 381.º, al. *a*), do CT de 2009). Claro que muitas outras razões podem ditar a declaração judicial de ilicitude do despedimento (a improcedência do respectivo motivo justificativo, a falta ou a nulidade do respectivo procedimento, etc.), mas a circunstância de o despedimento se fundar em motivos discriminatórios (políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos) pode ser relevante, na economia do CT, a dois níveis distintos, ambos relativos aos efeitos da ilicitude do despedimento: *i*) ao nível da *reintegração* do trabalhador ilicitamente

²¹ Em maio de 1999, a Lei n.º 9.799 acrescentou o art. 373-A à Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo o seu inciso II ser vedado «recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível».

despedido; *ii*) ao nível da determinação, pelo tribunal, da *indenização* substitutiva da reintegração (a chamada “indenização de antiguidade”) pela qual o trabalhador ilicitamente despedido poderá optar. Vejamos.

4.2 A REINTEGRAÇÃO DO TRABALHADOR

É sabido que, na ação de apreciação judicial do despedimento que intente, o trabalhador poderá optar pela reintegração na empresa ou pela chamada “indenização de antiguidade” (art. 391.º, n.º 1, do CT). De todo o modo, e em termos lógico-jurídicos, a reintegração detém a primazia, constituindo a *solução-regra* quando um despedimento é declarado ilícito: por isso mesmo, o art. 389.º, n.º 1, al. *b*), estabelece que, em princípio, sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador será condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Nesta medida, a reintegração constitui também a *solução legal supletiva*, vale dizer, na ausência de escolha por parte do trabalhador, o tribunal condenará o empregador na reintegração (ou, dito por outras palavras, a ausência de escolha expressa é tida, pelo legislador, como uma opção tácita do trabalhador no sentido da reintegração). Trata-se, aliás, da solução que melhor se compagina com a ideia de invalidade do despedimento e com a própria tutela da segurança no emprego.

O direito à reintegração do trabalhador ilicitamente despedido — de qualquer trabalhador ilicitamente despedido — tem constituído um dos eixos do ordenamento jurídico-laboral lusitano subsequente à Revolução de Abril²². É certo que esta regra sempre conheceu uma exceção, aliás plenamente justificada, em sede de contrato de trabalho doméstico, mas esta era mesmo a exceção que se limitava a confirmar a regra. Neste ponto, porém, o CT de 2003 introduziu novidades muito significativas, alargando substancialmente o leque de possíveis exceções à tutela reintegratória — numa orientação, diga-se, que não veio a ser infletida pelo CT em vigor. Com efeito, tendo o trabalhador optado pela reintegração na empresa, em determinadas hipóteses o CT admite agora que o empregador venha opor-se a tal reintegração, requerendo ao tribunal que a exclua, «com fundamento em factos e circunstâncias que tornem o regresso do trabalhador gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa» (n.º 1 do art. 392.º). Esta

²² Comentando o disposto no art. 53.º da CRP, escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: «A proibição constitucional implica, desde logo, ilegalidade e a consequente nulidade dos atos de despedimento sem justa causa e o direito do trabalhador a manter o seu posto de trabalho e a ser nele reintegrado» (Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, cit., p. 707).

faculdade concedida à entidade empregadora — a *faculdade de oposição à reintegração do trabalhador ilicitamente despedido*, requerendo ao tribunal que a exclua —, ainda que não chegue para destruir a regra do direito à reintegração, não deixa, em todo o caso, de corroer o pilar reintegratório da garantia constitucional da segurança no emprego e de implicar alguma perda de pujança do princípio da invalidade do despedimento *contra legem*.

O CT revela, ainda assim, uma razoável prudência nesta matéria, dado que: *i)* a referida faculdade de oposição patronal à reintegração só existe em certos casos, relativamente a certos trabalhadores; *ii)* os seus fundamentos são necessariamente apreciados pelo tribunal; e *iii)* aquela faculdade decai em diversas hipóteses. Vejamos.

i) O universo subjetivo das exceções à regra da reintegração compreende dois grupos de casos: o dos trabalhadores que laboram em microempresas (as que empregam menos de 10 trabalhadores, de acordo com o art. 100.º) e o dos trabalhadores que ocupam cargos de administração ou de direção (n.º 1 do art. 392.º). Nas restantes hipóteses (isto é, perante trabalhadores que não exerçam funções dirigentes e que laborem em pequenas, médias ou grandes empresas), a faculdade de oposição patronal à reintegração encontra-se, *ab initio*, excluída. Naqueles dois casos, porém, em que serão mais estreitos os laços pessoais entre as partes e em que a relação juslaboral poderá apresentar uma nota fiduciária, à opção reintegratória tomada pelo trabalhador poderá o empregador retorquir manifestando a sua oposição à mesma e requerendo ao tribunal que exclua a reintegração.

ii) A palavra final competirá, então, ao *tribunal*, sendo certo que o *onus probandi* recai, nesta matéria, sobre o empregador. Aliás, o preceito legal em apreço não esclarece se, em abono da sua declaração de oposição, o empregador apenas poderá invocar factos posteriores ao despedimento, ou se, pelo contrário, também factos anteriores ao despedimento ilícito poderão ser mobilizados pelo empregador em ordem a convencer o tribunal de que o regresso do trabalhador teria efeitos muito perniciosos para a prossecução da atividade empresarial. Em qualquer caso, parece claro que os factos a invocar pelo empregador terão de incidir naquilo que justifica esta exceção à tutela reintegratória, persuadindo o tribunal de que, em virtude dos laços pessoais e da nota fiduciária que caracteriza estas relações de trabalho, não subsistem condições relacionais e intersubjetivas para reatar a prestação laboral.

O fundamento invocado pelo empregador terá, por conseguinte, de ser apreciado pelo tribunal, o qual será chamado a fazer um delicado juízo de prognose, avaliando se o regresso do trabalhador despedido seria ou não «gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa».

iii) Se, como vimos, a regra da tutela reintegratória do trabalhador ilicitamente despedido conhece exceções (trabalhadores de microempresas ou que ocupem cargos de administração ou de direção), o certo é que o n.º 2 do art. 392.º do CT não deixa de introduzir *exceções às exceções*, isto é, mesmo naqueles casos, o direito do trabalhador à reintegração prevalecerá sempre que a ilicitude do despedimento se fundar em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso (estaremos então em face de um despedimento discriminatório, um despedimento ilícito “qualificado”), bem como quando o juiz considere que o fundamento da oposição à reintegração foi culposamente criado pelo empregador.

Pelo exposto, é neste contexto de “exceções às exceções” que o despedimento discriminatório assume relevo, para a lei portuguesa. Qualquer que seja a dimensão da empresa ou o cargo exercido pelo trabalhador, perante um despedimento discriminatório o ordenamento jurídico não transige: a opção pela reintegração caberá, em exclusivo e em moldes soberanos, ao trabalhador, não dispondo o empregador de qualquer faculdade de se opor à mesma e de requerer ao tribunal que a exclua.

4.3 A “INDEMNIZAÇÃO DE ANTIGUIDADE”

A declaração judicial de ilicitude/invalidade do despedimento, operando retroativamente, tem como efeito normal, como já se disse, a reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Os efeitos *ex tunc* da declaração de invalidade não significam, porém, que o despedimento seja juridicamente inexistente, nem eliminam a sua configuração como ato ilícito cometido pelo empregador. Proferido o despedimento patronal e desencadeada a respectiva ação de apreciação judicial pelo trabalhador, a vida continua, o tempo não pára, as circunstâncias alteram-se e as relações entre as partes tornam-se, não raro, ainda mais azedas do que o eram aquando do despedimento. A prática vem demonstrando à saciedade que, na larga maioria dos casos, o próprio trabalhador despedido acaba por não pretender o seu reingresso na empresa da qual foi ilicitamente afastado. Compreende-se, por isso, que a lei preveja uma alternativa à reintegração, estabelecendo que, em lugar desta, o trabalhador poderá *optar* por uma indemnização, cujo montante será fixado pelo tribunal (n.º 1 do art. 391.º do CT).

Quanto ao *critério de cálculo* desta indemnização (correntemente designada por “indemnização de antiguidade”), o CT de 2003 veio introduzir algumas novidades relativamente

ao regime contido na legislação anterior, numa orientação que, nas suas linhas gerais, acabou por ser mantida pelo atual CT. Assim, enquanto a legislação pré-codicística estabelecia que a indemnização deveria corresponder a «um mês de remuneração de base por cada ano de antiguidade ou fração», o n.º 1 do art. 391.º do CT prescreve agora que o montante da indemnização será fixado pelo tribunal «entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração de antiguidade». Ou seja, no tocante ao critério de cálculo da indemnização, a remuneração de base dá lugar à retribuição base e diuturnidades e, sobretudo, a tabela rígida (um mês por cada ano de antiguidade ou fração) é substituída por uma moldura, por parâmetros flexíveis (15 a 45 dias de retribuição por cada ano completo ou fração de antiguidade).

Entre o mínimo e o máximo anuais (15 e 45 dias de retribuição, respectivamente), como deverá o tribunal graduar a indemnização? O n.º 1 do art. 391.º estabelece dois fatores de ponderação, isto é, dois elementos a que o tribunal deverá atender, combinando-os, para a definição do *quantum* indemnizatório: por um lado, deverá ser levado em conta o valor da retribuição do trabalhador (assim, para um trabalhador que aufera uma remuneração elevada, o tribunal tenderá a graduar a indemnização “em baixa”, para um trabalhador que aufera um salário modesto, o tribunal tenderá a modulá-la “em alta”); por outro lado, o tribunal deverá avaliar o grau de ilicitude do despedimento, decorrente da ordenação estabelecida no art. 381.º do CT, pois, já se disse, sendo todos estes despedimentos ilícitos, alguns são-no mais do que outros — pense-se, por exemplo, no caso de um despedimento que é declarado ilícito por violação do princípio da proporcionalidade, em virtude de o tribunal entender que a infração disciplinar praticada pelo trabalhador existiu mas não era suficientemente grave, em si e nas suas consequências, para legitimar a ruptura contratual, em comparação com um caso de despedimento patentemente discriminatório, fundado em motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos...

Ora, é justamente neste ponto que o despedimento discriminatório volta a ganhar algum relevo, no contexto mais vasto do despedimento ilícito: o facto de o tribunal entender que se trata de um despedimento discriminatório tenderá a elevar a fasquia da “indemnização de antiguidade” pela qual o trabalhador em causa tenha optado. Em suma, ao reforço da tutela reintegratória soma-se, pois, um tendencial reforço da tutela indemnizatória, quando de um despedimento discriminatório se trate. Já no tocante aos outros possíveis efeitos de um despedimento ilícito, como o do ressarcimento dos danos causados, patrimoniais ou não patrimoniais (art. 389.º, n.º 1, al. *a*)), ou o do cálculo dos “salários intercalares” (art. 390.º), não

há quaisquer especificidades regimentais a assinalar em sede de despedimento discriminatório²³.

4.4 OS FACTORES ILEGÍTIMOS DE DISCRIMINAÇÃO

As circunstâncias históricas em que a CRP de 1976 foi aprovada explicam que, em sede de despedimento, o art. 53.º tenha dedicado especial atenção ao despedimento por motivos políticos ou ideológicos. Desde sempre se entendeu, porém, que motivos de natureza análoga deveriam merecer igual tratamento (assim, por exemplo, o despedimento por motivo de atividade sindical). Em 2003, o CT reiterou a menção expressa ao despedimento por motivos políticos ou ideológicos, mas acrescentou outros dois fatores igualmente proibidos: motivos étnicos ou religiosos. E esse quarteto de motivos suspeitos foi transposto, sem alterações, para o art. 381.º do atual CT.

Afigura-se legítimo perguntar: porquê estes? Porquê só estes, e não outros? Recorde-se que a CRP, no seu art. 13.º, que consagra o princípio estruturante da igualdade no sistema jurídico lusitano, veda o tratamento discriminatório assente em muitos outros fatores. Lê-se, com efeito, no seu n.º 2: «Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

Por seu turno, o próprio CT, no seu art. 24.º, relativo ao direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, estabelece que o trabalhador não poderá ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Perante este vasto — e, ainda assim, meramente exemplificativo — leque de fatores proibidos de discriminação, fica a dúvida sobre a razão pela qual o art. 381.º do CT se cingiu ao “quarteto fantástico” já mencionado²⁴. Todos aqueles fatores nos separam, nos diferenciam e nos

²³ Cabe ainda mencionar o disposto no art. 331.º do CT, que prevê a figura do despedimento abusivo e respectivas consequências. Um bom exemplo de despedimento abusivo será o despedimento retaliatório, motivado pelo facto de o trabalhador ter exercido os seus direitos ou garantias (desde logo, por ter demandado judicialmente a entidade empregadora).

²⁴ Como observa ROSÁRIO PALMA RAMALHO, «a par dos motivos discriminatórios de despedimento enunciados nesta norma, outros justificariam igual ênfase (assim, por exemplo, despedimentos com fundamento em

individualizam: somos homens ou mulheres, hetero ou homossexuais, solteiros, casados ou divorciados (ou de novo casados), somos de esquerda ou de direita (ou sem convicções políticas ou ideológicas), somos autoritários ou libertários, somos revolucionários ou reacionários, somos ateus, agnósticos ou crentes (qualquer que seja a nossa crença), somos mais ou menos jovens e mais ou menos saudáveis (progressivamente menos, dada a usura do tempo...), somos brancos, negros, amarelos ou de pele vermelha, somos ricos, remediados ou pobres, letrados ou iletrados, filiados ou não num sindicato, somos portugueses ou estrangeiros (mas cidadãos europeus, ou cidadãos da comunidade lusófona, ou simplesmente estrangeiros), temos um impecável ou alarmante património genético...

Tudo isto, e muito mais, nos identifica, nos singulariza, nos caracteriza e nos distingue uns dos outros²⁵. Mas, a este propósito, lembre-se a preciosa lição de JORGE LEITE, quando ao conteúdo dos princípios da igualdade e da não discriminação: «Com o princípio da igualdade pretende-se que seja tratado de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é desigual na proporção da respectiva diferença. Já, porém, com o princípio da não discriminação o que se pretende é que se trate de modo igual o que é diferente, por se entender que a diferença é totalmente irrelevante para os efeitos tidos em conta»²⁶. Ora, é justamente o que aqui sucede: as diferenças acima assinaladas são, devem ser, têm de ser irrelevantes para efeitos de manutenção do emprego; o trabalhador não pode, decerto, ser despedido/discriminado por motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos; mas também não poderá sê-lo, com igual vigor, por motivo de género ou de orientação sexual, de estado civil ou situação familiar, de idade ou de património genético, de filiação sindical, etc.²⁷. Aliás, nos termos do art. 24.º do CT, o trabalhador não pode ser privado de qualquer direito em razão do extenso leque de motivos discriminatórios que enuncia — e um desses direitos poderá ser o direito ao emprego, o direito de o trabalhador

práticas discriminatórias em razão do sexo, da nacionalidade, da idade, ou da deficiência)» — Tratado de Direito do Trabalho, II, Situações Laborais Individuais, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 843.

²⁵ Somos, também abstémios ou bebedores, fumadores ou não fumadores. Quanto a este último ponto, lê-se na nova lei do tabaco portuguesa (Lei n.º 63/2017, de 3/8, que alterou a Lei n.º 37/2007, de 14/8) que «é proibida qualquer discriminação dos fumadores no âmbito das relações laborais, designadamente no que se refere à seleção e admissão, à cessação da relação laboral, ao salário ou a outros direitos e regalias» (art. 5.º, n.º 12, *italico* nosso)

²⁶ «O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português», Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Estudos, n.º 3, p. 71.

²⁷ Excepcionalmente, quanto a trabalhadores das chamadas empresas ideológicas ou de tendência (partidos políticos, associações sindicais, instituições religiosas), o despedimento poderá basear-se num destes fatores. Vd., p. ex., o disposto no art. 39.º, n.º 2, da Lei dos Partidos Políticos (Lei Orgânica n.º 2/2003, de 22 de Agosto), o qual considera como justa causa de despedimento de um trabalhador subordinado de um partido político «o facto de um funcionário se desfiliar ou fazer propaganda contra o partido que o emprega ou a favor de uma candidatura sua concorrente». Sobre as relações de trabalho nas organizações ideológicas ou de tendência, vd., por todos, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pp. 235-243.

manter o seu emprego, salvo se e quando surgir um motivo legítimo que autorize a promoção do despedimento por parte do empregador.

Creemos, pois, que os fatores suspeitos de discriminação enunciados no art. 381.º devem ser entendidos como meramente exemplificativos, correspondendo, apenas, à ponta do *iceberg*, devendo ser complementados pelos restantes fatores proibidos constantes do catálogo do art. 13.º da CRP e do art. 24.º do CT. Em qualquer destes casos o despedimento apresenta uma carga axiológica singular, uma carga extra de antijuridicidade, pelo que deverá ser tido como discriminatório, nos termos e para os efeitos do art. 381.º, al. a), com as consequências acima descritas em matéria de reintegração ou de “indenização de antiguidade”.

5 CONCLUSÃO

Ainda que o ordenamento jurídico português atribua algum relevo à figura do despedimento discriminatório, ainda que esse relevo pareça ser crescente, a verdade é que esse relevo não tem comparação com aquele que lhe é conferido no Brasil. O que, aliás, é perfeitamente lógico: em Portugal vigora realmente o princípio do despedimento causal ou motivado, pelo que o despedimento arbitrário ou sem justa causa é claramente ilícito, é tratado como um ato patronal inválido, com as consequências acima mencionadas (indenização pelos danos, “salários intercalares”, reintegração na empresa ou “indenização de antiguidade”); neste quadro, o despedimento discriminatório, ainda que se apresente como um *plus*, não traz consequências especialmente diferentes, e muito mais gravosas, para o empregador — ainda que, *de jure condendo*, talvez se possa e deva prever mecanismos mais enérgicos de tutela antidiscriminatória em matéria de despedimento, sancionando com maior severidade o empregador que despede por motivos tão reprováveis e até repugnantes, violando princípios estruturantes da Ordem Jurídica.

Já no Brasil, como vimos, a sanção para o despedimento arbitrário ou sem justa causa é muito débil (multa de 40% sobre o valor dos depósitos do FGTS), tão débil que dá até a sensação de que aí vigora um sistema de despedimento livre ou *ad nutum*²⁸. Neste quadro, ganha maior

²⁸ Sensação bem captada por RENATO RUA DE ALMEIDA, quando escreve: «Pode-se, pois, com certeza afirmar que não existe mais, no direito brasileiro, o direito potestativo do empregador de despedir o empregado, uma vez que a despedida sem justa causa é ato ilícito pelo dano causado da perda do emprego, que deverá ser reparado». E o Autor acrescenta: «Certamente porque hoje em dia a indenização compensatória provisória, representada pela indenização equivalente a 40% dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não seja suficientemente inibidora da prática do ato ilícito da despedida sem justa causa e porque também não há nenhum controle a priori do ato do empregador de despedir, é que se tem a sensação de que o direito potestativo de despedir ainda subsiste no direito

relevo a destriça entre a ausência de um motivo justificativo para o despedimento e a presença de razões repugnantes e discriminatórias a motivar tal despedimento. Perante um despedimento discriminatório, aí sim, a lei brasileira reage com firmeza.

A importância da proibição do despedimento discriminatório cresce, portanto, na razão direta da amplitude conferida ao empregador para despedir sem necessidade de apresentar qualquer justificação²⁹. Dir-se-ia: se a lei permite o despedimento *for no cause*, torna-se mais premente combater o despedimento *for bad cause*; ainda assim, como vimos, mesmo quando o despedimento *for no cause* é proibido e considerado inválido (como acontece em Portugal), pode e deve estabelecer-se um regime mais enérgico de tutela contra o despedimento *for bad cause*.

brasileiro» («O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa», Separata da Revista LTR — Legislação do Trabalho, Março de 2007, pp. 8-9).

²⁹ Em sentido próximo, LEONARDO VIEIRA WANDELLI, Despedida Abusiva – O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade, cit., pp. 344-345.

LE DROIT DU TRAVAIL DANS L’AFFRONTMENT DES MONDES POSSIBLES

LABOR LAW IN THE CONFRONT OF POSSIBLE WORLDS

Emmanuel Dockès¹

RÉSUMÉ: Les ordonnances du 22 septembre 2017, les réformes des précédents gouvernements et la Proposition de code du travail du Groupe de recherche pour un autre code du travail (GR-PACT)² en disent long sur les projets de société et les visions du monde qui s’affrontent au travers des réformes du droit du travail français.

MOTS-CLÉ: Droit du travail. Code du travail. Réformes du droit du travail français. Groupe de recherche.

SOMMAIRE: 1. Introduction; 2. Sur la precarite des relations de travail; Conclusion: sur les dialogues sociaux.

ABSTRACT: The ordinances of September 22, 2017, the reforms of the previous governments and the Proposal of the Labor Code of the Research Group for another co of work (GR-PACT) say a lot about the projects of the society and the visions of the world that collide through the reforms of the French labor legislation.

KEYWORDS: Labor law. Labor Code. Reforms of French labor law. Research group.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. The precariousness of labor relations; Conclusion: on social dialogues.

1 INTRODUCTION

Personne ne veut que le droit du travail reste immobile, coincé dans ses langes industriels. Personne ne nie que l’activité humaine soit concurrencée par la robotique et les algorithmes de l’intelligence artificielle. Chacun voit de nouveaux défis : l’autonomie croissante

Artigo recebido em 09/03/2018.

Artigo aprovado em 06/06/2018.

¹ Emmanuel Dockès é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Paris X - Nanterre. Coordenador do Grupo de Pesquisa Por um outro Código do Trabalho - Groupe de recherches pour un autre code du travail (GR-PACT). Autor do livro *Droit du Travail*, publicado pela Editora Dalloz, em sua 31ª edição em 2018, em co-autoria com os Professores Gilles Auzero e Dirk Baugard.

² GR-PACT, *Proposition de code du travail*, Dalloz 2017, disponible sur <<http://pct.parisnanterre.fr/>>. Ce texte est une proposition de refonte complète du code du travail français. Le GR-PACT est composé de Gilles Auzero (université de Bordeaux), Dirk Baugard (université Paris 8), Pierre-Emmanuel Berthier (université Lyon 2), Michèle Bonnechère (université d’Evry), Vincent Bonnin (université de Poitiers), Augustin Boujeka (université Paris Ouest Nanterre), Laure Camaji (université Paris Sud), Florence Debord (université Lyon 2), Josepha Dirringer (université Rennes 1), Emmanuel Dockès, coord., (université Paris Ouest Nanterre), Ylias Ferkane (université Paris Ouest Nanterre), Carole Giraudet (université Lyon 2), Franck Héas (université de Nantes), Julien Icard (université de Valenciennes), Anja Johansson (université de Strasbourg), Sylvaine Laulom (université Lyon 2), Hélène Melmi (université Lyon 2, barreau de Troyes), Cécile Nicod (université Lyon 2), Jean Pélissier (université de Bordeaux), Sophie Rozez (université Paris Ouest Nanterre), Morgan Sweeney (université Dauphine), Sébastien Tournaux (université de Bordeaux), Christophe Vigneau (université Paris 1).

RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p 76-85, jan-abr/2018

et revendiquée de certaines tâches, l’effacement des frontières du temps de travail, l’éclatement des structures productives, la diversité des lieux du travail, l’individualisation de la gestion du personnel, la mondialisation... Chacun sait que tout ceci s’inscrit dans un contexte de chômage de masse persistant. Et pourtant, malgré ces prémices largement communes, les conclusions communes sont rares. Pour découvrir des convergences entre les réformes récentes et les idées défendues par le Groupe de recherche pour un autre code du travail (GR-PACT), il faut vraiment de la patience et une bonne loupe. Il en existe quelques-unes tout de même. Par exemple, afin de lutter contre les discriminations sexistes au travail et dans la vie quotidienne, le GR-PACT préconise une égalisation des congés paternité et maternité et même une obligation de prendre ces congés pour le père, comme pour la mère. Plus timoré, le Gouvernement envisage une petite augmentation du congé paternité. La réforme n’est pas la même, mais la conscience des discriminations produites et la direction choisie sont les mêmes. En cherchant bien, on pourrait trouver d’autres petits points communs. Mais l’essentiel est ailleurs. Ce qui frappe, ce sont les directions presque systématiquement opposées des uns et des autres : la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse est atténuée par les ordonnances du 22 septembre 2017, elle est renforcée par la proposition du GR-PACT ; on s’apprête à accroître les sanctions encourues par les chômeurs dont la recherche d’emploi est insuffisante alors qu’au nom de la proportionnalité des fautes et des sanctions, le GR-PACT préconise une réduction de ces sanctions ; les ordonnances centralisent les institutions représentatives du personnel et le GR-PACT entend renforcer leur présence à la base, là où sont les collectivités de travail ; le principe de faveur qui est l’adversaire déclaré des uns est presque intégralement rétabli par les autres ; le CHSCT aboli par les uns est maintenu, renforcé et élu directement pour les autres ; la notion de salarié exclut les travailleurs dépendants des plateformes pour les uns, elle doit être ouverte à ces travailleurs pour les autres quitte à prévoir certaines adaptation, etc.

Et tous prétendent adapter le droit au social aux évolutions de la société. Comment de telles oppositions sont-elles possibles ? Les uns seraient-ils raisonnables et les autres déraisonnables ? Serait-ce que les uns se sont empêtrés dans leurs présupposés idéologiques, alors que les autres auraient su bon sens garder ? Et si oui, qui sont les uns et qui sont les autres ? Sans doute convient-il plutôt de reconnaître qu’en droit du travail comme ailleurs, plusieurs projets de société s’affrontent. D’ailleurs, à y regarder de près, le projet de société vers lequel tendent les ordonnances Pénicaud du 22 septembre 2017 n’est pas tout à fait le même que celui vers lequel tendaient les réformes du précédent quinquennat, malgré d’importants points communs et malgré une commune opposition à la *Proposition de code du travail* du GR-PACT.

D'ailleurs encore, ni ces réformes, ni les travaux du GR-PACT n'épuisent le débat, loin s'en faut, ainsi que le démontrent les articles qui suivent. Les possibles sont nombreux, plus qu'on ne le dit souvent. Et l'avenir sera ce que nous en ferons.

Pour montrer cette confrontation des possibles, le mieux est de partir de ce qui oppose les ordonnances du 22 septembre 2017 et les réformes antérieures. Ceci permettra, avec les propositions du GR-PACT, de dessiner des triangles d'affrontement, lesquels sont toujours plus riches et plus intéressants que les simples oppositions binaires.

2 SUR LA PRECARITE DES RELATIONS DE TRAVAIL

Les ordonnances du 22 septembre 2017 présentent une originalité forte sur la question de la précarité de l'emploi. Jusqu'ici l'affaiblissement du droit du licenciement et la plus grande flexibilité des contrats à durée indéterminée avait pour motivation principale, au moins officiellement, la lutte contre une certaine fracture sociale. Il était reproché au marché du travail d'avoir produit une forte césure entre les travailleurs précaires d'une part et les travailleurs en CDI d'autre part. Le passage de l'un à l'autre semblait plus difficile en France que dans d'autres pays. Et l'assouplissement du CDI avait cet objectif de mieux permettre l'intégration des travailleurs précaires³. On allait même, jusqu'à préconiser un contrat de travail unique afin de réduire la stigmatisation subie par les travailleurs précaires, éloignés par leur statut de l'accès au logement ou à l'emprunt⁴. L'idée n'était pas nécessairement très convaincante et l'on pouvait douter des effets protecteurs, pour les salariés précaires, d'une précarisation des salariés stables⁵. Mais au moins prétendait-on déshabiller les uns pour habiller les autres. La loi LSE du 14 juin 2013 exprimait encore cette logique. Elle réalisait une importante régression des protections du droit du licenciement économique, mais entendait simultanément favoriser le renchérissement du coût du recours à un contrat à durée déterminée pour les employeurs⁶.

³ V. encore, en ce sens, C. Radé, Renforcer l'attractivité du contrat de travail à durée indéterminée, *Dr. soc.* 2016. 496

⁴ V. not. O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Doc. fr., 2003 ; P. Cahuc et F. Kramarz, De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle, La Documentation française 2005.

⁵ V. not. P. Auer et B. Gazier, *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Flammarion, 2006.

⁶ Art. 11 de la loi LSE du 14 juin 2013, ouvrant la faculté de moduler les cotisations d'assurance chômage selon la nature du contrat de travail, sa durée, ou le motif de recours à un tel contrat.

Les ordonnances du 22 septembre 2017 opèrent de ce point de vue une rupture. Elles réduisent de manière drastique les protections du droit du licenciement⁷. Mais ce délitement du contrat à durée indéterminée n'est nullement fait pour limiter le recours aux contrats précaires. Ceux-ci sont au contraire ouverts et libéralisés, notamment par la généralisation d'une nouvelle sorte de précarité inspirée du contrat de chantier et par la possibilité accordée aux conventions collectives de branche étendues de faire sauter les limitations légales relatives à l'utilisation des contrats à durée déterminée⁸. La fragilisation du contrat à durée indéterminée est complétée par l'ouverture et par la diversification des contrats précaires. La philosophie du rassemblement dans un même statut de tous les salariés n'est plus. La stabilité de l'emploi est devenue une nuisance à combattre, à tous les niveaux.

Les propositions du GR-PACT suivent une direction inverse. Elles ont en commun avec les réformes des précédents gouvernements de tenter rapprocher le statut des travailleurs précaires et celui des travailleurs stables, quitte à flirter avec l'idée de contrat unique. Mais elles proposent de le faire par la meilleure protection des précaires, plutôt que par la déstabilisation des stables, en appliquant au non renouvellement d'un contrat précaire certaines des protections applicables en cas de licenciement⁹. Et elles prévoient aussi de renforcer l'encadrement juridique des licenciements et de renforcer ainsi la stabilité des contrats à durée indéterminée.

Dans une même société et dans un même contexte économique, des positions peuvent ainsi être radicalement opposées. Comprendre comment cela est possible oblige à entrer dans les argumentations des uns et des autres.

L'argumentation première en période de chômage de masse, concerne la question de l'emploi. En faveur d'une précarisation généralisée, on trouve l'idée que certains employeurs n'osent pas embaucher, par crainte du droit du licenciement. Et l'on pense que, même si ces réticences sont statistiquement relativement faibles, les lever permettra de créer des emplois.

⁷ Cette réduction comprend toute une batterie de mesures, parmi lesquelles le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la simplification de la lettre de licenciement, la simplification et la réduction des obligations de reclassement, l'interdiction faite au juge d'aller voir plus loin que le territoire national pour juger des justifications d'un licenciement, etc. Sur la réduction de l'obligation de motiver, v. not. A. Fabre, *Dr. soc.* 2018, p. 4 ; sur la simplification du licenciement pour motif économique, v. not. G. Couturier, *Dr. soc.* 2018, p. 17 ; A. Fabre, *Sem. soc. Lamy*, suppl. 1790-207, p. 105.

⁸ Sur ces innovations, v. not. S. Tournaux, *Dr. soc.* 2018, p. 37.

⁹ Techniquement, les clauses de terme des contrats à durée déterminée sont remplacés par des clauses de durée initiale, insérées dans un contrat à durée déterminée, réglementée suivant le modèle de la réglementation des CDD, mais conduisant à l'application de certaines des protections du licenciement à l'échéance de cette durée (obligation de reclassement, entretien préalable si le contrat a eu une certaine durée, vérification possible du motif de la clause de durée initiale, etc.) : v. GR-PACT, *Proposition de code du travail*, Dalloz 2017, art. L. 22-1 et s., disponible sur <http://pct.parisnanterre.fr/>

L'argument par sa simplicité ou son simplisme a un important poids médiatique. Il recèle pourtant une assez grave faute de raisonnement. Il s'agit, pour les amateurs de rhétorique, d'un sophisme de composition, lequel consiste à attribuer les propriétés des parties d'un ensemble à l'ensemble lui-même. En clair, cela signifie que ce qui est vrai au niveau individuel ou micro-économique - tel employeur qui a peur de créer un emploi, ne le crée pas - est faux au niveau collectif, macro-économique. Les emplois qui ne sont pas créés par les craintifs laissent des besoins insatisfaits. Et d'autres employeurs, plus conquérants ou mieux conseillés peuvent s'en emparer. Les emplois qui ne sont pas créés par les uns, le sont par d'autres entrepreneurs, moins craintifs. Pour cette raison, le niveau de crainte n'a pas d'impact évident sur le niveau global d'emploi. Cela ne veut pas dire qu'il soit souhaitable de rendre le licenciement trop difficile. Mais une petite crainte judiciaire, n'est pas nuisible. Elle permet d'inciter à l'humanisme d'une procédure respectée et la réflexion sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Il n'y a là rien d'excessif. Avant de prendre un acte grave pour la vie d'un salarié, il était demandé aux employeurs de suivre une procédure et de faire preuve de sérieux. Au demeurant, les travaux de l'OCDE ont démontré l'absence de corrélation, au niveau international, entre le niveau de protection contre le licenciement et le taux de chômage¹⁰. Prétendre que les anciennes protections, construites pour l'essentiel dans les années 1970 et 1980, ait eu un quelconque effet sur le taux chômage confine à la désinformation. On peine à croire qu'il s'agisse d'autre chose que d'un effort communicationnel. Les raisons profondes pour lesquelles les protections du droit du licenciement sont à ce point détruites par les ordonnances Pénicaud sont sans doute ailleurs.

Une deuxième idée en faveur d'une flexibilisation généralisée de l'emploi est une vision de l'avenir où les salariés seraient tous plus ou moins devenus des free lancers dynamiques et hyper compétents, passant avec agilité d'un emploi à l'autre.

Invoquer cet imaginaire de la liberté du travailleur au profit de la liberté de licencier est assez paradoxal. La vision d'un peuple d'agiles et bondissants travailleurs précaires démontre aussi une incompréhension des conséquences réelles de la précarité subie, dans un marché de l'emploi où le chômage et le sous-emploi produisent plus de crainte du déclassement que de plaisir de quitter son vieil emploi. Surtout, cette vision est bien une œuvre de l'imagination : elle ne correspond ni à l'évolution récente, ni à l'évolution prévisible de l'emploi réel, ni même aux besoins de l'économie. En France et dans l'OCDE l'ancienneté moyenne est en hausse, au moins

¹⁰ V. not. Perspectives de l'emploi de l'OCDE, 16 juillet 2013, p. 67 et s.

depuis une quinzaine d'années¹¹. Et il y a là une certaine logique : l'activité humaine, concurrencée par la robotique et le numérique, se spécialise dans les tâches relationnelles et cognitives, lesquelles sont aussi des tâches pour lesquelles les salariés sont moins facilement interchangeables et celles pour lesquelles une certaine ancienneté est nécessaire. Dans notre monde qui évolue, la qualité et la productivité travail supposent, de plus en plus, un minimum d'ancienneté¹². La protection d'une certaine stabilité de l'emploi est un gage de durabilité des relations de travail et de confiance des salariés dans leur entreprise. Cette durabilité et cette confiance sont des avantages comparatifs à l'influence croissante. Il s'agit peut-être de l'une des raisons qui font le succès économique de l'Allemagne, pays dont l'emploi stable est bien mieux protégé qu'en France. En particulier, en cas de refus par le conseil d'établissement du plan de licenciement, l'action judiciaire du salarié en contestation de son motif de licenciement suspend le licenciement et maintient le salarié dans l'entreprise jusqu'à la décision du juge sur la pertinence du motif allégué par l'employeur¹³.

On comprend mieux, dès lors, les propositions du GR-PACT sur la protection de l'emploi. La notion de cause réelle et sérieuse n'a pas été modifiée, laissant ainsi à l'identique le large éventail des motivations possibles. Il n'était pas question de forcer l'emploi. En revanche, il convenait que cette obligation de justifier par un motif réel et sérieux soit pourvue d'une sanction dissuasive. Pour cette raison, il est préconisé d'élargir la sanction de la nullité à tous les cas de licenciement injustifiés. De plus, le motif doit être mieux débattu en amont, avant que la décision ne soit prise. Les prérogatives des représentants du personnel lors de la discussion du motif ont donc été accrues, sans pour autant aller jusqu'aux solutions allemandes. La précarité des contrats précaires est simultanément réduite, les contrats à durée déterminée étant remplacés par des clauses de durée initiale¹⁴.

La proposition du GR-PACT dessine ainsi un monde du travail d'où la stabilité n'a pas disparu et où elle demeure protégée, aux antipodes du monde de précarité généralisée rêvé par les ordonnances du 22 septembre 2017. Et si, dans ce monde, quelques free lancers agiles et

¹¹ En France, les salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté sont passés de 42,7% du total en 2002 à 46,7 en 2016 et dans la même période, ceux ayant moins d'un an d'ancienneté sont passés de 16,4 % à 14,2 %. Les mêmes tendances sont présentes dans la plupart des pays de l'OCDE et notamment en Allemagne, en Italie, au Royaume-Uni, en Espagne... Sources : oecd.stat.

¹² V. déjà en ce sens, Une main-d'œuvre stable est-elle bonne pour la compétitivité? par Peter Auer, Janine Berg et Ibrahim Coulibaly, *Rev. internationale du Travail*, vol. 144/3, BIT, Genève, 2005

¹³ Sur cette question, v. not. M. Henssler, *RDT* 2010 p. 664.

¹⁴ V. ci-dessus, note 9.

hyper compétents souhaitent bondir d'un emploi à l'autre, il leur sera toujours possible de le faire en utilisant la liberté du travail et son corollaire : la liberté de démissionner.

3 CONCLUSION: SUR LES DIALOGUES SOCIAUX

Tout le monde s'affiche favorable au dialogue social, les précédents Gouvernements, comme l'actuel, comme d'ailleurs le GR-PACT. Mais ce consensus est de façade. Les oppositions apparaissent dès que les questions se précisent : de quel dialogue social s'agit-il ? et pour quoi faire ?

Sur l'objet du dialogue social, le législateur actuel est dans la ligne des précédents. L'idée générale reste la même : la négociation collective vaut mieux que la loi et la convention d'entreprise mieux que la convention de branche. Avec les ordonnances du 22 septembre 2017 de nouveaux pans de législation viennent de perdre leur force obligatoire. Sont notamment touchées la protection des plus précaires¹⁵ ou les fonctions des représentants du personnel et du délégué syndical¹⁶. Le code du GR-PACT est en direction inverse, puisqu'il rétablit largement le principe de faveur. A l'idée d'un droit du travail nuisible, qu'il convient d'écarter et d'éclater entreprise par entreprise, s'oppose l'utilité d'un socle commun, qui empêche les plus faibles d'abandonner leurs protections et garantit une certaine égalité. Ce débat n'est pas nouveau et, bien entendu, il demeure.

Sur le dialogue social, les ordonnances du 22 septembre 2017 ne peuvent toutefois pas être résumées à cette persistance dans la volonté d'affaiblir les règles générales. Elles expriment aussi un changement d'optique.

Celui-ci se lit, notamment, dans la prohibition de principe des clauses dites de verrouillage. Ces clauses, fréquemment insérées dans les conventions de branches, interdisent la destruction de ces conventions par les conventions d'entreprises. De telles clauses sont désormais nulles, sauf exceptions¹⁷. En principe, les négociateurs au niveau des branches ne pourront donc plus tomber d'accord pour interdire la course au moins disant social, entreprise par entreprise. L'extension des conventions collectives est, elle aussi, devenue suspecte. Le

¹⁵ L. 1242-8

¹⁶ V. not. la possibilité de confier la négociation collective au conseil d'entreprise : C. trav., art. L2321-1 et s.

¹⁷ Ces clauses ne sont licites que si elles portent sur l'une des quatre matières limitativement et restrictivement énumérées au nouvel article L. 2253-2 du code du travail. Sur cette question, v. not. P. E. Berthier, Les Cahiers Sociaux n° 302, déc. 2017, p. 1.

ministre pourra refuser l'extension pour « atteinte excessive à la libre concurrence »¹⁸ alors que l'utilité de ces extensions est justement d'éviter la concurrence par le dumping social dans une branche.

Cette méfiance pour le dialogue social au niveau des branches et pour les protections qui pourraient en découler s'exprime aussi au niveau interprofessionnel. Les annonces gouvernementales sur l'assurance chômage et la formation professionnelle menacent la place habituelle des interlocuteurs sociaux dans ces domaines¹⁹. Et l'absence totale de réunion commune réunissant les différents interlocuteurs sociaux, avant l'adoption des ordonnances du 22 septembre 2017, confirme cette méfiance nouvelle. Il est loin le temps des grands sommets sociaux organisés par MM. Nicolas Sarkozy ou François Hollande. Et il est plus loin encore celui de la loi du 31 janvier 2007 qui entendait imposer une véritable concertation avant tout grand projet de réforme.

L'affaiblissement des interlocuteurs sociaux et l'opposition autoritaire à la force obligatoire de leurs accords signent un retour inattendu de l'État. Ce retour est corroboré par l'action menée dans d'autres domaines que le droit social, par exemple, dans le rôle pris par Emmanuel Macron dans la nationalisation provisoire des chantiers navals STX de Saint-Nazaire, dans le rapprochement Siemens- Alstom, dans celui de BNP-Commerzbank, dans le rachat en bourse des actions Renault pour peser sur une assemblée générale du temps où M. Macron était simplement ministre de l'Économie ou dans la volonté récemment affirmée par le Gouvernement de renforcer le décret du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable. Cet interventionnisme d'un type nouveau s'exprime dans une France tantôt qualifiée de start up, tantôt qualifiée de « marque », avec son Président PDG et sa ministre du Travail DRH.

Cet État n'a pas peur d'intervenir sur ses entreprises, mais il le fait au nom des règles de bonne gestion, comme le ferait une société mère sur ses filiales. Ce n'est plus un État-providence, ni même un État libéral, mais plutôt un État *manager*, ou un État *cost killer*.

Les idéologies managériales, qui voient la société entière comme une entreprise à gérer, sont anciennes. Mais leur puissance au sommet de l'Etat est nouvelle. Elles expliquent de quel

¹⁸ C. trav., art. L. 2261-25 nouveau.

¹⁹ Sur la résistance des interlocuteurs sociaux à ces tentatives de reprise en main étatique, v. not. la signature d'un « socle de réflexion pour une concertation utile », le 6 déc. 2017. V. aussi la position de la CFDT et CFTC annoncée le 26 févr. 2018 : ces organisations craignent une modification substantielle par le Gouvernement du projet de convention sur l'assurance chômage et ont décidé de suspendre leur signature tant que le Gouvernement ne se sera pas engagé à conserver l'équilibre global du projet négocié par les interlocuteurs sociaux.

dialogue social dans l'entreprise les ordonnances du 22 septembre 2017 sont porteuses. Ces ordonnances font apparaître de nouveaux « accords collectifs » non négociés, rédigés unilatéralement par l'employeur et passé au filtre d'un référendum d'approbation dans les petites entreprises²⁰, des convention collective conclues sans aucune présence syndicale, y compris dans les très grandes entreprises²¹, des conventions collectives conclues contre les organisations syndicales majoritaires²². Les ordonnances expriment aussi une volonté de professionnaliser les élus, en réduisant considérablement leur nombre et en les éloignant de leur base²³. Au final, tous les interlocuteurs qui pouvaient s'opposer à l'employeur sont affaiblis.

En comparaison, les réformateurs des précédents quinquennats apparaissent fort respectueux du rôle des organisations syndicales et patronales, et soucieux de traiter les interlocuteurs sociaux avec respect, à tous les niveaux. Ils partageaient certes avec l'actuel gouvernement, un goût prononcé pour le délabrement de l'ordre public. Mais la convention négociée par des organisations syndicales était encore perçue comme le lieu d'une balance entre intérêts opposés. Désormais, l'idée est plutôt celle d'un dialogue policé, respectueux de l'autorité, voire empreint d'une certaine humilité dans l'expression. La direction de l'entreprise veut bien recevoir et écouter ses collaborateurs, à la condition que ceux-ci sachent se souvenir de leur place. Le retour d'une certaine autorité de l'Etat sur les entreprises s'accompagne d'un retour de l'autorité des chefs d'entreprise sur leurs salariés et sur leurs représentants. Nous ne sommes pas encore revenu au « dialogue » du chef d'entreprise qui se contente de dire à ses employés que la porte de son bureau est ouverte et que chacun peut aller le voir librement. Mais, par l'affaiblissement des interlocuteurs de l'employeur, c'est bien la direction qui est prise. La présidence nouvelle, jupitérienne, managériale, porte bien le projet d'un monde nouveau, plus vertical, plus discipliné, moins conflictuel et au final moins démocratique.

L'idée qui gouverne les réformes proposées par le GR-PACT est strictement inverse. Le dialogue social y est compris comme l'organisation d'un contre-pouvoir dans l'entreprise et comme le moyen de l'expression d'une possible adversité des intérêts, afin d'aboutir à la construction de règles communes impératives. Cette idée du dialogue n'est que la reprise de

²⁰ C. trav., art. L. 2232-21 à L. 2232-23. Ces « accords » pourraient être à brève échéance des accords types directement rédigés par les organisations patronales et imposés dans toutes les petites entreprises afin de ne pas être en situation d'infériorité par rapport aux concurrents directs...

²¹ C. trav., art. L. 2232-25-1, qui prévoit la négociation avec des salariés élus, même non mandatés par une organisation syndicale, en l'absence de délégué syndical.

²² C. trav., art. L. 2232-12 alinéa 2.

²³ V. la possibilité de fixer le cadre de la représentation par l'employeur seul et la définition centralisatrice de la notion d'établissement (C. trav., art. L 2313-4).

l'idée de démocratie au sens où l'entendait Montesquieu, cette démocratie qui pense que partout le pouvoir doit arrêter le pouvoir et dont le principe est le droit.

Pour l'essentiel, ce ne sont pas des interprétations différentes de la situation économique ou sociale qui expliquent les affrontements qu'occasionnent les réformes du droit social. Ce sont des sociétés voulues qui s'opposent. Et le juriste doit prendre garde de s'en souvenir lorsqu'il commente, soutient ou combat telle ou telle réforme en cours.

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LAS RELACIONES LABORALES: UN DEBER EMPRESARIAL TODAVÍA POR CONSTRUIR EN ESPAÑA

THE DIGITAL DISCONNECTION IN THE LABOR RELATIONS: a business duty still to build in Spain.

Eduardo Enrique Taléns Visconti¹

RESUMEN: La preocupación por la ordenación del tiempo de trabajo ha existido desde siempre. En concreto, la práctica empresarial consistente en enviar correos o mensajes a los trabajadores fuera del horario laboral no es algo nuevo. Sin embargo, las eventuales comunicaciones empresariales fuera de la jornada se han visto favorecidas por el avance de las nuevas tecnologías. Hoy en día los mensajes del empresario se pueden recibir a cualquier hora y con independencia del lugar geográfico, siempre que se tenga conectividad. Algunos países de nuestro entorno ya han contemplado en su ordenamiento un derecho a la desconexión digital de los trabajadores. En este estudio se plantea como un deber del empresario, como una propuesta de inclusión en la norma estatutaria y como una oportunidad para la negociación colectiva para liderar la regulación convencional de esta materia y el cambio de tendencia esta práctica empresarial.

PALABRAS CLAVE: desconexión digital, conciliación, deber empresarial, negociación colectiva.

SUMARIO: 1. La ordenación del tiempo de trabajo: un viejo problema que adquiere nuevos matices en la actualidad; 2. La ausencia de previsión legal en España; 2.1 El precedente normativo francés; 2.2 El precedente normativo italiano; 3 El precedente convencional a nivel empresa: el convenio colectivo del Grupo AXA; 4. Conclusión; 5. Bibliografía.

ABSTRACT: The concern for the management of working time has always existed. In particular, the business practice to send mails or messages to workers outside office hours is not something new. However, any business communications outside the day have been favoured by the advance of new technologies. Nowadays, the business communications can be received at any time and regardless of the geographical location, provided that you have connectivity. Some neighboring countries have already referred in this ordering a right to digital disconnection of workers. In this study arises as a duty of the employer, as a proposal for inclusion in the workers regulation and as an opportunity for collective bargaining to lead the conventional regulation of this matter ad the changing trends this business practice.

KEY WORDS: digital disconnection, conciliation, the employer's duty, collective bargaining.

SUMMARY: 1. The organization of working time: an old problem that acquires new nuances in the present; 2. The absence of legal provision in Spain; 2.1 The French normative precedent; 2.2 The Italian normative precedent; 3 The conventional precedent at company level: the collective agreement of the AXA Group; 4. Conclusion; 5. Bibliography.

1 LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: UN VIEJO PROBLEMA QUE ADQUIERE NUEVOS MATICES EN LA ACTUALIDAD.

Artigo recebido em 24/03/2018.

Artigo aprovado em 06/06/2018.

¹ Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València.

RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p 86-103, jan-abr/2018

La preocupación por la jornada de trabajo ha sido una constante desde que existen normas jurídicas que regulan las relaciones laborales. Las primeras improntas normativas se preocuparon de la limitación de horarios para los menores de edad, de los lapsos del trabajo nocturno y, en general, de evitar jornadas de trabajo desmesuradas. En este sentido, el origen mismo de nuestra disciplina se encuentra en la regulación del tiempo de trabajo, en concreto, en la limitación de la jornada como medida de tutela y protección de los trabajadores². De hecho, a nivel internacional, el primer Convenio que se acordó en el seno de la OIT al tiempo de su creación en el año 1919 fue, precisamente, para limitar las horas de trabajo en las empresas industriales a 8 diarias y 48 semanales³.

La restricción de la jornada de trabajo guarda una evidente relación con la protección de la salud y con el derecho a preservar un necesario tiempo de ocio y de conciliación de la vida familiar, en definitiva, con el respeto hacia la vida privada de las personas. Durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX el trabajo se ejecutaba principalmente durante un período y en un espacio determinado, a través de la presencia física del trabajador en la sede de la empresa o en lugar en el que se desempeñara la prestación de servicios en cuestión. Por lo tanto, confinando el horario de trabajo y dando valor económico o permutable por descanso a las horas que sobrepasaran el mismo se daba prácticamente por colmado este propósito. Sin embargo, el paulatino avance de la tecnología digital ha terminado decididamente por difuminar y desdibujar los contornos existentes con anterioridad entre los tiempos dedicados al trabajo y al descanso.

Efectivamente, con el auge de internet y de la telefonía móvil ha sido posible alcanzar un grado de flexibilidad tan elevado que en muchas ocasiones el trabajo se puede realizar desde cualquier lugar. Esta tendencia impera en sectores tecnológicos y de cierta especialización. Junto con ello, el uso de dispositivos móviles con cuentas de correo personales o corporativas y con aplicaciones de mensajería instantánea los trabajadores están permanentemente localizables y se está observando cada vez con mayor normalidad que durante el tiempo de descanso, incluidas las vacaciones, les puedan llegar mensajes de contenido laboral que terminen por evitar una adecuada y necesaria desconexión con el trabajo. Se ha llegado a decir incluso que el tiempo de

² LÓPEZ BALAGUER, M. “La ordenación del tiempo de trabajo”. *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (SEMPERE NAVARO, A.V. Dir.), MTAS, 2003, pág. 409.

³ Convenio nº 1 de la OIT sobre las horas de trabajo (industria). Adoptado en Washington en la primera reunión CIT el 28 de noviembre de 1919 (entrada en vigor el 13 de junio de 1921).

trabajo pagado y el tiempo de trabajo de “consumo” no pagado se confunden y todo ello difumina los márgenes del concepto y la medición de la jornada de trabajo⁴.

Sin una adecuada escisión entre el trabajo y el descanso pueden aparecer síntomas relacionados con el estrés laboral o bien con el síndrome del desgaste profesional (*burnout*). La consolidación de internet forma parte de una triple revolución que pivota en torno a las redes sociales, internet y los dispositivos móviles⁵. Su amplia difusión y personalización posibilita que a día de hoy nos veamos enmarcados en una constante e inmediata conectividad. Esta mayor flexibilidad en la comunicación personal se traduce, asimismo, en una preocupante atadura al trabajo y, en esencia, en la posibilidad de que en cualquier lugar y a la hora que sea puedan llegar mensajes o informaciones relacionadas con el trabajo. En el contexto de entornos no laborales se está empezando a hablar del movimiento *slow*, que aboga por un estilo de vida más pausado o el *unplugging* o desconexión digital⁶, en este caso de internet, como fenómenos de evitación, en cierta medida, del estrés producido por el mundo que nos rodea.

En el presente estudio me centraré exclusivamente en la proyección que puede tener la desconexión digital como vehículo para lograr una mejor ordenación del tiempo trabajo en un contexto donde la frontera con el descanso se encuentra claramente diluida. En este sentido, como ha sido señalado por la doctrina, la implantación –más bien, proliferación- de las nuevas tecnologías de comunicación en el entorno laboral hace necesario replantearse los mecanismos legales para garantizar un derecho a la desconexión del trabajador con la empresa una vez concluida la jornada⁷. Como he expresado con anterioridad, este derecho –o más bien deber, tal y como intentaré argumentar más adelante- guarda una especial relación con el respeto hacia la vida privada y familiar del trabajador y buscaría protegerlo frente a nuevas enfermedades relacionadas con el entorno laboral, tales como el estrés o el síndrome de estar “quemado” (*burnout*). Estas consecuencias son más evidentes en las empresas de base tecnológica, donde un reciente estudio ha llegado a la conclusión de que la prolongación del tiempo de trabajo va más allá de los estándares convencionales y se convierte en una regla en este sector⁸. No cabe perder de vista que un trabajador asfixiado y que no ha desconectado debidamente estaría menos

⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L y PÉREZ DEL PRADO, D. “Economía Digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica”. *Informe realizado a instancias de la Fundación para el Diálogo Social*, 2017, pág. 10.

⁵ NAVAL, C. SERRANO-PUCHE, J. SÁBADA, C. y ARBUÉS, E. “Sobre la necesidad de desconectar: algunos datos y propuestas”, *Education in the Knowledge Society*, nº 2, 2016, pág. 77.

⁶ NAVAL, C. SERRANO-PUCHE, J. SÁBADA, C. y ARBUÉS, E...*Op. Cit.* Págs. 80-81.

⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R. “El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)”, *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2016, pág. 2 (BIB 2016/80442).

⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L y PÉREZ DEL PRADO, D...*Op. Cit.* pág. 10.

motivado y sería menos productivo. Un balance adecuado entre la vida privada y el trabajo es uno de los factores importantes que pueden incidir en el estrés⁹. Así las cosas, un periodo de trabajo mucho más largo de lo normal reduce el tiempo libre disponible para el sueño y el descanso, que son factores esenciales para la recuperación de la fatiga. Sobre el particular existen evidencias de que desconectar del entorno laboral aumenta la productividad y la proactividad, pues desde el punto de vista de la salud, los costes de no desconectar durante el año son comparables a no dormir¹⁰.

2. LA AUSENCIA DE PREVISIÓN LEGAL EN ESPAÑA.

Nuestra legislación laboral no aborda directamente el derecho –ni el deber- a la desconexión digital. En efecto, por el momento no existe ningún precepto estatutario que contemple de forma expresa esta cuestión, aunque indirectamente se pueda deducir de los artículos 34 a 38, referidos al tiempo de trabajo. Tampoco encontramos rastros de una hipotética desconexión digital en el articulado de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde también podría tener cabida por su evidente relación con el estado de la salud de los trabajadores. El silencio del legislador a la hora de regular este derecho muestra quizá la despreocupación que ha existido sobre un tema que, por lo demás, tampoco ha suscitado hasta el momento demasiada conflictividad judicial. De hecho, no ha sido hasta que nuestro país vecino, Francia, ha optado por regular este derecho cuando se ha abierto en España un serio debate sobre la conveniencia o no de legislar sobre el particular.

La ausencia de regulación sobre un inexistente derecho a la desconexión digital en el entorno laboral no ha significado, ni mucho menos, una desprotección total y absoluta de los trabajadores frente a decisiones empresariales desproporcionadas. Esta laguna normativa ha sido en ocasiones colmada por nuestros tribunales, que han puesto coto a los excesos de conectividad por encima de la jornada ordinaria de trabajo. Buen ejemplo de ello es la sentencia, ya lejana en el tiempo, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con fecha de 17 de julio de 1997¹¹. El supuesto de hecho fue el de una empresa que comunicó a todos los empleados que tuvieran a su disposición el teléfono móvil de la compañía que su uso sería exclusivamente para

⁹ Así lo ha reconocido, por ejemplo, el Estudio de la OIT “La prevención del estrés en el trabajo: Lista de puntos de comprobación”, 2013, pág. 61.

¹⁰ Así lo ha expresado SOLDEVILA, L. “Desconexión. Objetivo: rendir más y vivir mejor”, *Harvard Deusto Business Review*, nº. 262, 2016, pág. 22.

¹¹ SAN de 17 de julio de 1997 (AS/1997/3370).

temas profesionales y, además, ordenó a los “comerciales” que siempre debían de tener conectado dicho dispositivo. El sindicato accionante planteó tres cuestiones y sólo la tercera, que es la que afecta al derecho a la desconexión digital, fue la que prosperó. En concreto, la citada sentencia consideró que los derechos de los trabajadores quedarían perjudicados si se les obligara a *“mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de los teléfonos móviles de la empresa y de todos sus clientes. Se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir comunicaciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento”*. En definitiva, la Audiencia Nacional declaró la nulidad de la regla empresarial en virtud de la cual la compañía obligaba a sus trabajadores a mantener fija la atención en los teléfonos móviles una vez concluida la jornada de trabajo.

Algo más reciente en el tiempo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015¹² se discutió la validez de una cláusula contractual por la que se estableció que las *“partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico...según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto”*. La Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 28 de enero de 2014 declaró la nulidad de la referida cláusula. Posteriormente, el Tribunal Supremo consideró que los datos cuya incorporación al contrato se cuestionan, en concreto, teléfono móvil y correo electrónico, en manera alguna están exentos del consentimiento por parte del trabajador. En este sentido, no entrarían en la excepción general del artículo 6.2 LOPD porque en absoluto “son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento” del contrato de trabajo, ni mucho menos “imprescindibles”. Tampoco pueden incluirse en la previsión específica que al efecto lleva a cabo el artículo 2.2 del RD 1720/2007¹³, por cuanto que la misma se refiere exclusivamente al teléfono y dirección electrónica “profesionales”, esto es, los medios de comunicación destinados, específicamente, a la actividad profesional del trabajador. Ahora bien, el Tribunal Supremo no niega que voluntariamente puedan cederse a la empresa los datos referidos al número de teléfono y cuenta de correo personal, pues ello es algo incuestionable, ya que no cabe perder de vista que el consentimiento

¹² STS (Sala de lo Social) de 21 de septiembre de 2015, recud. 259/2014.

¹³ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

es la clave de bóveda del derecho a la protección de datos (junto con la información del tratamiento de los mismos). Por consiguiente, si el trabajador voluntariamente decide comunicar estos datos a la empresa, no cabría objetar nada frente a esta postura personal. Cuestión distinta sería el uso abusivo que se pudiera hacer sobre los mismos una vez iniciada la relación laboral.

Siguiendo con la obligación de estar permanentemente conectados a una red telefónica podemos traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018¹⁴ que resolvió una cuestión prejudicial en torno a la consideración como tiempo de trabajo de las guardias domiciliarias. El supuesto de hecho fue el de un bombero belga que solicitó una indemnización del Ayuntamiento de Nivelles por no abonarle las retribuciones relativas a sus servicios de guardia domiciliaria. El TJUE ha precisado, en primer lugar, que los conceptos de “tiempo de trabajo” y “período de descanso” se excluyen mutuamente. Por ello, en mi opinión, de acuerdo con esta interpretación, las guardias caerán de un lado o del otro, sin que quepan estadios intermedios, dependiendo claro está de cada caso concreto. Así las cosas, el factor determinante para la calificación de “tiempo de trabajo”, en el sentido de la Directiva 2003/88, es el hecho de que el trabajador esté obligado a permanecer físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En el supuesto resuelto por la sentencia de 21 de febrero de 2018 el trabajador debía responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de 8 minutos y, por otra parte, estaba obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por éste. De suerte que, tal y como ha sido argumentado por el TJUE *“la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales”*. Por lo tanto, el Tribunal Europeo concluye que la situación de guardia domiciliaria del Sr. Matzak debe considerarse como tiempo de trabajo. Se trata, sin duda, de una respuesta ante una situación muy concreta y que entiendo que no puede ser extendida a todos los supuestos de guardias domiciliarias. Lo determinante será, en mi opinión, el grado de disponibilidad que tenga el trabajador para realizar cualquier actividad de ocio o de vida personal y familiar, considerándose como tiempo de trabajo cuando esté claramente restringida o limitada, como así sucede en el caso del bombero belga. Junto con ello, el TJUE recuerda que los Estados miembros pueden establecer en su derecho nacional que la retribución de un trabajador en

¹⁴ STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, caso Rudy Matzak.

“tiempo de trabajo” no sea la misma que la de un trabajador en “período de descanso”, hasta el punto de que pueden llegar a no reconocer retribución alguna durante este último período.

Consecuentemente, aunque la ley no prevea expresamente nada al respecto, los tribunales han ido dando respuesta a algunas de las cuestiones que se han ido planteando sobre el alcance de las comunicaciones empresariales fuera de la jornada laboral. Así, de un lado, la Audiencia Nacional ha determinado que es contrario a derecho y que excede del mandato del artículo 20 ET cualquier orden empresarial que obligue a los trabajadores a mantener el teléfono profesional operativo más allá de la jornada laboral. De otro lado, el Tribunal Supremo ha precisado que es abusivo que la empresa imponga una cláusula mediante la cual se exija a los trabajadores proporcionar los datos relativos a su número de teléfono y cuenta de correo de índole personal. En último término, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado como tiempo de trabajo una guardia domiciliaria en la que una persona debe de estar pendiente del teléfono móvil y en caso de llamada presentarse en ocho minutos en el lugar de trabajo. Todas estas respuestas judiciales inciden con mayor o menor intensidad en la escisión entre tiempo de trabajo y descanso y, veladamente, en el derecho a la desconexión digital. Por este motivo, una primera respuesta ante la anomia existente posaría por no hacer nada al respecto. Esta opción vendría sustentada en que los artículos 34 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, junto con la intervención judicial, darían suficiente cobertura a estas situaciones. En ese sentido, no cabe perder de vista que el Estatuto de los Trabajadores, y más ampliamente la negociación colectiva, ya ponen límites a la jornada de trabajo y regulan el régimen jurídico de los permisos, los descansos y las vacaciones. Ahora bien, también es cierto que la respuesta judicial y la correspondiente interpretación del panorama normativo vigente han tenido lugar, sobre todo, en supuestos tan evidentes como el que provocó la intervención de la Audiencia Nacional en el año 1997. De esta suerte que la solución a estos casos con la regulación normativa actual se revela óptima cuando una determinada empresa, mostrando una evidente imprudencia, impone una norma escrita en la que expresamente obliga a sus empleados a estar conectados de forma permanente fuera del horario laboral. Ahora bien, la situación más común y que mayores dificultades de control y falta de reacción provoca tiene lugar cuando la comunicación digital extemporánea se realiza *de facto*, es decir, de forma espontánea. De forma resumida, serían todos aquellos mensajes o llamadas producidos fuera de la jornada de trabajo sin que exista ninguna orden empresarial aparente. En estos casos resulta mucho más complicado actuar, pues una orden empresarial reflejada por escrito puede toparse con la oposición de algún sindicato, si tuviera presencia en esa empresa, pero un correo o mensaje personal enviado de forma individual

difícilmente resultaría impugnado. Si estas comunicaciones llevadas a cabo durante el tiempo de descanso se suceden por goteo, durante un periodo persistente de tiempo, podrían desembocar en alguno de los trastornos de salud citados *supra*, por ejemplo, en el síndrome de estar “quemado”. Por este motivo, entiendo que una regulación, legal o convencional, sería oportuna con la simple finalidad de concienciar sobre una práctica empresarial que se encuentra ampliamente asentada.

Una vez hayamos admitido que sería conveniente una respuesta por parte del legislador, tenemos que preguntarnos a continuación donde encontraría una mejor cabida su inserción normativa. Las posibilidades sobre el particular son múltiples.

Una primera opción pasaría por establecer la desconexión digital como un derecho de los trabajadores. En este sentido, podría incluirse en el artículo 4 ET, en un nuevo apartado h) y pasando la locución que ocupa actualmente la citada letra a la grafía i), puesto que en la anterior se recogería una suerte de cláusula de cierre que sería conveniente mantener en la última posición¹⁵. De esta manera se integraría a la desconexión digital como un derecho laboral genérico cuya regulación no debería de ser demasiado profusa, sino simplemente enunciativa, siendo conveniente que se efectuara una llamada a la negociación colectiva para completar su significado y dotarlo de contenido. Por el momento, las fuentes doctrinales e informativas que he consultado conceptualizan a la desconexión digital como un “derecho de los trabajadores”. En mi opinión, diseñar esta cuestión como un derecho no terminaría de resolver las situaciones en la que, *de facto*, un empresario decide enviar mensajes o realizar llamadas fuera del horario laboral, pues aun amparándole este derecho, el trabajador que los reciba tendría pocas o nulas alternativas de reacción. La intervención sindical o por parte de los representantes de los trabajadores, en caso de que existan en una determinada empresa, podrían venir de la mano, principalmente, ante normas escritas que obligaran a los empleados a permanecer conectados fuera del horario laboral. Pero cualquier empresario bien informado evitaría este tipo de normas internas de carácter escrito, llevando a cabo estas actuaciones de forma espontánea. Frente a estas situaciones sería muy complicado actuar: primero, porque, directamente, el trabajador afectado seguramente decida no impugnar; segundo, porque la reparación sería probablemente una reposición del derecho conculcado, quizás con una condena de cesación que no evitaría en absoluto la reiteración de la conducta; tercero, porque una eventual indemnización por daños y perjuicios o morales se toparía con un largo recorrido de difícil construcción doctrinal y judicial y con cierta inseguridad jurídica hasta que se lleguen a confinar los perfiles de esta forma de resarcimiento.

¹⁵ El actual apartado h) expresa textualmente “a cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo”.

Otra opción podría ser la integrar este derecho, quizás de una forma un tanto más completa, en cualquiera de los artículos 34 a 38 ET, referidos como es de sobra conocido, a la regulación del tiempo de trabajo. Por ejemplo, en el artículo 34 ET podría incluirse en el apartado 3 cuando se dice que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas y que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias. En este sentido, se podría proponer que en la horas de descanso entre jornadas o bien superadas las horas diarias de trabajo el empresario no pudiera realizar comunicación alguna con los empleados, salvo causa de fuerza mayor. En el apartado 5 también podría adicionarse a la locución referida al tiempo de trabajo cuando establece que se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, en el sentido de que una vez superado el mismo cabría respetar el oportuno derecho a la desconexión digital. Indudablemente, también podría regularse de forma más amplia abriendo un apartado separado dentro de este mismo artículo 34 ET. Otro de los preceptos referidos al tiempo de trabajo en los que entiendo que podrían tener cabida este derecho sería en el número 37, relativo al descanso semanal, fiestas y permisos. Dejando de lado la ordenación de las fiestas y permisos donde considero que no tendría demasiado encaje, podría abrirse un apartado específico en el párrafo primero donde se especificara que el empresario vendría obligado a respetar el descanso semanal de los trabajadores limitando el envío de correos, mensajes y llamadas profesionales y a observar con ello el derecho de éstos a la desconexión digital. También podría plantearse su incorporación en el artículo 38 ET, en el sentido de limitar las comunicaciones empresariales durante las vacaciones anuales retributivas, aunque sería un acometimiento parcial y limitado del problema. Efectivamente, lograr la desconexión digital durante las vacaciones sería importante, aunque lo que realmente genera síntomas de estrés y el síndrome de estar quemado es su inobservancia diaria, paulatina o continua. Por ello, entiendo que una posible reforma del artículo 38 ET no debería de caminar sola y tendría necesariamente que completarse con alguna inclusión en los preceptos acabados de comentar. En cualquier caso, ninguna de las anteriores opciones me parece necesaria, ni creo sinceramente que puedan resolver el problema, pues no se dejaría de hacer visible algo que ya podemos deducir con una recta interpretación de la regulación estatutaria vigente.

En mi opinión, la solución más convincente pasaría por una inclusión normativa en clave de “deber” empresarial. En los artículos 4 y 5 ET tendría un difícil encaje, ya que ambos están orientados hacia la perspectiva del trabajador, constituyendo derechos y deberes de la parte contratante más débil. De esta suerte que resultaría un tanto extraño y ciertamente aislado el

acoplamiento de un deber empresarial en los citados preceptos. Más congruente sería su inclusión en los artículos 34, 37 o 38 ET, pero en lugar de precisarlo como un “derecho de los trabajadores” viniera planteado claramente como una “obligación empresarial” que consistiera en el debido respeto al descanso de los trabajadores y en la prohibición de enviar comunicaciones fuera de la jornada, de acuerdo con lo establecido en la negociación colectiva para cada empresa o sector. Asimismo, entiendo que esta modificación debería ir acompañada de la oportuna inclusión de esta obligación entre las materias sancionables de la LISOS. Podríamos discutir su ubicación exacta, que en mi opinión, debería de tener lugar: bien en la subsección primera del capítulo II, relativa a “infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas”; bien en la sección segunda de este mismo capítulo, referida a las “infracciones en materia de prevención de riesgos laborales”. Más discutible sería la consideración del quebrantamiento de este deber empresarial como sanción leve, grave o muy grave, siendo deseable que se ubicara en cualquiera de las dos últimas graduaciones. La consideración de la desconexión digital en el ámbito laboral como un deber empresarial y su acompañamiento en la LISOS permitiría a la inspección de trabajo actuar y sancionar a los empresarios que incumplan la normativa, ofreciendo una interesante solución a los casos en los que un trabajador se encuentra dificultado para reaccionar contra la empresa. Además, una eventual actuación inspectora, que podrían comprometer en cierta medida la economía de la empresa, podría constituir un importante acicate como medida preventiva que ahuyente este tipo de acciones. Desde mi punto de vista, tampoco estaría de más completar esta regulación con alguna incursión normativa en la LPRL, por la evidente conexión existente entre la desconexión digital y el estado de la salud de los trabajadores. Quizás podría establecerse entre las competencias de los Delegados de Prevención, aunque solo las empresas de más de 50 trabajadores vendrían obligadas a contar con estos especiales representantes. Otra opción sería abordar la desconexión digital en el artículo 14 que recoge el derecho a la protección frente a los riesgos laborales, o bien, entre las medidas a incluir en el plan de prevención regulado en el artículo 16. En cualquier caso, la LPRL es extremadamente amplia en el sentido de que, como es natural, no concreta unos riesgos que dependen de cada sector de actividad y cada empresa en particular. Ahora bien, como la desconexión digital parece un problema que potencialmente puede afectar, aunque con diferente intensidad, a buena parte de las actividades laborales, entiendo que sería interesante que se incluyera expresamente en alguno de los preceptos citados, o bien, en menor medida, que abriera un artículo separado que lo contemplara de forma aislada y con mayor amplitud.

En definitiva, desde mi punto de vista, sería interesante abordar el problema de la desconexión digital en el ámbito laboral como una interdicción del empresario a la hora de enviar mensajes y realizar llamadas fuera del horario laboral, salvo en los casos de urgente necesidad o de guardias domiciliarias que sean consideradas como tiempo de trabajo. En el teletrabajo habría que escindir muy bien lo que se considera como horario de trabajo y tiempo de descanso, pudiéndose efectuar comunicaciones en el primer caso y limitando las mismas en el segundo, sin duda, un delgada línea difícil de trazar y que debería de quedar confinada por el contrato de trabajo o la negociación colectiva. En resumidas cuentas, lo que desde estas líneas estoy proponiendo es un cambio en la perspectiva en la que parece que se está focalizando este problema y que consistiría regular la desconexión digital como un *deber empresarial* en lugar de un derecho de los trabajadores. De otra forma los trabajadores encontrarían serias dificultades para hacer valer este supuesto derecho. De esta manera, podríamos dar cabida a la actuación inspectora y conseguir que los empresarios dejen incurrir en un hábito que se encuentra ampliamente edificado en la práctica. En esencia, se trata de regular en el Estatuto de los Trabajadores la desconexión digital como un deber del empresario oportunamente acompasado con una previsión específica en la LISOS. Junto con ello, creo que no estaría de más alguna inserción en la LPRL. En todo caso, la regulación legal no supondría más que una breve aproximación a un deber empresarial cuyo contenido específico sería aconsejable dejar en manos de la negociación colectiva. No cabe desconocer que la obligada desconexión digital no afecta de igual modo ni en la misma intensidad a todas la actividades laborales, por lo que deberían de ser los actores legitimados para impulsar la negociación colectiva los que lo doten de contenido, sobre todo, mientras llega una reforma legislativa que incluso podría no llegar a producirse nunca.

2.1 EL PRECEDENTE NORMATIVO FRANCÉS.

En el año 2016 Francia legisló en materia de desconexión digital en el ámbito laboral y, en gran medida, este hito ha reavivado el debate en nuestro país. Fue el 9 de agosto de 2016 cuando el Diario Oficial de la República Francesa publicó la Ley nº 2016-1088 de 8 de agosto de 2016¹⁶, mediante la cual se incorporó un nuevo apartado séptimo en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo Francés. Traducido al castellano, dicho precepto viene a decir, textualmente,

¹⁶ LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n° 0184 su 9 août 2016).

que la negociación anual sobre igualdad de mujeres y hombres deberá de tratar *“las modalidades de pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como a su vida personal y familiar”*. En caso de que no hubiera acuerdo en la negociación de esta materia, corresponde al empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, elaborar una política de actuación al respecto. *“Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”*.

El precedente francés ha sido visto por la doctrina como una ley más programática que imperativa en su ejecución práctica¹⁷, mientras que para otro sector, pese a reconocer el mencionado carácter ha opinado que supone un gran avance en el proceso “positivizador” del derecho a la desconexión digital¹⁸. Como podemos apreciar a simple vista, este derecho viene incardinado en el seno de la negociación colectiva anual en materia de igualdad de género, por lo que quizás, la técnica jurídica utilizada por el legislador francés no haya sido la más convincente. Junto con ello, en el texto de nuestro país vecino no se define en ningún momento la nueva categoría jurídica instaurada. En esencia, la ley francesa no preceptúa un derecho imperativo, ni recoge sanción o consecuencia alguna sobre su infracción, antes al contrario, cede a la negociación colectiva el testigo para que sea ésta quien regule la desconexión digital con la finalidad de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores, así como a su vida personal y familiar. Ahora bien, en caso de que no hubiera acuerdo corresponderá al propio empresario, previa consulta con los representantes legales, elaborar una política que preserve el derecho a la desconexión digital, contemplándose sus modalidades de ejercicio así como la formación y sensibilización de trabajadores y directivos. Otra crítica que se le ha hecho a esta regulación es que no se aplica a todas las empresas y, por ende, no llega a proteger a todos, sino únicamente a las que ocupen a más de 50 trabajadores¹⁹. Por lo tanto, en la experiencia

¹⁷ VALLECILLO GÁMEZ M^a. R. “El derecho a la desconexión: “¿novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso”, *RTSS. CEF*, n.º 408. 2017, pág. 171.

¹⁸ ALEMÁN PÁEZ, F. “El derecho a la desconexión digital (1). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N.º 2016-1088)”, *Revista de Trabajo y Derecho*, n.º 30. 2017, pág. 9 (de la versión Smarteca).

¹⁹ DI MEO, R. “Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata”, *Labour & Law Issues*, n.º 2, 2017, pág. 23.

francesa se abre un espacio importante para la negociación colectiva, que tendrá la encomienda de precisar el alcance, en ausencia de definición legal, del predicado derecho a la desconexión²⁰.

2.2 EL PRECEDENTE NORMATIVO ITALIANO.

Más adelante en el tiempo, la República Italiana también aprobó una reciente reforma donde se deja entrever una cierta preocupación por la desconexión digital como derecho de los trabajadores, ahora ya reconocido *ex lege*. Dicha incorporación vino de la mano de la Legge 22 maggio 2017, n° 81 relativa a las medidas de tutela del trabajo autónomo y medidas para favorecer una articulación flexible del tiempo y lugar de trabajo por cuenta ajena²¹. La mencionada norma entró en vigor el 14 de junio de 2017. En su capítulo segundo, artículos 18 a 24 regula el “lavoro agile” (trabajo ágil) que viene a constituir una forma de desempeño de la actividad flexible donde se alterna la presencia física en la empresa con el trabajo a distancia.

Para esta modalidad de trabajo reconocida legalmente en Italia se prevén ciertas cautelas, incluidas las relativas a la prevención de riesgos laborales. En lo que a este estudio interesa, cabría tener en cuenta, particularmente, el contenido del artículo 19 de la señalada ley, donde de una forma clara se recoge el derecho que tienen estos trabajadores al respeto a su tiempo de descanso y se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos de trabajo que son parte fundamental de esta modalidad de “trabajo ágil”²².

En puridad, el legislador italiano no califica expresamente a la desconexión digital como un derecho, como sí sucede en la normativa francesa, extremo que sí que aparece claramente especificado en la tramitación parlamentaria del precepto en cuestión²³. Aunque sí que ordena que en el desempeño de la modalidad contractual del “trabajo ágil” el empleado pueda desconectar de los instrumentos tecnológicos y para ello será necesario estructurar el tiempo de trabajo. El “trabajo ágil” parece responder a un *tertium genus* entre trabajo presencial y a distancia, siendo en esta segunda vertiente, que es cuando la actividad se desempeña desde casa, donde se deben acordar reglas para desconectar digitalmente del trabajo.

²⁰ MERCADER UGUINA, J.R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y robótica*. Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pág. 162.

²¹ Legge 22 maggio 2017, n° 81. Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.

²² El artículo 19.1, *in fine*, de la Ley Italiana establece, textualmente que: “*l'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*”.

²³ Vid. DI MEO, R. “Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata”...*op. cit.* pág. 28.

3 EL PRECEDENTE CONVENCIONAL A NIVEL EMPRESA: EL CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO AXA.

Las dificultades existentes a la hora de legislar sobre un derecho –o deber- adaptable a toda organización desde una posición generalista, invitan a que sea la negociación colectiva la que lidere este cambio y profile los contornos sobre esta cuestión. El Estatuto de los Trabajadores no puede normativizar más que un derecho o un deber en abstracto, genérico y con carácter dispositivo, siendo desde mi punto de vista la negociación colectiva la que lo tendría que concretar y delimitar en función del sector o tipo de actividad imperante en cada caso. El convenio colectivo es una norma jurídica más versátil que el Estatuto de los Trabajadores y presenta una mayor capacidad de adaptación, por lo que entiendo que debería de tomar las riendas a la hora de regular el alcance de este “viejo” problema que con el avance de la tecnología ha ido adquiriendo nuevos matices. La mayoría de autores que por el momento se han aproximado a este tema también coinciden en que el instrumento más adecuado para acometer esta tarea es el convenio colectivo²⁴, además, siendo preferible el de empresa²⁵.

Sin utilizar el convenio colectivo como vehículo de normalización, tenemos conocimiento de algunas grandes empresas que ya han ido implantando en su hoja de ruta protocolos de actuación en materia de desconexión digital. Por ejemplo, en Mercedes Benz los trabajadores pueden acogerse al programa “Mail on holiday” que direcciona a otros compañeros los correos que les lleguen a través de la cuenta de Outlook mientras se encuentran disfrutando de sus vacaciones. Por su parte, y sin movernos del sector de los “gigantes” del motor, la empresa Volkswagen viene desconectando desde 2011 sus servidores informáticos entre las 18:15 horas y las 7:00 horas²⁶. Otras empresas, como IBM, han optado por no controlar los días de vacaciones de sus empleados, argumentando que éstos pueden organizar libremente su ocio y su trabajo²⁷.

El reflejo de la desconexión digital en el negociación colectiva es todavía muy incipiente y salvo error o desconocimiento por mi parte solamente ha trascendido a la opinión pública el derecho recogido expresamente por esta vía por el Convenio Colectivo del Grupo AXA. En el

²⁴ GORDO GONZÁLEZ, L. “El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías”, *Revista de Información Laboral*, nº 12. 2017, pág. 7 (BIB 2018/5500).

²⁵ USHAKOVA, T. “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 192. 2016, pág. 9 (BIB 2016/85593).

²⁶ Datos extraídos de la obra de MERCADER UGUINA, J.R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y robótica...Op. Cit.*, pág. 160.

²⁷ Dato extraído del estudio de GORDO GONZÁLEZ, L. “El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías”, *Op. Cit.*, pág. 5 (BIB 2018/5500).

texto convencional de esta compañía de seguros, negociado para el arco temporal 2017-2020, se puede observar un Capítulo III referido a la “organización del trabajo y nuevas tecnologías” donde se encuentra ubicado el artículo 14, que textualmente reconoce el “derecho a la desconexión digital”. El precepto aludido se detiene en primer lugar en un breve análisis sobre el estado de la cuestión, reconociendo que el avance de la tecnología ha incidido en la forma en la que se presta la relación laboral, en concreto, en la delgada línea existente hoy en día entre el tiempo de trabajo y el descanso²⁸. En consecuencia, los primeros asertos del artículo 14 del Convenio de AXA aportan más bien poco jurídicamente hablando, pues no obligan, ni reconocen, ni comprometen a nada. En este sentido, hasta el último de los tres párrafos en los que se divide este artículo no aparece cierto compromiso por parte de la aseguradora. Textualmente, el párrafo tercero del precepto que nos ocupa, señala lo siguiente: *“es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”*. La primera parte del párrafo no es más que una mera declaración de intenciones sin repercusión aparente, pues simplemente se muestra el compromiso de los firmantes a “impulsar” el derecho a la desconexión digital, extremo que finalmente ni siquiera puede que llegue a producirse. Un tanto más comprometida, aunque con demasiada timidez, es la locución final, donde se indica que salvo *“causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”*. Varias cuestiones resultan criticables, a mi entender, acerca de esta regulación convencional.

En primer lugar, acuso una falta de armonización y sistematización dentro del propio Convenio y que refuerce este supuesto “derecho” a la desconexión digital. Ciertamente, se podría haber aprovechado la ocasión para reflejar este “derecho” en algunos de los artículos referidos a la jornada, a las horas extraordinarias o en los artículos 28 y 29 que regulan el régimen de los

²⁸ Así lo expresa textualmente el artículo 14 del Convenio de AXA: *“los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.*

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores”.

descansos y las vacaciones, respectivamente. Quizás una mayor y mejor coordinación hubiera ayudado decididamente a reforzar este “derecho” que ha sido incluido por vez primera en el artículo 14 del Convenio Colectivo de AXA.

En segundo lugar, creo que hubiera sido deseable que se anudaran algunas repercusiones ante el incumplimiento por parte de la empresa. El artículo 14 solamente reconoce el derecho a no responder mails y mensajes profesionales fuera del horario laboral pero no dota a los trabajadores de ningún canal especial para reclamar en caso de que esta previsión no se cumpla. Tampoco se implica a los representantes legales de los trabajadores en esta materia, más allá de que junto con el empresario coinciden en la necesidad de impulsar este “derecho”. En definitiva, me estoy refiriendo a la falta de implantación de algún mecanismo útil para asegurar el cumplimiento de este “derecho” o bien de incluir alguna vía de impugnación o evacuación ante su eventual incumplimiento. Por esta razón –y por la que expondré a continuación- vengo utilizando el vocablo “derecho” entre comillas, porque su configuración se topa con importantes dificultades a la hora de hacerlo efectivo y en ningún caso parece que termine por comprometer a la empresa.

En tercer lugar, tal y como he intentado explicar en otro epígrafe anterior, en el artículo 14 de este Convenio se pone el foco en la desconexión digital como un “derecho de los trabajadores” y no como *“un deber empresarial”*. Que el convenio colectivo que se está comentando indique que reconoce el derecho a los trabajadores a no responder mails y mensajes fuera del horario supone, en mi opinión, fracasar en el enfoque que entiendo que debería de procurarse sobre este problema. Con el artículo 14 de este Convenio en la mano no se solucionan los casos en los que un trabajador concreto reciba correos o mensajes fuera del horario laboral. Seguramente, pueda servir como fundamento para el hipotético caso en el que la empresa sancionara a algún empleado por no contestar los aludidos correos o mensajes, con las dificultades probatorias que se derivarían de esta situación en caso de que este motivo no sea directo y se encuentre encubierto en otra causa distinta. Pero cuando un trabajador reciba estas comunicaciones fuera de la jornada seguiría viéndose “obligado” a contestar –o quizás, amparado en este nuevo “derecho” decida no hacerlo-, pero de lo que no me cabe duda es de las serias dificultades que tendría para reaccionar frente a la empresa por más que el artículo 14 de su Convenio le reconozca el mismo. En este sentido, creo que hubiera sido preferible regularlo como un deber empresarial, tal y como he defendido con anterioridad.

En cualquier caso, entiendo que sí que debería de reconocerse la valentía del Grupo AXA en atender a una realidad que en la actualidad está en boga y hacerla visible en un Convenio

estatuario propio. De esta forma ha contribuido a generar debate y, con suerte, podría arrastrar a otras empresas a regular acerca de la desconexión digital en el ámbito laboral.

4 CONCLUSIÓN.

Tal y como he advertido en este breve estudio de aproximación a la figura la desconexión digital en ámbito laboral, estamos ante un problema clásico, que se creía ya superado, pero que ha irrumpido en la actualidad por la decisión adoptada por otros países de la Unión Europea. Con todo, no es menos cierto que estamos ante una cuestión que con el avance de la tecnología ha llegado a alcanzar una dimensión preocupante. La posibilidad de estar conectados a la red a través de dispositivos móviles en todo momento y cualquier lugar supone un potencial muy elevado para, entre otras muchas cuestiones, poder recibir comunicaciones empresariales referidas a la actividad laboral. Esta situación ha terminado por difuminar definitivamente la línea que separa el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso.

En nuestro país todavía no contamos con una regulación sistemática sobre este derecho, más allá de algún convenio colectivo aislado que por el momento se ha animado a reconocer este “derecho”. Por lo tanto, el debate se centra ahora mismo en la necesidad de legislar sobre el particular y como llevar a cabo esta tarea. En mi opinión sería deseable que el legislador incluyera esta cuestión de manera expresa, configurando un deber para el empresario. En este sentido, frente a las corrientes dominantes, que centran el enfoque en la desconexión digital como un *derecho* del empleado a no atender a las obligaciones derivadas de su trabajo a través de cualquier dispositivo electrónico, entiendo que sería preferible plantearlo a la inversa, es decir, como el *deber* de todo empresario a no enviar notificaciones y mensajes de contenido laboral fuera de la jornada de trabajo y, en general, durante el tiempo de descanso de los empleados. Una adecuada conjunción entre el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social podría ofrecer una útil y eficaz solución contra este problema. En cualquier caso, entiendo que la solución legal tendría que ser adoptada a través de una redacción de carácter dispositivo, haciendo una llamada hacia la negociación colectiva para que complete su contenido para cada sector o empresa concreta. Con todo, mientras la intervención del legislador no se produzca, serán los sindicatos, representantes de trabajadores y empresarios los que deberán de liderar esta tarea, siendo por lo demás el convenio colectivo, por su flexibilidad y adaptación, el instrumento idóneo para ir instaurando paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico el deber empresarial de respetar la desconexión digital. Estaríamos, en

definitiva, ante un escenario idóneo donde poder construir entornos de trabajo más saludables y con un uso más responsable de los medios tecnológicos. Pues no cabe perder de vista que unos trabajadores más y mejor descansados y con una adecuada conciliación entre su vida profesional y personal serán más productivos y competitivos. Corresponde por ende a los legitimados para negociar a nivel de empresa o de sector despertar de su letargo e instaurar los mecanismos oportunos para poder implantar este deber empresarial, que a la postre pueda llegar a cambiar con el paso del tiempo la tendencia actual, sin duda, una labor para nada sencilla.

5 BIBLIOGRAFÍA.

ALEMÁN PÁEZ, F. “El derecho a la desconexión digital (1). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088)”, *Revista de Trabajo y Derecho*, nº 30. 2017.

DI MEO, R. “Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata”, *Labour & Law Issues*, nº 2, 2017.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R. “El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)”, *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2016.

GORDO GONZÁLEZ, L. “El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías”, *Revista de Información Laboral*, nº 12. 2017.

LÓPEZ BALAGUER, M. “La ordenación del tiempo de trabajo”. *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (SEMPERE NAVARO, A.V. Dir.), MTAS, 2003.

MERCADER UGUINA, J.R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y robótica*. Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

NAVAL, C. SERRANO-PUCHE, J. SÁBADA, C. y ARBUÉS, E. “Sobre la necesidad de desconectar: algunos datos y propuestas”, *Education in the Knowledge Society*, nº 2, 2016.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L y PÉREZ DEL PRADO, D. “Economía Digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica”. *Informe realizado a instancias de la Fundación para el Diálogo Social*, 2017.

SOLDEVILA, L. “Desconexión. Objetivo: rendir más y vivir mejor”, *Harvard Deusto Business Review*, nº. 262, 2016.

USHAKOVA, T. “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 192. 2016.

VALLECILLO GÁMEZ M^a. R. “El derecho a la desconexión: “¿novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso”, *RTSS. CEF*, nº. 408. 2017.

SUPERVIVENCIA LABORAL EN LA CRISIS ESPAÑOLA: Las consecuencias de la precariedad y la supervivencia en términos de inclusión y empleabilidad

LABOR SURVIVAL IN THE SPANISH CRISIS: The consequences of precariousness and survival strategies in terms of inclusion and employability

Lucía Martínez Virto¹

RESUMEN: La crisis Española ha tenido un fuerte impacto en las condiciones de vida de los hogares. Si bien la devaluación salarial y la precarización de las condiciones de trabajo alcanzan a un elevado porcentaje de las familias españolas, los efectos más intensos han sido sentidos por aquellos hogares que previamente a la crisis tenían precarios vínculos laborales. El objetivo principal de este trabajo es presentar las estrategias de supervivencia que los hogares han desarrollado para enfrentar menores salarios, condiciones de vitales de mayor incertidumbre y un menor presupuesto para satisfacer sus necesidades vitales. Los resultados cuentan con un soporte metodológico de 34 historias de vida de los hogares en situación de vulnerabilidad. Los resultados que se presentan constatan, por un lado, la capacidad de resistencia de los hogares y la lucha por sobrevivir a la crisis. Por otro, las consecuencias en términos de inclusión y empleabilidad que generan las propias estrategias desarrolladas. Como resultado, muchos hogares sobreviven pero se encuentran más lejos del acceso al empleo.

PALABRAS CLAVE: Crisis. España. Empleo. Servicios sociales. Estrategias.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Metodología para el estudio de las estrategias de supervivencia. 3. Estrategias de supervivencia a la crisis en España. 3.1 Hogares con estrategias de prevención de caída a la exclusion. 3.2 Hogares con estrategias de subsistencia a la exclusion. 4. Sobrevivir, pero estar más lejos de la inclusión sociolaboral: consecuencias de las estrategias en términos de empleabilidad. 4.1. Del desempleo a los obstáculos para la reinserción sociolaboral. 4.2 Vuelta al hogar familiar y pérdida de autoestima. 5. Conclusiones. 6. Referencias Bibliográficas.

ABSTRACT: The impact of the crisis in Spain has helped to harden the difficulties of a large number of households in Spain. Even though these conditions have had a widespread impact, it has been more acute in families, which before crisis were undergoing situations of difficulty. The main objective of this paper is to identify strategies and ways of survival that households have developed in order to face salary reductions, the increase of life uncertainty and the decrease of family budgets. These results have been chosen through a qualitative analysis of 34 life stories of households on social exclusion. From this analysis, two interesting results have been subtracted. On the one hand, household's resilience. On the other hand, the consequences of the strategies in terms of social integration and employability. As a result, households have survived the crisis but are further away from the labour market.

KEYWORDS: Crisis. Spain. Employment. Social services. Strategies.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Methodology for the study of survival strategies. 3. Strategies for survival to the crisis in Spain. 3.1 Households with fall prevention strategies to exclusion. 3.2 Households with subsistence strategies for exclusion. 4. Survive, but distant from social and labor inclusion: consequences of the strategies in terms of employability. 4.1. From unemployment to obstacles for social and labor reintegration. 4.2 Return to the family home and loss of self-esteem. 5. Conclusions. 6. Bibliographic references.

Artigo recebido em 18/01/2018.

Artigo aprovado em 12/06/2018.

¹ Lucía Martínez Virto é Professora Doutora do Departamento de Trabajo Social da Universidad Pública de Navarra. RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p 104-120, jan-abr/2018



1. INTRODUCCIÓN

La población española en riesgo de pobreza alcanzaba en el año 2011 al 21,8% de su población, un resultado que en valores absolutos se cuantificaría en casi 10.000.000 de personas con bajos ingresos (ECV, 2011). Así mismo, los niveles de pobreza severa alcanzaban en ese mismo año el 7,2%, es decir, en algo más de 3.000.000 de personas. También en ese año la tasa de desempleo alcanzaba el 20% y un año después adquirió su máxima tasa, 26,3%, o lo que es lo mismo, más de 6 millones de parados. (EPA, 2013).

Los primeros resultados de la crisis en España evidenciaban el deterioro que una buena parte de los hogares en España estaba sufriendo. Desde los primeros síntomas, el día a día de muchas familias se convirtió en una lucha constante por garantizar su bienestar y evitar, en la medida de lo posible, el desarrollo de procesos de exclusión severos o las privaciones en necesidades básicas como el alojamiento o la alimentación (Ayala y Cantó, 2011; Martínez Virto, 2014).

En los últimos meses, la reducción de la tasa de desempleo al 16,38% (EPA, tercer trimestre 2017) o el progresivo incremento de crecimiento económico presentan una España con brotes verdes que permiten ver el final de la crisis. Sin embargo, los informes sobre pobreza económica, calidad del empleo, oportunidades laborales, salud física y mental o convivencia constatan la crisis económica deja presupuestos familiares muy debilitados, reducida estabilidad vital, a presente y futuro, peor salud, mayor conflictividad y escasas oportunidades para alcanzar los niveles de bienestar perdidos.

A lo largo de este artículo se presentan las distintas formas de supervivencia que los hogares españoles han desarrollado para enfrentar la crisis. A partir de este análisis se identifican dos tipos de estrategias. Por un lado, aquellas que previenen de la caída a la exclusión y por otro lado aquellas que posibilitan subsistir en las situaciones de exclusión más severas. Con ello se analiza la implicación de estas acciones en las condiciones de vida de las familias, constatándose las consecuencias que el desarrollo prolongado de estas acciones ha tenido en los hogares. Estos efectos concatenados serán presentados a partir varios testimonios de personas desempleadas que han recibido un fuerte impacto de la crisis. En definitiva, este trabajo presenta resultados muy

importantes, por un lado contribuye a conocer el impacto de la crisis en las condiciones de vida de los hogares españoles afectados por el desempleo y la precariedad. Por otro lado, el análisis de las estrategias alerta de los riesgos que tiene el desarrollo prolongado de acciones de supervivencia en términos de empleabilidad, salud y de relaciones sociales. Con ello se abre un debate de interés sobre las consecuencias de estas estrategias en términos de inclusión, contribuyendo a un alejamiento de la reincorporación laboral más inmediata.

2 METODOLOGÍA PARA EL ESTUDIO DE LAS ESTRATEGIAS DE SUPERVIVENCIA

La identificación de las estrategias ha permitido, desde la disciplina del Trabajo Social o las ciencias de la intervención social, conocer la capacidad de resistencia, y resiliencia, que los hogares demuestran al enfrentarse a las dificultades. Ambos conceptos son importantes ya que permiten reconocer la capacidad que poseen los hogares usuarios para sobreponerse y adaptarse a las dificultades.

Sin embargo, su análisis entraña tres obstáculos fundamentales. En primer lugar, la dificultad de identificar si las acciones, en realidades de gran dificultad, tienen un trasfondo deliberado o más bien responden a una situación sobrevenida. Por otro lado, la dimensión temporal de las acciones también requiere identificar aquellas estrategias que, en realidades donde las dificultades se han prolongado, han podido convertirse en parte de la dinámica cotidiana del hogar. Por último, otros elementos de carácter subjetivo como las motivaciones y la voluntariedad que impulsan su diseño (Crow, 1989). A pesar de estas dificultades, se apuesta por la incorporación de este término, y se entiende que son aquellas acciones diseñadas para contrarrestar las dificultades cotidianas a las que se enfrentan los hogares, debido a que se intuye que, a pesar de la intensidad de algunas dificultades, son acciones más o menos deliberadas. Por tanto, la creciente complejidad de este nuevo escenario demanda el diseño de un método de análisis cualitativo, que atienda a ambas complejidades. El desarrollo de técnicas cualitativas habilita, a través del ejercicio interpretativo, el acercamiento a los significados y las percepciones, la identificación de las implicaciones de los fenómenos en el marco contextual cotidiano y, en última instancia, comprender los aspectos más complejos de las estrategias (Kornblit, 2007). Entre algunos de estos elementos susceptibles de ser trabajados destacan los discursos, las trayectorias o los aspectos subjetivos y motivacionales implícitos en el desarrollo de cada una de ellas.

Para tratar de superar cada una de estas dificultades analíticas se apuesta por la elección del método biográfico, y más concretamente el relato de vida, como herramienta de investigación social. Esta decisión está motivada por la necesidad de conocer el itinerario vital de un hogar a través de su propio discurso. Este método, que ya había sido utilizado en el espacio de la pobreza y la exclusión social en estudios previos como Laparra y Pérez-Eransas (2007) o Rodríguez-Cabrero et al. (2004), y permite acercarse a la realidad cotidiana de los hogares a través de su propia interpretación de los hechos y realidades que han acontecido a lo largo de estos años de crisis. Para este trabajo, tal y como se avanzaba en la introducción, se han realizado un total de 34 relatos de vida a hogares españoles que han sufrido un fuerte impacto de la crisis.

3 ESTRATEGIAS DE SUPERVIVENCIA A LA CRISIS EN ESPAÑA

Distintos informes vienen analizando, desde los primeros síntomas de la crisis, su impacto en las familias españolas (Laparra y Pérez, 2012; Moreno y Mari-Klose, 2013; Martínez Virto, 2015). Estos estudios han puesto sobre la mesa el papel que ha jugado la solidaridad familiar como amortiguador incuestionable de la crisis, fundamentalmente ante los primeros síntomas. Del mismo modo, aunque con algunas barreras de acceso para algunos colectivos, el sistema de prestaciones de ingresos mínimos ha ayudado a compensar la falta de ingresos en muchas familias. Las formas de resistir a la crisis en las familias han sido muy diversas, debido a que se han definido por el tipo de necesidades a las que hacer frente, pero sobre todo, por las capacidades para enfrentarlas. En este sentido, tan solo atendiendo a estos dos factores, comprendemos el porqué de la distinta capacidad de resistir de las familias.

El análisis de 34 relatos de vida a hogares afectados por la pobreza y el desempleo durante la crisis ha permitido identificar las estrategias que las familias han desarrollado para enfrentar las dificultades. La intensidad que unas u otras familias han vivido en materia de desempleo o la precarización laboral han determinado la capacidad de contrarrestar la crisis de manera autónoma. A modo de ejemplo, mientras los hogares afectados por el desempleo pero que cuentan con una prestación, vivienda en propiedad o algunos ahorros pueden emprender acciones y tomar decisiones de manera autónoma para enfrentar la situación de dificultad; otras familias también sin empleo y con prestación, pero con elevados gastos de vivienda, endeudamiento o con personas dependientes encuentran más dificultades de enfrentar la pérdida del empleo de manera autónoma, por lo que necesitarán pedir apoyo.

En este sentido, los resultados obtenidos permiten identificar dos tipos de hogares. Por un lado, aquellos hogares que, a pesar de disfrutar de situaciones de cierta estabilidad antes de la crisis, han sufrido un fuerte impacto en materia económica. Dichos núcleos, habitualmente ubicados en los espacios intermedios de precariedad y vulnerabilidad, han desarrollado estrategias de prevención de caída a la exclusión. Por otro lado, los hogares más excluidos, que antes de la crisis ya se encontraban en situación de dificultad, han desarrollado estrategias de subsistencia a la exclusión cuyo desarrollo ha tenido efectos más agudos en sus condiciones de vida. A continuación se explican en detenimiento ambas tipologías.

3.1 HOGARES CON ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN DE CAÍDA A LA EXCLUSIÓN

Estos hogares han sufrido de forma intensa el impacto de la crisis en materia laboral. Muchos de ellos han contemplado cómo las situaciones de relativo bienestar y estabilidad previas a la crisis se encontraban amenazadas por la pérdida de sus empleos y por el aumento de la precariedad laboral. Estos fenómenos han provocado que la estabilidad y capacidad adquisitiva de los hogares se reduzca y emerjan grandes dificultades para enfrentar sus gastos cotidianos. Como consecuencia, algunos padecen riesgos de exclusión en materia laboral, residencial y especialmente, dificultades para mantener el nivel de vida disfrutado hasta el momento.

Como respuesta a estas realidades, dichos hogares han desarrollado estrategias que contribuyen a compensar las dificultades y a frenar las trayectorias de descenso a los espacios de exclusión. Estas alternativas se han desarrollado, frecuentemente, de forma autónoma e interna tras un proceso de deliberación familiar que se ha materializado en una reestructuración de los gastos internos, un consenso en el orden de prioridades, y sobre todo, un gran esfuerzo colectivo de toda la familia.

Entre algunas de ellas destaca, a nivel laboral, el aumento de la búsqueda de empleo, la aceptación de condiciones muy precarias o el pluriempleo. En materia económica, la reducción de los gastos en alimentación, en ropa y calzado, en hogar, en servicios como el transporte, la sanidad o la educación, el ocio y el cuidado personal. Igualmente, se han limitado o retirado las ayudas que los hogares ofrecían a familiares en tiempos de bonanza, entre ellas, en el caso de la población de origen extranjero, la reducción de las remesas. Por último, en materia residencial, cabría subrayar el cambio a una vivienda más económica, el alquiler de habitaciones, el agotamiento de ahorros, la venta de propiedades o la solicitud de nuevos préstamos o moratorias financieras.

El desarrollo de estas estrategias ha frenado los procesos de exclusión y compensado muchas de las dificultades mencionadas. No obstante, éstas han tenido también importantes implicaciones cotidianas que han podido culminar en el desarrollo de nuevos procesos de exclusión, tal y como muestra la siguiente tabla. Estas consecuencias pueden organizarse en torno a tres áreas fundamentales: la económica, la relacional y la personal. A nivel económico, algunas alternativas como el agotamiento de ahorros, la venta de propiedades o la negociación de facilidades financieras, han contribuido a la descapitalización familiar y el aumento de las deudas, cuestionando incluso su estabilidad económica futura. Por tanto, son alternativas útiles a corto plazo pero insostenibles desde una perspectiva de futuro. A nivel social, el pluriempleo, la reducción del gasto en ocio, en internet y teléfono, la retirada de ayudas como las remesas o el cambio de residencia, han incrementado las situaciones de conflictividad social y reducido la frecuencia de contactos de los hogares con otras redes, contribuyendo a limitar el espacio relacional de estas personas y contribuyendo a su aislamiento social. Este proceso, además, implica una reducción del apoyo informal de estos hogares en el futuro. Por último, a nivel personal, las medidas de reducción del gasto en alimentación, sanidad, educación, transporte y cuidado, el acceso o la aceptación de trabajos muy precarios, el fracaso en la búsqueda de empleo, el abandono de procesos formativos y el desarrollo de estrategias residenciales como alquilar habitaciones, inciden negativamente en el plano individual. Entre estos efectos destaca el incremento del estrés, el empeoramiento de la salud, la desmotivación o la pérdida de autonomía personal y autoestima. Todo ello ha generado situaciones de tensión y conflictividad familiar por la existencia de algunas necesidades vitales no cubiertas, mermando la calidad de vida y la salud de las personas que componen estos hogares.

Tabla 1. Proceso de exclusión, estrategia de supervivencia y efectos de su desarrollo

Procesos de Exclusión	Estrategias	Efectos
Desempleo Empeoramiento de las condiciones laborales Menores oportunidades de empleo	Aumentar la búsqueda de empleo, aceptar empleos de condiciones más precarias, realizar trabajos en economía sumergida o combinar varios empleos (pluriempleo).	Menores relaciones sociales, tiempo de ocio, conflictos familiares, más estrés en casa, peor salud, bajos ingresos, menos autoestima, pérdida de autonomía y motivación.

Bajos ingresos	<p>Recorte de gasto en alimentación, ropa, calzado, medicinas o dentista. Reducción de gastos en el hogar (Calefacción, electricidad, agua, TV o internet), ajuste de gasto en ocio y cuidado personal.</p> <p>Reducción de la ayuda a la familia/amigos y menores remesas (personas migrantes)</p>	<p>Dieta pobre, obesidad, privaciones de salud, pérdida de relaciones o riesgo de aislamiento.</p>
Dificultades para pagar la vivienda (hipoteca, renta, agua, luz, calefacción, etc.)	<p>Alquilar habitaciones o compartir vivienda, gastar los ahorros, vender propiedades o pedir nuevos préstamos.</p>	<p>Peores condiciones de habitabilidad, pérdida de relaciones por cambio de barrio, pérdida de privacidad, incremento de conflictos y endeudamientos</p>

Fuente: Elaboración propia

A pesar de que las consecuencias surgidas del desarrollo de estas estrategias han podido abrir nuevas situaciones de dificultad, su puesta en marcha ha conseguido compensar algunas de las dificultades cotidianas y, sobre todo, ha frenado trayectorias de descenso que podrían haber culminado en realidades de exclusión. Este hecho se debe, por un lado, al propio desarrollo de estas acciones y, por otro, a que las situaciones de dificultad no tenían un carácter severo. Por el contrario, los hogares que ya se encontraban en realidades de dificultad, han tenido que desarrollar estrategias más agudas. Veamos a continuación en detalle.

3.2 HOGARES CON ESTRATEGIAS DE SUBSISTENCIA A LA EXCLUSIÓN

Los hogares con necesidades más intensas además de haber reestructurado sus dinámicas de gasto como estrategia para encarar las dificultades con las que actualmente conviven, se han mostrado incapaces de enfrentar gastos vinculados a la vivienda, de garantizar las necesidades básicas de sus hogares o de compensar otras dificultades de manera autónoma. Ello les ha impulsado a solicitar apoyos a agentes externos: ayuda institucional, informal, acceso a servicios como el Banco de Alimentos o el Roperero o, incluso, retornar a sus hogares de origen o a compartir piso con otras personas que no forman parte de la familia.

Como se puede observar en la tabla siguiente, estas estrategias responden a procesos de exclusión más intensos en materia económica, política y social que los mencionados anteriormente. En estos hogares, las situaciones de dificultad económica se traducen en el incremento de los obstáculos de acceso al empleo, la incapacidad de enfrentar los gastos y las necesidades básicas, el riesgo de perder la vivienda, la falta de apoyos informales, la dependencia económica o la incapacidad de solicitar prestaciones contributivas.

Como respuesta a ello, las estrategias se han orientado a prevenir situaciones de exclusión más extremas y a garantizar la sostenibilidad del hogar y sus miembros, aunque sea sobreviviendo a la pobreza. Entre ellas destacan las de carácter laboral como, por ejemplo, el cambio de ciudad para garantizar el trabajo o emprender nuevos negocios. En materia de vivienda, tras su pérdida, se opta por compartir piso o vivir con otros familiares. En tercer lugar, ante la insuficiencia de ingresos, destacan algunas alternativas como la de trabajar a pesar de la enfermedad, retrasar las rupturas, adaptar el tamaño del hogar u optimizar los recursos propios a través de la autoprovisión de alimentos. En cuanto a la incapacidad de garantizar las necesidades más básicas, se observa que el apoyo institucional, informal o el acceso al Roperero o Banco de Alimentos, e incluso soportar situaciones de alta conflictividad, han sido algunas de las actuaciones relatadas. De igual modo, ante la falta de apoyos informales, algunos hogares han optado por la búsqueda de servicios alternativos. Por último, el limitado apoyo institucional y el riesgo de perder la situación de regularidad administrativa han sido compensados con la búsqueda de otras fuentes de ingresos y las fórmulas de autoempleo.

Sin embargo, la puesta en marcha de estas acciones tampoco ha estado exenta de consecuencias no deseadas. Con respecto a los anteriores hogares, la intensidad de las situaciones

de exclusión y el limitado margen de las posibles estrategias, ha contribuido a incrementar sus dificultades y a mermar su capacidad de repuesta futura. Al igual que en el punto anterior, los costes podrían fundamentalmente agruparse en tres áreas. En primer lugar, a nivel económico, la acumulación de impagos en materia de vivienda, el aumento de la deuda, emprender negocios en tiempos de crisis o sufragar los gastos de cotización de un contrato ficticio, si bien son acciones que compensan y evitan realidades como, por ejemplo, la pérdida de la tarjeta de residencia, la pérdida de la vivienda o promueven el acceso al mercado de trabajo, por el contrario, incrementan el nivel de endeudamiento del hogar y limitan claramente su capacidad financiera para enfrentar dificultades futuras. En segundo lugar, a nivel relacional, cambiar de ciudad por trabajo, convivir con varios núcleos, soportar situaciones de tensión, retrasar rupturas y/o apoyarse de forma intensa en las redes informales, puede, entre otros resultados, culminar en un aumento de la conflictividad familiar, la sobrecarga de las redes ante la necesidad de asumir itinerarios vitales cada vez más largos y la pérdida de relaciones sociales. Por último, trabajar a pesar de estar enferma, retrasar o abortar procesos de emancipación al retornar a casa de familiares o compartir piso, o establecer relaciones de dependencia con instituciones o familiares, son estrategias que pueden derivar en la pérdida de autonomía e intimidad, en situaciones de dependencia o en la merma de autoestima al fracasar en los procesos de independencia personal.

Tabla 2. Procesos de exclusión, estrategia de supervivencia y efectos de su desarrollo

Procesos de Exclusión	Estrategias	Efectos
Bajas oportunidades de empleo	Aumento de la búsqueda de empleo en otra ciudad, región o país.	Aislamiento y separación de la familia
Endeudamiento vinculado a la residencia	Estrategias residenciales: retorno al hogar familiar, compartir piso con otras familias, retrasar rupturas de pareja, convivencias no deseadas o mantenimiento de relaciones con violencia.	Pérdida de autonomía, baja autoestima, empeoramiento de la salud, menores espacios familiares de crecimiento y aumento de los conflictos familiares.

Insuficiencia de ingresos para garantizar las necesidades básicas No contar con prestaciones sociales ni con otro tipo de apoyo	Pedir apoyo a la familia, amistades, servicios sociales u ONGs. Acceso al ropero, banco de alimentos y búsqueda de fuentes de ingresos en economía sumergida	Pérdida de autonomía, riesgo de familia sobrepasada, riesgo de conflictos y dependencia a la familia
Riesgo de perder la residencia legal en el país de residencia (personas migrantes)	Mantenimiento de relaciones con violencia Pago de tasas de cotización como “freelance”	Altas privaciones y condiciones de vida con elevada violencia
No contar con ningún apoyo familiar	Dificultades para desarrollar cualquier estrategia	Alto índice de privaciones y aislamiento

Fuente: elaboración propia

En definitiva, las respuestas de las familias a la crisis han puesto de manifiesto los esfuerzos por sobrevivir y las estrategias por contrarrestar el impacto. Ello destierra la habitual sospecha de que las personas desempleadas no buscan suficiente trabajo, o no hacen los suficientes esfuerzos para sobrevivir de manera autónoma. Sin embargo, uno de los resultados más significativos del estudio ha sido la constatación de que las estrategias no están exentas de costes. El desarrollo de estas acciones ha frenado los procesos de exclusión y compensado muchas de las dificultades mencionadas. No obstante, éstas han tenido también importantes implicaciones cotidianas que han podido culminar en el desarrollo de nuevos procesos de exclusión, fundamentalmente, si las estrategias se han extendido en el tiempo.

4 SOBREVIVIR, PERO ESTAR MÁS LEJOS DE LA INCLUSIÓN SOCIOLABORAL: CONSECUENCIAS DE LAS ESTRATEGIAS EN TÉRMINOS DE EMPLEABILIDAD

El efecto dominó de la crisis toma forma al identificar cómo las estrategias que responden a las situaciones de necesidad dan lugar a nuevas realidades de dificultad. Las trayectorias de exclusión en la crisis han tenido detonantes fundamentales como la pérdida de empleo, ausencia

de oportunidades laborales o la precarización de sus condiciones. La intensidad y la velocidad de estas trayectorias ha estado determinada por la capacidad de desarrollar estrategias de supervivencia, así como, por la ayuda encontrada en el camino. Los apoyos familiares o de amistades, prestaciones económicas, ayudas de emergencia para el pago de vivienda, servicios sociales o entidades sociales son algunos de los ejemplos que han amortiguado la caída en los hogares con más dificultades.

Sin embargo, también en los hogares con apoyos han visto que sus acciones no han estado exentas de costes. La crisis, por su impacto y extensión, ha puesto en evidencia los propios límites de las estrategias. Y años después, con una situación de crisis asentada en muchos hogares, podemos identificar algunos síntomas y consecuencias de ello.

Por tanto, la capacidad de resistir de las familias está mermada, es más débil que la que había años atrás, y ello se debe, en buena parte, a las consecuencias que han tenido las estrategias de supervivencia implementadas. La concatenación de efectos derivado del desarrollo prolongado de estrategias ha permitido sobrevivir a la crisis pero deja hogares más alejados del mercado de trabajo, personas con elevados niveles de malestar y baja autoestima, familias con conflictos intensos o personas más aisladas. A continuación, a través de dos testimonios, el de Gorka y Ana, se ilustran dos de las trayectorias de exclusión más habituales desarrolladas por las familias españolas en la crisis. A través de sus experiencias se comprueba cómo tras el desempleo prolongado se han vivido situaciones de pérdida de salud, deterioro personal, baja autoestima o ruptura familiar, contribuyendo a un alejamiento de estos hogares de la reincorporación laboral a corto plazo.

4.1 DEL DESEMPLEO A LOS OBSTÁCULOS PARA LA REINSERCIÓN SOCIOLABORAL

Como se ha observado en el punto anterior, las estrategias de resistencia a la crisis han tenido efectos muy intensos en algunos hogares, especialmente, en aquellos donde la extensión de las dificultades se ha alargado.

Las estrategias de ajuste de gasto, fuertemente vinculadas a los hogares que han sufrido una pérdida importante de capacidad adquisitiva, se han materializado en cestas de la compra de

bajo coste, impago de suministros, riesgos de impago de vivienda, incluso, en algunas privaciones básicas. Como consecuencia de ello, en algunos hogares ha crecido el endeudamiento y/o se han instaurado dinámicas de alimentación muy perniciosas marcadas por abuso de alimentos económicos como la pasta, el arroz o los congelados, limitando el consumo de productos frescos.

El informe Foessa ya reflejaba en 2011 que el 37,2% de las personas excluidas declaraba mantener una dieta inadecuada. El incremento de la obesidad y el sobrepeso en los hogares con más dificultades es una de las consecuencias de vivir situaciones de pobreza. La última encuesta Europea de Salud (2014) constata que la obesidad afecta al 21,5% de las personas con empleos no cualificados, mientras que solo el 8,78% de las personas con los empleos más cualificados y remunerados la padece.

Estas acciones han tenido, por tanto, un incuestionable efecto en la salud física y mental de los hogares españoles, dando lugar a un deterioro familiar y personal muy intenso. El ejemplo de Gorka, una de las personas entrevistadas, es muy clarificador para entender los efectos concatenados de cada una de las dificultades a las que ha tenido que hacer frente en estos años.

Tal y como se observa en el siguiente fragmento, el deterioro físico y mental de Gorka le aleja de una reincorporación rápida al mercado de trabajo. Lo que en un momento era una dificultad económica vinculada al desempleo, actualmente son numerosas dificultades acumuladas. Por tanto, el desempleo prolongado, la falta de oportunidades laborales o la precariedad del empleo están teniendo fuertes efectos en el deterioro de las personas.

“No puedo hacer dieta porque es más cara y mi salud está sufriendo”. No tengo oportunidades para trabajar debido a mi peso. Mi salud también es peor, tengo asma, me siento cansado y depresivo. Antes jugaba al fútbol, pero ahora dejé de jugar. Ahora tengo 30 o 40 kilos más. Moralmente me siento mal y muestro esta imagen en las entrevistas de trabajo” (Gorka, 38 años)

Grafico 1: Trayectoria de exclusión de Gorka

Desempleo → Ajuste de Gasto → Peor dieta → Sobrepeso → frustración-> baja autoestima → depresión-> alejamiento del mercado de trabajo.

Fuente: Elaboración propia

Numerosos estudios previos vinculan el desempleo con la pérdida de autoestima, incremento de la ansiedad, nerviosismo o el consumo de sustancias tóxicas (Stuckler et al., 2011; Glenn et al., 2010; Cottle, 2001). Gili et al. (2014) en un estudio realizado en España identificaron cómo en cuatro años los casos de depresión intensa habían aumentado un 2,34% (2006-2010).

Según los autores, desde los primeros síntomas de crisis, la depresión fue el trastorno mental que más aumentó, solo por detrás del abuso de alcohol. En el mismo estudio señalaban que los colectivos que más sufrían cuadros depresivos eran las personas desempleadas, las mujeres, empleados a tiempo parcial, mayores de 55 años, etc. Es decir, a los colectivos más vulnerables a la destrucción del empleo. En esta misma línea, el reciente análisis publicado en el Financial Times (1 de marzo de 2016) alertaba de la “devastación personal” de los españoles menores de 30 años, debido a que la precariedad laboral y la incertidumbre sobre su futuro estaban minando psicológicamente a este colectivo.

Este deterioro, en algunos hogares, ha podido culminar también en procesos de adicción o consumos y conflicto familiar. La encuesta Foessa (2014) subrayaba que dos de cada diez hogares con todos los activos en paro sufrían enfermedad mental. En este sentido, tanto la presencia de consumos de psicofármacos o alcohol en los hogares como la presencia de conflictos familiares se incrementa por cinco en las familias con algún miembro en paro y por diez en las que tenían a todos sus miembros en desempleo. En este sentido, todos estos procesos de deterioro han reducido de manera alarmante el bienestar de estas familias y, especialmente, su capacidad de resistencia a otras coyunturas difíciles.

4.2 VUELTA AL HOGAR FAMILIAR Y PÉRDIDA DE AUTOESTIMA

Tanto la pérdida del empleo como la ausencia de oportunidades laborales tienen importantes costes vitales. Entre los colectivos con más dificultades de acceso al mercado de trabajo destacan, entre otras, las personas de más de 45 años, mujeres con cargas familiares, personas extranjeras, de etnias minoritarias, o las personas jóvenes. En este caso, el último informe sobre emancipación juvenil en España (2016) señala, a partir de datos de Eurostat, que 1 de cada 3 jóvenes que ha logrado emanciparse vive en riesgo de pobreza o exclusión social. Por tanto, entre las bajas oportunidades de empleo en los jóvenes, las condiciones laborales precarias han multiplicado por tres la tasa de trabajadores pobres de entre 18 y 24 años desde 2007 a 2014 (de 7,1% a 21,3%). Si bien esta ha sido una realidad que se ha incrementado en toda Europa, en España este dato se sitúa 12 puntos por encima de la media europea (8,9%).

La vivienda supone uno de los gastos más elevados de una familia, y ante la reducción de ingresos, muchas de ellas se han visto ante la imposibilidad de hacer frente a hipotecas, alquileres o incluso suministros (agua, luz, calefacción, etc.). Mantener la residencia es determinante para el

bienestar de una familia, por tanto el pago de los alquileres o hipotecas se ha convertido en prioritario para las familias, por delante incluso a otras necesidades básicas de alimentación o salud. Sin embargo, la extensión de la crisis ha elevado el endeudamiento de las familias y ha hecho inviable en mantenimiento de algunas estrategias de supervivencia básica. Como consecuencia, los procesos de pérdida de la vivienda han llevado a las familias a implementar alternativas residenciales. Entre ellas destacan la búsqueda de vivienda más económica en otras zonas de la ciudad, los pisos compartidos entre varias familias o la vuelta a casa de los padres. En algunos casos estas decisiones llevan incluso a la ruptura o separación de los hogares que deben cambiar de residencia. Como transmite Ana, ella y su pareja tuvieron que separarse por la dificultad de hacer frente a la vivienda.

“No podíamos pagar el precio de la vivienda (agua, electricidad, calefacción), el alquiler era muy caro, así que decidimos dejar nuestro piso y regresar a casa de mis padres. Fue una de las decisiones más tristes de mi vida (...) Estoy triste y estoy compartiendo habitación con mi hijo. Él está nervioso porque vivimos lejos de su escuela y amigos”
(Ana, 32 años).

Grafico 2: Trayectoria de Exclusión de Ana

Desempleo → menos ingresos → privaciones residenciales → División de la familia → Retorno al hogar parental → frustración → depresión → baja autoestima → pérdida de autonomía y desmotivación → aislamiento

Fuente: Elaboración propia

A través del caso de Ana se puede comprender muy bien que el carácter concatenado de la crisis toma de nuevo forma en las consecuencias de estas estrategias habitacionales. El hacinamiento, la convivencia con otras familias en hogares compartidos o la vuelta al domicilio familiar ha tenido costes muy reseñables tanto a nivel personal como familiar. A nivel personal, los procesos de regreso a casa de los padres se han vivido con fuertes sentimientos de frustración e importantes deterioros de autoestima y pérdida de autonomía. Pero también a nivel familiar se han reducido los espacios de convivencia y se ha incrementado las tensiones en las familias. Por todo ello, el desarrollo de estas estrategias residenciales ha debilitado de manera muy reseñable a las familias afectadas, dando lugar a familias disgregadas, realojadas por familiares o que cohabitan en situaciones de hacinamiento. El impacto de estas consecuencias en el desarrollo vital y educativo de los menores son realmente dramáticas debido a que compartir piso con otros

núcleos implica para los menores un menor espacio de desarrollo o la convivencia con distintos adultos, dando lugar a un clima de inestabilidad familiar y de pérdida de referentes.

5 CONCLUSIONES

Frente a la tradicional imagen de dependencia y pasividad atribuida a los colectivos en situación de exclusión social y pobreza, el desarrollo de estrategias de supervivencia contribuye a contrarrestar las situaciones de dificultad de las familias. Este proceder se ha acentuado durante la crisis, donde las necesidades se han intensificado de forma significativa. Todo ello acredita, sin lugar a dudas, la destacada actividad de los hogares, superando los prejuicios que los vinculan con pasividad e indiferencia ante sus realidades de necesidad.

Sin embargo, el análisis empírico también ha evidenciado que la naturaleza de estas estrategias, sobre todo si son continuadas en el tiempo, podría tener efectos negativos y una limitada capacidad integradora a futuro. Algunos de los costes más relevantes identificados limitarán la capacidad económica futura del hogar ante el aumento de impagos, deudas o pérdida de ahorros. Igualmente pueden reducirse los apoyos sociales por el incremento de la conflictividad o la sobrecarga de la redes o existe riesgo a que el capital social e individual de muchas personas se vea limitado por la pérdida de autonomía, de autoestima, o el riesgo de sufrir depresión. Estas consecuencias concatenadas han instaurado en muchos hogares la mala salud física y mental, los consumos, el aumento de tensión y conflicto o la ruptura de vínculos. Todo ello hace menos “empleables” a las personas activas de una familia. Es decir, aleja más a estos hogares de las vías de inclusión tradicionales, engrosa los obstáculos de acceso al empleo y da lugar a que hogares que s en un primer momento tenían una dificultad económica o laboral, tras el paso del tiempo acumulen muchas dificultades (salud física, mental, familia, vivienda) que hacen más difícil, compleja y costosa la intervención social.

Este resultado es especialmente clarificador para comprender la realidad que viven los servicios sociales en España. En los últimos años la pobreza o falta de empleo, el agotamiento de las prestaciones y las necesidades en vivienda caracterizan una buena parte de la demanda de las redes de Servicios Sociales en España. A partir de aquí la presencia o no de menores, de problemas de salud física o mental, y el propio paso del tiempo contribuyen a la complejización de las situaciones. El aumento de la demanda y la complejización de los casos en los servicios sociales no ha venido acompañada de un refuerzo de programas y profesionales. Por tanto, las estructuras

públicas de apoyo también se han visto tremendamente debilitadas. Los resultados presentados alertan de los riesgos que, en términos de inclusión, tiene la sobrecarga de las familias y en términos de empleabilidad, la extensión de las situaciones de desempleo sin apoyo institucional. Ante ello, los recursos de prevención de la pérdida de capital social y económico de las familias como la protección económica, la promoción de oportunidades laborales para desempleadas de larga duración o los recursos de empleo social para la transición al mercado se erigen como buenas alternativas para evitar o reducir los itinerarios de exclusión vividos por las familias.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ayala, L.; Cantó, O.; Martínez, R. (2011). “El impacto de la crisis en la pobreza y la desigualdad”. En Laparra, M. y Pérez-Erasmus, B. (coord.) *El primer impacto de la crisis en la cohesión social*. (21-55) Fundación Foessa. Madrid: Cáritas.

Crow, G. (1989). The use of the concept of ‘strategy’ in recent sociological literature. *Sociology*. 23,1-24.

Cottle, T.J. (2001). *Hardest Times: The Trauma of Long Term Unemployment*. Westport: Praeger Publisher.

Financial Times (1st march 2016). The fear and despair of Spain’s young jobseekers. Tobías Buck. Online: <https://www.ft.com/content/c12e01d2-dbc4-11e5-98fd-06d75973fe09>

Foessa (2016). Análisis y perspectivas. Expulsión social y recuperación económica. Fundación Foessa. Online: http://www.foessa.es/publicaciones_compra.aspx?Id=5279&Idioma=1&Diocesis=42

Foessa (2014). VII Informe sobre exclusión y desarrollo social de España. Madrid: Fundación Foessa. Online: <http://www.foessa2014.es/informe/index.php>

Fundación ANAR (2015). Informe anual 2015. Online: <https://www.anar.org/informe-anual-2015-telefono-anar/>

Glenn, F.; Mitcheson, J.; Coleman, L. (2010). Families: Financial crisis. *Community Practitioner*, 83(2), 36-37.

Gili M, et al. (2014). Crisis económica y salud mental. Informe SESPAS 2014. Gaceta Sanitaria. Online: <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2014.02.005>

Kornblit, A. L. (2007). Historias y relatos de vida, una herramienta clave en metodología cualitativa. En Kornblit, A. L. (coord.) (2007). *Metodologías cualitativas en ciencias sociales*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Laparra, M. y Pérez-Erasmus, B. (2008). *Exclusión Social en España. Un espacio diverso y disperso en intensa transformación*. Fundación Foessa. Madrid: Cáritas.

Laparra, M. y Pérez-Erasmus, B. (coord.) (2011). *El primer impacto de la crisis en la cohesión social*. Fundación Foessa. Madrid: Cáritas.

Laparra, M.; Pérez-Erasmus, B. (coord.) (2012). *Crisis y fractura social en Europa: Causas y efectos en España*. Colección de estudios sociales nº 35. Barcelona: Obra social La Caixa.

Martínez Virto, L. (2014). *Sobreviviendo a la crisis: estrategias de los hogares en dificultad*. Barcelona: Ediciones Bellaterra. ISBN-13: 978-84-7290-662-4

Martínez Virto, L. (2015). *Itinerarios de exclusión: crisis concatenadas, acumuladas y sin apoyos*. En Laparra, M. (coord.), *La desigualdad y la exclusión que se nos queda*, 2015. Barcelona: Ediciones Bellaterra. Pp. 261-295.

Moreno, L. y Mari-klose, P. *Youth, family change and welfare arrangements Is the South still so different?.* European societies, Volume 15 (4):493. DOI: 513.201

Observatorio de la emancipación (2016). *Informe periódico sobre la situación de la población joven en España, 2016*. Consejo de la Juventud de España. Online: <http://www.cje.org/es/publicaciones/novedades/observatorio-de-emancipacion/>

Rodríguez-Cabrero, G.; Pérez-Yruela, M.; Trujillo, M. (2004). *Pobreza y exclusión social en el principado de Asturias*. CSIC Estudios de economía y sociedad. Madrid: Politeya.

Stuckler, D.; Basu, S.; Suhrcke, M.; Coutts, A.; McKee, M. (2011). *Effects of the 2008 recession on health: a first look at European data*. The Lancet, Vol 378. Online <http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736%2811%2961079-9/fulltext>
Bases de datos y encuestas:

LFS-Eurostat (2016). Youth unemployment rate

SILC. Eurostat (2015). Trabajadores activos en pobreza económica.

European Survey of health (2014). Spanish statistic Intitute

ECV (2011,2013). Survey of living conditions. Spanish statistic Intitute

EPA(2011,2013). Survey of labour force. Spanish statistic Intitute

Foessa Survey (2011, 2014, 2017). Social studies and applied sociology foundation.

MEDIDA PROTETIVA À EMPREGADA AFASTADA DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

PROTECTIVE FORM TO EMPLOYED AWAY OF LABOR IN CONSEQUENCE OF DOMESTIC VIOLENCE

Fábio Túlio Barroso¹

Viviana Monteiro Costa de Souza de Andrade Lima²

Érica Babini Machado³

RESUMO: A violência doméstica é uma realidade na sociedade brasileira, regulada pela lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. O presente estudo discute as implicações no âmbito do direito do Trabalho da aplicação da medida de proteção de afastamento da trabalhadora do ambiente de trabalho. O objetivo é discutir a titularidade da responsabilidade pela subsistência da trabalhadora afastada do emprego durante o período da medida protetiva e as implicações para o contrato de trabalho. Considerando que estes elementos não foram contempladas pela legislação, bem como a demasiada repercussão nos itens eminentemente penais, tem-se que as expectativas das mulheres e a real proteção demandada pelos movimentos feministas não foram atendidas, chegando-se à indicação de um mecanismo de Direito Penal simbólico.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Doméstica contra a mulher; medida protetiva; contrato de trabalho; direito penal simbólico

SUMÁRIO: Introdução. 1. Violência doméstica no Brasil. 2. Medidas de proteção ao trabalho da mulher no Direito do Trabalho; 3. Proteção da mulher no Direito do Trabalho e as modificações da Lei Maria da Penha; 4. Repercussões para o contrato de trabalho e temas correlatos; 5. Conclusão; 6. Referências.

ABSTRACT: Domestic violence against women is a reality in Brazil society and the legislation - 11.340 from august 7th 2006 - regulates juridical consequences. In this paper authors discusses the specific mechanism of protection given to the woman whom needs be spread from labor work. A given problem is to define responsibility for the maintenance of the woman and the consequences of the work contract when she recives a protection from the law to be afasted form the work. In this sense, considering the lack of to discuss the theme and the pression of feminist movement to criminalize and given criminal profile to the domestic violence against woman, the authors concludes for a manifestation of a symbolic way to protection woman and the incapacity of criminal law to attend

Artigo recebido em 25/04/2018.

Artigo aprovado em 11/06/2018.

¹ Pós-Doutor em Direito pela *Universidad de Granada*, Espanha. Doutor em Direito pela *Universidad de Deusto*, Bilbao, Espanha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Presidente Honorário e fundador da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho - APDT. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Membro do Instituto de Advogados de Pernambuco – IAP. Membro da *Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Professor da Universidade Católica de Pernambuco–UNICAP (Graduação e PPGD). Professor da Faculdade de Direito de Recife - FDR, da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor da Faculdade Integrada de Pernambuco - FACIPE. Membro do Grupo de Estudos Latino-americano de Direitos Humanos -EELAS. Advogado. E-mail: fabiobarroso@yahoo.com

² Bacharela em Serviço Social pela Universidade Federal de Pernambuco e Bacharela em Direito pela Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. E-mail: vivianamonteiros@hotmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p 121-147, jan-abr/2018



their expectation.

KEYWORDS: Domestic Violence against women, judicial protection, labor contract, symbolic criminal law.

SUMMARY: Introduction. 1. Domestic violence in Brazil. 2. Measures to protect women's work in labor law; 3. Protection of women in labor law and the amendments to the Maria da Penha Law; 4. Repercussions for the employment contract and related topics; 5. Conclusion; 6. References.

1 INTRODUÇÃO

Este texto visa discutir os efeitos no âmbito do contrato de trabalho da medida protetiva aplicada à mulher vítima violência doméstica de afastamento do lar, tal como disciplina o art. 9º, § 2º, II, da Lei nº 11.340/2006, que permite o juiz determinar, quando necessário, o afastamento do local de trabalho por até seis meses, com a manutenção do vínculo de emprego.

A proposta de estudo partiu da análise da legislação em comento, onde se percebeu que esta não se limitou às esferas penal e civil, mas teve reflexos consideráveis no âmbito trabalhista. Entretanto, pouco tem se discutido sobre a temática no campo do Direito do Trabalho sobre os avanços trazidos pela Lei Maria da Penha nas garantias de emprego à mulher.

Não obstante ao conteúdo trabalhista do afastamento do emprego, a interdisciplinaridade está presente na concepção do instituto legal e das repercussões na vida da mulher, visto que a origem penal da medida judicial na salvaguarda da sua integridade, tem repercussão direta, mediata e imediata na relação de emprego e na subsistência da trabalhadora, o que será objeto da discussão a seguir.

Nesse sentido, questiona-se o grau de efetivo atendimento às necessidades das mulheres em violência doméstica e se a ênfase na questão criminal foi capaz de atendê-las ou se não se trata de manifestação de um Direito Penal simbólico.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

A expressão violência doméstica costuma ser empregada como sinônimo de violência familiar e, não tão raramente, também de violência de gênero. Esta é mais geral, englobando as demais, que trazem cada uma, nuances específicas⁴.

No Brasil, o reconhecimento das mulheres enquanto novo sujeito social deveu-se,

⁴ CAMURÇA, Sílvia; GOUVEIA, Taciana. **O que é gênero?** 4ed. – Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, 2004. 40p. - (Cadernos SOS CORPO; v.1). p, 11.

essencialmente, ao estabelecimento dos movimentos feministas os quais visam consagrar não só os direitos das mulheres, mas também os direitos sociais, humanos e políticos. Neste sentido, feministas têm um desafio político e pedagógico - o da formação de mulheres conscientes da experiência de ser mulher sob o sistema patriarcal e o capitalista⁵.

O feminismo como movimento social busca a transformação de um nascer mulher, para um tornar-se “mulher”, baseando-se no enfrentamento das questões de gênero, um termo identificado como categoria de análise para demonstrar e sistematizar as relações de dominação e subordinação, que envolvem homens e mulheres, em que aqueles se impõem sobre estas⁶.

Sobre a construção do conceito de gênero Joan Scott⁷ destaca:

Na sua utilização mais recente, “gênero” parece primeiro ter feito sua aparição entre as feministas americanas que queriam insistir sobre o caráter fundamentalmente social das distinções fundadas sobre o sexo. A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O gênero enfatizava igualmente o aspecto relacional das definições normativas da feminilidade. Aquelas que estavam preocupadas pelo fato de que a produção de estudos femininos se centrava sobre as mulheres de maneira demasiado estreita e separada utilizaram o termo “gênero” para introduzir uma noção relacional em nosso vocabulário de análise.

As dimensões das relações na sociedade sempre inferiorizaram a mulher, tendo em vista os pilares de seus estabelecimentos: o patriarcalismo e o capitalismo. Reservaram-se a elas os aspectos estáticos e privados, em razão de um controle social neutralizado, que reflete padrões e comportamentos construídos e aceitos culturalmente. O poder exercido sobre as mulheres é reflexo de fundamentos ideológicos e não naturais e condiciona a repartição dos recursos e a posição superior de um dos sexos⁸, estabelecendo, assim, limites específicos para as mulheres exercerem sua cidadania e autonomia.

A violência doméstica, como exemplo dessa subordinação tem fundamento em causas eminentemente sociais. A violência de gênero é um problema que está ligado ao poder, em que de um lado impera a força física e ou econômica dos homens sobre as mulheres, e por outro lado, uma ideologia dominante que lhe dá sustentação. A violência contra a mulher muitas vezes tem

⁵ CAMURÇA, Sílvia. “Nós Mulheres” e nossa experiência comum. In: **Cadernos de Crítica Feminista**: reflexões feministas para transformação social. Recife: Oxfam e SOS Corpo, p. 12-23, 2007.

⁶ TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

⁷ SCOTT, Joan W. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade, Porto Alegre: UFRGS, 1990, p. 15

⁸ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.) **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: editora Sulina, 1999.

sido justificada por elementos culturais nos quais se reforça o papel tradicional do masculino e do feminino.

Essa opção por identificar os conceitos violência contra a mulher e violência de gênero busca afirmar que as mulheres são violentadas em razão da hierarquia presente na relação homem-mulher, pela qual se busca submeter a mulher, tolhendo-lhe qualquer iniciativa de autonomia.

Do ponto de vista prático, a principal estratégia defendida pelos movimentos feministas oficiais, principalmente na Europa e nos Estados Unidos da América, para responder à violência doméstica e familiar contra a mulher foi a da criminalização das condutas violentas. No Brasil, essa tendência mundial foi repetida e já está recepcionada por várias normas penais. Carmen Hein destaca que na década de oitenta, essas feministas sustentaram não estar somente interessadas no castigo, mas no caráter declaratório do direito penal de difundir os valores da moral feminista⁹.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha¹⁰, em seu artigo 5º conceitua a violência doméstica contra a mulher como: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Bem como entende como formas de violência doméstica independente da orientação sexual, a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Em pesquisa recente, o Datasenado¹¹ emitiu um relatório de avaliação sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. A pesquisa revelou que 100% das mulheres brasileiras têm conhecimento acerca da Lei Maria da Penha, mas, parcela expressiva ainda se sente desrespeitada, e uma em cada cinco mulheres já sofreu algum tipo de violência.

Segundo os dados, as agressões físicas ainda são majoritárias entre os tipos de violência praticadas contra as mulheres, uma vez que 66% das vítimas afirmaram ter sofrido este tipo de

⁹ CAMPOS, Carmen Hein de. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.). **Verso e Reverso do controle penal: (dês)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

¹⁰ A Lei Maria da Penha tomou como base para sua conceituação acerca da violência doméstica a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 que define a violência contra a mulher como: qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento, físico, sexual, psicológico à mulher tanto no âmbito público como no privado.

¹¹ Data Senado é um Órgão do Senado Federal, responsável por pesquisas de opinião pública. O trabalho deste setor é elaborar pesquisas quantitativas e qualitativas para ouvir a população sobre assuntos da pauta do Senado e temas que ainda não foram levantados dentro do parlamento. Ele realiza pesquisas sobre Violência Doméstica e Familiar a cada dois anos, desde o ano de 2005. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/DataSenado/release_pesquisa.asp?p=67. Acesso em 02.10.2015.

agressão. Os motivos principais da violência, nos termos da referida pesquisa são o uso do álcool (21%) e o ciúme dos maridos/companheiros (19%). É importante destacar que as mais agredidas são as que têm menor nível de instrução (27%), entre as que cursaram até o ensino fundamental; 18% até o ensino médio e 12% com curso superior.

Embora a violência contra a mulher, de suas formas mais sutis até as mais brutais, esteja muito presente no cotidiano, seu combate e prevenção só recentemente passaram a ter uma política pública sistematizada, sem que isso corresponda efetivamente a uma mudança cultural substancial, fazendo parte de uma agenda interinstitucional. Não obstante, o papel do movimento de mulheres foi fundamental para o sucesso das ações desenvolvidas.

Historicamente, a década de 80 foi um marco para o movimento feminista e, inclusive, para a democratização do país. Em 1981, procurando atender as mulheres vítimas de violência doméstica o movimento criou o SOS Mulher, o primeiro órgão criado com o fim de prestar atendimento jurídico, psicológico e social e possibilitar uma mudança na condição de vida dessas mulheres. A politização da temática da violência de gênero pelo SOS Mulher propulsionou a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs, em 1985¹².

As DEAMs constituíram política pública de combate e prevenção à violência contra a mulher no Brasil, especialmente a violência conjugal¹³. Entretanto, percebeu-se, com sua criação, que muito embora tenha possibilitado demonstrar os verdadeiros índices de agressão, a sua função legal de usar o poder policial para reduzir tais violências não estava sendo e nem poderia ser cumprida. Os anseios dessas vítimas, contraditoriamente à expectativa feminista, eram apenas de não serem mais agredidas.

Segundo asseveram Aparecida Fonseca e Bila Sorj¹⁴:

(...) o uso das DEAMs pelas mulheres parece seguir uma lógica diversa da lógica da instituição policial e da inspiração do movimento feminista, uma vez que a mais frequente motivação das mulheres em procurar as delegacias especializadas consiste em usar o poder policial para renegociar o pacto conjugal e não para criminalizar o parceiro. [...] a polícia é procurada, predominantemente, como forma extraoficial de arbitragem com vistas à renegociação dos pactos domésticos.

¹² PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 80.

¹³ MORAES, Aparecida Fonseca; BILA, Sorj. Os paradoxos da expansão dos sireitos das mulheres no Brasil. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (Org.). **Gênero, Violência e Direitos na Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Sete Letras, p. 10-22, 2009.

¹⁴ MORAES, Aparecida Fonseca; BILA, Sorj. Os paradoxos da expansão dos sireitos das mulheres no Brasil. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (Org.). **Gênero, Violência e Direitos na Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2009, p. 14.

O Congresso Nacional, em 1985, criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e, pela primeira vez na história do Brasil, teve uma representação mais significativa de mulheres. Neste momento, deu-se início a um grande movimento de luta pelos direitos das mulheres, o que ficou conhecido como “O Lobby do Batom”.

O “Lobby do Batom” se constitui num “movimento de sensibilização dos deputados e senadores sobre a relevância de considerar as demandas das mulheres para a construção de uma sociedade guiada por uma Carta Magna verdadeiramente cidadã e democrática”¹⁵

Os períodos que antecederam as eleições, assim como o da constituinte, foram marcados pelo movimento feminista, com campanhas e slogans que demonstravam o interesse das mulheres de serem assistidas por leis, reconhecendo a igualdade entre os gêneros.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 instituiu e consolidou importantes avanços dos direitos das mulheres e no estabelecimento de relações de gênero isonômicas, apresentadas pelo art. 5º, inciso I e pelo art. 226 § 5º, tornando-se um marco no processo de redemocratização do País.

É salutar destacar que algumas discussões em âmbito internacional foram muito importantes, estando relacionadas à ratificação destes avanços, como por exemplo, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, no ano de 1993 onde os direitos das mulheres foram reconhecidos como Direitos Humanos. O documento produzido naquela conferência – Declaração dos Direitos Humanos de Viena – em seu parágrafo 18, afirma “Os direitos das mulheres e das meninas são uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos Universais”¹⁶.

No mesmo ano, a Organização das Nações Unidas - ONU aprovou a Declaração sobre a eliminação da Violência contra a Mulher. Em 1994 foi promulgada pela Organização dos Estados Americanos - OEA a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como: Convenção de Belém do Pará, que define a violência perpetrada contra a mulher.

¹⁵ Pitanguy, *Apud*, CARVALHO, Liandra Lima. **A influência do “Lobby do Batom” na construção da Constituição Federativa de 1988**. Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades, UNIGRANRIO, nº 44. 2017.2, p. 10. <http://publicacoes.unigranrio.br/index.php/reihm/article/view/3996/2572>, acesso em 06.04.2018.

¹⁶ PINTO, Celi R. J. **Uma história do feminismo no Brasil**. Fundação Perseu Abramo, São Paulo. 2003.

O Estado brasileiro recepcionou tal documento por meio do Decreto Legislativo nº 26/94, de 23 de junho de 1994 e retirou as reservas à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificando-a plenamente.

Ainda nesse sentido, a declaração de Pequim – resultado da Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995 – chamou a atenção para a feminização da pobreza, a violência contra a mulher e a sua exclusão na esfera de poder. Reforçando a necessidade de institucionalização da política de promoção da equidade entre homens e mulheres e conclui pela responsabilidade dos governos, organismos internacionais e sociedade civil em construir um mundo de justiça e igualdade.

Intitulada “Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz”, a Conferência de Pequim partiu de uma avaliação dos avanços obtidos desde as conferências anteriores (Nairobi, 1985; Copenhague, 1980; e México, 1975) e de uma análise dos obstáculos a superar para que as mulheres possam exercer plenamente seus direitos e alcançar seu desenvolvimento integral como pessoas.¹⁷

Toda essa produção de um novo direito internacional orientou não apenas as legislações nacionais, bem como a ação de gestores públicos para a eficácia de políticas públicas democráticas voltadas para o enfrentamento da violência contra as mulheres. No entanto, apesar de sua grande importância, essas alterações não chegavam a instituir uma política nacional de enfrentamento da violência contra mulheres que garantisse de fato direitos.

No âmbito trabalhista tem-se evolução marcada pelas Convenções nº 03¹⁸, 04¹⁹, 100²⁰, 103²¹, 111²² e 171²³ da OIT, que tratam especificamente da proteção ao trabalho da mulher, com

¹⁷ VIOTI, Maria Luiza Ribeiro. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher-Pequim**, 1995 -. http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2009/08/instru_inter_pequim.pdf, acesso em 27.03.2018.

¹⁸ Relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade), Adoção OIT: 1919, Ratificação Brasil: 26/04/1934, Status: Não está em vigor. Nota: Denunciada, como resultado da ratificação da Convenção n.º 103 em 26/07/1961. II — Dados referentes ao Brasil: c) promulgação = Decreto n. 423, de 12.11.1935. http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

¹⁹ Relativa ao Trabalho Noturno das Mulheres, Adoção OIT: 1919. Ratificação Brasil: 26/04/1934. Status: Não está em vigor, Nota: Denunciada em 12/05/1937. II — Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = b) ratificação = 26 de abril de 1934; c) promulgação = Decreto n. 423, de 12.11.1935; d) vigência nacional = 26 de abril de 1934. http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234871/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

²⁰ Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor, Adoção OIT: 1951, II — Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 24, de 29.5.56, do Congresso Nacional; b) ratificação = 25 de abril de 1957; c) promulgação = Decreto n. 41.721, de 25.6.57; d) vigência nacional = 25 de abril de 1958. http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm. Acesso em 03.04.18.

²¹ Amparo à Maternidade (Revista). Adoção OIT: 1952. II — Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 20, de 30.4.65, do Congresso Nacional; b) ratificação = 18 de junho de 1965; c) promulgação = Decreto n. 58.820, de 14.7.66; d) vigência nacional = 18 de junho de 1966.

nuances de limitar ou impedir trabalho em condições específicas que venham a incorrer em perigo para a mulher, além da necessidade de proteção em face de discriminações e isonomia no trato laboral.

A própria CLT estabeleceu um arcabouço normativo especial para o trabalho da mulher, que vem sendo atualizado sistematicamente, como se tem em uma seção especial, “Da Proteção à Maternidade”, dos arts. 391 a 400.

Por sua vez, em 2004, foi estruturada a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres²⁴, que tinha como objetivo enfrentar as desigualdades de gênero e raça em nosso país e representou uma mudança na forma de intervenção do Estado no combate à violência, especialmente pela definição de sua responsabilidade central no enfrentamento a este fenômeno.

Tal política de enfrentamento à violência visa construir a igualdade e equidade de gênero, considerando todas as diversidades – raça e etnia, gerações, orientação sexual e deficiências:

Bem como, assume como pressuposto que a definição dos papéis sociais de homens e mulheres é uma construção histórica, política, cultural e um componente estrutural das relações sociais e econômicas e almeja, coerentemente, o rompimento da visão corrente, que rebaixa, desqualifica e discrimina a mulher e seu papel em nossa sociedade. A Política em comento ainda se baseia na estruturação e na ampliação da rede de serviços especializados (delegacias da mulher, casas-abrigo, centros de referência, serviços de apoio jurídico, defensorias públicas, serviços policiais e serviços da rede pública de saúde, entre outros) para garantir o atendimento integral às mulheres em situação de violência; na conscientização e capacitação dos agentes públicos para atendimento e prevenção; na ampliação do acesso das mulheres à justiça; e no apoio a projetos educativos e culturais.²⁵

Nesse sentido, percebe-se que as redes de proteção à mulher em situação de violência

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm. Acesso em 03.04.18.

²² Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. I — Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1958), entrou em vigor no plano internacional em 15.6.60. II — Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.64; b) ratificação = 26 de novembro de 1965; c) promulgação = Decreto n. 62.150, de 19.1.68; http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em 03.04.18.

d) vigência nacional = 26 de novembro de 1966. http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

²³ Trabalho Noturno. I — Aprovada na 77ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1990), ao iniciar-se o ano de 1994 ainda não havia entrado em vigor no plano internacional. II — Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 270, de 13.11.2002, do Congresso Nacional; b) ratificação = 18 de dezembro de 2002; c) promulgação = Decreto n. 5.005, de 08.03.2004; d) vigência nacional = 18 de dezembro de 2003. http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236692/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

²⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. **Plano nacional de Política para as Mulheres**. Brasília: SPM, 2004.

²⁵ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *idem*. p.71.



doméstica são mecanismos de grande importância tanto para coibir novas situações de violência, quanto para acolher e cuidar das mulheres nos casos em que a violência doméstica já tenha ocorrido. Atualmente a rede é composta pelas Delegacias Especializadas de Atendimento a Mulher, Centros de Referência, Casas Abrigo e pelo Juizado Especial da Mulher²⁶.

A Lei Maria da Penha trouxe inúmeros avanços, inclusive para a imagem da mulher no contexto histórico. Antes a mulher era vista pelo Direito Penal como sujeito passivo nos crimes sexuais, pois sua preocupação não era quando a mulher cometia crimes e sim, quando era vítima, diferenciando as mulheres que podiam ou não ser protagonistas. Já a legislação civil trazia restrições aos seus direitos²⁷.

É visível que os avanços da nova lei são muito significativos e uma das grandes novidades trazidas pela legislação foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVD²⁸, com competência cível e criminal, alterando os Códigos Penal e de Processo Penal, também estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência.

As medidas protetivas são de natureza cível e, diferente do que imagina o senso comum, a Lei Maria da Penha contempla muito mais dispositivos de proteção, assistência e amparo do que dispositivos penais. Esta sensação, muito característica do senso comum, é própria da mediação da violência doméstica que trata a solução do problema de forma simbólica, e não necessariamente transformadora de uma cultura machista, da qual pretende emancipar a mulher²⁹.

As medidas protetivas, as mais importantes no cenário cível (e funcionam no sentido de evitar a prisão provisória, admitida apenas quando a situação fática assim o justifique), têm natureza jurídica de medida cautelar, de modo que, para a sua decretação, a presença do *fumus*

²⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *idem*. p.71.

²⁷ De acordo com Montenegro, “a preocupação do Direito Penal com a mulher, ao longo da história foi apenas para classificá-la quando sujeito passivo dos crimes sexuais, como “virgem”, “honesta”, “prostituta” ou “pública”. No polo ativo, em tese, a mulher sempre pôde cometer qualquer crime, sem nenhum tipo de redução de pena, mesmo quando a legislação civil a considerava um ser humano de menor capacidade e apresentava inúmeras restrições aos seus direitos”. MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1ª ed. Editora Revan. Recife, 2015, p. 33.

²⁸ Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

²⁹ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**. Novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

commissi delicti e do *periculum in mora* são indispensáveis, inclusive no sentido de afastamento da mulher das suas atividades laborativas.

As medidas urgentes visam proteger a vítima em situação de violência e inclusive, desde que a vítima aquiesça, pode ser aplicada *ex officio* pelo magistrado, a requerimento do Ministério Público ou mesmo a pedido da própria da ofendida, seguindo o rito procedimental.

Porque o intuito é deter o agressor e garantir a integridade da vítima, as medidas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, além de serem substituídas a qualquer tempo, conforme demandar a dinâmica peculiar do conflito e for mais eficaz na proteção dos direitos da vítima.

Enfim, a Lei Maria da Penha tem a nítida pretensão de desenvolver mecanismos de igualdade material entre o homem e a mulher; que é uma lei híbrida (cível e penal) voltada à proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, cuja amplitude é justificada pela tentativa de impor ao Estado o cumprimento do dever de proteger a família, conforme mandamento constitucional (art. 226, CF)³⁰.

A questão que se levanta especificamente é o caso do artigo 9º da Lei Maria da Penha, que conforme os princípios e as diretrizes previstas na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, o juiz poderá determinar, em casos emergenciais, a inclusão da mulher no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal. Poderá determinar ainda o acesso prioritário à remoção quando a mulher for servidora pública, integrante da administração direta ou indireta. E a lei ainda assegura a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Não obstante a previsão legal, como ficam as repercussões práticas no contrato de trabalho?

Eis a questão.

3 PROTEÇÃO DA MULHER NO DIREITO DO TRABALHO E AS MODIFICAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA

³⁰ A peculiaridade das medidas de urgência é viabilizar medidas próprias do Direito de Família, requeridas perante a autoridade judicial, como o caso de da prestação de alimentos provisórios ou provisionais (art. 22, V) e até separação de corpos (art. 23, IV), e que serão executadas no Juizado da Mulher que tem competência mista.

A partir de meados dos anos 70 houve uma grande inserção das mulheres no mercado de trabalho, muito decorrente da crescente urbanização e expansão da indústria, bem como a redução da taxa de fecundidade. Embora o espaço no mercado de trabalho tenha aumentado para as mulheres, entraves de diversas formas ainda são encontrados pelas mulheres para garantir o seu lugar³¹.

Segundo os dados do IBGE apresentados em junho de 2015³², em 2010, 33,7% das mulheres e 25,7% dos homens tinham rendimento mensal de até um salário-mínimo. Segundo a pesquisa, ainda que tenha diminuído a disparidade de rendimento entre mulheres e homens, as mulheres têm um rendimento médio equivalente a 67,7% do rendimento dos homens. O rendimento médio das mulheres negras correspondia a 35% do rendimento médio dos homens brancos. As mulheres negras tinham um rendimento médio equivalente a 52% do rendimento das mulheres brancas. E as mulheres brancas, 67% do rendimento dos homens brancos. As mulheres rurais são as que apresentam os menores rendimentos, sendo o valor inferior ao salário-mínimo vigente em 2010.

Esse cenário desenhado demonstra que há uma continuidade de modelos familiares, as mulheres continuam vulneráveis pelo paradigma do patriarcado e da divisão sexual do trabalho que dá primazia à figura do masculino³³.

Para discutir tal situação, faz-se necessário abordar brevemente as formas de proteção ao emprego da mulher. E neste sentido, inúmeros autores³⁴ discutem a questão da estabilidade como forma de garantia para manutenção do vínculo trabalhista do empregado, por ser este a parte mais frágil da relação empregatícia.

A Constituição de 1988 trouxe expressamente em seu texto apenas três formas de estabilidade no emprego, quais sejam o dirigente sindical (art.8º, VIII); do representante de empregados na CIPA (art. 10, II, a do ADCT); e a da gestante (art.10, II, b do ADCT). Apenas

³¹ MARINHO, Camila Vieira. Globalização e Precarização do Trabalho Feminino. In: BARROSO, Fábio Túlio. **Direito do Trabalho**: elementos Práticos e Científicos. Ed. LTr. São Paulo 2015, p. 34 e 35.

³² Em 2014, o Sistema Nacional de Informações de Gênero (SNIG), que faz parte do Programa de Estatísticas de Gênero no IBGE, publicou o livro “Estatísticas de Gênero – Uma análise dos resultados do Censo Demográfico 2010”, onde apresenta e analisa os dados censitários colhidos entre 2000 e 2010 a partir de indicadores de desigualdades de gênero, combinada a desigualdades de raça/etnia, idade, local de moradia (rural e urbano) e classes de rendimento. p. 124. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv88941.pdf>. Acessado em: 24.08.2016.

³³ MARINHO, 2015. p.7

³⁴ Sérgio Pinto Martins define: “Estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexistam causas objetivas a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário”. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, Trigesima Primeira Edição, São Paulo. Atlas. 2014, p. 465.

esta última, foi voltada exclusivamente ao trabalho da mulher garantindo que a empregada gestante não seja dispensada sem justa causa ou arbitrariamente, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Pugna salientar, que o direito brasileiro ainda beneficiou com a estabilidade no emprego, o trabalhador que sofreu acidente do trabalho (art. 118 da Lei 8.213/91), aos empregados eleitos diretores de cooperativas e os possíveis casos previstos em acordo ou convenção coletiva, além dos representantes de trabalhadores nas comissões de conciliação prévia, membros dos conselhos curadores do FGTS e membros do Conselho Nacional da Previdência Social.

Cabe esclarecer ainda que o Brasil não possui um sistema de proteção à relação de emprego, onde todas e todos trabalhadores são protegidos em face de dispensa abusiva ou arbitrária do empregado. A proteção à relação de emprego ocorre quando existe vulnerabilidade do trabalhador, seja quando menos produtivo, improdutivo ou em situação política que possibilita retaliações do empregador³⁵.

Assim, tem-se uma inovação no sentido protetivo à empregada que sofre de violência doméstica, inserido em diploma jurídico não laboral por meio da norma do art. 9º, § 2º, II da Lei Maria da Penha. Ou seja, amplia-se o rol de situações em que o legislador estabeleceu condições de proteção à relação de emprego, justamente no sentido de ampliar os direitos fundamentais e garantir a eficácia da dignidade da trabalhadora vítima desta violência.

A referida lei apresenta uma nova modalidade de estabilidade provisória por suspensão do contrato de trabalho³⁶ para os casos de empregadas em situação de violência doméstica, em razão da natureza do seu afastamento, tendo como fundamento o art. 9º, § 2º, II da Lei nº

³⁵ BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de Direito Coletivo do Trabalho**, São Paulo, LTr, 2010, pág. 143. Entretanto, no Brasil não há um sistema de proteção à relação de emprego, pois o artigo 7º, I da Constituição não foi regulamentado por lei complementar. Existem situações, que de acordo com a vulnerabilidade do obreiro, impede que o mesmo seja despojado do emprego, sendo elas quando o mesmo está em situação política vulnerável, quando está momentaneamente menos produtivo ou mesmo improdutivo. Ou seja, algumas normas conjunturais de proteção do emprego, que limita o que na prática se configura como uma potestade do empregador em despedir o empregado.

³⁶ Conforme Gustavo Felipe Barbosa Garcia: “A manutenção da relação de emprego pelo juiz (por até seis meses), quando necessário o afastamento do local de trabalho (inciso II), indica a ausência de prestação de serviços pela mulher exposta à violência doméstica ou familiar. Desse modo, embora a questão não seja pacífica, tem-se a hipótese de *suspensão do contrato de trabalho*, pois ausente o labor, não havendo norma prevendo o direito de recebimento de salário no período respectivo. GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª edição, São Paulo, GEN/Forense, 2016, p. 661.

Por sua vez, Maurício Godinho Delgado explica: Nesta qualidade de regra trabalhista e regra de seguridade social, o afastamento do trabalho assegurado pelo art. 9º, § 2º, II da lei n. 11.340/2006 à trabalhadora ameaçada no plano domesticou de sua família somente cumpre seus objetivos cardeais caso seja enquadrado como interrupção da prestação de serviços, ao invés de mera suspensão contratual, com a garantia da percepção dos direitos trabalhistas à empregada sob tutela pública e social. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 17ª edição, São Paulo, LTr, 2018, p. 1.285.

11.340/06, uma vez que a empregada será afastada do emprego por fatos alheios à relação empregatícia.

A Lei Maria da Penha traz no artigo 9º, § 2º, II o seguinte texto:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

(...)

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I – (...);

II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

(...)

Pode-se perceber que por meio desse dispositivo que o legislador visou garantir a proteção do contrato de trabalho em decorrência da proteção à integridade da trabalhadora como bem jurídico maior a ser preservado, uma vez que o emprego da trabalhadora está inserido na sua condição de viver em sociedade como cidadã e com dignidade.

(...) erige-se, com garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), de garantia do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, caput, CF/88), de combate à discriminação da mulher (art. 3º, IV, CF/88; art. 5º, caput e I, CF/88) e de garantia de assistência aos desamparados (art. 6º, CF/88)³⁷

Caso haja o afastamento, que será pelo período máximo de seis meses, essa manutenção do vínculo empregatício pela lei, não poderá ser dispensada durante o período de afastamento (salvo por justa causa ou extinção da empresa).

Alguns autores³⁸ destacam a inovação trazida pela Lei Maria da Penha, uma vez que

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *idem*, p. 1.285.

³⁸ Sérgio Pinto Martins destaca que "o preceito legal citado visa proteger a mulher trabalhadora em razão de violência doméstica e familiar. A ofendida pode trabalhar no mesmo local que o ofensor ou, em razão de seu afastamento, não ter condições de trabalhar. Assim, seu contrato de trabalho não pode ser rescindido, devendo ser mantido." MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 28ª edição, São Paulo, Atlas, 2009. pág. 347. Para Carlos Eduardo Rios Amaral "a utilização da expressão "manutenção do vínculo trabalhista" é completa e certa. A indicar que além da suspensão temporária da prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador, será garantido à trabalhadora, vítima da violência doméstica e familiar, a preservação da plena vigência e eficácia de todas as cláusulas proveitosas do contrato de trabalho, até quando se fizer necessário seu afastamento. AMARAL, Carlos Eduardo Rios. **Da manutenção do vínculo trabalhista à mulher em situação de violência doméstica e familiar**. 2009. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4968/Da-manutencao-do-vinculo-trabalhista-a-mulher-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar>. Acesso em 18.08.2015.

adentrou na seara trabalhista prevendo a possibilidade de afastamento da empregada vítima de violência doméstica por até seis meses como meio de preservação da integridade física e/ou psicológica da ofendida, com manutenção do vínculo empregatício.

A legislação em comento visou ainda a proteção e o reconhecimento de direitos fundamentais inespecíficos na relação de trabalho, pois, ainda que a medida protetiva decorra de fato estranho ao vínculo empregatício, faz *jus* à salvaguarda integral de seus direitos fundamentais trabalhistas atípicos, tais como a integridade física e a psicológica³⁹.

É importante observar que para decretação desta medida de manutenção do vínculo trabalhista deve ser verificado pelo Juiz se o afastamento do local de trabalho pela mulher se faz necessário e recomendável. Pois mesmo se o suposto agressor estiver no encalço da mulher, descumprindo parcialmente algumas das medidas protetivas de urgência, ou caso tenha se evadido da prisão para local incerto, será necessário que fique evidenciado risco à sua integridade, ou seja, que o ambiente de trabalho da ofendida possa se constituir em verdadeiro alçapão ou tabuleiro para a reiteração criminosa, em abalo da ordem pública⁴⁰.

Pode-se perceber que o afastamento da empregada apenas tem por fim à preservação de sua integridade física e/ou psicológica em defesa da vida pessoal, familiar e financeira daquela que é violada na sua relação doméstica, às vezes dentro de seu próprio lar.

Não obstante o intento protetivo, a legislação é omissa quando não define se há possibilidade de estabilidade após o retorno da empregada ou se existe a possibilidade de prorrogação do prazo de afastamento; o que faz supor que a manutenção da relação de emprego somente consiste no tempo em que estiver vigente a medida de proteção que ensejou o afastamento do labor, não havendo efeitos após o período definido por lei, muito menos por período indeterminado, considerando, igualmente, que a própria medida de afastamento do local de trabalho só pode perdurar até seis meses.

A norma não estabelece um limite de vezes na utilização da suspensão do contrato de trabalho, acaso venha a necessitar de nova suspensão do contrato pelo mesmo motivo. Salutar entender que tal medida deverá ser utilizada sempre que houver necessidade, independentemente da quantidade de vezes que necessitar, visto que deverá ser levado em conta que visa à proteção da integridade da trabalhadora em situação de absoluta vulnerabilidade, ademais de estar

³⁹ CARVALHO, Maria Fernanda Souza. **Repercussão da Lei Maria da Penha nos Contratos de Trabalho**. 2010. Disponível em: Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=598 >. Acesso em: 24/08/2016.

⁴⁰ AMARAL, *idem*

encerrada em condição de manutenção de sua condição de vida elementar, em situação de direito fundamental, o que não permite a sua taxatividade.

A partir dessas omissões, naturalmente questiona-se o potencial protetivo da Lei Maria da Penha. Nesse sentido, impugna-se a política criminal punitivista de enrijecimento da lei penal, pois, se de um lado atendeu às exigências do “feminismo oficial” - aquele cujas ideias têm sido incorporadas às legislações que buscam proteger mulheres com o recrudescimento de normas penais – por outro deixou a desejar as reais necessidades das mulheres, como no caso das consequências laborais que foram mencionadas.

O discurso feminista oficial apresenta, ao meu ver, três características: por um lado, simplifica excessivamente a violência contra a mulher nas relações de casais, ao apresentar este delito como algo que ocorre “pelo fato de ser mulher”, como se a subordinação da mulher na sociedade fosse causa suficiente para explicar a dita violência; em segundo lugar, argumenta de forma excessivamente determinista, como se a desigualdade de gênero, à qual se atribui o caráter de causa fundamental, tivesse capacidade de alterar, por si só os índices de vitimização de mulheres, ignorando outras desigualdades; finalmente confia e atribui ao direito penal a enorme tarefa de alterar esta desigualdade estrutural a qual se vê como principal responsável pela vitimização das mulheres.⁴¹

Assim, resta questionar: as aspirações de emancipação feminina, primeiramente viabilizadas via discurso criminalizador, têm sido atendidas? As situações de violência doméstica e familiar contra a mulher reduziram desde a promulgação da Lei Maria da Penha? Parece que não! Na verdade, vislumbra-se que, na prática, os discursos não mudaram muito do final do século XIX até hoje; ganharam outras formas, mas permanece a ordem social como uma imensa máquina simbólica tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça, condenando tudo que pudesse ofuscar tal dominação⁴².

Nesse sentido, percebe-se a manifestação de um direito Penal simbólico, dada a evidência da incongruência entre os objetivos declarados pela norma e os alcançados com a aplicação dela. Deve-se destacar que, nesses casos, a proteção de um bem jurídico, que legitimou a criação da norma, não se verifica na aplicação dela, predominando os efeitos latentes sobre os manifestos.

É bem verdade que o conceito de Direito penal simbólico não guarda nenhuma sistematicidade e significado preciso mas não se pode olvidar que representa, pelo menos do ponto de vista crítico, a oposição entre o explícito e o implícito, entre realidade e aparência, entre

⁴¹ LAURRARI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Editorial Trotta, 2007 (tradução livre).

⁴² BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

manifesto e latente, entre o verdadeiramente querido e o que de outra forma é aplicado etc⁴³.

De todo modo tem-se “o fracasso histórico do sistema penal aos objetivos ideológicos (funções aparentes) e identifica nos objetivos reais (funções ocultas) o êxito histórico do sistema punitivo, como aparelho de garantia e de reprodução do poder social”⁴⁴.

A vertente criminológica parte do pressuposto de que o Direito deve declarar a função de proteger a ordem social e assim o fazer, sem mistificações a essa pretensão. Investiga-se essa coerência por meio de uma metodologia dialética a qual visa identificar funções latentes, não declaradas, ideologicamente encobertas para “assegurar a realização das funções que ela tem no interior do conjunto da estrutura social”⁴⁵ e as declaradas, que no caso dos movimentos feministas se dá pela emancipação da mulher e a diminuição dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por tudo, conclui-se que o Direito penal teoriza funções declaradas - combater a violência e estabelecer a paz social – e realiza outras funções não declaradas, mas, na verdade, a qual perpetua aquela, o que Vera Andrade denomina de “eficácia invertida”, pois a eficácia das funções não declaradas sobrepõe-se à das declaradas⁴⁶.

O que se pretende dizer é que o manejo do sistema punitivo para assegurar a emancipação feminina é a ferramenta ineficaz no âmbito das políticas, uma vez que esse sistema reproduz o sistema social no qual está inserido e, sendo a sociedade culturalmente patriarcalista, naturalmente o sistema penal o será.

Nesse contexto, os elementos importantes para o Direito do Trabalho e também previdenciário, para a proteção da mulher ou não foram indicados pela lei ou disseram menos do que deveria. São os casos ilustrados abaixo sobre a competência e o direito material a ser discutido

4 REPERCUSSÕES PARA O CONTRATO DE TRABALHO E TEMAS CORRELATOS

Como se tem do art. 114 da Constituição da República, a competência material em face de atividade empregatícia é da Justiça do Trabalho, devendo todas as discussões decorrentes do vínculo empregatício serem discutidas perante esta especializada.

⁴³ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, Función simbólica de la pena. **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set-dic, 1991.

⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2008, p. 16.

⁴⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: IBdef, 2004, p. 40.

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 60.

No caso em apreço, tem-se uma situação *suis generis*. Primeiro porque o próprio diploma e os conflitos sociais que estão sob o seu efeito normativo são de natureza penal. Em segundo lugar, o afastamento do emprego com concomitante estabilidade decorre de medida de urgência para a manutenção da integridade da mulher vítima de violência doméstica, sendo a matéria trabalhista e previdenciária secundárias ou mesmo incidentais na sua manutenção como ser humano e cidadã, protegida por um sistema jurídico que tem por fundamento a dignidade da pessoa, nos termos do art. 1º, III da carta maior⁴⁷.

Nesse aspecto tem-se um aparente conflito de competências, entre a Justiça especializada do Trabalho e a Justiça comum. Aparente, visto que a perspectiva maior no caso em apreço é a salvaguarda da integridade da vítima.

Assim, no sentido prático da medida e a necessidade de salvaguardar a integridade da mulher com necessária premência, torna-se inviável que seja movida reclamação trabalhista com pedido de tutela de urgência para que o magistrado trabalhista tome ciência do fato, com o deferimento a título de cognição precária, o afastamento da trabalhadora em risco, o que, por sua vez, poderá elidir a proteção prevista em lei, correndo-se o risco de o pleito não ser deferido por motivos outros, dada a natureza da medida.

Nessa esteira, a condução do processo de violência doméstica pelo magistrado do Judiciário comum, além do amplo conhecimento do conteúdo material do conflito objeto da própria lei Maria da Penha, a necessidade de urgência da medida de afastamento, cria e justifica que, em situações excepcionais como estas, possa determinar o afastamento imediato da empregada do emprego, que, segundo a própria norma do art. 9º, § 2º, II da referida lei, conduz à inexorável estabilidade no período do afastamento, sem que haja conflito de matéria a ser discutido entre as duas searas judiciais, não aplicada assim a norma do art. 114 da carta maior.

Nesse sentido, o afastamento do emprego não decorre de situação de controvérsia decorrente do contrato de trabalho. O sentido é inverso, tal situação decorre de medida de urgência que reflete no liame laboral, não havendo sequer exigência de o empregador arcar com o custo das obrigações recíprocas e imediatas do liame empregatício, visto que a matéria é primariamente criminal, o risco à integridade da mulher vítima de violência doméstica urge

⁴⁷ Inclusive em consonância com as normas internacionais presentes no cabeçalho da Lei Maria da Penha, quando define que a lei: *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.*

providência imediata, que se coaduna com o necessário afastamento de suas atividades cotidianas, inclusive a profissional.

Sendo incontestável que o trabalho deverá ser objeto de dignidade ao trabalhador e que as normas trabalhistas deverão convergir para a melhoria da condição social do obreiro, tudo isso com base em normas constitucionais (art. 1º, III e caput do art. 7º), é verdade também que isso somente poderá ocorrer quando puder aceder ao ambiente de trabalho sem riscos à sua integridade e é isso que a referida norma da Lei Maria da Penha pretende, mas sob um ponto de vista externo à responsabilidade do empregador prevista no art. 2º da CLT. Nessa perspectiva, a continuidade da relação de emprego na condição de risco à integridade da mulher⁴⁸ não é aconselhável, devendo se afastar momentaneamente e de urgência pelo Juízo materialmente híbrido.

O Direito do Trabalho e quando provocada a competência trabalhista, defende o princípio da dignidade do trabalhador em seu aspecto mais amplo, não estando restrito apenas ao liame jurídico imediato entre os sujeitos representados nos arquétipos dos artigos 2º e 3º da CLT. Em eventual espera da resposta à demanda trabalhista em situações de risco como a que ora se discute, pode ser que não se tenha mais sequer a vida ou mesmo a dignidade, ceifada pela violência, o que ratifica a imediata medida de urgência perpetrada pelo Juízo híbrido, assim considerado o exercido pela instância comum criminal, com repercussão nas disciplinas trabalhista e previdenciária.

Caso não se encerre a situação de violência doméstica no período de 6 (seis) meses, e ainda persistirem os motivos ensejadores da manutenção cautelar do afastamento do vínculo trabalhista, com a séria e fundada possibilidade de comprometimento da integridade da mulher em situação de violência doméstica e familiar, parece óbvio que a medida acauteladora deva ser prorrogada, quantas vezes parecer necessário e suficiente para manutenção da ordem pública no limite legal, evitando-se, assim, a possibilidade de reiteração criminosa por parte do agente.

Em todos os casos, uma pergunta sempre vem à mente. A quem caberia o custeio desse ônus pelo afastamento da empregada?

No primeiro momento, tem-se configurada a suspensão no contrato de trabalho, quando os efeitos deste são paralisados transitoriamente, sem que ocorra a resolução do vínculo trabalhista existente, sendo vedada a dispensa sem justa causa. Ou seja, não há prestação de

⁴⁸ E também para os demais colegas de trabalho.

serviços por parte do empregado, tampouco há responsabilidade do empregador de pagar salários ao seu subordinado. O empregador não poderá sucumbir ao ônus de uma situação da qual ele não deu causa.

Nessa continuidade observa-se que as hipóteses de suspensão do contrato de trabalho podem ser divididas em duas espécies, uma por fato alheio ao empregado, na qual o mesmo não concorreu para a ocorrência da suspensão temporária do contrato de trabalho. E a outra, por fato imputável ao empregado, pois neste caso, é observada a concorrência do mesmo, ainda que a trabalhadora seja a vítima da violência e sujeito do direito e da ordem pública presente na norma.

As hipóteses de suspensão por fato alheio ao empregado são as seguintes⁴⁹: a) afastamento previdenciário, por motivo de doença, a partir do 16º dia (auxílio-doença) - art. 476, CLT; b) afastamento previdenciário, por motivo de acidente do trabalho, a partir do 16º dia (auxílio-doença) - art. 476, CLT; parágrafo único do art. 4º, CLT; c) aposentadoria por invalidez, sendo o empregado considerado incapacitado para o trabalho. - art. 475, CLT; Súmula nº. 160 TST; d) por motivo de força maior; e) para cumprimento do encargo público obrigatório- art. 483, parágrafo 1º da CLT; art.472, CLT; f) para prestação de serviço militar – art. 4º parágrafo único, CLT.

Neste sentido a Câmara dos Deputados analisa o Projeto de Lei 6.296/13⁵⁰, proposto pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que analisou a Violência contra a Mulher, concluído em 2013, que institui o pagamento de auxílio transitório da Previdência Social em decorrência de risco social provocado por comprovada situação de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Esta proposição altera a Lei 8.213/91 e a Lei 11.340/06⁵¹, acrescentando novas regras na atual legislação que trata sobre os planos de benefícios da Previdência Social e tem o objetivo de instituir o pagamento do auxílio transitório dentro do Regime Geral da Previdência Social, equiparando seus efeitos ao de um acidente de trabalho sofrido ainda que fora do horário e local de trabalho. A proposta vincula o pagamento à comprovação da situação de violência mediante perícia e a duração desse pagamento caberá à determinação do juiz da causa, nos termos da Lei Maria da Penha.

⁴⁹ AMARAL, Carlos Eduardo Rios. *idem*.

⁵⁰ Pronto para ir ao plenário da Câmara dos Deputados desde 18/09/2013. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=590978>, acesso em 27.03.2018.

⁵¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Brasília, 7 de agosto de 2006.

O projeto supracitado também propõe, de forma inédita, que uma das fontes de custeio desse pagamento seja a criação de uma arrecadação própria a ser feita pelo agressor que deu causa à ação. Essa modalidade de pagamento compulsória passa a ser outra punição imposta aos agressores, dentre as já previstas na Lei Maria da Penha. Outra fonte de recursos é decorrente do recolhimento das contribuições previdenciárias regulares⁵².

O caput do artigo 9º, da Lei Maria da Penha dispõe que:

A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

A partir deste dispositivo, entende-se que o proveito de caráter assistencial deveria ser inserido, no rol de benefícios da Lei 8.212/91, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)⁵³.

Fazendo referência à Constituição da República, o art. 203 prevê que “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”. E ainda no § 8º, do artigo 226 da dispõe que: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Em linhas gerais, pode-se perceber claramente, que para que haja a garantia do vínculo trabalhista da mulher, cabe ao Estado garantir tal proteção em todos os sentidos, para que seja reparada a vulnerabilidade que se encontra a empregada.

52 O projeto de lei 6.296/13 previa que: “Subseção V-A Do Auxílio-Transitório Art. 64-A. O auxílio-transitório decorrente de risco social provocado por comprovada situação de violência doméstica e familiar contra a mulher será devido, na modalidade acidentária, a todos os segurados, inclusive ao empregado doméstico, a contar da data do início do afastamento do trabalho determinado pelo juízo competente pelo procedimento instaurado pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, e enquanto durarem as causas do afastamento. § 1º O auxílio-transitório disposto no caput deste artigo obedecerá às regras previstas na Subseção V desta Seção e no art. 118 desta Lei. § 2º A perícia médica do INSS considerará a declaração judicial que reconhece a situação de violência justificada para a concessão de medidas protetivas, bem como os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde ou por perícia realizada pelo Instituto Médico Legal, quando houver, para fins de constatar a ocorrência de nexos técnico entre os fatos e o afastamento do trabalho por risco social. § 3º À exceção do disposto no caput deste artigo, o auxílio-doença decorrente de risco social provocado por comprovada situação de violência doméstica e familiar contra a mulher obedecerá às regras previstas na Subseção V desta Seção e no art. 118 desta Lei.”. Último acompanhamento em 24.08.2016.

53 O projeto de lei prevê no art. 4º, caput, que: "A Assistência social é a política social que prevê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independente de contribuição à Seguridade Social". Presidência da República. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, 7 de dezembro de 1993.

Assim, abre-se um leque para que haja a proteção imediata da trabalhadora em face do afastamento abrupto do emprego decorrente de violência e a necessidade de o agressor arcar com o dano no seu sentido integral, *restitutio in integrum*.

No entanto, existem medidas para ampliar as responsabilidades nos casos enquadrados na Lei Maria da Penha, amparada pelo Código Civil⁵⁴, que determina que aquele que provocar algum tipo de prejuízo ao outro em razão de ato ilícito deve ser responsabilizado.

A ação regressiva nos casos de afastamento da mulher em situação de violência doméstica se apresenta de forma muito importante, pois tem a função punitiva e pedagógica e será responsabilizado de todas as formas cabíveis.

Mas até a implementação dessas medidas, especialmente no cenário brasileiro de ajustes fiscais, como tratar as reais necessidades da mulher que em situação de violência doméstica e familiar precisa o afastamento do lar, com suspensão da relação de trabalho? E mais, caso essa violência não cesse e a medida protetiva seja mantida e convertida em situações de perenidade, como lidar com as responsabilidades desta natureza, diretamente relacionadas à sua subsistência?

A lacuna legal acerca de todos os detalhes práticos para a efetiva proteção da mulher que sofre violência doméstica e familiar e que é destinatária de uma medida protetiva de afastamento, inclusive com suspensão de seu contrato de trabalho, demonstra que pouca coisa mudou e a ordem social da indiferença parece ainda ter muito a que ser alterada, implicando a reflexão de que a força da ordem masculina ainda sobrepuja a feminina com aparente normalidade. Afinal, “a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la”⁵⁵.

Não obstante a isso, a amplitude da norma protetiva ao ser humano, inclusive na sua perspectiva de reparação integral do dano, faz refletir para uma necessária expansão do seu conteúdo para todos os casos de violência que o trabalhador precise se afastar do trabalho em face da violência, não estando restrito apenas ao caso da violência contra a mulher, numa interpretação expansiva do conteúdo do art. 9º, § 2º, II da Lei Maria da Penha, em combinação com o art. 8º consolidado, como primado de proteção à dignidade da pessoa, o que é abarcado pelo teor do art 1º, III da carta maior e a finalidade prevista no caput do seu art. 7º.

Portanto, a título de conclusão, na ordem prática dos fatos sociais é possível afirmar que

54 Prevenção à violência doméstica: ação punitivo-pedagógica do INSS atinge agressores no bolso. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/prevencao-a-violencia-domestica-acao-punitivo-pedagogica-do-inss-atinge-agressores-no-bolso/>. Acessado em 24.08.2016.

55 BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 18.

esses dispositivos não causaram mudanças na realidade da violência ora tratada, apenas instituíram uma percepção social limitada e limitadora sobre o problema, forjando uma falsa imagem de que as mulheres, agora, estão protegidas e criando, no dizer de Vera Andrade, “a ilusão da segurança jurídica”⁵⁶

Enfim, a estrutura legal é só mais uma das instâncias do controle social, inclusive sobre as mulheres, reproduzindo desigualdades, razão pela qual esse sistema não pode favorecer qualquer processo de emancipação. Nestas situações de vulnerabilidade sem que haja uma sistematização de proteção social à mulher vítima da violência, impõe-se na prática uma “proteção depreciativa”, visto que a lei Maria da Penha justifica e fundamenta o afastamento do emprego, sem, contudo, haver qualquer elemento de ordem legal protetivo de garantia da subsistência da vítima durante o período em que não estiver trabalhando, brotando uma nova aba de sobrevivência em condições indignas.

Nesse sentido restringir o processo de empoderamento que as mulheres têm buscado construir nas últimas décadas à associação da figura da vítima, do sujeito passivo criminal, tão somente, não é suficiente para a emancipação e concretização de direitos. Ao reverso, apostar na esfera penal, somente ratifica a imagem da mulher como ser frágil, carente de proteção especial, reproduzindo, assim o papel social que lhe foi historicamente determinado.

É preciso ir além, mecanismos de instrumentalização efetiva da medida protetiva de afastamento da mulher do lar e do contrato de trabalho, quando em situação de violência doméstica são imprescindíveis. Buscar formas de custeio para a subsistência, garantir o vínculo formal de trabalho e estabelecer um conteúdo reparatório integral da violência.

5 CONCLUSÃO

Apesar dos inúmeros avanços decorrentes das inovações legais e políticas, milhões de mulheres brasileiras seguem sofrendo violência física, sexual, psicológica e econômica, em especial na relação com seus parceiros.

Em mais de dez anos da promulgação da Lei Maria da Penha, muitos avanços foram conquistados, mas ainda existem muitas lacunas tanto nos dados estatísticos que compõem o

⁵⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 2.

pano de fundo para os estudos sobre a violência doméstica no Brasil, quanto na efetivação do que foi garantido pela legislação. Falta efetivo profissional para executar o previsto nas políticas públicas, faltam profissionais capacitados para o atendimento, dentre tantas outras situações.

Durante a pesquisa sobre a temática, foi percebido que uma das intenções do legislador infraconstitucional foi de resguardar o mercado de trabalho da mulher, em especial àquela que é agredida no corpo e na alma e talvez, tenha que se refugiar em local distante da sua casa, da sua família, do seu trabalho para tentar sobreviver, ou ao menos possa ter mantido o seu contrato de trabalho, considerado pela Constituição da República, bem jurídico fundamental. Permitir o contrário, ou seja, afastar a vítima de seu local de trabalho e inexistir ferramenta para preservar o seu vínculo empregatício, pode ferir ainda mais a sua dignidade, além de deixá-la exposta a uma situação de vulnerabilidade social.

A solução trazida pelo legislador apresenta-se bastante plausível, permitindo com que a empregada se afaste do seu ambiente de trabalho por período de até seis meses, tendo o seu contrato de trabalho suspenso.

Por outro lado, a legislação não esclarece a situação do aparente conflito de competências visto que o juiz híbrido defere a medida protetiva de urgência, garantindo o afastamento da mulher em situação de violência do emprego.

Trata-se, portanto, de situação excepcional e diante da urgência que o caso requer, a Lei Maria da Penha criou medidas que pudessem determinar o afastamento imediato da empregada, sem que haja conflito de matéria entre as duas searas judiciais.

Durante a vigência do afastamento da empregada gera-se uma forma de suspensão no contrato de trabalho da obreira e após a cessação da vigência do afastamento, infelizmente não se pode criar estabilidade provisória transformando-a em regra, assim como é no caso da gestante, uma vez que não há disposição legal expressa para tal.

A medida prevista no artigo 9º, § 2º, II da Lei Maria da Penha tutela a integridade física, moral, psicológica e a vida da mulher, todavia, tutela minimamente o bem jurídico inserido no rol dos direitos fundamentais, que é o trabalho da mulher, não garantindo a estabilidade da mulher no retorno de suas atividades laborais.

Tal situação coloca a mulher em uma maior situação de vulnerabilidade, pois após o retorno ao lar ou novo lar, além de se fortalecer psicologicamente ela deverá se empoderar economicamente para que possa reconstruir sua vida e sua história, sem que haja uma garantia de efetividade desta nova realidade.

A manutenção apenas do vínculo de emprego, sem as garantias acessórias que proporcionem a subsistência da mulher em situação de violência, exatamente no momento em que se encontra mais fragilizada, vez que foi lesionada física e psicologicamente por membro de sua própria família ou de outro círculo mais íntimo de convivência, apresenta-se ainda extremamente insuficiente, tendo em vista que afastada do emprego, ainda é necessário justificar perante o Judiciário o seu interesse em pleitear medidas de proteção.

Nesse sentido, a empregada afastada deverá fazer jus aos benefícios previdenciários legalizados e concedidos pelo INSS ante a sua vulnerabilidade, sendo necessária mudança nas leis que regem o Regime Geral de Previdência Social para que possa acolher a mulher inserida nesta situação de risco, ou que haja a desburocratização do auxílio pecuniário de cunho assistencial nos termos do art. 22, *caput*, da Lei Orgânica Assistência Social.

Cabe ressaltar ainda, que o fenômeno da violência contra a mulher é demasiadamente complexo e a expansão de políticas públicas e criação de novas estratégias nas formas de prevenção e proteção devem ser criadas, com o objetivo de superar este problema.

Por fim, reitera-se que a amplitude da norma protetiva ao ser humano, inclusive na sua perspectiva de reparação integral do dano faz refletir para uma necessária expansão do seu conteúdo para todos os casos de violência que o trabalhador precise se afastar do trabalho em face da violência, não estando restrito apenas ao caso da violência contra a mulher, numa interpretação expansiva do conteúdo do art. 9º, § 2º, II da Lei Maria da Penha, em combinação com o art. 8º consolidado, como primado de proteção à dignidade da pessoa, o que é abarcado pelo teor do art 1º, III da carta maior e a finalidade prevista no *caput* do seu art. 7º.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. **Da manutenção do vínculo trabalhista à mulher em situação de violência doméstica e familiar**. 2010. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4968/Da-manutencao-do-vinculo-trabalhista-a-mulher-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar>. Acesso em 18.08.2015.

BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de Direito Coletivo do Trabalho**, São Paulo, LTr, 2010

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: IBdef, 2004.



BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.) **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: editora Sulina, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. **Plano Nacional de Política para as Mulheres**. Brasília: SPM, 2004. p.2 e 71.

CAMPOS, Carmen Hein de. A contribuição da criminologia feminista ao movimento de mulheres no Brasil. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.). **Verso e Reverso do controle penal: (dê)saprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CAMURÇA, Sílvia; GOUVEIA, Taciana. **O que é gênero?** 4ed. – Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, 2004. 40p. - (Cadernos SOS CORPO; v.1).

CAMURÇA, Sílvia. “Nós Mulheres” e nossa experiência comum. In: **Cadernos de Crítica Feminista: reflexões feministas para transformação social**. Recife: Oxfam e SOS Corpo, p. 12-23, 2007.

CARVALHO, Maria Fernanda Souza. **Repercussão da Lei Maria da Pena nos Contratos de Trabalho**. 2010. Disponível em: Disponível em: <
http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=598 >. Acesso em: 24/08/2016.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 17ª edição, São Paulo, LTr, 2018.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª edição, São Paulo, GEN/Forense, 2016.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, Función simbólica de la pena. **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set-dic, 1991.

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234871/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235190/lang--pt/index.htm. Acesso em 03.04.18.

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm. Acesso em 03.04.18.

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em 03.04.18.

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236692/lang--pt/index.htm. Acesso em 03/04/18.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de Gênero – Uma análise dos resultados do Censo Demográfico 2010**. p. 124. Disponível em:
<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv88941.pdf>. Acessado em: 24.08.2016.

_____. **Pesquisa sobre os Índices de Trabalho e Rendimento**. Disponível em:



ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2015/. Acessado em 29.06.2016.

LAURRARI, Elena. **Criminología crítica y violencia de género**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, Trigesima Primeira Edição, São Paulo. Atlas. 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 28ª edição, São Paulo, Atlas, 2009.

MARINHO, Camila Vieira. Globalização e Precarização do Trabalho Feminino. In: BARROSO, Fábio Túlio. **Direito do Trabalho: elementos Práticos e Científicos**. Ed. LTr. São Paulo 2015.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**. Novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1ª ed. Editora Revan. Recife, 2015.

MORAES, Aparecida Fonseca; BILA, Sorj. Os paradoxos da expansão dos sireitos das mulheres no Brasil. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (Org.). **Gênero, Violência e Direitos na Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Sete Letras, p. 10-22, 2009.

NETO, João Alves de Almeida. **Breves comentários à lei 12.812/2013, que incluiu o art. 391-a à CLT: estabilidade gestante no curso do aviso prévio**, 2013. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2712/1964.2v. Acesso em 02.11.2015.

Pesquisa DataSenado: <http://www.senado.gov.br/> Acessado em: 02/10/2015.

PINTO, Celi R. J. **Uma história do feminismo no Brasil**. Fundação Perseu Abramo, São Paulo. 2003.

Pitanguy, *Apud*, CARVALHO, Liandra Lima. **A influência do “Lobby do Batom” na construção da Constituição Federativa de 1988**. Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades, UNIGRANRIO, nº 44. 2017.2. <http://publicacoes.unigranrio.br/index.php/reihm/article/view/3996/2572>, acesso em 06.04.2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Convenção de Belém do Pará. 1994.

_____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Brasília, 7 de agosto de 2006.

_____. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefício da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, 24 de julho de 1991.

_____. **Lei nº 8.742**, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência

Social e dá outras providências. Brasília, 7 de dezembro de 1993.

Prevenção à violência doméstica: ação punitivo-pedagógica do INSS atinge agressores no bolso. 2013. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/prevencao-a-violencia-domestica-acao-punitivo-pedagogica-do-inss-atinge-agressores-no-bolso/>. Acessado em 24.08.2016.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2008.

SCOTT, Joan W. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação e Realidade, Porto Alegre: UFRGS, 1990.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

VINAGRE SILVA, Marlise. **Violência contra a mulher: quem mete a colher?** São Paulo. Cortez, 1992.

VIOTI, Maria Luiza Ribeiro. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher- Pequim, 1995** -. http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2009/08/instru_inter_pequim.pdf, acesso em 27.03.2018.

A CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO FINANCIAMENTO DO SEGURO DE ACIDENTES DE TRABALHO E A APLICAÇÃO DO RE Nº 343.446/SC

THE CONTRIBUTION FOR THE FINANCING OF WORK ACCIDENT INSURANCE AND THE APPLICATION OF RE Nº 343.446 / SC

Fábio Zambitte Ibrahim¹
Agatha Accorsi Voss²

RESUMO: Este artigo analisa a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 343.446/SC e o impacto dessa decisão nas discussões envolvendo a contribuição destinada ao financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT) que surgiram posteriormente ao referido julgado. Objetiva-se demonstrar que a matéria está longe de ser considerada pacífica na jurisprudência e que as premissas adotadas pelo STF para declarar a constitucionalidade da contribuição para o SAT não podem ser utilizadas para fundamentar e legitimar as alterações promovidas na legislação, no que diz respeito ao reenquadramento das atividades nos graus de risco e à instituição do Fator Acidentário de Prevenção, que violam claramente importantes princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuição para o SAT. RE nº 343.446/SC. Delegação. Reenquadramento dos graus de risco. Fator Acidentário de Prevenção. FAP.

SUMÁRIO: I. Considerações iniciais. II. Da Contribuição destinada ao financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho. III. Do reenquadramento estabelecido pelo Decreto nº 6.957/09. IV. Do Fator Acidentário de Prevenção. V. Conclusão. VI Referências Bibliográficas.

ABSTRACT: This paper examines the decision ruled by the Brazilian Supreme Court (STF) in the judgment of the Extraordinary Appeal n. 343.446/SC and the impact of such decision on the discussions involving the contribution to insurance against occupational diseases and accidents (SAT) which have arisen after the referred decision. The objective is to demonstrate that the subject is far from being peaceful in the jurisprudence and that the premises adopted by the STF to declare the constitutionality of the SAT cannot be used to justify and legitimize the changes introduced in the legislation, regarding the reclassification of the activities in different degrees of risk and the institution of the Accident Prevention Factor, which clearly violate important constitutional principles.

KEY WORDS: Contribution to the SAT. RE nº 343.446 / SC. Delegation. Reordering of degrees of risk. Accident Prevention Factor. FAP.

SUMMARY: I. Initial considerations. II. Of the Contribution destined to the financing of the Insurance of Accidents of Work. III. From the reframing established by Decree nº 6.957 / 09. IV. From the Accident Prevention Factor. V. Conclusion. VI Bibliographical references.

Artigo recebido em 23/05/2018.

Artigo aprovado em 12/06/2018.

¹ Advogado, Professor Titular de Direito Previdenciário e Tributário do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), Professor Adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor e Coordenador de Direito Previdenciário da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Doutor em Direito Público pela UERJ, Mestre em Direito pela PUC/SP. Foi auditor fiscal da Secretaria de Receita Federal do Brasil e presidente da 10ª Junta de Recursos do Ministério da Previdência Social.

² Advogada e Mestranda em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No âmbito do Poder Judiciário, a discussão envolvendo a contribuição destinada ao financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho (“SAT”) é relativamente antiga, havendo diversos precedentes sobre a matéria, inclusive do Supremo Tribunal Federal (“STF”).

Inicialmente, se sustentava a inconstitucionalidade da contribuição para o SAT alegando, principalmente, que: (i) os arts. 3º, inciso II, da Lei nº 7.787, de 30.06.1989, e 22, inciso II, da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, teriam criado uma nova contribuição previdenciária por meio de lei ordinária, com base de cálculo diversa daquela prevista no art. 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o que violaria o disposto no art. 154, inciso I, da CF/88 (que exige lei complementar para instituição de novas fontes de custeio destinadas à Seguridade Social); e (ii) apesar de a lei ordinária ter estabelecido as alíquotas aplicáveis (1, 2 ou 3%) segundo o grau de risco da atividade preponderante das empresas, ela (lei ordinária) não teria definido o conceito de atividade preponderante nem os critérios para o enquadramento do grau de risco das atividades, não tendo, portanto, definido os contornos para a quantificação da contribuição; a definição do conceito de atividade preponderante e o enquadramento nos graus de risco (que define a alíquota para fins de recolhimento da contribuição) teriam sido deixados a cargo do Poder Executivo, o que violaria o princípio da legalidade.

No entanto, tais argumentos foram afastados pelo Plenário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário (“RE”) nº 343.446/SC, em 20.03.2003, de que foi relator o Ministro CARLOS VELLOSO, em que foi reconhecida, expressamente, a constitucionalidade da contribuição para o SAT e a legitimidade da delegação ao Poder Executivo para a definição do conceito de “atividade preponderante” e o enquadramento das atividades nos respectivos graus de risco (leve, médio ou grave). Confira-se a ementa do referido Acórdão:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO – SAT. Lei nº 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei nº 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei nº 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. CF., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I.

I – Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT: Lei nº 7.787/89, art. 3º, II, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: Improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União. CF., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para instituição da contribuição para o SAT.

II – O art. 3º, II, da Lei nº 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente os desiguais.

III – As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de ‘atividade preponderante’ e ‘grau de risco leve, médio e grave’, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I.

IV – Se o regulamento vai além do conteúdo da Lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional.

V – Recurso extraordinário não conhecido.

Nesse julgado, o STF entendeu que não seria necessária lei complementar para instituição da contribuição para o SAT, pois os arts. 3º, inciso II, da Lei nº 7.787/89, e 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91 não teriam criado uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social. A referida contribuição já estaria prevista no art. 7º, inciso XXVIII, da CF/88 e a base de cálculo estabelecida nos citados dispositivos (“folha de salários” e “total das remunerações pagas aos empregados”) estaria em conformidade com os arts. 195, inciso I, e 201, § 4º, da CF/88.

Especificamente em relação à delegação ao Poder Executivo, o STF concluiu que também não haveria ofensa à CF/88, pois as Leis nºs 7.787/89 e 8.212/91 definiriam “*satisfatoriamente todos os elementos capazes de fazer nascer uma obrigação tributária válida*”. Nesse ponto, o relator destacou a diferença existente entre a “delegação pura”, que não seria permitida pela CF/88, da “*atribuição que a lei comete ao regulamento para a aferição de dados, em concreto, justamente para a boa aplicação concreta da lei*”, que não violaria o princípio da legalidade³, tendo afirmado que, no caso analisado, a delegação estaria de acordo com as normas constitucionais, uma vez que a aplicação da lei exigiria a aferição de dados e elementos que não seriam por ela fixados adequadamente.

A constitucionalidade da contribuição para o SAT foi reafirmada em diversos outros casos pelo STF. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 736.299-SP, em 22.02.2011, por exemplo, a Segunda Turma negou provimento ao referido recurso por entender que a tese nele suscitada (relativa à inconstitucionalidade da contribuição) já havia sido superada pelo Plenário do STF no julgamento do RE nº 343.446/SC. Segundo o relator Ministro GILMAR MENDES, considerando a jurisprudência pacífica sobre a matéria, os argumentos apresentados pela parte revelariam “*inconformismo desleal*”.

No entanto, apesar de o STF ter declarado a constitucionalidade da contribuição para o SAT, o Acórdão proferido no RE nº 343.446/SC reconheceu expressamente que o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, tendo afirmado que: “*se o regulamento foi além da lei – e na verdade é isso o que se alega – a questão não é inconstitucionalidade. Se verdadeira a alegação, ter-se-ia questão de ilegalidade, que*

³ O relator fundamentou esse entendimento com base no voto por ele proferido no julgamento do RE nº 290.079/SC, de 17.10.2001. Vale transcrever o seguinte trecho do voto: “*Deixar por conta do Executivo estabelecer normas, em termos de regulamento, regulamento que não pode ir além do conteúdo da norma regulamentadora, é medida que se adota tendo-se em linha de conta a necessidades da administração pública na realização do interesse coletivo, do interesse público*”.

não integra o contencioso constitucional e que, bem por isso, não autoriza admissão do recurso extraordinário, restrito ao contencioso constitucional”.

E tal posicionamento é importante para a análise de outras discussões envolvendo a contribuição para o SAT que surgiram após o julgamento do referido RE, atinentes, principalmente, ao conceito de “atividade preponderante”, que determina o grau de risco da atividade da empresa (responsável pela definição das alíquotas da contribuição), e às alterações promovidas pelo Poder Executivo no enquadramento das atividades nos graus de risco leve, médio ou grave através do Decreto nº 6.957, de 09.09.2009, que significou expressivo aumento da carga tributária para diversos contribuintes sem que os parâmetros previstos na Lei nº 8.212/91 fossem observados.

Além disso, apesar de o STF já ter pacificado o seu entendimento acerca da constitucionalidade da contribuição para o SAT, a discussão envolvendo a delegação ao Poder Executivo e o princípio da legalidade tributária foi reanimada após a criação (e instituição) do Fator Acidentário de Prevenção (“FAP”), que alterou, significativamente, a forma de quantificação da referida contribuição.

A finalidade do presente artigo é analisar os reflexos da decisão proferida pelo STF no RE nº 343.446/SC em relação às discussões envolvendo a contribuição para o SAT que surgiram posteriormente ao referido julgado, que demonstram que a matéria está longe de ser considerada pacífica na jurisprudência e afastam claramente o suposto “*inconformismo desleal*” nos questionamentos feitos pelos contribuintes.

2 DA CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO FINANCIAMENTO DO SEGURO DE ACIDENTES DE TRABALHO

A CF/88 assegura aos trabalhadores urbanos e rurais, entre outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, o de “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*” (art. 7º, inciso XXVIII).

A cobertura dos acidentes de trabalho é atribuída à Previdência Social, nos termos do art. 201 da CF/88, a qual é financiada por toda a sociedade (de forma direta ou indireta) e organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, segundo pressupostos definidos em lei.

Para que o referido benefício seja concedido pela Previdência Social, o art. 195 da CF/88 autoriza a instituição de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários e demais

rendimentos do trabalho pagos ou creditados por empregadores a pessoas físicas que lhe prestem serviços, mesmo que sem vínculo empregatício.

Em observância a essas normas constitucionais, a Lei nº 8.212/91 (com a redação atual, dada por leis posteriores), que institui o plano de custeio da Seguridade Social, determina, em seu art. 22, inciso II, que a empresa, ao pagar a remuneração dos seus empregados e trabalhadores avulsos⁴, deve efetuar o recolhimento, sobre o total dessa remuneração paga, à alíquota de 1, 2 ou 3% a depender do grau de risco da sua atividade preponderante (se considerado leve, médio ou grave), da contribuição destinada ao financiamento do SAT.

O conceito de “atividade preponderante” e os requisitos necessários para que uma atividade econômica seja considerada de risco leve, médio ou grave, no entanto, não estão previstos na Lei nº 8.212/91. A definição desses conceitos e requisitos foram deixados a cargo do Poder Executivo, o qual regulamentou a matéria no Decreto nº 3.048, de 06.05.1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social (“RPS”).

De fato, ao regulamentar o art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91, o RPS definiu, no § 3º do art. 202, o conceito de "atividade preponderante" para fins de caracterização do grau de risco da empresa e estabeleceu, em seu Anexo V, a correlação entre os graus de risco e as respectivas atividades (enquadradas nos códigos das subclasses da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE):

Art. 202. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts. 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso:

I - um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II - dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio; ou

III - três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

(...)

§3º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

§ 4º A atividade econômica preponderante da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V.

§ 5º É de responsabilidade da empresa realizar o enquadramento na atividade preponderante, cabendo à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social revê-lo a qualquer tempo. (...)

⁴ A contribuição para o SAT não incide sobre a remuneração paga, pela empresa, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

Conforme se verifica, a responsabilidade pelo enquadramento da atividade no grau de risco (e, conseqüentemente, da apuração da alíquota devida) é da própria empresa. Assim, e tendo em vista que a contribuição para o SAT é, como as demais contribuições sociais, lançada por homologação (cabendo o sujeito passivo da obrigação tributária quantificar o valor devido e efetuar o recolhimento), para garantir a sua correta apuração, a empresa deve identificar a sua atividade preponderante e consultar a relação das atividades e os correspondentes graus de risco previstos no Anexo V do RPS.

O fato de a Lei nº 8.212/91 prever expressamente a exigência da contribuição para o SAT sobre a remuneração paga aos empregados e trabalhadores avulsos, mas não definir os contornos da sua incidência, deixando a cargo do Poder Executivo a definição de tais conceitos (conforme previsto no art. 202 do RPS), foi objeto de análise pelo STF no RE nº 343.446/SC.

Como já mencionado, nesse julgado, o Plenário do STF declarou a constitucionalidade da referida contribuição, tendo afastado os argumentos suscitados pela parte recorrente acerca da inconstitucionalidade da contribuição para o SAT com fundamento na diferença existente entre os conceitos de delegação pura (que não seria permitido pela CF/88, por ofender o princípio da legalidade tributária) e delegação técnica (que seria permitida quando a aplicação da lei exigir “*aferição de dados e elementos*”), o que ocorreria no caso analisado. Esse julgado é considerado o *leading case* sobre o SAT e o entendimento nele consolidado vem sendo aplicado em diversos outros processos pelo STF.

RICARDO LOBO TORRES, ao analisar especificamente o caso da contribuição para o SAT à luz do princípio da tipicidade tributária, que é corolário do princípio da legalidade, se manifestou, em linha com o entendimento adotado pelo STF, no sentido de que o fato de a lei ter atribuído ao Poder Executivo a definição das atividades nos correspondentes graus de risco para fins de definição da alíquota da contribuição não violaria o referido princípio. Nas palavras do autor:

Indaga-se: a definição de atividades preponderantes para o efeito de determinação de grau de risco por ato do Poder Executivo contraria o princípio da tipicidade? Parece-nos que não. Os riscos de acidentes do trabalho devem ser cobertos pelas empresas que expõem os seus empregados a atividades que os provoquem. Não há por que repassar o financiamento à sociedade como um todo. Assim sendo, é legítima a lei que transfere ao regulamento a competência para preencher o tipo nela previsto, explicitando as suas diversas possibilidades. Ninguém conhece previamente e a lei formal não poderia determinar o conceito de risco leve, médio ou grave, tanto mais que tal conceito é cambiante, estando ao sabor do crescimento das atividades econômicas e do desenvolvimento tecnológico. Cremos que as normas complementares administrativas não desbordaram os limites traçados pelo Legislador. Simplesmente tipificaram centenas de atividades econômicas no quadro legal das

alíquotas (de 1 a 3%), distribuindo-as segundo o grau de risco individualmente considerado⁵.

No entanto, a discussão envolvendo a contribuição para o SAT prevista na Lei nº 8.212/91 não ficou restrita à sua inconstitucionalidade por violação aos princípios da legalidade e tipicidade tributária. Outros aspectos relativos à regulamentação da contribuição pelo Poder Executivo também foram questionados no Poder Judiciário.

De fato, o conceito de “atividade preponderante” previsto no RPS (em que o grau de risco da contribuição é definido de acordo com a atividade que apresenta o maior número de empregados na empresa) foi objeto de críticas e ampla discussão judicial, pois se entendia que ele (por considerar a atividade exercida como um todo na empresa) não seria compatível com a finalidade da contribuição para o SAT, que busca amparar o trabalhador contra acidentes decorrentes da atividade desempenhada no seu próprio ambiente de trabalho (muitas vezes realizada em estabelecimentos distintos de uma mesma empresa).

Após anos de discussão judicial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou o entendimento de que a alíquota da contribuição para o SAT é aferida pelo grau de risco da atividade de cada empresa, individualizada pelo seu Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ); tendo, inclusive, sumulado o seu entendimento no enunciado nº 351, de 11.06.2008:

A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro.

Em razão dessa jurisprudência reiterada do STJ, em 20.12.2011, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) emitiu o Ato Declaratório nº 11/11 autorizando a dispensa de apresentação de contestação, de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, nas ações que discutam a aplicação da alíquota de contribuição para o SAT aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ⁶.

Ou seja, segundo o entendimento adotado pelo STJ e pela PGFN no Ato Declaratório nº 11/11, o grau de risco da atividade preponderante deve ser aferido de forma individualizada pelo CNPJ de cada empresa (entenda-se: estabelecimento).

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da Tipicidade no Direito Tributário. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr 2006, p. 29. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.

⁶ Registre-se que, nos termos dos §§ 4º, 5º e 7º do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, o Ato Declaratório expedido pela PGFN é de observância obrigatória pela Receita Federal do Brasil (RFB), que é a responsável por verificar o correto recolhimento das contribuições pela empresa e lavrar autos de infração, caso entenda que este foi efetuado de forma indevida.

Em 24.02.2014, a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (IN RFB) nº 1.453 alterou a redação do § 1º, inciso II, do art. 72 da IN RFB nº 971, de 13.11.2009, que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela RFB, passando a prever expressamente que o conceito de "atividade preponderante" para fins de caracterização do grau de risco da empresa é definido de forma individualizada por estabelecimento:

Art. 72. As contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa ou do equiparado, observadas as disposições específicas desta Instrução Normativa, são:

(...)

§ 1º A contribuição prevista no inciso II do caput será calculada com base no grau de risco da atividade, observadas as seguintes regras:

(...)

II - considera-se preponderante a atividade econômica que ocupa, no estabelecimento, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos, observado que na ocorrência de mesmo número de segurados empregados e trabalhadores avulsos em atividades econômicas distintas, será considerada como preponderante aquela que corresponder ao maior grau de risco; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1453, de 24 de fevereiro de 2014).

Apesar de esse novo conceito de atividade preponderante não ter sido reproduzido no RPS (o qual, até hoje, mantém a sua redação original), as autoridades fiscais vêm afastando a regra prevista no § 3º do art. 202 e aplicando o disposto no art. 72 da IN RFB nº 971/09.

A esse respeito, merece citação o entendimento da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação da RFB (COSIT), manifestado na Solução de Consulta nº 180, de 13.07.2015:

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS GILRAT. PERCENTUAL. GRAU DE RISCO. EMPRESA. ESTABELECIMENTO. Por força do art. 19, da Lei nº 10.522/2002, conjugado pelo Ato Declaratório nº 11/2011, não é mais permitido o uso do critério prescrito no art. 202, § 3º, do Decreto nº 3.048/1999, para aferição da alíquota da contribuição previdenciária de que trata o art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212/1991. Aplica-se, portanto, obrigatoriamente, o critério previsto na Instrução Normativa RFB nº 971/2009, art. 72, § 1º, inciso II, redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.453/2014.

Essa questão relativa ao conceito de “atividade preponderante” também não foi a última a ser analisada pelo Poder Judiciário.

A discussão envolvendo a contribuição para o SAT retornou com a criação do FAP pela Lei nº 10.666, de 08.05.2003, que alterou a forma de recolhimento e apuração da referida contribuição, e a sua efetiva aplicação a partir do ano de 2010, que foi acompanhada de uma alteração promovida pelo Poder Executivo no Anexo V do RPS, que resultou em aumento expressivo da alíquota da contribuição para diversos contribuintes.

Nesse contexto, as violações aos princípios da legalidade e tipicidade tributária voltaram a ser apontadas pelos contribuintes para justificar a inconstitucionalidade da contribuição do SAT, mas com base em argumentos distintos daqueles analisados pelo STF no RE nº 343.446/SC.

3 DO REENQUADRAMENTO ESTABELECIDO PELO DECRETO Nº 6.957/09

Como visto, o STF, ao declarar a constitucionalidade da contribuição para o SAT, se manifestou expressamente no sentido de que é possível que haja delegação ao Poder Executivo para definir o conceito de atividade preponderante e realizar o enquadramento das atividades nos correspondentes graus de risco, desde que “*observados os parâmetros e padrões postos na norma primária*”.

A Lei nº 8.212/91, além de determinar, em seu art. 22, inciso II, que a empresa deve efetuar o recolhimento da contribuição para o SAT (sobre a remuneração dos seus empregados e trabalhadores avulsos) a depender do grau de risco da sua atividade preponderante, estabelece, no § 3º do referido dispositivo, que “*o Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes*”.

Ou seja, a Lei nº 8.212/91, que instituiu a contribuição para o SAT, exige, para alteração do enquadramento das atividades nos graus de risco (que define as alíquotas a serem aplicadas), que sejam apuradas e apresentadas estatísticas de acidentes de trabalho pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (MPS).

O Poder Executivo definiu o conceito de “atividade preponderante” (o qual sofreu alterações após discussão judicial) e relacionou as atividades e os correspondentes graus de risco no Anexo V do RPS.

Ocorre que, em 09.09.2009, o Poder Executivo, valendo-se da competência a ele supostamente conferida, editou o Decreto nº 6.957, alterando o Anexo V do RPS e reenquadrando diversas atividades em diferentes graus de risco sem apresentar qualquer justificativa ou dados estatísticos apurados em inspeção pelo MPS.

Essa alteração promovida no RPS fez com que a discussão envolvendo a delegação supostamente autorizada pelo STF no RE nº 343.446/SC voltasse aos tribunais judiciais, pois, nesse caso, haveria uma violação às regras previstas na Lei nº 8.212/91 e à própria decisão do STF, que reconheceu expressamente que o enquadramento das atividades nos correspondentes

graus de risco deveria ser realizado “*observados os parâmetros e padrões postos na norma primária*”.

O Decreto nº 6.957/09, além de não respeitar os parâmetros previstos na Lei nº 8.212/91, alterou significativamente, de forma aleatória e arbitrária, o Anexo V do RPS, tendo majorado a carga tributária para diversos contribuintes sem apresentar qualquer justificativa ou dados estatísticos que comprovassem o aumento do número de acidentes de trabalho nas atividades desempenhadas, violando claramente os princípios da legalidade, razoabilidade e igualdade.

No campo do Direito Tributário, prevalece o princípio da legalidade, segundo o qual nenhum tributo será cobrado ou aumentado sem lei que o estabeleça, e o da tipicidade, que, intrinsecamente ligado ao primeiro, confere ao contribuinte o direito de ser tributado somente na hipótese em que estiverem presentes todos os elementos definidos em lei como necessários e suficientes ao nascimento da obrigação tributária.

Como já mencionado, RICARDO LOBO TORRES, ao analisar o *leading case* da contribuição para o SAT, se manifestou favoravelmente à delegação ao Poder Executivo para determinar o conceito de risco leve, médio e grave, uma vez que esse conceito seria cambiante e dependeria de fatores como crescimento da atividade econômica e do desenvolvimento tecnológico. No entanto, para que esse entendimento fosse adotado, o autor analisou a regulamentação feita pelo Poder Executivo e concluiu que ela não desbordou os limites traçados pelo legislador, pois haveria razoabilidade nos enquadramentos adotados. Segundo o autor⁷:

Ninguém conhece previamente e a lei formal não poderia determinar o conceito de risco leve, médio ou grave, tanto mais que tal conceito é cambiante, estando ao sabor do crescimento das atividades econômicas e do desenvolvimento tecnológico. Creemos que as normas complementares administrativas não desbordaram os limites traçados pelo Legislador. Simplesmente tipificaram centenas de atividades econômicas no quadro legal das alíquotas (de 1 a 3%), distribuindo-as segundo o grau de risco individualmente considerado. Não nos parece, de modo geral, que o regulamento tenha ofendido o princípio da razoabilidade. Classificou, por exemplo, no grau 1 (riscos leves), o comércio varejista e os escritórios de advocacia; no grau 2 (riscos médios), a indústria têxtil e a tecelagem; no grau 3 (riscos graves), a agricultura, a criação de gado, a extração de mármore e a indústria petrolífera. Extravasaria a sua competência a Administração se, por suposição, optasse pelo enquadramento dos escritórios de advocacia entre as empresas de risco grave e incluísse a notória e potencialmente poluidora indústria do petróleo no risco leve.

Ocorre que essa análise acerca da razoabilidade nos critérios adotados pelo Poder Executivo foi feita antes das alterações promovidas no Anexo V do RPS, não podendo ser

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da Tipicidade no Direito Tributário. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr 2006, p. 29. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.

utilizada como fundamento para validar o reenquadramento das atividades realizado pelo Decreto nº 6.957/09.

Sobre o arbitrário reenquadramento estabelecido pelo Decreto nº 6.957/09, ANDREI PITTEN VELLOSO⁸ aponta que:

De acordo com o estudo elaborado pela Confederação Nacional das Indústrias, o Decreto 6.957/2009 enquadrou 56,1% das atividades econômicas na faixa de risco grave, multiplicando em mais de cinco vezes o percentual de atividades em tal faixa, que no regime do Decreto 6.042/2007 era de apenas 10,6%. Até mesmo serviços de tradução foram enquadrados na categoria de risco grave de acidentes de trabalho.

Ademais, 67% das atividades econômicas tiveram aumento de 50%, 100% ou 200% por conta do enquadramento nas alíquotas mais gravosas, de 2% e 3%. Delas, 27% sofreram aumento de 200% na alíquota (reenquadramento da alíquota de 1% para a de 3%); 29%, de 100% (de 1% para 2%); e 44% de 50% (de 2% para 3%).

Enquanto 67% das atividades econômicas tiveram sua alíquota básica majorada, apenas 4,0% tiveram-na reduzida.

Tais dados evidenciam que o reenquadramento não se norteou pelo incremento de risco das atividades econômicas e tampouco por critérios técnicos, mas pela ânsia arrecadatória do Fisco, o que vai de encontro ao princípio constitucional da igualdade tributária, à proibição de arbitrariedade e ao postulado da coerência sistêmica.

De fato, a nova relação das atividades introduzida pelo Decreto nº 6.957/09 não só viola o princípio da legalidade tributária (pois majora a contribuição sem amparo de lei) como também os princípios da igualdade, que proíbe equiparações injustificadas e atos arbitrários realizados contra os contribuintes⁹, e razoabilidade.

São diversos os exemplos que demonstram a incongruência dos critérios adotados pelo Poder Executivo no Decreto nº 6.957/09 e a violação dos princípios constitucionais com o aumento injustificado das alíquotas da contribuição para o SAT.

No caso das atividades de “tradução, interpretação e similares” (classificada na CNAE 7490-1/01), por exemplo, até 2009, as empresas que realizam essa atividade eram enquadradas no grau de risco leve, estando sujeitas à alíquota de 1%. Com o advento do Decreto nº 6.957/09, essa mesma atividade passou a estar enquadrada no grau de risco grave, com alíquota de 3% (isto é, com a edição do Decreto, a atividade, que era enquadrada no percentual mínimo, passou a estar sujeita ao grau de risco máximo).

Essa mesma alteração (do risco mínimo para o risco máximo) ocorreu com as atividades de “tinturaria” (classificada na CNAE 9601-7/02), “aluguel de fitas de vídeo, DVDs e

⁸ VELLOSO, Andrei Pitten. *Aspectos controvertidos da contribuição acidentária (SAT/RAT): inconstitucionalidade do FAP e do arbitrário reenquadramento das empresas in Contribuições Previdenciárias Sobre a Remuneração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 127-171.

⁹ O princípio da igualdade tributária está previsto no art. 150, II, da CF/88, que assim dispõe: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

similares” (classificada na CNAE 9601-7/02), “design” (classificada na CNAE 7410-2/01), “decoreação de interiores” (classificada na CNAE 7410-2/02), entre muitas outras.

Como já mencionado, o Poder Executivo, ao editar o Decreto nº 6.957/09, não apresentou qualquer justificativa ou dados estatísticos que justificassem o reenquadramento das atividades nos graus de risco. E, de fato, sequer poderia. Considerando os exemplos mencionados acima (entre diversos outros), é difícil imaginar um estudo que comprove o aumento significativo do número de acidentes de trabalho e que justifique o enquadramento dessas atividades no grau de risco grave, onde também estão enquadradas as atividades de “fabricação de pólvoras, explosivos e detonantes” (classificada na CNAE 2092-4/01) e “fabricação de armas de fogo e munições” (classificada na CNAE 2550-1/02), que reconhecidamente são mais perigosas.

Essa incongruência também fica evidente quando se constata que as atividades de “coleta de resíduos não-perigosos” (classificada na CNAE 3811-4/00) estão sujeitas à alíquota de 3% (portanto, enquadradas no grau de risco grave) enquanto que as atividades de “coleta de resíduos perigosos” (classificada na CNAE 3812-2/00) estão sujeitas à alíquota de 2% (com grau de risco médio). Ou seja, a atividade de coleta de resíduos perigosos está sujeita a um grau de risco menor do que a atividade de coleta de resíduos não perigosos.

Em nome do princípio da igualdade tributária, não é justo nem lógico que atos, situações ou negócios de idêntico conteúdo e resultado econômico fiquem sujeitos a tratamentos fiscais diferentes. No entanto, qual seria a relação existente entre as atividades mencionadas acima? Os contribuintes estariam realmente sujeitos a situações análogas no exercício dessas atividades para serem todos enquadrados no grau de risco máximo? E qual o motivo de uma mesma atividade “coleta de resíduos” estar classificada no grau de risco médio quando os resíduos são perigosos e no grau de risco grave quando os resíduos não são perigosos?

Sobre a aplicação do princípio da igualdade tributária, assim se manifestou o Plenário do STF, no julgamento do RE nº 236.604/PR, de que foi relator o Ministro CARLOS VELLOSO:

O princípio da igualdade de todos perante a lei pressupõe que as pessoas serão tratadas de acordo com as suas dissimilaridades, posto que a igualdade absoluta inexistente. No âmbito do direito tributário, a transposição deste princípio constitucional redundaria em que os contribuintes serão tratados isonomicamente em relação às incidências fiscais. Guardadas, logicamente, as desigualdades entre os contribuintes.

Exatamente para possibilitar a efetiva aplicação da isonomia é que o legislador, sempre que possível e dentro de uma disposição política em dado momento histórico da sociedade, estabelece diferentes tratamentos a diferentes contribuintes. Essa separação se legitima à luz de outro princípio constitucional, o da capacidade contributiva, significando que a lei poderá emprestar tratamento diferenciado para as

categorias de contribuinte. Estas categorias devem congregiar contribuintes que se encontrem em situação equivalente quanto à sua capacidade econômica.

Portanto, como primeiro pressuposto, tem-se que é plenamente possível o legislador estabelecer tratamentos diferenciados, desde que para contribuintes em situações diversas. Dentro de uma mesma categoria de contribuintes, certamente não será possível. A isonomia, aliás como ocorre em direito, incluso da ordem social e humana que está, é relativa. Altera-se relativamente a pessoas que encontram-se em situações diversas.

Tratando-se de isonomia e de igualdade ou desigualdade entre as pessoas, nunca é demais citar brilhante frase do inolvidável Rui Barbosa, em sua ‘Oração aos Moços’, quando destaca: *‘tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos equivalessem.*

Apesar de o referido precedente não ter sido proferido em caso envolvendo a contribuição para o SAT, o entendimento adotado pelo STF demonstra que não há fundamento algum para o arbitrário reenquadramento das atividades nos graus de risco realizado pelo Decreto nº 6.957/09, pois reconhece expressamente que contribuintes sujeitos a situações diversas devem ser tratados de forma diferente, segundo a sua capacidade contributiva.

Dessa forma, tendo em vista o evidente desrespeito à regra prevista na Lei nº 8.212/91 e considerando os princípios constitucionais da legalidade, igualdade e razoabilidade, o Decreto nº 6.957/09 não poderia sequer ser aplicado aos contribuintes, devendo ser afastado, por completo, do ordenamento jurídico.

No entanto, não é o que vem acontecendo nos Tribunais Judiciais. Diversas ações foram ajuizadas pelos contribuintes e, em determinados processos, quando se analisou especificamente a questão relativa ao reenquadramento estabelecido pelo Decreto nº 6.957/09, a análise foi feita com base em dados específicos de cada caso, pois se entendeu que o suposto descumprimento do § 3º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 não seria aferível de plano, devendo ser comprovado mediante “ampla dilação probatória”.

Para o STF, a discussão envolvendo a eventual ausência de justificativa técnica e inobservância da Lei nº 8.212/91 para a alteração dos graus de risco não poderia ser objeto de análise pela Corte Constitucional, pois, nesse caso, a violação direta seria à Lei e não à CF/88¹⁰.

Já no âmbito do STJ, a orientação, em vários precedentes, é no sentido de que o enquadramento das atividades nos correspondentes graus de risco constitui ato atribuído pelo legislador exclusivamente ao MPS, sendo vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se nos critérios adotados e adentrar na discricionariedade do Poder Executivo para “beneficiar” o contribuinte mediante o enquadramento em grau de risco mais vantajoso. Nesse sentido, os Acórdãos

¹⁰ Nesse sentido, os Acórdãos proferidos no Agravo Regimental (AgRg) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.677, de 20.06.2012, pelo Plenário do STF, de que foi relator o Ministro DIAS TOFFOLI, e no AgRg no RE nº 780.410, de 26.08.2014, da Primeira Turma do STF, de que foi relator o Ministro MARCO AURÉLIO.

proferidos no Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1.289.233/RS, publicado em 23.04.2012, e no REsp nº 1.095.273/RS, publicado em 27.05.2009, ambos do Ministro CASTRO MEIRA, e no AgRg no REsp nº 1.479.939/PR, de 10.02.2015, de que foi relatora a Ministra MARGA TESSLER (juíza federal convocada).

A Primeira Turma do STJ, contudo, já se manifestou favoravelmente à tese suscitada pelo contribuinte. No julgamento do REsp nº 1.425.090/PR, em 16.09.2014, o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO entendeu que compete sim ao Poder Judiciário analisar os fundamentos que ensejaram o reenquadramento das atividades pelo Decreto nº 6.957/09, pois essa matéria não estaria relacionada ao mérito administrativo, mas ao controle de legalidade do exercício do poder regulamentar, tendo em vista que a Lei nº 8.212/91 prevê expressamente a observância de determinados critérios para que o grau de risco das atividades seja alterado pelo Poder Executivo. Vale transcrever os seguintes trechos do voto proferido pelo relator:

11. Observe-se, assim, que a despeito de o art. 22, § 3º, da Lei nº 8.212/91 permitir ao Poder Executivo promover o adequado reenquadramento da empresa, tal ato administrativo encontra-se *estritamente subordinado* às exigências legais constantes na lei cuja aplicação é almejada e da qual aquele é dependente. E assim é, porque o Poder Regulamentar da Administração encontra limites no princípio da legalidade, mormente quando se leva em consideração a natureza de fonte secundária de Direito, característica do regulamento, cuja expedição destina-se à fiel execução da lei a que se encontra atrelado.

12. Dessa maneira, qualquer expedição de decreto, pelo Poder Executivo, que não obedeça aos ditames legais, configura evidente abuso do poder regulamentar, viabilizando-se, destarte, sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário. A propósito, pertinente se mostra destacar a lição do saudoso jurista PONTES DE MIRANDA que foi sabiamente destacado pelo professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO em seu Curso de Direito Administrativo: Em suma: consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado princípio da legalidade, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em consequência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: 'Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei' (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 345).

Nesse caso, não estava em discussão a possibilidade, ou não, de a alteração dos graus de risco ser feita através de Decreto. O que se questionou foi justamente a falta de motivação para o reenquadramento realizado pelo Poder Executivo no Decreto nº 6.957/09, tendo o contribuinte comprovado, com base em documentos por ele apresentados, que, embora a sua atividade tivesse sido deslocada do grau de risco médio para o grau de risco grave, os acidentes de trabalho envolvendo essa atividade teriam reduzido. O que demonstra que, de fato, não

haveria qualquer justificativa, senão a real intenção de aumentar a alíquota da contribuição para o SAT, para a alteração no grau de risco.

A Fazenda Nacional interpôs RE contra essa decisão alegando, em síntese, que o Acórdão proferido no REsp nº 1.425.090/PR teria violado os arts. 2º e 97 da CF/88, pois, ao considerar que a Administração não teria observado os critérios taxativamente impostos na lei, o STJ teria afrontado o princípio da separação de poderes. No entanto, o referido RE não foi admitido¹¹ pela Vice-Presidente do STJ. Segundo a Ministra LAURITA VAZ, considerando que a discussão no processo é relativa exclusivamente aos critérios utilizados para o reajuste dos graus de risco, o reconhecimento da alegada ofensa à CF/88 demandaria necessariamente o exame de normas infraconstitucionais, e eventual violação aos princípios constitucionais seria reflexa.

Diante dessa decisão, a Fazenda interpôs Agravo, o qual foi remetido ao STF¹². O Ministro CELSO DE MELLO, ao analisar o recurso, em 06.06.2017, concluiu que a matéria em questão estaria diretamente relacionada ao tema nº 554 objeto de repercussão geral (“Fixação de alíquota da contribuição ao SAT a partir de parâmetros estabelecidos por regulamentação do Conselho Nacional de Previdência Social”) e determinou o sobrestamento dos autos até o julgamento do RE nº 677.725 /RS, de relatoria do Ministro LUIZ FUX.

Ocorre que o tema 554 do STF, apesar de relacionado à contribuição para o SAT, trata de outra discussão envolvendo a referida contribuição, que também surgiu com a edição do Decreto nº 6.957/09, e não do reenquadramento feito pelo Poder Executivo nos graus de risco previstos no Anexo V do RPS sem que os parâmetros da Lei nº 8.212/91 fossem observados. Assim, a decisão da Primeira Turma do STJ não pode ser modificada com base nessa futura decisão do STF, devendo ser mantida em sua integralidade e servir de importante paradigma para outros processos.

Nesse ponto, é importante esclarecer que o tema 554 do STF está relacionado à aplicação de um dispositivo do RPS que passou a vigorar em 2010 (com a redação dada pelo Decreto nº 6.957/09) e que autoriza expressamente que as alíquotas do SAT previstas na Lei nº 8.212/91 (de 1, 2 ou 3%) sejam reduzidas (em até cinquenta por cento) ou aumentadas (em até cem por cento), conforme o desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade.

Trata-se da questão envolvendo a instituição do FAP, que alterou significativamente a forma de recolhimento da contribuição para o SAT e vem, desde então, sendo objeto de muita discussão.

¹¹ RE nos Embargos de Declaração no REsp nº 1.425.090-PR, de 12.03.2015.

¹² RE com Agravo nº 895.288-DF

5 DO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (“FAP”)

O FAP está previsto no art. 10 da Lei nº 10.666, de 08.05.2003, e no art. 202-A do RPS, e consiste em um multiplicador variável em um intervalo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,000), que é aplicado sobre as alíquotas do SAT de 1, 2 ou 3% previstas na Lei nº 8.212/91.

O art. 10 da Lei nº 10.666, de 08.05.2003, autoriza expressamente que as alíquotas para a contribuição do SAT (de 1, 2 ou 3%) sejam reduzidas (em até cinquenta por cento) ou aumentadas (em até cem por cento), conforme o desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, segundo critérios definidos pelo regulamento. Eis o que dispõe o referido dispositivo:

Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

A Exposição de Motivos nº 00056 da Medida Provisória (MP) nº 83, de 12.12.2002, que deu origem à Lei nº 10.666/03, deixa claro que o objetivo do legislador ao elaborar o referido diploma legal foi o de melhorar o meio ambiente de trabalho, flexibilizando as alíquotas da contribuição em razão do desempenho das empresas, de modo a estimular os investimentos em prevenção e controle dos acidentes de trabalho:

31. No art. 10, faz-se proposta de flexibilização de alíquotas de contribuição em razão dos desempenhos das empresas na prevenção dos acidentes de trabalho. A preocupação com a saúde e segurança dos trabalhadores constitui-se em um dos temas de mais elevado poder aglutinador. Mesmo reconhecendo que a necessidade de proteger o trabalhador que trabalha em ambiente ou serviço perigoso, insalubre ou penoso é da empresa que assume o risco da atividade econômica e deve responsabilizar-se pelas consequências das enfermidades contraídas e acidentes do trabalho sofridos pelos empregados, na prática que as suporta é o Governo, por meio do Ministério da Saúde em relação às despesas médicas e hospitalares e do INSS em relação às incapacidades laborativas, temporárias ou permanentes e às mortes.

No entanto, o objetivo do legislador, que, na teoria, buscou preservar o direito do trabalhador e garantir maiores investimentos em segurança no ambiente de trabalho, não parece ter sido implementado em consonância com os princípios constitucionais.

Conforme se verifica, a Lei nº 10.666/03 prevê apenas a possibilidade de redução ou majoração das alíquotas do SAT, deixando a cargo do Executivo o poder discricionário de instituir, ou não, esse multiplicador variável e de eleger os critérios para que as alterações nas alíquotas sejam realizadas.

Em princípio, da mesma forma que ocorreu na contribuição para o SAT (principalmente após a decisão do Plenário do STF no RE nº 343.446/SC), essa delegação poderia ser interpretada como uma hipótese adequada para instituição do FAP, em razão da complexidade do tema, que exige análise técnica para melhor definir os parâmetros para sua aplicação.

Sobre a possibilidade e legitimidade de delegação ao Poder Executivo nessas matérias, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM¹³ defende que:

A delegação ao Poder Executivo é amplamente defensável pelo postulado da razoabilidade, pois não haveria condições de o Poder Legislativo apreciar questão de tamanha complexidade técnica. Naturalmente, os parâmetros administrativos deverão ser plausíveis e adequados, sob pena de nulidade. Sempre caberá ao Judiciário coibir regras arbitrárias e pouco coerentes.

(...)

A abertura ao Executivo, como já visto, é natural e até desejável naqueles campos em que, por sua alta complexidade, demandam um corpo técnico bem formado e aparelhado. Nestes casos, o Judiciário deve limitar sua atuação, deixando maior margem para manobra à *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração. (...)

Ocorre que, no caso do FAP, a Lei nº 10.666/03 não determinou sequer as bases para que as alíquotas do SAT fossem alteradas, ela apenas estabeleceu a possibilidade de um mecanismo ser criado para alterar (majorando ou reduzindo) as alíquotas da contribuição, sem sequer atribuir um conceito a esse mecanismo e definir, minimamente, os contornos da sua aplicação. A própria denominação “FAP” foi criada posteriormente pelo Poder Executivo na regulamentação.

De fato, pela leitura do art. 10 da Lei nº 10.666/03, é possível verificar que a delegação não ocorreu apenas em razão da complexidade da matéria. O referido dispositivo possibilitou a criação, pelo Poder Executivo, de um fator que incide e define a própria alíquota da contribuição, violando claramente o princípio da legalidade (art. 150, inciso I, da CF/88), que exige que a lei estabeleça todos os elementos da hipótese de incidência tributária.

¹³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17ª Edição – Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 264, 268 e 269.

Segundo ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR¹⁴, a legalidade no direito tributário deve ser interpretada de uma forma mais restritiva e em conjunto com o princípio da tipicidade, devendo a lei determinar todos os elementos essenciais da obrigação tributária, dentre eles, a própria alíquota. Nas palavras do autor:

O direito tributário, porém, reclama uma fórmula mais restritiva da ideia de legalidade, isto é, pede uma ‘reserva absoluta de lei’ (legalidade substancial absoluta ou tipicidade, que traduz a ideia de que a lei formal deva conter, para além do fundamento da conduta da Administração, todos os elementos essenciais para a decisão no caso concreto, eliminando, tendencialmente, o subjetivismo na aplicação da lei. O chamado ‘princípio da tipicidade’, assim, estabelece um ideal de previsibilidade, de determinabilidade e de mensurabilidade para o exercício das atividades do contribuinte frente ao poder de tributar. Em outras palavras, como pondera a professora Misabel Derzi, ‘a impropriedade chamada tipicidade diz respeito ao princípio da legalidade materialmente considerado’, isto é, diz respeito ao conteúdo da lei e ao seu grau de concreção, que se reclama mais intenso na seara tributária. O chamado ‘princípio da tipicidade’ estabelece que a lei formal deva determinar todos os elementos essenciais da obrigação tributária (sujeito ativo e passivo, objeto fiscal, alíquota, base de cálculo, aspecto temporal e espacial). Nesse sentido, o Legislativo competente não pode delegar a ‘determinação fática da tributação’ para o Executivo ou Judiciário, mas a lei formal deve estabelecer os critérios essenciais para a decisão no caso concreto. Em outras palavras, o princípio da tipicidade exige que lei formal contenha todos os elementos essenciais caracterizadores dos tributos, proibindo-se a discricionariedade acerca dos elementos necessários a sua individualização.

Ou seja, a delegação, no caso do FAP, viola claramente o princípio da legalidade, uma vez que a Lei nº 10.666/03 atribui competência tributária ao Poder Executivo, deixando a cargo dele a opção pela instituição do multiplicador e a manipulação da fórmula matemática que determina a alíquota da contribuição, que é uma atividade própria do legislador.

Ressalte-se que, nesse caso, a questão envolvendo o princípio da legalidade tributária é completamente distinta daquela analisada pelo Plenário do STF no RE nº 343.446/SC, em que se discutiu a constitucionalidade da contribuição para o SAT, não podendo esse precedente ser utilizado para fundamentar a constitucionalidade do FAP.

Isso porque, naquela oportunidade, o que estava em discussão era a possibilidade de o Poder Executivo determinar o conceito de “atividade preponderante” e enquadrar as atividades nos graus de risco leve, médio ou grave, cujas alíquotas estavam previstas na própria Lei nº 8.212/91. Nesse julgado, o Plenário do STF entendeu que (i) a lei teria definido “*satisfatoriamente todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária*” e (ii) o fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e o enquadramento nos graus de risco leve, médio ou grave não implicaria

¹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O "Princípio da Tipicidade Tributária" e o Mandamento de Minimização das Margens de Discricionariedade e de Vedação da Analogia. In *Direito Tributário e a Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 647-674.

ofensa ao princípio da legalidade, pois a delegação seria meramente técnica (e não pura, que seria vedada pela CF/88).

Essa distinção entre delegação técnica e delegação pura fica bem evidente no voto proferido pelo Ministro CARLOS VELLOSO, relator do RE nº 343.446/SC, pois foi justamente em razão da delegação ser técnica (e não pura) que se concluiu pela constitucionalidade da contribuição. A delegação pura seria a delegação propriamente dita, ou seja, aquela que concede ao Poder Executivo uma “carta branca” para a regulamentação. Já a delegação técnica seria aquela necessária quando a definição dos conceitos previstos na lei requer a aferição de dados e elementos que fogem do alcance do legislador, o que, segundo o STF, ocorreria com a contribuição para o SAT.

Para afastar a existência de delegação pura, o relator afirmou que todos os elementos necessários para fazer nascer a obrigação tributária estariam previstos na Lei nº 8.212/91, pois ela teria estabelecido tanto a base de cálculo quanto as alíquotas da contribuição. Nesse ponto, o relator se baseou na doutrina de GERALDO ATALIBA para afirmar que:

Na verdade, tanto a base de cálculo que Geraldo Ataliba denomina base imponible, quanto ‘outro critério quantitativo que – combinado com a base imponible – permita a fixação do débito tributário, decorrente de cada fato imponible’, devem ser estabelecidos pela lei. Esse critério quantitativo é a alíquota (Geraldo Ataliba, ‘Hipótese de Incidência Tributária’, 3ª ed., págs. 106/107).

Dessa forma, e considerando que no caso do FAP a delegação não envolve apenas o poder de “aprimorar” o multiplicador, mas também de optar por instituí-lo, ou não, a depender do juízo discricionário do Poder Executivo, majorando ou reduzindo as alíquotas da contribuição, não há como aplicar o entendimento adotado pelo Plenário do STF no RE nº 343.446/SC, pois as premissas nas quais os Ministros se basearam para concluir pela constitucionalidade do SAT são completamente diferentes das existentes no presente caso, em que há evidente violação ao princípio da legalidade tributária.

Ressalte-se que as irregularidades e inconstitucionalidades do FAP não se restringem à violação ao princípio da legalidade tributária.

Com efeito, o Poder Executivo, valendo-se da competência a ele conferida (ainda que indevidamente) pela Lei nº 10.666/03, editou o Decreto nº 6.042, de 12.02.2007, incluindo um dispositivo específico no RPS que prevê a aplicação de um multiplicador variável para apurar o desempenho específico de cada empresa em relação à sua respectiva atividade preponderante (art. 202-A).

Esse multiplicador criado pelo Decreto nº 6.042/07, no entanto, jamais foi aplicado aos contribuintes. O art. 202-A do RPS só passou a produzir os seus efeitos após a alteração

realizada pelo Decreto nº 6.957/09, o mesmo que reenquadrou, sem apresentar nenhuma justificativa, as atividades nos graus de risco e redefiniu as alíquotas da contribuição para o SAT.

Nos termos do § 2º do art. 202-A (com a redação dada pelo Decreto nº 6.957/09), para que a alíquota do SAT seja reduzida ou aumentada, *“proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, a partir da criação de um índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis com pesos de cinquenta por cento, de trinta cinco por cento e de quinze por cento, respectivamente”*.

O cálculo do FAP é realizado de acordo com índices de frequência, gravidade e custo de cada empresa, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS)¹⁵ e divulgados anualmente pelo MPS.

Essa metodologia adotada pelo CNPS é extremamente complexa e leva em consideração fatores que, apesar de repercutirem diretamente no cálculo final do FAP, não são sequer disponibilizados aos contribuintes, como ocorre com a própria divulgação do resultado de todas as empresas dentro da respectiva atividade econômica para que o desempenho individual de cada uma delas seja apurado, conforme previsto no § 2º do art. 202-A do RPS.

Ou seja, o contribuinte não tem acesso às posições das demais empresas pertencentes ao grupo da sua atividade econômica para fins de verificação do seu desempenho, o que representa evidente cerceamento do direito de defesa por omissão de informação e violação o princípio da publicidade previsto no art. 37 da CF/88.

Essas discussões envolvendo a constitucionalidade do FAP foram objeto de diversas ações judiciais e, em 14.06.2012, o Plenário do STF reconheceu a repercussão geral da matéria no RE nº 684.261, o qual veio a ser posteriormente substituído pelo RE nº 677.725 (tema 554 - Fixação de alíquota da contribuição ao SAT a partir de parâmetros estabelecidos por regulamentação do Conselho Nacional de Previdência Social).

Apesar de o Plenário do STF ainda não ter analisado o referido tema, no Acórdão que reconheceu a repercussão geral da matéria consta, de forma bem evidente, o posicionamento dos Ministros LUIZ FUX (relator dos casos) e ROSA WEBER, no que se refere à similitude do caso do FAP com aquele analisado pelo STF envolvendo a constitucionalidade da contribuição para o SAT¹⁶.

¹⁵ O método de cálculo do FAP está previsto nas Resoluções CNPS nºs 1.316, de 31.05.2010, e 1.327, de 24.09.2015.

¹⁶ O Ministro MARCO AURÉLIO também apresentou o seu posicionamento, mas se manifestou, apenas, pela existência de repercussão geral da matéria, sem se aprofundar sobre a relação existente entre esse caso e o precedente do SAT.

Para o relator Ministro LUIZ FUX, a repercussão geral deveria ser reconhecida em razão da importância da matéria, mas os argumentos suscitados no RE não difeririam daqueles já analisados pelo Plenário do STF no caso do SAT. Assim, mesmo reconhecendo a repercussão geral, o Ministro negou seguimento ao recurso, reafirmando a tese firmada no RE nº 343.446/SC.

Por sua vez, a Ministra ROSA WEBER entendeu que a repercussão geral deveria ser reconhecida, mas não para reafirmar a jurisprudência do STF, pois as questões envolvendo o caso do FAP seriam distintas daquelas já analisadas no precedente do SAT. Segundo a Ministra:

4. A Lei 10.666/03 autorizou que as alíquotas do SAT fossem reduzidas em até 50% ou majoradas em até 100% por dispositivos infralegais, nos seguintes termos:

(...)

Ressalto que a lei citada não reduziu ou majorou as alíquotas da contribuição. Simplesmente autorizou que o Poder Executivo o fizesse, reduzindo as alíquotas efetivas em até 50% ou majorando-as em até 100%.

Ao fazê-lo, incorreu em delegação visivelmente distinta da consagrada pelo art. 22, II, da Lei 8.212/91. Não se trata da delegação da incumbência de enquadrar as empresas nas faixas de risco previstas em lei (leve, médio ou grave), mas do poder de estabelecer um multiplicador sobre as alíquotas e, assim, de modificar as alíquotas efetivas da contribuição.

Ademais, a delegação não envolve apenas o poder de conformar o multiplicador, mas também o juízo discricionário de instituí-lo – ou não. Logo, a alíquota efetiva não decorre da lei, mas da conjugação do art. 22, II, da Lei 8.212/91 com a atuação – ou inação – do Poder Executivo.

A delegação desse juízo discricionário de instituir, ou não, o multiplicador resta evidente do longo período transcorrido entre a promulgação da Lei 10.666/03 e o início da sua aplicação, que foi superior a seis anos, pois o multiplicador somente começou a vigor em janeiro de 2010.

A Lei 10.666/03 estabeleceu, portanto, duas delegações que não existiam na Lei 8.212/91: i) a do poder de criar um multiplicador que será aplicado sobre a alíquota base e, assim, levará a alíquota efetiva; e ii) a delegação do juízo de oportunidade de estabelecer ou não o multiplicador.

(...)

Frente a todo o exposto, não reputo possível afirmar que o sistema de “flexibilização” das alíquotas da contribuição ao SAT, criado com base na Lei 10.666/03, se confunde com o regime original da contribuição, estabelecido pela Lei 8.212/91 e declarado constitucional por esta Corte no julgamento do RE 343.446.

A manifestação da Ministra ROSA WEBER revela exatamente o posicionamento adotado no presente artigo, o qual se espera que também seja aplicado pelos demais Ministros quando do julgamento, com repercussão geral, do tema 554.

No momento, resta aguardar a manifestação do Plenário do STF e esperar que o entendimento adotado no RE nº 343.446/SC não seja utilizado para fundamentar a manutenção do FAP, diante das claras violações aos princípios constitucionais cometidos pela Lei nº 10.666/03 e pelo Decreto nº 6.957/09.

6 CONCLUSÃO

A instituição de uma contribuição específica para garantir maior proteção ao trabalhador e um meio ambiente de trabalho mais adequado é uma importante garantia prevista na CF/88.

No entanto, apesar da importante finalidade da contribuição para o SAT, a discussão envolvendo a referida contribuição está longe de ser pacífica na doutrina e jurisprudência, pois os meios escolhidos pelo Poder Executivo e pelo Legislativo para regulamentar e disciplinar a sua instituição não respeitaram princípios constitucionais fundamentais no âmbito do direito tributário.

Especificamente em relação à constitucionalidade da contribuição para o SAT, o STF pacificou o entendimento de que o fato de a Lei nº 8.212/91 ter delegado ao Poder Executivo a definição dos conceitos de “atividade preponderante” e o enquadramento das atividades desempenhadas pelas empresas nos graus de risco leve, médio ou grave não implicaria ofensa ao princípio da legalidade tributária, pois todos os requisitos essenciais para a instituição da contribuição teriam sido previstos pelo legislador.

No entanto, o entendimento adotado pelo STF no RE nº 343.446/SC não pode ser utilizado como fundamento para respaldar (i) o reenquadramento dos graus de risco das atividades realizado pelo Poder Executivo através do Decreto nº 6.957/09 e (ii) a delegação ao Poder Executivo para instituir (segundo juízo discricionário) um multiplicador que define a própria alíquota da contribuição para o SAT, diante da clara violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e igualdade tributária.

A contribuição para o SAT deve ser resguardada de modo a estimular os investimentos nos ambientes de trabalho e para garantir uma melhor assistência ao trabalhador, mas não pode ser utilizada como medida meramente arrecadatória. Aos tribunais judiciais, resta, portanto, coibir os abusos cometidos pelo legislador e pelo Poder Executivo, garantindo a observância dos princípios constitucionais.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O "Princípio da Tipicidade Tributária" e o Mandamento de Minimização das Margens de Discricionariedade e de Vedação da Analogia. In *Direito Tributário e a Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BRASIL. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 83, de 12.12.2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2002/56-MPAS-02.htm;

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Ato Declaratório nº 11, de 20.12.2011. Diário Oficial da União, Brasília, 15.12.2011. Disponível em: <http://www.pgf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/atos-declaratorios-arquivos/2011/ato%20declaratorio%2011-2011.pdf>;

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta nº 180, de 13.07.2015. Diário Oficial da União, Brasília, 21.07.2015. Inteiro teor disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=66376&visao=anotado>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 351, de 11.06.2008. Diário de Justiça, Brasília, 19.06.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27351%27>;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.289.233/RS – Agravo Regimental no Recurso Especial. Relator Ministro CASTRO MEIRA. Diário de Justiça, Brasília, 20.02.2015. Inteiro teor disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1381645&num_registro=201402293901&data=20150220&formato=PDF;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.095.273/RS – Recurso Especial. Relator Ministro CASTRO MEIRA. Diário de Justiça, Brasília, 27.05.2009. Inteiro teor disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=834123&num_registro=200802280545&data=20090527&formato=PDF;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.425.090/PR – Recurso Especial. Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Diário de Justiça, Brasília, 09.10.2014. Inteiro teor disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1329587&num_registro=201304084009&data=20141009&formato=PDF;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.479.939/PR – Agravo Regimental no Recurso Especial. Relator Ministra MARGA TESSLER. Diário de Justiça, Brasília, 27.05.2009. Inteiro teor disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=834123&num_registro=200802280545&data=20090527&formato=PDF;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 343.446/SC – Recurso Extraordinário. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Diário de Justiça, Brasília, 04.04.2003. Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261045>;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 290.079-6/SC – Recurso Extraordinário. Relator Ministro ILMAR GALVÃO. Diário de Justiça, Brasília, 04.04.2003. Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260149>;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 236.604/PR – Recurso Extraordinário. Relator Ministro CARLOS VELLOSO. Diário de Justiça, Brasília, 06.08.1999. Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=255615>;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg ADI RE nº 4.677/DF – Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Ministro DIAS TOFFOLI. Diário de Justiça, Brasília, 01.08.2012. Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2282853>;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg RE nº 780.410/DF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Diário de Justiça, Brasília, 09.09.2014. Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6683165>;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 554 com repercussão geral. Inteiro teor disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4216984&numeroProcesso=677725&classeProcesso=RE&numeroTema=554>;

DERZI, Misabel Abreu Machado. Legalidade material, modo de pensar “tipificante” e praticidade no direito tributário. In *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17ª Edição – Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ROSENBLATT, Paulo. Competência regulamentar no direito tributário brasileiro: estratégias de flexibilização da legalidade, delegações legislativas e controle judicial. Dissertação, Recife, 2005. Disponível na internet: http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4273/arquivo5209_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y;

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da Tipicidade no Direito Tributário. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>;

VELLOSO, Andrei Pitten. *Aspectos controvertidos da contribuição acidentária (SAT/RAT): inconstitucionalidade do FAP e do arbitrário reenquadramento das empresas in Contribuições Previdenciárias Sobre a Remuneração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

GESTIONE PREVIDENZIALE PER I COMMERCianti: insufficiente la qualità di socio accomandatario per far scattare l'iscrizione

SOCIAL SECURITY MANAGEMENT FOR TRADERS: insufficient quality of accomandatory partner to sign up subscription

Danilo Volpe¹

RIASSUNTO: La sentenza della Corte di Cassazione, 26.2.2016, n. 3.835, affronta il tema dell'obbligatorietà dell'iscrizione del socio accomandatario di una società in accomandita semplice commerciale nella Gestione Previdenziale per i Commercianti ed esclude che tale iscrizione derivi dal mero possesso della qualità di socio accomandatario. L'Autore, dopo un breve excursus storico sul tema della doppia contribuzione gravante sul socio-amministratore di una società commerciale, analizza i singoli requisiti previsti per l'iscrizione alla Gestione Commercianti.

PAROLE CHIAVE: Corte di Cassazione. Gestione commercianti. Contribuzione previdenziale. Socio accomandatario.

SOMMARIO: 1. La fattispecie: l'obbligazione contributiva gravante sul socio accomandatario di una s.a.s. commerciale. Ricostruzione storica. 2. La Gestione Previdenziale per i Commercianti: a) la *ratio*; 2.2. Segue: b) i requisiti soggettivi ed oggettivi per l'iscrizione. 3. Profili problematici: a) la nozione di *prevalenza*; 3.1 (*segue*): b) valore probatorio della dichiarazione fiscale del contribuente; 3.2. (*segue*): c) il riparto dell'onere probatorio in giudizio. 4. Il caso delle società immobiliari.

ABSTRACT: The decision of the Court of Cassation n. 3,835, dated 02.22.2016, faces the issue of compulsory registration of the controlling shareholder of a limited partnership in the Social Security Management for traders and excludes that such registration arises from the quality of a registered partner. The author, after a brief historical report on the subject of the double contribution that falls on the partner-administrator of a commercial company, analyzes each of the requirements for enrollment in the Social Security Management for traders.

KEYWORDS: Court of Cassation. Management traders. Social security contribution. Partner.

SUMMARY: 1. The case in point: the contributory obligation weighing on the general partner of a s.a.s. commercial. Historical reconstruction. 2. Social Security Management for Merchants: a) the *ratio*; 2.2. Follows: b) the subjective and objective requirements for registration. 3. Problematic profiles: a) the concept of *prevalence*; 3.1 (continued): b) probative value of the taxpayer's tax declaration; 3.2. (continued): c) the allocation of the probative burden in court. 4. The case of real estate companies.

1 LA FATTISPECIE: L'OBBLIGAZIONE CONTRIBUTIVA GRAVANTE SUL SOCIO ACCOMANDATARIO DI UNA S.A.S. COMMERCIALE

Artigo recebido em 26/03/2018.

Artigo aprovado em 12/06/2018.

¹Danilo Volpe é Professor de Direito do Trabalho na Universidade de Bari "A. Moro" e Advogado em Trani.



Con la sentenza in commento², la Corte di Cassazione interviene nuovamente sull'attualissimo tema dell'obbligazione contributiva gravante sul socio accomandatario di una società in accomandita semplice avente natura commerciale e, in particolare, sull'obbligatorietà dell'iscrizione del medesimo nella Gestione Previdenziale per i Commercianti.

La pronuncia si collega in qualche modo con quella annosa vicenda giurisprudenziale che, per anni, ha riguardato il problema della cd. doppia contribuzione, ovvero dell'obbligo contributivo sussistente in capo al soggetto che, all'interno di una società commerciale, rivesta contemporaneamente il ruolo di socio e la carica di amministratore.

La problematica anzidetta, meglio nota come *Operazione Poseidone*³, ha avuto una notevole eco mediatica, innanzitutto per la quantità dei soggetti coinvolti dalle pretese creditorie dell'INPS ed anche per la particolare complessità della vicenda giuridica sottesa, nell'ambito della quale è intervenuta una pronuncia delle Sezioni Unite, smentita da una successiva norma di interpretazione autentica, a sua volta sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale.

La *quaestio juris*, in particolare, deriva dal “*putiferio interpretativo*”⁴ che, in passato, ha interessato l'art. 1 co. 208 della legge 23 dicembre 1996, n. 662⁵; ai sensi di tale norma, infatti, ove un soggetto esercita più attività autonome, assoggettate a diverse forme di contribuzione, è iscritto nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale dedica personalmente la sua opera professionale in misura prevalente.

Sin dalla sua promulgazione, l'INPS ha sempre interpretato l'art. 1 co. 208, nel senso di limitare le attività tra cui individuare quella prevalente esclusivamente a quelle che comportano

² Declaration on the rights of mentally Retarded Persons (1971), approvata dall'Assemblea generale dell'ONU on CASSAZIONE, 26.2.2016, n. 3835, S. Lavoro, sentenza – Pres. Roselli, Est. Di Paolantonio, P.M. Servello RDRST, Brasília, Volume 4, n. 1, 2018, p 172-188, jan-abr/2018

(**difforme**) – INPS (Avv.ti Maritati, D'Aloisio, Sgroi) e C.L. (Avv. Dierna). Conf. Corte d'Appello di Bologna, 3.9.2012. Contribuzione previdenziale – art. 1, co. 202 l. 662/96 – Gestione previdenziale commercianti – requisiti soggettivi – automaticità iscrizione socio accomandatario – non sussiste – onere probatorio. Ai sensi dell'art. 1, comma 203, L. n. 662/1996, che ha modificato l'art. 29 L. n. 160/1975, e dell'art. 3 L. n. 45/1986, nelle società in accomandita semplice la qualità di socio accomandatario non è sufficiente a far sorgere l'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali, essendo necessaria anche la partecipazione personale al lavoro aziendale, con carattere di abitualità e prevalenza, la cui ricorrenza deve essere provata dall'istituto assicuratore.

³ Per approfondire la genesi dell'Operazione Poseidone, si v. Catini 2016, 391.

⁴ Così R. Rivero 2011, 137.

⁵ L'art. 1 co. 208 della Legge 23 dicembre 1996, n. 662 prevede testualmente: “*Qualora i soggetti di cui ai precedenti commi esercitano contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente. Spetta all'Istituto nazionale della previdenza sociale decidere sulla iscrizione nell'assicurazione corrispondente all'attività prevalente. Avverso tale decisione, il soggetto interessato può proporre ricorso, entro 90 giorni dalla notifica del provvedimento, al consiglio di amministrazione dell'Istituto, il quale decide in via definitiva, sentiti i comitati amministratori delle rispettive gestioni pensionistiche.*”

l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, artigiani o coltivatori diretti, escludendo, invece, l'attività amministrativa del socio di società commerciali, il cui esercizio comporta sempre l'obbligo dell'iscrizione alla gestione separata di cui all'art. 2 co. 26, l. 335/1995. In altre parole, l'INPS, per i soci-amministratori di società commerciali, ha sempre sostenuto la tesi della doppia contribuzione, ovvero la necessità dell'iscrizione contemporanea nella Gestione commercianti, per la partecipazione sociale all'impresa, e nella Gestione Separata, per l'attività resa in virtù del ruolo amministrativo.

Dopo un notevole dibattito giurisprudenziale, la questione sembrava esser stata risolta dall'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che, con la sentenza n. 3240 del 12 febbraio 2010⁶, aveva dichiarato illegittima la doppia contribuzione imposta ai soci-amministratori di società commerciali, ritenendo, di contro, applicabile anche ai medesimi il confronto tra attività di cui all'art. 1 co. 208 della l. 662/96, con conseguente iscrizione alla gestione previdenziale di quella ritenuta prevalente.

Qualche mese dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, tuttavia, il legislatore ha complicato ulteriormente la vicenda, emanando l'art. 12 co. 11 del d.l. 31.5.2010, n. 78⁷ che forniva l'interpretazione autentica dell'art. 1 co. 208: con questa norma, il legislatore, accogliendo integralmente l'esegesi fornita dall'Istituto e smentendo gli assunti delle Sezioni Unite, ha definitivamente sancito l'obbligo della doppia contribuzione (sia alla gestione separata, sia alla gestione commercianti) in capo ai soci amministratori delle società commerciali.

La norma di interpretazione autentica, peraltro, è stata anche oggetto del giudizio di costituzionalità, conclusosi con la sentenza n. 15 del 26 gennaio 2012⁸ che, oltre ad averne sancito la legittimità costituzionale, ne ha altresì confermato la sua applicabilità retroattiva. La dottrina ha, sul punto, assunto posizioni opposte, soprattutto riguardo l'opportunità per il legislatore di emanare una norma di interpretazione autentica, peraltro, retroattiva. Da un lato, infatti, v'è chi⁹, rilevando i difetti della sentenza delle Sezioni Unite, ha accolto con favore l'intervento del legislatore, ritenendolo finalizzato a mettere ordine in alcuni principi già presenti nel sistema

⁶ Cass. 12.2.2010, n.3240, in *RCDL*, 2010, 1, 281.

⁷ L'art. 12 co. 11 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. in l. 30 luglio 2010, n. 122 prevede espressamente che: *"L'art. 1, comma 208 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 si interpreta nel senso che le attività autonome, per le quali opera il principio di assoggettamento all'assicurazione prevista per l'attività prevalente, sono quelle esercitate in forma d'impresa dai commercianti, dagli artigiani e dai coltivatori diretti, i quali vengono iscritti in una delle corrispondenti gestioni dell'Inps. Restano, pertanto, esclusi dall'applicazione dell'art. 1, comma 208, legge n. 662/96 i rapporti di lavoro per i quali è obbligatoriamente prevista l'iscrizione alla gestione previdenziale di cui all'art. 2, comma 26, legge 8 agosto 1995, n. 335"*.

⁸ C. Cost., 26/01/2012, n. 15, in *Gcost*, 2012, I, 145

⁹ *Rivesto* 2011, 146. Contro le conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite si veda anche *Asnaghi* 2010 e *Canavesi* 2010.

previdenziale; dall'altro, invece, v'è la posizione di chi¹⁰ ha fortemente criticato la natura retroattiva della norma di interpretazione autentica, in quanto contrastante con le esigenze di tutela del legittimo affidamento posto dai cittadini nella certezza dell'ordinamento giuridico.

L'interpretazione autentica fornita dal legislatore, nonostante le aspre critiche ricevute da una parte della dottrina, sembrava comunque destinata a chiudere definitivamente la questione ed i numerosi contenziosi che, nel frattempo, erano sorti. Così però non è stato: vi sono stati contribuenti infatti che hanno continuato a resistere avverso le pretese creditorie avanzate dall'INPS, non contestando più la legittimità della doppia contribuzione ma contestando, caso per caso, la sussistenza dei requisiti per la loro iscrivibilità nella Gestione Commercianti. In questo modo, il vaglio della giurisprudenza si è spostato dal piano prettamente giuridico al piano fattuale.

Premessi questi brevi cenni storici, occorre esaminare la fattispecie sottesa alla sentenza in commento: essa trae origine dalla notifica di una cartella esattoriale da parte dell'INPS nei confronti del socio accomandatario di una s.a.s. commerciale, per contributi non versati alla Gestione Commercianti nel periodo 1 febbraio 1998 – 31 ottobre 2000.

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Bologna, tuttavia, avevano negato la fondatezza della pretesa contributiva avanzata dall'INPS, escludendo dunque l'obbligo del socio di iscriversi nella Gestione Previdenziale predetta. La Corte d'Appello di Bologna, in particolare, aveva ammesso in linea di principio la legittimità della contemporanea iscrizione del socio accomandatario di una società commerciale nella Gestione Commercianti e nella Gestione Separata, onerando l'INPS dell'onere di provare la sussistenza dei requisiti normativamente previsti per tale iscrizione. Sulla base della valutazione delle risultanze istruttorie, però, i giudici del gravame avevano escluso il diretto coinvolgimento del socio accomandatario nella gestione dell'attività aziendale, ritenendo dunque illegittima l'iscrizione del medesimo nella Gestione Commercianti.

Nonostante l'esito negativo dei due gradi di merito, l'INPS ricorre per Cassazione, deducendo *“la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1, commi 202, 203 e 208 della Legge 662/96 (art. 360, n. 3 c.p.c.)”*. L'Ente, in particolare, fonda il proprio ricorso sulla base di due distinti assunti: sostiene, in primo luogo, che il socio accomandatario è *ex sé* iscrivibile alla Gestione Commercianti in quanto è l'unico che può compiere atti in nome e per conto della società e, per tali atti, risponde illimitatamente anche con il proprio patrimonio personale; in secondo

¹⁰ Barutti 2012, 470. Notevolmente critica è anche la posizione di Massa 2012, 169 che individua la *ratio* dell'intervento legislativo di interpretazione autentica nelle *“finalità puramente finanziarie: tra l'altro, esso ha luogo nella cd. Manovra estiva 2010, attraverso un decreto legge che nel preambolo menziona la necessità di contenimento della spesa pubblica”*. In senso conforme Colasante 2012 e Rondo 2011.

luogo, che il giudizio di prevalenza ex art. 1 co. 208 ha natura “*endogena*”, dovendo avere ad oggetto le sole vicende interne alla società e non anche le altre ed ulteriori attività espletate dal socio all’esterno di essa.

La Cassazione, tuttavia, con motivazione ampia e ben argomentata ritiene infondati i motivi adottati dall’Inps.

Dando per acquisito il principio della doppia contribuzione sancito dalla norma di interpretazione autentica ex art. 12, co. 11 d.l. 78/2010, infatti, la Suprema Corte riconosce l’autonomia delle due posizioni previdenziali, sostenendo che «è *necessario che per ciascuna di esse ricorrano le condizioni richieste dalla legge, cioè che si realizzi una “coesistenza” di attività riconducibili rispettivamente al commercio e all’amministrazione societaria*»¹¹.

Analizzando poi i requisiti soggettivi per l’iscrizione alla Gestione Commercianti (che saranno singolarmente analizzati nel paragrafo successivo), la Corte ritiene inoltre che la mera responsabilità illimitata del socio accomandatario non sia sufficiente per la sua iscrizione nella predetta Gestione, ma che, al contrario, sia necessario un accertamento in concreto della sua partecipazione al lavoro aziendale in maniera abituale e prevalente. Esclude, peraltro, che tale requisito sia implicito nella semplice qualità di accomandatario, in quanto “*vanno tenuti distinti i due piani del funzionamento della società, con i connessi poteri di amministrazione, e della gestione delle attività commerciali, che ben può essere affidata a terzi estranei alla compagine sociale o ad altri soci che non siano anche amministratori*”.

Essa conclude, infine, con l’individuazione della *ratio* sottesa all’intervento legislativo volto ad assicurare la tutela previdenziale realizzata con la Gestione Commercianti, chiarendo efficacemente come i beneficiari di tale Gestione abbiano esigenze molto più prossime ai lavoratori dipendenti piuttosto che agli imprenditori.

2 LA GESTIONE PREVIDENZIALE PER I COMMERCANTI: A) LA *RATIO*

Per una corretta esegesi dei requisiti normativamente previsti ai fini dell’iscrizione alla Gestione Commercianti e, soprattutto, per distinguere nettamente tra l’attività di amministratore e quella del socio - lavoratore¹², è opportuno analizzare le ragioni che hanno indotto il legislatore ad estendere i benefici previdenziali anche ai piccoli Commercianti.

¹¹ In senso conforme si v. Cass. 01.07.2015, ordinanza n. 13446 e Cass. 05.03.2013, ordinanza n. 5444 inedite a quanto consta.

¹² Secondo Imbriaci 2011, 40 la distinzione appare sfuggente nel caso delle piccole e medie società a responsabilità limitata.

L'istituzione della cd. gestione commercianti è avvenuta con l'emanazione della l. 22 luglio 1966, n. 613 mediante la quale si è introdotto un trattamento previdenziale in favore dei titolari di piccole aziende commerciali, che prima ne erano privi.

I piccoli commercianti, infatti, rientrano in una categoria sociale di imprenditori caratterizzati dalle dimensioni assolutamente minimali delle strutture produttive e da un reddito quantitativamente non lontano da quello dei lavoratori dipendenti. Il legislatore del 1966, quindi, ha ritenuto che anche per tali soggetti sussistesse un interesse pubblico (nell'ambito del c.d. *Welfare State*) ad assicurare loro i mezzi essenziali di sussistenza quando non fossero stati più in grado di operare proficuamente. Non a caso tale gestione previdenziale è comune ad artigiani e coltivatori diretti, figure aventi le medesime caratteristiche socio-produttive. Anche autorevole dottrina¹³ è stata dello stesso parere, riconducendo l'estensione soggettiva della tutela previdenziale ai commercianti, artigiani e coltivatori diretti, alla comunanza di esigenze di protezione previdenziale tra queste «*categorie, per così dire, "sottoprotette" di lavoratori autonomi*» e i lavoratori subordinati del settore privato.

Nello stesso senso si esprime anche la giurisprudenza che, tuttavia, pare porre l'accento non tanto sull'aspetto sociale – la comunanza di esigenze previdenziali fra lavoratore dipendente e piccolo imprenditore commerciale, artigiano o coltivatore diretto – quanto sull'elemento materiale delle caratteristiche dell'attività espletata, giungendo a sostenere che *“l'assicurazione commercianti (è, n.d.r.) posta a protezione, fin dalla sua iniziale introduzione, non già dell'elemento imprenditoriale del lavoratore autonomo, sia esso commerciante, coltivatore diretto o artigiano, ma per il fatto che tutti costoro sono accomunati ai lavoratori dipendenti dall'espletamento di attività lavorativa abituale, nel suo momento esecutivo, connotandosi detto impegno personale come elemento prevalente (rispetto agli altri fattori produttivi) all'interno dell'impresa”*¹⁴.

2.2 SEGUE: B) I REQUISITI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI PER L'ISCRIZIONE

Come spesso accade in materia previdenziale, i requisiti previsti per l'iscrizione alla Gestione Commercianti non sono contenuti in un testo normativo unico ed organico, bensì in una moltitudine di testi differenti che, peraltro, negli anni hanno subito svariate modifiche. Anche la

¹³ Così Cinelli 2001, 126.

¹⁴ Ex plurimis Cass. 12.2.2010, n.3240, in *LG*, 2010, 6, 559, nonché C. App. Bologna, 2.4.2013, in *GLav.*, 2013, 23, 35 con nota critica di Zavalloni.

tecnica redazionale utilizzata dal legislatore per la scrittura di quelle norme, peraltro, non è delle migliori, contenendo continui richiami ad altre norme che, di certo, non facilitano (ma, anzi, complicano notevolmente) il compito dell'interprete.

Da questa congerie di norme emerge che i requisiti richiesti per l'iscrizione alla gestione commercianti sono distinguibili in due categorie: requisiti soggettivi, ovvero i requisiti che deve possedere la persona fisica beneficiaria dell'iscrizione alla gestione previdenziale predetta; requisiti oggettivi, vale a dire i requisiti che, invece, deve presentare la società cui partecipa la persona fisica beneficiaria.

I requisiti soggettivi sono contenuti nell'art. 1 della l. 27.11.1960, n. 1397, modificato, da ultimo, dall'art. 1, co. 203 della l. 23.12.1996, n. 662. Esso, in particolare, prevede che l'obbligo di iscrizione alla Gestione Commercianti sussista per quei soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti: *“a) siano titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia, ivi compresi i parenti e gli affini entro il terzo grado, ovvero siano familiari coadiutori preposti al punto di vendita; b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa ed assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione. Tale requisito non è richiesto per i familiari coadiutori preposti al punto di vendita nonché per i soci di società a responsabilità limitata; c) partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza; d) siano in possesso, ove previsto da leggi o regolamenti, di licenze o autorizzazioni e/o siano iscritti in albi, registri o ruoli.”*

I quattro requisiti innanzi richiamati devono sussistere contemporaneamente¹⁵ e non alternativamente per far sorgere il diritto/obbligo di iscrizione e la conseguente obbligazione contributiva. Significativo appare, infatti, che nel testo legislativo essi siano separati da un segno di interpunzione come il punto e virgola, senza che sia in alcun modo indicata la loro alternatività.

La *ratio* della Gestione previdenziale per gli esercenti attività commerciali, così come innanzi definita, trova quindi pieno riscontro proprio dal requisito soggettivo sub a): il legislatore, infatti, riferendosi ai titolari o gestori di imprese organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e della famiglia, intende valorizzare l'elemento personale e familiare di tali imprese che, anzi, deve risultare predominante rispetto agli altri fattori produttivi¹⁶.

¹⁵ Cass. 05.03.2013, ordinanza n. 5444 inedita a quanto consta.

¹⁶ In questo senso si v. da ultimo Cass. 27.04.2016, n. 8303, in *DeJure*, Giuffrè, che esclude la sussistenza dei requisiti soggettivi perché il soggetto non esercitava l'attività commerciale nell'impresa in modo diretto ed esecutivo né in misura preponderante rispetto agli altri fattori produttivi, limitandosi a compiti di controllo e coordinamento dell'attività svolta nei vari settori aziendali a capo di ciascuno dei quali v'era un soggetto diverso con responsabilità gestionale ed operativa.

Come si analizzerà più compiutamente nel paragrafo successivo, infine, è sicuramente il requisito sub c) quello attorno al quale si è creato il più vivace scontro esegetico, giacché esso presenta un elemento – quello della prevalenza – utilizzato (*rectius*, abusato) dal legislatore in più di un’occasione, da ultimo anche con riferimento all’art. 1 co. 208, l. 662/96. L’ulteriore elemento prescritto dal requisito sub c), quello dell’abitudine, invece, è stato sin da subito pacificamente inteso quale “*professionalità dell’attività d’impresa di cui all’art. 2082 c.c.*”¹⁷.

Sul punto, inoltre, appare interessante la tesi¹⁸ secondo cui l’art. 2, co. 2, l. 1397/1960 - ai sensi del quale “*le norme di cui alla presente legge non si applicano alle imprese che abbiano personalità giuridica*” – escluderebbe l’obbligatorietà dell’iscrizione alla gestione commercianti per quei soggetti che, pur in possesso dei requisiti sub a) e c), siano titolari di imprese dotate di personalità giuridica, ovvero società a responsabilità limitata e società per azioni. In senso contrario si è, invece, espresso l’Inps con propria circolare¹⁹ secondo cui l’art. 2 co. 2 innanzi detto si limiterebbe ad escludere le imprese con personalità giuridica dal novero dei soggetti obbligati all’iscrizione alla gestione previdenziale, fermo restando tale obbligo in capo ai loro soci.

La tesi sostenuta dall’Istituto si fa preferire: è, infatti, la stessa norma che elenca i requisiti soggettivi richiesti per l’iscrizione alla gestione commercianti ad annoverare espressamente i soci di società a responsabilità limitata. La lettera b) dell’art. 1 l. 1397/1960, invero, esclude espressamente i soci di società a responsabilità limitata dal necessario possesso del requisito della “*piena responsabilità dell’impresa*”. Deve dunque ritenersi che il legislatore imponga implicitamente il possesso degli ulteriori requisiti anche per i soci di società a responsabilità limitata e che, quindi, questi siano anch’essi destinatari della tutela previdenziale prevista dalla gestione commercianti²⁰.

I requisiti oggettivi sono invece prescritti dall’art. 1 co. 1 della l. 22/07/1966, n.613 e dall’art. 1, co. 202 l. 662/96.

L’art. 1 della l. 613/66, in particolare, estende l’assicurazione obbligatoria per l’invalidità, la vecchiaia ed i superstiti agli esercenti “*piccole imprese commerciali*” mentre l’art. 1, co. 202 l.

¹⁷ Così Catini 2016, 390; in senso conforme Olivelli 2014, 668 nonché, in giurisprudenza, Cass. 12.07.2012, n. 11804 in *MGC*, 2012, 7-8, 906.

¹⁸ Sostenuta da Olivelli 2014, 667.

¹⁹ Circolare Inps 7.2.1997, n. 25.

²⁰ Accoglie questa tesi Cass. 22.10.2013, n. 23943, in *MCG*, 2013, 10, 980 secondo cui i contributi alla gestione commercianti sono “*sono dovuti anche dai soci di società a responsabilità limitata in base alla normativa prima richiamata (L. n. 662 del 2006, art. 1, comma 203) con la quale il legislatore ha voluto evitare che, grazie allo schermo societario, la prestazione del socio di srl espletata nell’ambito dell’impresa commerciale sia sottratta alla contribuzione previdenziale obbligatoria e ha voluto superare la preesistente disparità di trattamento tra i titolari di imprese individuali o i soci di società di persone, da un lato e, dall’altro, i soci di società a responsabilità limitata*”.

662/96 la estende anche “*ai soggetti che esercitano in qualità di lavoratori autonomi le attività di cui all'articolo 49, comma 1, lettera d), della legge 9 marzo 1989, n. 88*”²¹.

È evidente che la *ratio* sottesa alla gestione commercianti è confermata anche con riferimento ai requisiti oggettivi e, nello specifico, a quello previsto dall’art. 1 della l. 613/66: esso, infatti, annovera espressamente i piccoli imprenditori commerciali, la cui nozione è contenuta nell’art. 2083 c.c., secondo cui “*sono piccoli imprenditori (...) i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia*”. Deve trattarsi quindi di piccole realtà economiche, condotte ed organizzate mediante l’attività lavorativa del piccolo imprenditore, al più, coadiuvato dalla propria famiglia.

Fornendo un’interpretazione restrittiva dell’art. 49, co. 1 lett. d) l. 88/89²², peraltro, la giurisprudenza di legittimità e di merito più recente ha escluso la natura commerciale di alcune particolari tipologie di società, quali, ad esempio, quelle aventi come oggetto sociale la mera riscossione dei canoni di locazione degli immobili di proprietà. Per un’analisi più approfondita della problematica v., *infra*, il successivo paragrafo 4.

3 PROFILI PROBLEMATICI: A) LA NOZIONE DI PREVALENZA

È tuttavia il requisito soggettivo prescritto dalla lett. c) dell’art. 1, co. 1, l. 1397/60 quello sul quale si è concentrata maggiormente l’attenzione di giurisprudenza e dottrina, vale a dire il requisito della partecipazione *prevalente* al lavoro aziendale da parte del socio.

Le difficoltà interpretative, infatti, sono sorte a causa della formulazione infelice della normativa *de qua*, che utilizza più volte l’aggettivo “*prevalente*” ma con accezioni del tutto differenti. Questo aggettivo lo si rinviene, dapprima, nell’art. 1 della l. 27.11.1960, n. 1397 con riferimento alla partecipazione personale del socio all’interno dell’impresa, quale requisito per l’iscrizione nella gestione commercianti; successivamente, viene utilizzato all’interno del co. 208, dell’art. 1, l. 662/96, che, invece, impone un confronto fra attività contemporaneamente esercitate da una medesima persona fisica al fine di individuare quella prevalentemente espletata e, conseguentemente, assoggettarla all’assicurazione obbligatoria.

²¹ L’art. 49 co. 1, lett. d) l. 88/89 testualmente annovera il “*settore terziario, per le attività: commerciali, ivi comprese quelle turistiche; di produzione, intermediazione e prestazione dei servizi anche finanziari; per le attività professionali ed artistiche; nonché per le relative attività ausiliarie*”.

²² A mero titolo esemplificativo, v. C. App. Genova 24.10.14, n. 4023 in *GLav*, 2015, 7, 40 con nota di Viceconte N., per la quale deve intendersi come attività commerciale quell’ “*operatività materiale nell’esercizio del commercio che deve concretizzarsi quanto meno nella produzione o intermediazione di beni o servizi*”.

Si tratta, in altri termini, di due concetti differenti di prevalenza.

La prevalenza, intesa con riferimento alla partecipazione personale del socio all'attività aziendale *ex art. 1 l. 1397/60*, infatti, va verificata in relazione agli altri fattori produttivi utilizzati dalla medesima impresa: l'obbligatoria iscrizione del socio alla gestione commercianti sorgerebbe dunque solo ove l'apporto lavorativo di quest'ultimo sia preponderante (prevalente) rispetto agli ulteriori fattori produttivi. Questa interpretazione, accolta oltre che dalla sentenza in commento anche dalla giurisprudenza maggioritaria²³, è stata già fornita dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2010²⁴, la cui motivazione ha opportunamente chiarito che *“la prevalenza della partecipazione al lavoro aziendale, prevista ai fini dell'iscrizione alla gestione commercianti, si riferisce all'apporto del soggetto all'attività della propria impresa e della sua preminenza rispetto all'attività prestata da altri soggetti al suo interno”*²⁵.

Sebbene, dunque, il principio mutuato in tema di doppia contribuzione del socio – amministratore di società commerciali sia stato superato dalla successiva norma di interpretazione autentica, rimane invece ancora attuale l'interpretazione fornita dal Supremo consesso in materia di prevalenza della partecipazione personale del socio nell'azienda.

La prevalenza prevista dall'all'art. 1, co. 208 l. 662/96, in relazione alle attività autonome, al contrario, come già rilevato, non va riferita alla struttura produttiva dell'impresa singolarmente considerata, ma impone un confronto fra le plurime attività espletate dalla medesima persona fisica. Come specificato nel paragrafo introduttivo del presente contributo e contrariamente a quanto statuito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 3240/2010, a seguito dell'interpretazione autentica fornita con l'art. 12, co. 11, d.l. 78/2010, non può essere oggetto di questo confronto la duplice attività che il soggetto svolge nella medesima società commerciale sia come socio che come amministratore.

Tale diversa nozione di prevalenza, tuttavia, non viene accolta unanimemente: in senso contrario si è pronunciato chi ha escluso la possibilità di attribuire un doppio significato al termine *prevalenza*, in quanto *“se esistessero due concetti e due operazioni logiche da effettuare, non si spiegherebbe infatti come, per lo stesso soggetto che espliciti all'interno della impresa commerciale un'attività operativa che dovrebbe già risultare prevalente (addirittura rispetto*

²³ Cass. 01.07.2015, ordinanza n. 13446, cit.; Cass. 12.07.2012, n. 11804, cit.; C. App. Milano 5.10.2015, n. 766 e 6.10.2015, n. 677 inedite a quanto consta; C. App. Bologna, 2.4.2013, cit.; Trib. Monza 7.4.2015, n. 211, in *DeJure*, Giuffrè; Trib. Forlì 15.1.2016, n. 6 inedita a quanto consta.

²⁴ Cass. S.U. 12.2.2010, n. 3240 cit.

²⁵ In senso conforme in dottrina Bavasso 2013, 694 che opportunamente suggerisce di *“operare una valutazione dell'impatto che il lavoro svolto dal socio ha sull'attività aziendale nel suo complesso e, dunque, rispetto a tutti gli altri fattori di produzione”*.

all'apporto di ogni altro fattore lavorativo, secondo le SU) per essere iscritto alla gestione commercianti, si possa porre poi in concreto un problema di prevalenza di un'altra sua eventuale attività lavorativa autonoma”²⁶. Per tale motivo, questo Autore suggerisce di unificare il concetto di prevalenza, rapportandolo esclusivamente alle attività della persona fisica, ovvero a quelle attività complesse o miste per le quali sorge il problema di verificare, volta per volta, quale sia quella più rilevante per il soggetto che la rende. In altre parole, come afferma anche un altro Autore “il contenuto del criterio di prevalenza di cui al comma 203 non può che avere natura soggettiva e deve essere riferito all'attività del singolo socio: l'iscrizione nella gestione commercianti richiede cioè solo che l'attività resa dal socio sia la sua abituale e prevalente attività”²⁷.

Questa interpretazione che, a quanto consti, non ha ottenuto quasi alcuna accoglienza in giurisprudenza²⁸, è stata, invece, fatta propria dall'Inps²⁹ che ha definito il concetto di prevalenza come quella “dedizione alla cura e gestione dell'impresa (organizzazione di mezzi e di risorse, piena responsabilità dell'impresa ed assunzione di tutti gli oneri e i rischi relativi) che risulti maggiore rispetto ad eventuali altre occupazioni lavorative del medesimo soggetto”.

3.1 (SEGUE): B) VALORE PROBATORIO DELLA DICHIARAZIONE FISCALE DEL CONTRIBUENTE

Nella fattispecie sottesa alla sentenza in commento, la pretesa contributiva era stata avanzata dall'Inps nei confronti di un socio accomandatario di una società in accomandita semplice. In generale, nella cd. operazione Poseidone, l'iscrizione nella Gestione Commercianti operata d'ufficio dall'Ente previdenziale ha coinvolto i soci-amministratori tanto di società di persone quanto di società di capitali.

Con esclusivo riferimento alle società di persone, tuttavia, la domanda avanzata dall'Inps ha tratto origine dall'*incrocio* di dichiarazioni fiscali e, in particolare, dal confronto tra le dichiarazioni fiscali rese dalle società e quelle rese dalla persona fisica. Utilizzando i dati fiscali in possesso dell'Agenzia delle Entrate, difatti, l'Inps ha iscritto nella Gestione Commercianti le persone fisiche che, da un lato, avevano dichiarato redditi da partecipazione societaria (compilando l'apposito riquadro RH) e, dall'altro, avevano ammesso che questa partecipazione costituisse la loro occupazione prevalente ai sensi dell'art. 1 co. 202, l. 662/96 (compilando l'apposito riquadro

²⁶ Roverso 2011, 145.

²⁷ Così Zavalloni 2013, 38, cit.

²⁸ Per l'unico caso in cui ciò è avvenuto, per quanto consta, v. C. App. Genova 5.10.2012, in *Glav*, 2012, 39, 32.

²⁹ Messaggio n. 12698 del 10.6.2011.

RK). In presenza di tali dichiarazioni ed in assenza di una iscrizione previdenziale, l'Inps iscriveva d'ufficio tali soggetti nella Gestione Commercianti.

Secondo la tesi dell'Istituto Previdenziale, quindi, era il socio che, attraverso la dichiarazione fiscale, aveva ammesso la sussistenza dei requisiti normativamente previsti per la propria iscrizione nella Gestione Commercianti e, in particolare, che la sua partecipazione alla società di persone avente natura commerciale costituisse la sua occupazione abituale e prevalente. Con messaggio n. 12698 del 10 giugno 2011, l'Inps rileva infatti testualmente che *“la dichiarazione dei redditi, pur essendo riferita all'ambito fiscale, assume pieno valore in ordine allo svolgimento dell'attività lavorativa dell'interessato, pertanto le attestazioni ivi contenute saranno inficcate solo da elementi probatori, attestanti il mancato svolgimento dell'attività lavorativa della società”*.

Secondo la tesi dell'Istituto, quindi, la dichiarazione fiscale resa dal contribuente assumerebbe il valore di mera presunzione semplice ex art. 2729 c.c.³⁰ che, seppur liberamente apprezzabile dal giudice, comporterebbe un'inversione dell'onere della prova. In altre parole, in presenza di una dichiarazione fiscale sfavorevole al contribuente, non dovrebbe essere l'Inps a provare la sussistenza dei requisiti per la sua iscrizione nella gestione commercianti, bensì il contribuente medesimo a dimostrare la sua mancata partecipazione al lavoro aziendale³¹.

A quanto consta sul punto la giurisprudenza di legittimità non si è ancora pronunciata; la giurisprudenza di merito ha sostanzialmente negato il valore probatorio delle dichiarazioni rese dal contribuente in sede fiscale, statuendo che le medesime *“hanno valore esclusivamente ai fini fiscali e non possono assurgere ad ammissione e prova dei presupposti dell'obbligo di iscrizione alla gestione previdenziale”*³².

In effetti pare difficile attribuire valore confessorio alle dichiarazioni fiscali rilasciate dal contribuente: esse, infatti, sono rilasciate ad un Ente pubblico (Agenzia delle Entrate) diverso dall'Inps. Potrebbe al più riconoscersi valore di confessione stragiudiziale rilasciata ad un terzo e,

³⁰ Secondo cui *“Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.*

³¹ In senso conforme si è espresso Catini 2016, 391 che, pur attribuendo alla dichiarazione fiscale sfavorevole per il contribuente *“contenuto sostanzialmente confessorio, sufficiente all'iscrizione previdenziale”*, ha attribuito al contribuente medesimo l'onere di dimostrare l'assenza del requisito della prevalenza, individuando a tal fine quali indici rilevanti la mancanza di una concreta partecipazione al lavoro, l'esistenza di certificati medici che attestino inabilità al lavoro, documentazione attestante la permanenza all'estero. In giurisprudenza, invece, si v. Trib. Milano 20.3.2013, nn. 1169 e 1174, inedite a quanto consta, che parimenti hanno ritenuto che ove l'obbligo contributivo sorga in presenza della dichiarazione dei redditi presentata dal contribuente, incombe su quest'ultimo l'onere di provare che la realtà è diversa da quanto contenuto nella dichiarazione medesima.

³² Così Trib. Monza 7.4.2015, n. 211, cit. nonché, in senso sostanzialmente conforme, Trib. Forlì 15.1.2016, n. 6, cit. e Trib. Bergamo 4.2.2016, n. 102, quest'ultima inedita a quanto consta.

in quanto tale, ai sensi dell'art. 2735, co. 1 c.c., priva di valore di prova legale e quindi liberamente apprezzabile dal giudice.

La rettificabilità delle dichiarazioni fiscali rese dal contribuente, invece, pare pacificamente ammissibile: con lo stesso messaggio n. 12698/2011, infatti, è l'Ente previdenziale medesimo ad ammetterla, in quanto essa ben potrebbe esser stata determinata da un errore tanto dell'intermediario abilitato alla dichiarazione tanto del contribuente medesimo³³.

3.2 (SEGUE): C) IL RIPARTO DELL'ONERE PROBATORIO

Si ritiene pacificamente che, ai sensi dell'art. 2697 c.c.³⁴, incomba sull'Inps l'onere di provare i fatti costitutivi della propria pretesa creditoria e, quindi, la sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi per l'iscrizione del socio nella gestione commercianti.

Procedendo all'iscrizione d'ufficio dei soci-amministratori di società commerciali, è l'Istituto che avanza una pretesa contributiva e, conseguentemente, deve provare i fatti costitutivi di tale pretesa. Ciò vale anche quando è il contribuente ad instaurare il giudizio mediante la proposizione di un'azione di accertamento negativo (finalizzata proprio ad accertare l'illegittimità della propria iscrizione nella gestione commercianti).

Sul punto, si rileva un fermo orientamento della giurisprudenza di legittimità che attribuisce all'Inps l'onere di provare i presupposti di cui alla l. 662/96, ritenendo che *“il gravame di provare i fatti costitutivi del diritto spetta sempre alla parte che si afferma titolare del diritto che intende far valere, ancorché essa sia convenuta in un giudizio di accertamento negativo”*³⁵. In senso conforme si sono espresse anche le più recenti sentenze di merito, le quali hanno opportunamente

³³ In caso di rettifica, anzi, l'Inps, con messaggio n. 12698 del 10.6.2011, consiglia l'annullamento dell'accertamento (e quindi dell'iscrizione d'ufficio nella gestione commercianti) purché, nel caso di specie, siano assenti altri elementi che dimostrerebbero lo svolgimento abituale dell'attività di impresa, quali ad esempio la firma degli atti relativi alla quotidiana gestione aziendale, assicurazione Inail, assenza di lavoratori dipendenti o di collaboratori e, infine, utilizzo delle attrezzature aziendali.

³⁴ Secondo cui, come noto, *“chi vuole far valere un diritto in giudizio, deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”*.

³⁵ Così Cass. 10.11.2010, n. 22862, in *MGC*, 2010, 11, 1433 e Cass. 18.5.2010, n. 12108, in *MGC*, 2010, 5, 774. In senso conforme si v. Cass. 27/04/2016, n. 8303, cit.; Cass. 01.07.2015, ordinanza n. 13446, cit. Più in generale, in materia di riparto dell'onere probatorio nelle controversie aventi ad oggetto l'opposizione a cartella esattoriale, si v. Cass. 6.11.2009, n. 23600, in *MGC*, 2009, 11, secondo cui: *“In tema di riscossione di contributi previdenziali, l'opposizione avverso la cartella esattoriale di pagamento emessa ai sensi dell'art. 2 d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, conv., con modificazioni, nella l. 7 dicembre 1989 n. 389, dà luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo, con la conseguenza che l'eventuale rigetto di censure di tipo formale relative all'iscrizione a ruolo non pregiudica l'accertamento di tale rapporto secondo le ordinarie regole relative alla ripartizione dell'onere della prova, alla stregua delle quali grava sull'ente previdenziale l'onere di provare i fatti costitutivi dell'obbligo contributivo e sulla controparte l'onere di contestare i fatti costitutivi del credito”*

statuito che *“l’obbligo contributivo è collegato all’esistenza della situazione di fatto che lo determina e (...) incombe sull’Inps l’onere di provare la presenza e l’effettività di tali circostanze; senza che spetti all’opponente dimostrare la mancata partecipazione alla conduzione dell’impresa”*³⁶.

Con riferimento alla medesima fattispecie sottesa alla sentenza in commento, peraltro, anche la dottrina ha avuto modo di esprimersi circa l’incombenza sull’Inps dell’onere di provare in giudizio la sussistenza dei requisiti normativamente richiesti per l’iscrizione alla gestione commercianti, sostenendo che *“in mancanza di idonea dimostrazione da parte dell’ente previdenziale di un diretto coinvolgimento del socio nel lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza, la sussistenza di tale requisito non può essere automaticamente dedotta dalla semplice qualità di socio accomandatario”*³⁷.

4 IL CASO DELLE SOCIETÀ DI GODIMENTO

Come brevemente accennato *supra* al paragrafo 2.2, particolarmente interessante appare, infine, il caso delle cd. società di godimento, ovvero quelle società in cui *“le parti indicano fittiziamente nell’atto costitutivo come oggetto sociale un’attività imprenditoriale, mentre nella realtà i soci si limitano a godere dei beni conferiti”*³⁸.

Il caso è di notevole ed attuale interesse perché tra le società di godimento rientrano quelle società che si limitano esclusivamente a concedere in locazione gli immobili di cui sono proprietarie ed a riscuotere i relativi canoni; molte delle persone fisiche iscritte d’ufficio dall’Inps alla gestione commercianti, peraltro, rivestivano la carica di soci – amministratori proprio in queste società di locazione.

La questione è stata già affrontata e risolta dalla giurisprudenza di legittimità con una pronuncia del 2013, dalla quale è scaturito un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Con un’ordinanza del 2013³⁹, infatti, la Suprema Corte ha escluso l’iscrivibilità alla gestione commercianti del socio amministratore di società di locazione, escludendo in radice la natura commerciale di queste società e prescindendo da ogni considerazione sulla natura dell’attività

³⁶ Così C. App. Milano 6.10.2015, n. 677, cit. Conformemente si v. Trib. Monza 7.4.2015, n. 211, cit; Trib. Teramo 15.09.2015, n. 762, in *Dejure*, Giuffrè; Trib. Pescara 25.11.2014, n. 1019, in *Dejure*, Giuffrè; Trib. Milano 19.08.2013, in *RCP*, 2014, 1, 324; C. App. Bologna, 2.4.2013, cit.

³⁷ Così Ludovico 2016, 514 e, in senso conforme, Catini 2016, 392.

³⁸ Così Catini 2016, 379.

³⁹ Cass. 11.02.2013, n. 3145, in *GC*, 2013, 10, I, 2055.

esercitata dal socio⁴⁰. Secondo questa pronuncia, in particolare, tali società – limitandosi alla mera riscossione dei canoni di locazione – non eserciterebbero attività di intermediazione immobiliare, sicché non rientrerebbero nel settore terziario ex art. 49, co. 1, lett. d), l. 88/89⁴¹.

Senza esplicitarlo, dunque, la Suprema Corte ammette che, nel nostro ordinamento, possano costituirsi società finalizzate al mero godimento di immobili. Tale possibilità, tuttavia, è vivacemente dibattuta in dottrina: da un lato, infatti, v'è chi⁴² sostiene che l'utilizzo dello schema societario richiederebbe sempre l'esercizio di un'attività definibile imprenditoriale o un'attività che, sebbene non commerciale, abbia comunque uno scopo di lucro, anche perché l'art. 2248 c.c.⁴³ sembrerebbe vietare la costituzione di società di semplice godimento di beni sociali⁴⁴; dall'altro, invece, v'è chi⁴⁵ sostiene che le società di mero godimento sarebbero teoricamente ammissibili, non ostandovi l'art. 2248 c.c. che sarebbe una semplice norma di chiusura del sistema. Sul punto è opportuno, inoltre, segnalare l'orientamento della giurisprudenza di merito che, invece, ha sostanzialmente ritenuto compatibili con il nostro ordinamento le società aventi ad oggetto esclusivo o principale la gestione degli immobili, purché esse abbiano la forma di società semplici⁴⁶.

Nell'ambito del dibattito svoltosi in dottrina e nella giurisprudenza di merito, prevale quindi un'opinione critica nei confronti della pronuncia n. 3145/2013 della Suprema Corte: essa, infatti, non avrebbe tenuto conto dell'insegnamento della prevalente giurisprudenza di legittimità secondo cui le società, costituite nelle forme di cui al capo III ss. del titolo V del libro quinto del codice civile, acquistano la qualità di imprenditore sin dal momento della loro costituzione, a prescindere dall'effettivo inizio ed esercizio di tale attività⁴⁷; da tale qualità *civilistica* di

⁴⁰ La successiva giurisprudenza di merito si è uniformata pacificamente al principio mutuato dalla pronuncia di legittimità anzidetta: si v. Trib. Forlì 15.1.2016, n. 6, cit.; Trib. Trani 23.2.2016, n. 334, inedita a quanto consta; Trib. Trani 1.3.2016, n. 436, inedita a quanto consta; C. App. Genova 24.10.14, n. 4023, cit.; Trib. Pordenone 8.10.2015, n. 142, in *Dejure*, Giuffrè; Trib. Teramo 15.9.2015, n. 762, in *Dejure*, Giuffrè;

⁴¹ Di diverso avviso sono stati invece Gallo e Martina 2011, 70 secondo cui “*L'attività di affitto di immobili propri (...) rientra a pieno titolo nel settore terziario, ai sensi della legge n. 88/1989, trattandosi di un'attività di servizi dotata di autonoma caratterizzazione, quindi soggetta ad obbligo contributivo*”.

⁴² Fra tutti, Campobasso 2006.

⁴³ Ai sensi dell'art. 2248 c.c. “*la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalla norme del titolo VII del libro III*”.

⁴⁴ In tal senso v. Di Feo 2013, 2058. Catini (2016, 382) parimenti ritiene inammissibili le società di godimento in quanto sarebbero contrarie al contratto (tipico) di società, giacché l'oggetto sociale perseguito non rispetterebbe la causa del contratto.

⁴⁵ Di Sabato 2011, 30.

⁴⁶ C. App. Trieste 23.12.1999, in *Società*, 2000, 1105; Trib. Ancona 14.3.2000 e 26.5.2000, entrambe in *Società*, 2001, 82; *contra* Trib. Mantova 3.3.2008, in *Società*, 2009, 1026

⁴⁷ In tal senso, v. Di Feo 2013. In senso contrario si v. Barraco e Bianco (2013, 58).

imprenditore discenderebbe l'*abitudine* previdenzialistica connessa all'iscrizione alla gestione commercio dell'Inps⁴⁸.

5 BIBLIOGRAFIA

ASNAGHI A. (2010), *Socio amministratore e commerciante: le Sezioni Unite della Cassazione non convincono*, in *Boll. Adapt*, 19.

BARRACO E. BIANCO S. (2013), *Gestione Commercianti: locazione di immobili senza iscrizione del socio*, in *Glav*, 23, 51.

BAVASSO E. (2013), *La disciplina previdenziale del socio – lavoratore e amministratore di s.r.l.*, in *LG*, 7, 689.

BARUTTI S. (2012), *Dalle corti al legislatore e dal legislatore alle corti: lo strano caso dell'efficacia retroattiva della norma che impone la doppia iscrizione previdenziale al socio – lavoratore e amministratore di srl*, nota a C. Cost. 26.1.2012, n.15, in *RIDL*, II, 469.

CAMPOBASSO G.F. (2006), *Diritto commerciale, II, Le società*, Utet, Torino.

CANAVESI G. (2010), *Esercizio di attività commerciale da parte del socio amministratore di S.r.l.: le Sezioni Unite si pronunciano a favore dell'unicità dell'iscrizione al regime previdenziale corrispondente all'attività prevalente*, in *GI*, 2108.

CATINI S. (2016), *Gestione societaria di immobili e «operazione Poseidone» dell'INPS: ovvero, privilegiare l'approccio previdenziale o quello civilistico?* in *RDSS*, 2, 379.

CINELLI M. (2001), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.

COLASANTE P. (2012), *Una legge di interpretazione autentica per «fare cassa»: un'occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti-crisi*, nota a C. Cost. 26.1.2012, n.15 in *Gcost*, I, 174.

DI FEO A. (2013), *Brevi considerazioni in tema di società di godimento e obbligo di iscrizione alla Gestione Commercianti*, nota a Cass. 11/02/2013, n. 3145, in *GC*, 2013, 10, I, 2055.

DI SABATO F. (2011), *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano.

GALLO M. e MARTINA E. (2011), *Dal modello Unico presentato all'Agenzia all'operazione Poseidone dell'Inps*, in *GLav*, 27, 70.

IMBRIACI S. (2010), *Socio amministratore e contribuzione: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass. S.U., 8.8.2011, nn. 17074 e 17076 in *GLav*, 37, 38.

LUDOVICO G. (2016), *Sull'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti dei soci accomandatari*, in *LG*, 5, 513.

⁴⁸ Così Catini 2016.

MASSA M. (2012), *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte Costituzionale e Corte Europea in tema di leggi interpretative*, nota a C. Cost. 26.1.2012, n.15, in *Gcost*, I, 167.

OLIVELLI F. (2014), *Due casi di esclusione dell'obbligatorietà dell'iscrizione del lavoratore nella cd. Gestione Commercianti*, in *RIDL*, 3, 665.

RIVERSO R., 2011, *La doppia iscrizione previdenziale del socio di s.r.l. tra norma interpretativa e Costituzione*, in *LG*, , 2, 137.

RONDO A. (2011), *L'interpretazione autentica della disciplina previdenziale degli amministratori di s.r.l. dopo le Sezioni Unite*, in *MGL*, 3, 186.

ZAVALLONI D. (2013), *Soci amministratori di srl commerciali e iscrizione alla gestione commercianti*, nota a C. App. Bologna, 2.3.2013, in *GLav*, 23, 35.