

VOLUME 4 - NÚMERO 2
MAIO/AGOSTO 2018

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol.4 / N.2



LTR[®]

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E
TRABALHISTAS**

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

ISSN 2446-8908

**Volume IV,
Número 2
Maio/Agosto 2018**



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

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)
- Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega e Hertie School of Governance, Alemanha)
- Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof.^a Dr.^a Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)
- Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)
- Prof. Dr. 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. 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)

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

Double Blind Review - Rol de Avaliadores

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)

Prof. Dra. Ariete Pontes de Oliveira (Rede Doctum)

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

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

Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (Centro Universitário do Estado do Pará)

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

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

Profa. Dra. Raquel Betty de Castro Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

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

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

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

Equipe Editorial

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

Editor Executivo: Dr. Cláudio Jannotti da Rocha (Professor Titular UDF)

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

Coeditora Acadêmica: Dra. Lorena Vasconcelos Porto (Professora Titular UDF)

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

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

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

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

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

Mestranda pesquisadora: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

Mestranda pesquisadora: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)

Contatos

www.udf.edu.br

claudiojannotti@hotmail.com

claudio.rocha@udf.edu.br

revistamestradoudf@hotmail.com



Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. IV, Nº 2 (Maio/Agosto 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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
--------------------	----

Artigo 1

THE UNBUNDLED UNION: politics without collective bargaining	17
---	----

O sindicato aberto: política sem negociação coletiva

Prof. Dr. Benjamin I. Sachs

Artigo 2

THE GIG ECONOMY AND LABOUR REGULATION: an international and comparative approach.....	68
---	----

A economia do GIG e o regulamento do trabalho: uma abordagem internacional e comparativa

Prof. Dr. Valerio De Stefano

Artigo 3

LA INCIDENCIA DEL TLC CON EE. UU. EN LA NORMATIVIDAD DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA	80
--	----

The incidence of international trade in the regulations of the cooperatives de trabajo asociado in colombia

Profa. Dra. Katerine Bermúdez Alarcón

Artigo 4

ARBEITSZEIT.....	99
------------------	----

Working time

Prof. Dr. Burghard Kreft

Artigo 5

THE ITALIAN WAY TO INTERNAL DEVALUATION AND SOCIAL ACTORS' STRATEGIES AGAINST AUSTERITY AND THE FLEXIBILIZATION OF THE LABOUR MARKET 129

O caminho italiano de desvalorização interna e estratégias de atores sociais contra a austeridade e a flexibilização do mercado de trabalho

Prof. Dr. Giovanni Orlandini e Profa. Dra. Giulia Frosecchi

Artigo 6

DANO EXTRAPATRIMONIAL NA REFORMA TRABALHISTA: Um pouco do que não está escrito na CLT..... 152

Extrapatrimonial damage in labor reform: a little of what is not written in the clt

Prof. Dr. Ney Maranhão e Prof. Antonio Umberto de Souza Júnior

Artigo 7

REFORMA TRABALHISTA: a subordinação das relações de trabalho à dinâmica do mercado 175

Labor reform: the subordination of labor relations in the market dynamics

Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves, Danietty Lim, Tieta Tenório Bitu, Vanessa Gabriele Garcia

Artigo 8

TRE NOTE SUI «PRECEDENTI» NELLA EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, NELLA GIURISPRUDENZA DI UNA CORTE DI CASSAZIONE NECESSARIAMENTE RISTRUTTURATA^[1] NELLA INTERPRETAZIONE DELLE NORME PROCESSUALI..... 188

Three notes about "precedent" in the evolution of the jurisprudence of the constitutional court, in the jurisprudence of a necessarily restored court of cassation and in the interpretation of processual rules

Prof. Dr. Andrea Proto Pisani

Artigo 9

JUDICIALIZAÇÃO DAS REFORMAS INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE: Estudo do cenário brasileiro à luz do marco conceitual de jurisprudência da austeridade..... 203

Judicialization of institutional reforms of austerity: study of the brazilian scenario in light of the conceptual framework of jurisprudence of austerity

Profa. Dra. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Henrique Figueiredo de Lima, Antonio Leonardo Silva Carneiro e Luana Angelo Leal

APRESENTAÇÃO

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* - periódico científico do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília - apresenta ao público o seu Volume IV, Nº 2, relativo ao quadrimestre maio-agosto de 2018.

Como já é de conhecimento de todos, a *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* é divulgada regularmente em meio digital e com acesso livre (mas com publicação subsequente, em meio impresso, pela importante e prestigiada 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 em Direito do UDF, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho".

Publicada desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. I, Nº 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por ano, totalizando, na época, 18 artigos por volume anual), no corrente ano de 2018 a Revista passou a ser quadrimestral. Publicada de maneira sequencial e regular ao longo de sua profícua existência, sempre busca trazer ao público artigos inéditos de consagrados doutrinadores estrangeiros e brasileiros.

Conforme acima mencionado, desde o Vol. IV, Nº 1 (janeiro-abril de 2018), a Revista se tornou *quadrimestral*, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos, como praticado desde o Vol. I, N. 1). Assim, a contar de 2018, passará a totalizar 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.

Entre as grandes conquistas alcançadas, em 2018, pela *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* do Mestrado em Direito do UDF, destaca-se o relevante

fomento da *Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal* - FAPDF. Esse incremento diferenciado 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 de um *site* próprio e específico. Tal notável avanço foi alcançado mediante êxito no Edital nº 09/2017 da FAPDF – Seleção Pública de Propostas para Apoio Financeiro à Editoração e Publicação de Periódicos Científicos.

Esta Revista faz uso do sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), formado por Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas das cinco regiões do Brasil, que cordialmente avaliaram os artigos que foram enviados para este periódico científico, sendo que os aprovados encontram-se no bojo deste exemplar (cada artigo foi objeto de duas avaliações/revisões, realizadas por Avaliadores distintos).

A utilização do sistema *double blind review* propicia à *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* conquistas e avanços ainda mais elevados, uma vez que atende todos os requisitos estabelecidos pela CAPES e pelo CNPq 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 2, 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, bem como pelo *Seminário Internacional: O Direito do Trabalho e seus Desafios Contemporâneos*, realizado em 01 de novembro, também no UDF, em Brasília. Por meio desse contato e interrelação 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 N° 2 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 (Colômbia, Espanha, França, Inglaterra e Itália). Três artigos são da lavra de Professores Doutores brasileiros (Universidade Federal do Pará - UFPA; Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Universidade Federal do Rio de Janeiro). 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) "The Unbundled Union: politics without collective bargaining, ", da lavra do Prof. Dr. Benjamin I. Sah; 2) "The Gig economy and labour regulation: na international and comparative approach ", de autoria dos Prof. Dr. Valerio De Stefano; 3) "La incidencia del TLC con. EE. UU. en la normatividad de las cooperativas de trabajo asociado em Colombia", produzido pela Profa. Dra. Katerine Bermúdez Alarcón; 4) "Arbeitszeit ", elaborado pelo Prof. Dr. Burghard Kreft.

Logo em seguida, despontam mais três artigos: 5) "The italian way to internal devaluation and social actors' strategies against austerity and the flexibilization of the labour market", da lavra dos Profs. Drs. Giulia Frosecchi e Giovanni Orlandini; 6) "Dano extrapatrimonial na Reforma Trabalhista: um pouco do que não está escrito na CLT", de autoria do Prof. Dr. Ney Maranhão e do Prof. Ms. Antonio Umberto de Souza Júnior; 7) "Reforma Trabalhista: a subordinação das relações de trabalho na dinâmica do mercado, da lavra da Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves e das Profs. Danietty Lima, Tieta Tenório Bitu e Vanessa Gabriele.

Fecham a Revista dois artigos: 8) Ter note sui "Precedenti" nella evoluzione della giurisprudenza della corte costituzionale, nella giurisprudenza di una corte di cassazione necessariamente ristrutturata e nella interpretazione delle nome processual", de autoria do Prof. Dr. Andrea Proto Pisani e; 9) "Judicialização das Reformas Institucionais de Austeridade: estudo do cenário brasileiro à luz do marco conceitual de jurisprudência da austeridade; capitaneado pela Profa. Dra. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, Henrique Figueiredo de Lima, Antonio Leonardo Silva Carneiro e Luana Angelo Leal.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este N° 2 do Vol. IV da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, abrangendo o segundo 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, agosto de 2018.

Equipe Editorial

THE UNBUNDLED UNION: politics without collective bargaining¹

O SINDICATO ABERTO: política sem negociação coletiva

Benjamin I. Sachs²

ABSTRACT. Public policy in the United States is disproportionately responsive to the wealthy, and the traditional response to this problem, campaign finance regulation, has failed. As students of politics have long recognized, however, political influence flows not only from wealth but also from organization, a form of political power open to all income groups. Accordingly, as this Essay argues, a promising alternative to campaign finance regulations is legal interventions designed to facilitate political organizing by the poor and middle class. To date, the most important legal intervention of this kind has been labor law, and the labor union has been the central vehicle for this type of organizing. But the labor union as a political-organizational vehicle suffers a fundamental flaw: unions bundle political organization with collective bargaining, a highly contested form of economic organization. As a result, opposition to collective bargaining impedes unions' ability to serve as a political-organizing vehicle for lower and middle-income groups.

This Essay proposes that labor law unbundle the union, allowing employees to organize politically through the union form without also organizing economically for collective bargaining purposes. Doing so would have the immediate effect of liberating political-organizational efforts from the constraints of collective bargaining, an outcome that could mitigate representational inequality. The Essay identifies the legal reforms that would be necessary to enable such unbundled "political unions" to succeed. It concludes by looking beyond the union context and suggesting a broader regime of reforms aimed at facilitating political organizing by those income groups for whom representational inequality is now a problem.

RESUMO: A política pública nos Estados Unidos é desproporcionalmente responsiva aos ricos, e a resposta tradicional a esse problema, a regulamentação das finanças de campanha, fracassou. Como os estudantes da política há muito reconhecem, no entanto, a influência política flui não apenas da riqueza, mas também da organização, uma forma de poder político aberto a todos os grupos de renda. Consequentemente, como este Ensaio argumenta, uma alternativa promissora aos regulamentos de financiamento de campanha são as intervenções legais destinadas a facilitar a organização política pelos pobres e pela classe média. Até o momento, a mais importante intervenção legal desse tipo tem sido a lei trabalhista, e o sindicato tem sido o veículo central para esse tipo de organização. Mas o sindicato como veículo político-organizacional sofre uma falha fundamental: os sindicatos agrupam a organização política com a negociação coletiva, uma forma altamente disputada de organização econômica. Como resultado, a oposição à negociação coletiva impede a capacidade dos sindicatos de servir como veículo de organização política para grupos de renda baixa e média.

Este Ensaio propõe que o direito trabalhista separe o sindicato, permitindo que os funcionários se organizem politicamente através da forma sindical sem também se organizarem economicamente para fins de negociação coletiva. Isso teria o efeito imediato de liberar os esforços político-organizacionais das restrições da negociação coletiva, um resultado que poderia mitigar a desigualdade representacional. O Ensaio identifica as reformas legais que seriam necessárias para permitir que essas "uniões políticas" abertas tivessem sucesso. Conclui olhando para além do contexto do sindicato e sugerindo um regime mais amplo de reformas destinadas a facilitar a organização política por grupos de renda para os quais a desigualdade representacional é agora um problema.

Artigo recebido em 08/09/2018.

Artigo aprovado em 29/09/2018 e 09/10/2018.

¹ The author thanks David Barron, Cynthia Estlund, Catherine Fisk, Gerald Frug, Jack Goldsmith, Daryl Levinson, and Matthew Stephenson for helpful comments and discussion. The author is also grateful to the participants in the Harvard Law School Faculty Workshop. Nikolas Bowie, William Dreher, Anna Lvovsky, Joshua Segal, and Heather Whitney provided outstanding research assistance.

² Benjamin I. Sachs é Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 16-67, Mai-Ago/2018



SUMMARY: 1. Introduction; 2. representational inequality; A. Income and Responsiveness; B. Addressing the Problem: From Finance to Organization; 3. Unions and representational inequality; A. Unions and Politics; B. Organizing Through Work; C. Collective Bargaining and Union Decline. 4. The unbundled union: liberating politics from collective bargaining; A. Improving Prospects for Organizing: Diminishing and Altering Managerial Opposition; B. Political Organizing Without Collective Bargaining? 5. Law and organizing: designing an unbundled regime; 6. beyond the workplace. 7. Conclusion.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desigualdade representacional; A. Renda e Responsividade; B. Lidando com o problema: das finanças à organização; 3. Uniões e desigualdade representacional; A. Sindicatos e Política; B. Organizando Através do Trabalho; C. Negociação Coletiva e Declínio Sindical. 4. O sindicato aberto: liberando a política da negociação coletiva; A. Melhorando as Perspectivas de Organização: Diminuindo e Alterando a Oposição Gerencial; B. Organização Política sem Negociação Coletiva? 5. Lei e organização: concepção de um regime aberto; 6. Além do local de trabalho. 7. Conclusão.

1 INTRODUCTION

It is a good time to be wealthy in America and a tough time not to be. This is true not only because of the well-known economic problems facing low- and middle-income Americans. It is true because the poor and middle class have a major political problem today. The problem is that the government is strikingly unresponsive to their views.³ As Martin Gilens concludes in his study of contemporary American politics, “the preferences of the vast majority of Americans appear to have essentially no impact on which policies the government does or doesn’t adopt.”⁴

No government, of course, is perfectly responsive to its citizenry, and perfect responsiveness is not even an aspiration of our democratic order.⁵ But it remains a fundamental democratic commitment that policies enacted by the government reflect the preferences of the polity. To borrow Dahl’s formulation, “a key characteristic of a democracy is the continuing responsiveness of the government to the preferences of its citizens, considered as political equals.”⁶ The degree of representational inequality that currently defines American political practice is thus a matter of substantial concern.

³ See, e.g., Larry M. Bartels, *Unequal democracy: The political economy of the new gilded age* (2008); Martin Gilens, *affluence and influence: economic inequality and political power in America* (2012); Jacob s. Hacker & Paul Pierson, *Winner- take-all politics: How Washington made the rich richer—and turned its back on the middle class* (2010); Kay Lehman Schlozman, Sidney Verba & Henry E. Brady, *the unheavenly chorus: unequal political voice and the broken promise of American democracy* (2012).

⁴ GILENS, *supra* note 1, at 1; see also BARTELS, *supra* note 1, at 275 (“[L]ow-income citizens as a group seem to be getting no representation . . .”); SCHLOZMAN ET AL., *supra* note 1, at 599 (concluding that “inequalities of political voice characterize American politics”).

⁵ See, e.g., Adrian Vermeule, *The Supreme Court, 2008 Term—Foreword: System Effects and the Constitution*, 123 HARV. L. REV. 4 (2009).

⁶ ROBERT A. DAHL, *POLYARCHY: PARTICIPATION AND OPPOSITION* 1 (1971).

The wealthy have disproportionate influence over public policy because, to state the obvious, they have more money.⁷ Because it is the wealthy who make campaign contributions, fund independent electoral expenditures, and pay for lobbyists, policy is more responsive to those with money than to those without it.⁸

Given the political influence that wealth bestows, scholars and Congress have understandably focused political reform proposals on campaign finance.⁹ But these attempts to get money out of politics have devolved into a cat-and-mouse game in which political actors bent on avoiding regulation, and a Supreme Court bent on invalidating it, have rendered the reforms ineffectual.¹⁰ After all, the Court has now struck down all forms of independent expenditure limitations, and political actors have designed ways to frustrate even the most creative restraints on campaign spending.¹¹

Fortunately, however, money is not the only source of influence in American politics. Political power also flows from political organization, and organization is a source of power available to all income groups.¹² As this Essay will suggest, legal interventions designed to facilitate political organizing by the poor and middle class are thus a viable alternative to campaign finance reforms and a promising means of redressing representational inequality.

⁷ As discussed below, both Bartels and Gilens consider and refute the argument that the wealthy's disproportionate influence over policy stems from some other variable like higher levels of political participation. See *infra* text accompanying notes 53-55.

⁸ See, e.g., LAWRENCE LESSIG, *REPUBLIC, LOST: HOW MONEY CORRUPTS CONGRESS—AND A PLAN TO STOP IT* (2011); see also GILENS, *supra* note 1, at 10 (arguing that money “is the root of representational inequality”).

⁹ Some notable exceptions include Henry L. Chambers, Jr., *Enclave Districting*, 8 WM. & MARY BILL RTS. J. 135 (1999); Emma Greenman, *Strengthening the Hand of Voters in the Marketplace of Ideas: Roadmap to Campaign Finance Reform in a Post-Wisconsin Right to Life Era*, 24 J.L. & POL. 209 (2008); and Bertrall L. Ross II & Terry Smith, *Minimum Responsiveness and the Political Exclusion of the Poor*, 72 LAW & CONTEMP. PROBS. 197 (2009).

¹⁰ See, e.g., Samuel Issacharoff & Pamela S. Karlan, *The Hydraulics of Campaign Finance Reform*, 77 TEX. L. REV. 1705 (1999). Michael Kang uses the “cat-and-mouse” metaphor as well. Michael S. Kang, *The End of Campaign Finance Law*, 98 VA. L. REV. 1, 53 (2012). Heather Gerken describes campaign finance reform efforts as “the regulatory equivalent of whack-a-mole.” Heather Gerken, *Keynote Address: Lobbying as the New Campaign Finance*, 27 GA. ST. U. L. REV. 1155, 1157 (2011). As discussed below, some campaign finance scholars are abandoning strategies that focus on campaign finance and advocating lobbying reform. See, e.g., Gerken, *supra*; Kang, *supra*. This Essay shares the view that more or better campaign finance regulation is not the solution to what ails our politics, but it proposes a different approach for moving forward. See *infra* Part III.

¹¹ See, e.g., Samuel Issacharoff, *On Political Corruption*, 124 HARV. L. REV. 118, 125 & n.38 (2010); LESSIG, *supra* note 6, at 271 (admitting his proposal’s “Achilles’ heel” lies in the possibility for independent expenditures).

¹² See GILENS, *supra* note 1, at 7 (describing interest groups as a “parallel channel of influence over government policy”). Walter Korpi offers an early and influential account of the importance of collective political organization for lower- and middle-class citizens. WALTER KORPI, *THE DEMOCRATIC CLASS STRUGGLE* 26 (1983) (“[T]he major power resources of the wage-earners are their organizations for collective action.”); see also Nathan J. Kelly, *Political Choice, Public Policy, and Distributional Outcomes*, 49 AM. J. POL. SCI. 865, 867 (2005) (“[T]he lower classes must organize in order for their collective voice to be heard and influence outcomes.”).

In the United States, the legal regime that has most successfully facilitated lower- and middle-class political organizing has been labor law, and the labor union has been a critical vehicle for lower- and middle-class political organization.¹³ At the peak of union strength, more than twenty million Americans—nearly all within the income classes for whom representational inequality is now a problem—exercised collective political voice through the union form.¹⁴ Unions have successfully mobilized their memberships to vote, and, by aggregating millions of small-dollar donations from these members, have built effective lobbying operations, led extensive independent electoral efforts, and positioned themselves as leading campaign contributors.¹⁵ At times and on certain issues, unions have been politically liberal; at other times and on other issues, they have taken conservative—even reactionary—positions.¹⁶ But, when they were active and strong, unions helped ensure that the government was responsive to the actual preferences of the poor and middle class.¹⁷

Today, however, labor unions face a major obstacle to their ability to organize workers politically. The obstacle derives from the fact that unions bundle political organization with a specific and highly contested form of economic organization. Under our labor law regime, that

¹³ See HACKER & PIERSON, *supra* note 1, at 56-57; SIDNEY VERBA, KAY LEHMAN SCHLOZMAN & HENRY E. BRADY, *VOICE AND EQUALITY: CIVIC VOLUNTARISM IN AMERICAN POLITICS* 384 (1995) (observing that unions “play a significant role in the political mobilization of those who, on the basis of their income and education, might otherwise not take part politically”). This is true internationally as well. See, e.g., KORPI, *supra* note 10, at 54 (noting that, internationally, “[a]mong citizens in the lower socio-economic strata with individually small resources, the availability of collective resources in the form of organizations—primarily trade unions and working-class parties—is of prime importance”).

¹⁴ See *infra* text accompanying note 85. At many historical moments, however, unions have performed poorly as the political representative of minority subgroups within the poor and middle classes and of poor and middle-class women. See, e.g., PAUL FRYMER, *BLACK AND BLUE: AFRICAN AMERICANS, THE LABOR MOVEMENT, AND THE DECLINE OF THE DEMOCRATIC PARTY* 44-69 (2008) (discussing the NAACP’s unsuccessful efforts to desegregate unions from 1940 to 1968). More recently, as unions have concentrated organizational efforts in sectors of the labor market dominated by racial minorities and women, they have improved along these lines. See, e.g., Kate Bronfenbrenner, *Organizing Women: The Nature and Process of Union-Organizing Efforts Among U.S. Women Workers Since the Mid-1990s*, 32 *WORK & OCCUPATIONS* 441, 443-47 (2005) (noting that new organizing among women has outpaced new organizing among men since the mid-1980s, but that those gains were highly uneven between sectors); Kate Bronfenbrenner & Dorian T. Warren, *Race, Gender, and the Rebirth of Trade Unionism*, 16 *NEW LAB. F.* 142, 143 (2007) (“[W]orkers of color, and especially black men and women, are organizing and organizing successfully at disproportionate rates, even though these workers have been the hardest hit by manufacturing job losses and the downsizing of the public sector.”); Dorian T. Warren, *The American Labor Movement in the Age of Obama: The Challenges and Opportunities of a Racialized Political Economy*, 8 *PERSP. ON POL.* 847, 853 (2010) (describing some recent examples of successful organizing that incorporated “racial and gender concerns,” which “represent[s] a significant shift in union strategy reflecting organized labor’s commitment to transforming racial and economic inequality”).

¹⁵ See *infra* text accompanying notes 86-91.

¹⁶ See, e.g., Janice Fine & Daniel J. Tichenor, *A Movement Wrestling: American Labor’s Enduring Struggle with Immigration, 1866-2007*, 23 *STUD. AM. POL. DEV.* 84 (2009) (tracing the American labor movement’s position on immigration and pointing to periods in which unions pushed for restrictionist policies).

¹⁷ See, e.g., BARTELS, *supra* note 1, at 245; see also *infra* notes 100-103.

is, unionization requires workers to organize for the purpose of collective bargaining with their employers in order to organize for political action.

From the perspective of political organization, this is a problem, and for several reasons. First, in recent years, managerial opposition to collective bargaining has become widespread and highly effective, and this opposition has made traditional union organizing difficult and increasingly rare.¹⁸ Second, changes in the structure of markets and the way work is organized have made collective bargaining hard to sustain in the contemporary economy.¹⁹ And, third, at most, only about half of all workers now want to engage in collective bargaining, meaning that unions are not a viable political vehicle for approximately half of the labor force.²⁰

These obstacles that collective bargaining poses to the viability of unions have contributed to a sharp decline in unionization rates. From a peak of thirty-five percent in the mid-1950s,²¹ unions now represent less than seven percent of private sector workers.²² And this decline in unionization rates has, in turn, contributed significantly to the declining responsiveness of American politics to the poor and middle class.²³

For decades, scholars and policymakers have been proposing ways to reform labor law in order to better facilitate unionization.²⁴ If our goal, however, is not to increase the prevalence

¹⁸ See, e.g., KATE BRONFENBRENNER, *UNEASY TERRAIN: THE IMPACT OF CAPITAL MOBILITY ON WORKERS, WAGES, AND UNION ORGANIZING* 43 (2000) (noting that managerial opposition is “extremely effective in reducing union election win rates”); Benjamin I. Sachs, *Enabling Employee Choice: A Structural Approach to the Rules of Union Organizing*, 123 *HARV. L. REV.* 655, 684 (2010) (reviewing data).

¹⁹ See, e.g., KATHERINE V.W. STONE, *FROM WIDGETS TO DIGITS* (2004).

²⁰ See RICHARD B. FREEMAN & JOEL ROGERS, *WHAT WORKERS WANT* 17-18 (updated ed. 2006) (reporting polls showing support for unionization ranging from 32%-53%); Richard B. Freeman, *Do Workers Still Want Unions? More than Ever* (Econ. Policy Inst. Briefing Paper No. 182, 2007), <http://www.sharedprosperity.org/bp182/bp182.pdf>. Freeman’s most recent data suggest that 58% of workers would join a union under the right conditions. See Freeman, *supra*, at 6. Two Zogby polls conducted around the same time as Freeman’s study found that only 36% of non-unionized workers would vote for a union, *The Attitudes and Opinions of Unionized and Non-Unionized Workers Employed in Various Sectors of the Economy Toward Organized Labor*, ZOGBY INT’L 33 (2005), http://www.psr.org/info/Nationwide_Attitudes_Toward_Unions_2005.pdf, while 45% of those surveyed would be “likely” to join one, *Nationwide Attitudes Toward Unions*, ZOGBY INT’L 14 (2004), http://www.psr.org/info/Nationwide_Attitudes_Toward_Unions_2004.pdf. The exact number is of little significance; the point is that a substantial percentage of workers does not desire unionization in its traditional form.

²¹ GERALD MAYER, *CONG. RESEARCH SERV.*, RL32553, *UNION MEMBERSHIP TRENDS IN THE UNITED STATES* 23 (2004).

²² The rate is eleven percent when public sector workers are included. *Union Members—2012*, BUREAU LAB. STATS. 1 (Jan. 23, 2013), <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>.

²³ See, e.g., HACKER & PIERSON, *supra* note 1, at 139-42; see also *infra* notes 130-131 (collecting sources).

²⁴ See, e.g., *Employee Free Choice Act of 2009*, H.R. 1409, 111th Cong. (2009); WILLIAM B. GOULD IV, *AGENDA FOR REFORM: THE FUTURE OF EMPLOYMENT RELATIONSHIPS AND THE LAW* 166 (1993); Cynthia L. Estlund, *Labor, Property, and Sovereignty After Lechmere*, 46 *STAN. L. REV.* 305, 353-55 (1994); Michael H. Gottesman, *In Despair, Starting Over: Imagining a Labor Law for Unorganized Workers*, 69 *CHI.-KENT L. REV.* 59, 75 (1993); Sachs, *supra* note 16.

of collective bargaining but, instead, to facilitate political organizing among politically underrepresented groups, then there is a new possibility for reform. Namely, we could unbundle the collective bargaining and political functions of unions and allow employees to organize politically through the union form without also organizing economically for collective bargaining.

In fact, there is nothing in the nature of unionization that requires the bundling of economic and political functions. Bundling is instead an artifact of history and, more to the point, of law. Workers who sought to improve workplace conditions through collective bargaining often turned to politics to achieve similar goals, and they found that their unions were well suited to act as collective political agents. Contemporary labor law reflects this historical practice of bundling and perpetuates it.²⁵ But, while bundling has made sense in certain contexts, nothing in the history of the union movement suggests that collective bargaining and political action must go together. Moreover, the legal regime that has required a bundling of political and economic functions could just as well allow employees to organize unions for political purposes but not collective bargaining ones.

An unbundled labor law would allow workers engaged in new organizing efforts to form either a traditional union or what this Essay will name a “political union.”²⁶ Political unions would be barred by statute from engaging in collective bargaining, but they would be able to serve as a vehicle for collective political voice for workers who decided to join the union. Unlike traditional unions, political unions would—for reasons this Essay will discuss—represent only workers who affirmatively desired to join and support the union: mandatory membership or mandatory dues payment arrangements of any kind would be out of place in this context.²⁷

²⁵ In brief, the National Labor Relations Act enables workers to organize “for the purposes of collective bargaining” with management, 29 U.S.C. § 157 (2006), and it imposes a “mutual obligation” on the union and management to bargain collectively over “wages, hours, and other terms and conditions of employment,” *id.* § 158(d). Such a collective bargaining union may also serve as a vehicle for the workers’ collective political voice, but it is statutorily obligated to fulfill its collective bargaining role. Similar provisions in state labor laws have the same effect. See, e.g., CAL. GOV’T CODE § 3515 (West 2012) (stating that employees have the right to form organizations “for the purpose of representation on all matters of employer-employee relations”); 5 ILL. COMP. STAT. 315/2 (2012) (stating that public employees have the right to organize “for the purpose of negotiating wages, hours and other conditions of employment or other mutual aid or protection”).

²⁶ This Essay is concerned with ways to increase political organizing among the poor and middle class, and thus focuses on new organizing efforts among workers not currently in traditional unions. Of course, workers in traditional unions have the right to decertify their unions, and, in an unbundled regime, workers could decide to decertify a bundled union and then organize a political union. See 29 U.S.C. § 159(c)(1)(A)(ii). But such an action is unlikely to increase the political representation of those workers and is thus not part of the proposal here.

²⁷ See *infra* Part III.

As this Essay will explain, the statutory work of unbundling would not be terribly complex. But an unbundled labor law would nonetheless have a critical role to play in facilitating the organization of political unions. In brief, traditional labor law has done four key things to enable workers to use the employment relationship as a locus for organizational activity and thereby to overcome what would otherwise be potentially insurmountable collective action problems.²⁸ First, labor law allows workers to use the workplace as a geographic site for organizational activity, thereby significantly decreasing the coordination costs of organizing. Second, labor law allows unions to harness the employer’s administrative capacity—in particular, its payroll function—to fund union operations.²⁹ Third, labor law allows unions to use the employer’s informational resources—in particular, data about employees—for organizational purposes, thus dramatically reducing the information costs of organizing. And, fourth, labor law prohibits employers from retaliating against employees engaged in organizational activity, thereby preventing the employer’s “rational predatory action” from impeding organizing efforts.³⁰ An unbundled labor law that offered these same four legal advantages to political unions could enable workers to overcome the hurdles to collective political action and take advantage of the union form as a vehicle for collective political voice.

However achieved, unbundling would expand employees’ choice set in a critical way: it would allow employees to organize politically through the union form even if they oppose collective bargaining, and it would thereby expand the range of people for whom unionization is a viable form of political organization. Moreover, because workers would choose the political projects that each of these new unions would pursue—and because those projects would not have to be tied to any traditional union agenda—political unions might better capture the range of political preferences and views of their members than do traditional unions.³¹

²⁸ This Essay will use “labor law” to refer primarily to the federal statutes governing private sector unionization and labor-management relations, see, e.g., 29 U.S.C. §§ 151-187, and the analysis here will focus on the private sector. It is true that, in the respects relevant here, state labor laws—which govern state and local public sector employees and which are generally modeled on the federal statute—perform essentially the same functions and have had essentially the same effects as their private sector analogues. See RICHARD C. KEARNEY, *LABOR RELATIONS IN THE PUBLIC SECTOR* (4th ed. 2008); Joseph E. Slater, The “American Rule” that Swallows the Exceptions, 11 *EMP. RTS. & EMP. POL’Y J.* 53, 83 (2007). Nonetheless, the ways in which particular state labor statutes diverge from the federal one are beyond the scope of this Essay, as is a discussion of other ways in which a public-sector analysis would diverge from the one offered here.

²⁹ See *infra* Section II.B.

³⁰ Richard A. Posner, Some Economics of Labor Law, 51 *U. CHI. L. REV.* 988, 994 (1984).

³¹ For a discussion of the choice implications of bundling in a related context, see Richard Craswell, Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues, 62 *B.U. L. REV.* 661, 667 (1982).

Significantly, political unions would also likely generate less managerial opposition than collective-bargaining unions do, and for several reasons. One, some political unions would devote themselves to policies—on social issues, for example—that firm management would consider non-threatening, or irrelevant, or might even favor. Two, political unions could exercise influence only in the political arena and not at the bargaining table, and thus their power vis-à-vis the individual firm would be more diffuse than the power of traditional unions. Operating at the level of the polity would also mean that political unions would generally be less able to place their firms at a competitive disadvantage vis-à-vis non-union firms. And, because of the greater range of interests represented in the political arena than at the collective-bargaining table, politics-only unions would also be less likely to secure any anti-competitive demands that they might make. Last, and of equal importance, if and when management does oppose workers' efforts to organize political unions, unbundling would change the social resonance of that opposition.

Indeed, as the Essay will show, there is some preliminary evidence that organizing for politics but not collective bargaining is feasible. There are, to be sure, no extant models of the kind of political unions this Essay proposes. But, in emerging sectors of the labor market where labor law does not apply a bundling requirement, unions have succeeded in organizing workers exclusively for political purposes.

More broadly, identifying the ways in which labor law can facilitate political organizing among workers points us towards a more comprehensive set of reforms designed to enable organizing by politically underrepresented groups. Such an approach to political reform, moreover, has a significant advantage over traditional modes of regulation. No matter how creative the design, campaign finance law does nothing to alter the underlying conditions that produce political inequality.³² To the contrary, traditional modes of political reform attempt to regulate the processes through which the power of wealth is exercised, but they leave in place the distribution of wealth that creates the problems for political equality in the first place. The result is the undoing of the reforms through repeated circumventions that have been aptly analogized to a hydraulic process.³³ Legal interventions designed to facilitate organizing are fundamentally different because political organization, like wealth, is itself a source of political

³² See *infra* Section I.B (noting that the same is true for public financing of elections, for restrictions on lobbying activity, and for public financing of lobbyists).

³³ See Issacharoff & Karlan, *supra* note 8.

power.³⁴ Thus, like wealth, the power that flows from organization can be exercised across processes of political participation—in elections, lobbying, media, and the rest. For this reason, reforms designed to facilitate political organizing are more likely to avoid the problems of circumvention that have undermined traditional modes of regulation.

Three brief words on the premises of the argument. First, the Essay assumes that, in light of the gross disparities in political influence currently enjoyed by different income groups, legal reforms designed to increase the political influence of lower- and middle-income groups are justified by a commitment to political equality. An argument of this sort can be met with the objection that, to succeed, it must articulate the optimal level of political influence that the groups in question ought to enjoy, along with a way of measuring when and whether that optimal level is achieved. Otherwise, the objection goes, the argument cannot allow us to evaluate whether the proposals go too far, or not far enough, in redistributing political influence.³⁵ But, as Rick Pildes has written in a related context, “[i]n theory and in doctrine, we can often identify what is troublingly unfair, unequal, or wrong without a precise standard of what is optimally fair, equal, or right.”³⁶ Thus, rather than attempting to articulate such an optimal distribution of political power or a way to measure it, the Essay instead proceeds on the more tractable assumption that, in Rawls’s terms, all citizens in a democracy—irrespective of income level—ought to have an “approximately equal” chance of influencing political decisions.³⁷

Second, representational inequality among income groups is not the only type of representational inequality: policy may well be more responsive to different racial groups, or geographic groups, or age groups. Without adjudicating the priority of these different aspects of inequality, this Essay limits its attention to economic forms of political inequality and thus its proposals for intervention are similarly focused.

Third, this Essay suggests unbundling the union as a way to mitigate representational inequality: it is an Essay about political organizing. But the argument here does not imply that workers should not also have a collective voice in the workplace. To the contrary, such a voice

³⁴ See, e.g., KORPI, *supra* note 10.

³⁵ See, e.g., Bruce E. Cain, *Garrett’s Temptation*, 85 VA. L. REV. 1589, 1602-03 (1999) (making a similar objection in a related context).

³⁶ Richard H. Pildes, *The Theory of Political Competition*, 85 VA. L. REV. 1605, 1612 (1999).

³⁷ JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 327 (1993); see also Frank Pasquale, *Reclaiming Egalitarianism in the Political Theory of Campaign Finance Reform*, 2008 U. ILL. L. REV. 599, 601 (describing Rawls’s view that persons are entitled to “roughly equal” influence in the electoral process).

is critical for a host of reasons, some of which I have pointed to elsewhere.³⁸ The proposal in this Essay is meant as a complement to, rather than a substitute for, efforts to rethink collective economic representation at work.³⁹

The Essay proceeds as follows. Part I briefly reviews the recent political science on representational inequality and describes the findings that point to substantial skew in policy responsiveness across income levels. The Part then discusses the failure of the traditional response to representational inequality— campaign finance regulation—and proposes an alternative: legal interventions designed to enhance the political-organizational capacity of low- and middle- income groups. Part II begins by identifying labor unions as an obvious source of organizational voice for such groups. It then identifies the advantages that the workplace offers to unions as a locus of organizational activity, and shows the ways in which labor law allows unions to harness these advantages. But the Part concludes by showing how the bundling of unions’ collective bargaining and political functions has impeded unions’ viability as a political- organizational vehicle. Part III argues that unbundling unions’ political and economic functions would increase their capacity to serve as a platform for political organization. It argues that political action would not replicate for political unions the impediments that collective bargaining has posed for traditional unions, and it shows why political organizing can succeed even when it is not grounded in the economic practice of collective bargaining. Part IV describes the statutory reforms necessary to unbundle unions’ political and collective bargaining functions, and Part V suggests other contexts in which the law might facilitate political organizing by lower- and middle-income citizens. The Essay then concludes.

2 REPRESENTATIONAL INEQUALITY

A. INCOME AND RESPONSIVENESS

Political equality is a core feature of democratic governance. While the definition and appropriate scope of such equality is contested, there is general agreement that citizens in a

³⁸ See, e.g., Benjamin I. Sachs, Labor Law Renewal, 1 HARV. L. & POL’Y REV. 375, 399-400 (2007) (noting that collective bargaining can have important redistributive effects and correct certain market failures that inhere in individual employment contracting).

³⁹ It may be, perhaps for reasons this Essay will discuss, that traditional collective bargaining is no longer a viable means of securing that voice. In this respect, there is reason to hope that new approaches to collective bargaining or new models of worker organization—including models borrowed from abroad—might offer ways of securing collective voice at work without the flaws of traditional collective bargaining.

democracy ought to have an approximately equal opportunity to influence the political process.⁴⁰ But theorists writing from a wide range of perspectives have long argued that economic inequalities threaten to subvert this democratic goal. Rawls, for example, was concerned that “those with greater property and wealth” would capture “the electoral process to their advantage.”⁴¹ Schattschneider believed that economic inequality builds an “upper-class bias” into democratic politics,⁴² and Walzer expressed concern that “the dominance of money in the sphere of politics” would render much of the populace politically powerless.⁴³ In more contemporary work, Hall and Deardorff argue that the affluent can “distort[]” policymaking in their favor through lobbying.⁴⁴

Contemporary empirical research in political science confirms the theorists’ concerns. Most prominently, in a book published last year, Martin Gilens reports the findings of an analysis of two decades of U.S. public policy.⁴⁵ Gilens finds that as the gap between the preferences of the poor (those in the bottom income decile) and the preferences of the affluent (those in the top income decile) increases—that is, as the rich and poor disagree more—there is a major decline in the association between the poor’s preferences and policy outcomes.⁴⁶ Put plainly, “when preferences between the well-off and the poor diverge, government policy bears absolutely no relationship to the degree of support or opposition among the poor.”⁴⁷

⁴⁰ See supra note 35; see also Task Force on Inequality & Am. Democracy, *American Democracy in an Age of Rising Inequality*, 2 *PERSP. ON POL.* 651, 651 (2004) (noting that “[e]qual political voice and democratically responsive government” are American political ideals and discussing how progress toward realizing these ideals has stalled).

1. ⁴¹ RAWLS, supra note 35, at 360.

⁴² E.E. SCHATTSCHNEIDER, *THE SEMISOVEREIGN PEOPLE: A REALIST’S VIEW OF DEMOCRACY IN AMERICA* 31 (1975). Schattschneider famously concluded that “[t]he flaw in the pluralist heaven is that the heavenly chorus sings with a strong upper-class accent.” *Id.* at 34-35.

⁴³ MICHAEL WALZER, *SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY* 310 (1983).

⁴⁴ See, e.g., Richard L. Hall & Alan V. Deardorff, *Lobbying as Legislative Subsidy*, 100 *AM. POL. SCI. REV.* 69, 81 (2006); see also *id.* at 70-72 (reviewing the literature on theories of lobbying). Campaign finance scholars share the view that wealth translates into representational inequality. Gerken, for example, writes that “money distorts political incentives,” by which she means that “money makes politicians pay less attention to average, everyday people and more attention to wealthy corporate interests.” Gerken, supra note 8, at 1156.

⁴⁵ Gilens’s main data set is based on nearly two thousand public opinion surveys conducted between 1981 and 2002. GILENS, supra note 1, at 57. Gilens’s study was directed at discerning what he calls the “democratic responsiveness” of the U.S. Government where, by responsiveness, Gilens means a “positive association between the level of public support for a policy and the likelihood of that policy being adopted.” *Id.* at 70.

⁴⁶ See *id.* at 79. But there is only a slight decline in the association between preferences and policy for the affluent. See *id.* In fact, on policy questions where the preferences of low- and high-income respondents diverge by more than ten percentage points, policy outcomes show a “strong association with the preferences of the affluent . . . but no association with the preferences of the poor at all.” *Id.*

⁴⁷ *Id.* at 81.

These results might be consistent with democratic principles if the views of poor respondents are simply minority views. But Gilens finds that median- income earners fare no better than the poor when they part ways with the policy positions of the affluent. Where the preferences of these two income groups diverge by ten percentage points or more, policy responsiveness for the ninetieth income percentile holds steady and strong, but is statistically equivalent to zero for those at the fiftieth income percentile.⁴⁸ Most importantly, Gilens finds that even when the poor and middle classes agree with one another and together disagree with the affluent, it is still the views of the affluent that get translated into policy.⁴⁹ Gilens thus concludes that “for Americans below the top of the income distribution, any association between preferences and policy outcomes is likely to reflect the extent to which their preferences coincide with those of the affluent.”⁵⁰

Although Gilens’s findings are striking, his research confirms earlier work by Larry Bartels and others.⁵¹ Bartels’s influential study found that U.S. senators are far more responsive to the policy preferences of their affluent constituents than they are to those of their lower- and middle-class constituents.⁵² As Bartels put it, senators “were vastly more responsive to affluent constituents than to constituents of modest means,”⁵³ and “the views of constituents in the bottom third of the income distribution received no weight at all in the voting decisions of their senators.”⁵⁴

⁴⁸ Id. The same is true irrespective of which income group is used as the comparison set: when the views of Americans in the tenth, thirtieth, fiftieth, or seventieth income percentile diverge from the views of those in the ninetieth, it is the views of the affluent that carry the day. Id. at 81-82 & fig.3.6.

⁴⁹ As he puts it, even “when middle-class preferences align with those of the poor, responsiveness to the affluent remains strong while responsiveness to the poor and middle class is completely absent.” Id. at 84.

⁵⁰ Id. at 83. Gilens considers but rejects the possibility that policy is influencing the preferences of the affluent rather than vice versa. See id. at 93-96.

⁵¹ See BARTELS, supra note 1, at 252-82; see also Task Force on Inequality & Am. Democracy, supra note 38, at 659 (summarizing similar research).

⁵² See BARTELS, supra note 1, at 253-60.

⁵³ Id. at 253.

⁵⁴ Id. at 254. Unlike Gilens, Bartels reports some political influence among the middle third of the income distribution. As he writes, “the views of constituents in the upper third of the income distribution received about 50% more weight than those in the middle third,” id. at 253-54, while those in the lower third, again, “were utterly irrelevant,” id. at 260. Aside from the implications of representational inequality for democratic practice—which are the focus here—it is worth noting that representational inequality has concrete implications for policy development in the United States. That is, American public policy, across a wide range of subject areas, would be different if policy responsiveness were not skewed toward the affluent. To take just a few of the leading examples, there is significant preference divergence across income groups with respect to international trade, see GILENS, supra note 1, at 107-08; the progressivity of income taxes, see id. at 115-16; government regulation generally, see id. at 116; government regulation of corporations in particular, see id.; reproductive rights, see id. at 111; and government policy toward unemployment, see id. at 116. In some areas—economic policy in particular—the poor and middle class take recognizably more progressive positions than the affluent; in other areas—including social and moral questions like reproductive rights—the poor and middle class are notably more conservative than the

The fact that policy is more responsive to the affluent than to other income groups does not tell us why this is so, and it is possible that responsiveness follows not wealth, but voting rates or other measures of political activity that the affluent also happen to exhibit. Here too, though, Gilens and Bartels reach similar conclusions. Both investigate the possibility that policy is particularly responsive to the affluent because the affluent vote more or are otherwise more active in politics. Both reject this possibility. Bartels, for example, shows that while there are significant voting gaps between high- and low-income groups, the differences are not large enough to account for the skew in policy responsiveness.⁵⁵ In fact, Bartels concludes that accounting for differences in voting rates, political knowledge, and contact with public officials “reduces only modestly the substantial income-based disparities in responsiveness.”⁵⁶

It is important to clarify two things that Gilens’s and Bartels’s work does not imply. First, their conclusions do not mean that the affluent always do—or always will—get their way. Government is highly responsive to the preferences of the affluent and more responsive to their preferences than to the preferences of the poor and middle class, but the government is not perfectly responsive to what the wealthy want. Indeed, some government policies are enacted despite the fact that majorities of all income groups—including the wealthy—oppose them, and many policies are not enacted despite the fact that broad cross-sections of the public—including the wealthy—support them.⁵⁷ Second, and more important, the Gilens and Bartels analyses do not mean that low- and middle-income citizens never do—or never will—get their way. To the contrary, there are many issues on which the preferences of the poor and middle class find expression in enacted policy. The problem is that the poor and middle classes’ preferences tend to get enacted into policy only when their preferences align with the preferences of the wealthy.⁵⁸

rich. But, whatever the political valence of the effect, greater representational equality would lead to a set of policies different from those we have today. See *id.* at 117 (minimum wage, unemployment benefits, corporate regulation, and tax); *id.* at 108 (trade and foreign aid); *id.* at 113 (abortion).

⁵⁵ BARTELS, *supra* note 1, at 275. As Bartels reports, in the 1988, 1990, and 1992 general elections, eighty percent of high-income earners reported voting while only sixty percent of low-income earners did. Thus, as he puts it:

Even with considerable allowance for overreporting of turnout, it is obvious that tens of millions of low-income citizens are showing up at the polls. Nevertheless, low-income citizens as a group seem to be getting no representation Income-related disparities in turnout simply do not seem large enough to provide a plausible explanation for the income-related disparities in responsiveness documented here. *Id.*

⁵⁶ *Id.* at 279. Gilens, moreover, demonstrates that middle-income Americans vote and participate in politics at about the same rate as the affluent. In fact, Gilens points out, the only way in which political participation differs meaningfully between these income groups is with respect to financial contributions. See GILENS, *supra* note 1, at 239. Bartels adds that his data are consistent with the conclusion that “senators represented their campaign contributors to the exclusion of other constituents.” BARTELS, *supra* note 1, at 280.

⁵⁷ See GILENS, *supra* note 1, at 73 fig.3.2.

⁵⁸ There is an additional context in which the preferences of the poor and middle class get translated into policy,

B. ADDRESSING THE PROBLEM: FROM FINANCE TO ORGANIZATION

The traditional, and perhaps most obvious, response to representational inequality is campaign finance reform. If the wealthy have disproportionate influence over the political process because they are able to deploy their wealth to political ends, regulations that restrict the political uses of money make sense. And, for over a century, reformers in Congress have attempted to address the political influence of wealth by enacting restrictions on campaign spending.⁵⁹ The efforts began at the opening of the twentieth century with the Tillman Act, a law that responded to the popular movement for “elections free from the power of money.”⁶⁰ From 1907 on, legislative efforts at campaign finance regulation have followed a steady path forward, expanding to sweep in more spenders, more elections, and more forms of spending.⁶¹

Despite multiple interventions of increasing complexity and scope, however, campaign finance regulation has, to put it mildly, not succeeded in curbing the role and influence of money in American politics. This failure is well documented in the literature. In *The Hydraulics of Campaign Finance Reform*,⁶² for example, Issacharoff and Karlan showed that political actors adjust to campaign finance regulation by reorganizing and redirecting political spending in ways not reached by existing law.⁶³ The election cycles since Issacharoff and Karlan’s writing lend support to their thesis.⁶⁴

It is not only the ingenuity of political spenders that has stymied campaign finance reform, however. The Supreme Court, too, has limited the range of regulation permissible under the First Amendment. The Court’s restrictive interventions began with *Buckley v. Valeo*,⁶⁵

even when those preferences diverge from the views of the affluent. With respect to the (quite narrow) range of issues on which interest group pressure aligns with the preferences of the poor and middle class and against the preferences of the wealthy, policy may well come to reflect the preferences of lower- and middle-income groups. This Essay takes up this important exception in Section I.B, *infra*.

⁵⁹ See Adam Winkler, “Other People’s Money”: Corporations, Agency Costs, and Campaign Finance Law, 92 *GEO. L.J.* 871, 871 (2004).

⁶⁰ *Id.* at 877 (quoting *FEC v. Beaumont*, 539 U.S. 146, 152 (2003)).

⁶¹ See generally Anthony Corrado, *Money and Politics: A History of Federal Campaign Finance Law*, in *THE NEW CAMPAIGN FINANCE SOURCEBOOK* 7, 7-48 (Anthony Corrado et al. eds., 2005) (providing a detailed history of campaign finance regulations); Kurt Hohenstein, “Clio, Meet Buckley—Buckley, Clio”: Re-Introducing History to Unravel the Tangle of Campaign Finance Reform, 1 *ALB. GOV’T L. REV.* 63 (2008).

⁶² Issacharoff&Karlan, *supra*note8.

⁶³ As they observed, “[t]he money that reform squeezes out of the formal campaign process must go somewhere.” *Id.* at 1713.

⁶⁴ See Victoria S. Shabo, Comment, “Money, Like Water . . .”: Revisiting Equality in Campaign Finance Regulation After the 2004 “Summer of 527s,” 84 *N.C. L. REV.* 221 (2005).

⁶⁵ 424 U.S. 1 (1976).

which struck down limits on independent expenditures by individuals, and continue today, most notably with *Citizens United v. FEC*.⁶⁶ As Michael Kang explains, *Citizens United* effectively makes any type of meaningful campaign finance regulation (other than restrictions on direct contributions to candidates and certain disclosure requirements) unconstitutional.⁶⁷ The decision, in other words, “leaves virtually no constitutional space for new campaign finance regulation.”⁶⁸

Given their view that campaign finance reform has reached a dead end, many election law scholars now argue that some other approach is needed to deal with the influence of wealth on politics. In Kang’s view, the appropriate move is away from what he calls the *ex ante* regulation of campaign spending and toward the *ex post* regulation of the legislative process, especially through lobbying reform.⁶⁹ Although Kang’s account is helpful in moving the discussion beyond spending restrictions, lobbying regulation presents some of the same difficulties as campaign finance regulation. First, as Kang acknowledges, “lobbying reform faces its own constitutional challenges under the First Amendment.”⁷⁰ Second, and perhaps more importantly, it is not clear why the same kind of hydraulics that plagued campaign finance restrictions would not reproduce themselves in the context of lobbying restrictions. The political actors who found ways around spending restrictions would likely find ways of avoiding lobbying regulation as well.

Heather Gerken is also attracted to the idea of lobbying reform,⁷¹ but rather than suggesting new restrictions on lobbying activity—an approach Gerken categorizes as leveling down—she suggests that we find ways to level up by expanding access to lobbyists. She thus characterizes her proposal as an analog to the public financing of elections: supplement privately funded lobbyists with publicly financed ones for those who otherwise would be locked out of the lobbying game.⁷²

⁶⁶ 130 S. Ct. 876 (2010).

⁶⁷ See Kang, *supra* note 8, at 6.

⁶⁸ *Id.* at 52. Kang, moreover, is not alone in his assessment that *Citizens United* signals the terminal end—at least given the current composition of the Supreme Court—for campaign finance regulation. Gerken, for example, writes: “Whatever you think about the goal of taking money out of politics, *Citizens United* provides the latest, and perhaps the best, evidence that this goal is a dead end for reform, at least in the short term.” Gerken, *supra* note 8, at 1156.

⁶⁹ See Kang, *supra* note 8, at 56-63.

⁷⁰ *Id.* at 60. And while Kang points to some recent cases in which the Supreme Court has been willing to uphold some regulation of the legislative process, other recent cases point in a decidedly different direction. See, e.g., *Skilling v. United States*, 130 S. Ct. 2896 (2010) (reading “honest services” statute narrowly).

⁷¹ Gerken, *supra* note 8, at 1155 (arguing, tentatively, that “lobbying is the new campaign finance”).

⁷² See *id.* at 1165-68. Gerken is careful to note that her proposal is tentative and at the “‘does this dog hunt?’ stage.” *Id.* at 1165. As she also notes, the proposal tracks one that Bruce Cain has made, calling for the creation of

Conceptually, the leveling-up strategy for legal intervention into the political process embodies what Bruce Cain calls the “more voice, not less” approach to reform.⁷³ As Cain puts it, “another way to neutralize political advantage aside from capping and prohibiting is to support countervailing voices.”⁷⁴ Cain locates this approach in the Madisonian idea of fighting faction with faction, and in the pluralist idea of “expand[ing] the number of players in a political area to offset the advantages of the dominant players.”⁷⁵ Like Gerken, Cain sees public financing of both elections and lobbying as the primary way to instantiate this approach to reform.

But the democratic tradition in which Cain grounds his idea supports other approaches as well. In particular, the democratic norm of equal representation can be advanced by legal interventions designed to address inequalities in organizational capacity—interventions aimed at facilitating political organizing by underrepresented groups. Rather than intervening later in the political process by moving from elections to lobbying, that is, we can intervene earlier in the process by facilitating the organizational development of underrepresented groups. Writing in a related context, Joshua Cohen and Joel Rogers made the point this way:

[I]nequalities in material advantage . . . translate directly to inequalities in political power. Groups can help remedy these inequalities by permitting individuals with low per capita resources to pool those resources through organization. In making the benefits of organization available to those whose influence on policy is negligible without it, groups help satisfy the norm of political equality.⁷⁶

Moreover, legal interventions designed to facilitate political organizing have an important advantage over both the type of leveling-down restrictions that Kang advocates and the leveling-up proposals of Cain and Gerken. Neither campaign finance restrictions (or lobbying restrictions) nor public financing of elections (or public financing of lobbying) address the underlying inequalities in political power that flow from wealth. Rather, such regulations change something about one or another of the multiple processes through which such political

“public lobbyists along the model of public defenders in criminal proceedings.” Bruce E. Cain, *More or Less: Searching for Regulatory Balance*, in *RACE, REFORM, AND REGULATION OF THE ELECTORAL PROCESS: RECURRING PUZZLES IN AMERICAN DEMOCRACY* 263, 278 (Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken & Michael S. Kang eds., 2011).

⁷³ Cain, *supra* note 70, at 277.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*; cf. *THE FEDERALIST NO. 10* (James Madison).

⁷⁶ Joshua Cohen & Joel Rogers, *Secondary Associations and Democratic Governance*, 20 *POL. & SOC’Y* 393, 424 (1992). Such a move also finds theoretical grounding in the work of political scientists in the “power resource” school. See generally KORPI, *supra* note 10; JOHN D. STEPHENS, *THE TRANSITION FROM CAPITALISM TO SOCIALISM* (1979); David Bradley et al., *Distribution and Redistribution in Postindustrial Democracies*, 55 *WORLD POL.* 193 (2003).

power is expressed. The regulations might restrict campaign spending, or they might equalize lobbying spending, but they do not alter the background conditions that produce political inequalities in the first place. Because the political power that comes from wealth is portable across political processes—because “[t]he sheer versatility of material power is what makes it so significant politically”⁷⁷—a circumvention problem plagues not only the leveling-down approach but these leveling-up approaches as well. If we succeed in equalizing election spending, either by leveling up or down, the political power that comes from wealth will be exercised through lobbying; if we succeed in equalizing lobbying spending, by leveling up or down, that power will be exercised through some other means.⁷⁸

While elections and lobbying are processes through which political power can be expressed, organization, like wealth, is itself a source of political power. This distinction matters enormously. As we have seen, political reforms that restructure processes of participation but that leave background power asymmetries untouched can be undone by circumvention. Political reform aimed at organizational capacity is less apt to suffer this problem because it enables groups to build political power that, like power derived from wealth, is portable across processes of participation. A well-organized political group can mobilize voters and influence elections; it can lobby and influence legislation; it can buy media time and influence public opinion; and so on. Organization can therefore countervail wealth’s power irrespective of whether that power is expressed through elections, lobbying, media, or any other avenue.

An organizational approach to redressing representational skew is not only well grounded theoretically, but also recommended by the empirical realities of current democratic practice in the United States. Again, Gilens’s study is illuminating. As discussed, Gilens finds skew in the responsiveness of policy to different income groups. But Gilens also finds an exception to this general rule when the balance of organized interest group power aligns with the policy preferences of the poor and middle class. Thus, unlike the other policy domains he studied, when it came to certain social welfare policies—including Social Security, Medicare, school vouchers, and public works spending—Gilens found no evidence that the policy preferences of the poor and middle-class suffered when those preferences diverged from those

⁷⁷ JEFFREY A. WINTERS, *OLIGARCHY* 18 (2011).

⁷⁸ Cf. Michael S. Kang, *The Hydraulics and Politics of Party Regulation*, 91 *IOWA L. REV.* 131, 146- 49 (2005) (discussing similar hydraulic effects in the context of regulating political parties).

of the affluent.⁷⁹ The reason, Gilens suggests, is that on these questions “poor and middle-income Americans have powerful allies that tend to share their preferences.”⁸⁰ Those allies are organized interest groups.⁸¹

Gilens thus observes empirically what the preceding discussion predicts theoretically: organization can compensate for the effects of wealth because it operates as an independent source of political power.⁸² When the balance of organized interest group power aligns with the preferences of the wealthy, as it generally does, the affluent’s preferences gain even more policy traction relative to the preferences of the poor and middle class. But where organized interests reflect the preferences of the poor and middle class, organization reduces representational inequality.

3 UNIONS AND REPRESENTATIONAL INEQUALITY

A. UNIONS AND POLITICS

Among the interest groups operating in the United States today, the “strongest positive associations between [the] groups’ [policy] positions and the preferences of the less well-off” are found in labor unions.⁸³ Across a range of issues, unions’ policy positions are highly correlated with those expressed by individuals in the bottom nine income deciles.⁸⁴ This should come as no surprise: the income profile of union membership resembles the population that Gilens’s work reveals to be lacking in political influence. In fact, more than eighty-five percent of union members fall into the “non-affluent” income categories against which policy responsiveness is currently skewed.⁸⁵

⁷⁹ See GILENS, *supra* note 1, at 121-22.

⁸⁰ *Id.* at 121.

⁸¹ See *id.* at 121, 157-58.

⁸² *Id.* at 7 (“Interest groups form an essentially parallel channel of influence over government policy.”).

⁸³ *Id.* at 157.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ As of March 2011, approximately 85.8% of union members lived in households representing the lower nine income deciles for U.S. households. This estimate was calculated from a publicly available microdata set drawn from the Current Population Survey that was conducted jointly by the U.S. Census Bureau and Department of Labor in March 2011. See Miriam King et al., *Integrated Public Use Microdata Series, Current Population Survey: Version 3.0*, U. MINN. (2010), <http://cps.ipums.org>. The estimate is based on (1) the total money income during the previous calendar year of all adult household members and (2) whether, as part of his or her current job, at least one income earner is a member of a labor union. The household income data was further divided into deciles, which ranged from roughly \$12,000 to \$139,000 for all U.S. households in 2011. As outlined in the IPUMS documentation, individual survey weights were used to ensure that the estimates are as representative of the U.S.

Given that organization constitutes a non-wealth-dependent source of political influence, and given unions' ability to organize and advocate for the policy preferences of the poor and middle class, unions are a clear source of political influence for these sectors of the polity. In fact, in the United States, unions have managed to organize lower- and middle-class Americans for political action in numbers unmatched by any other non-party actor. At their peak, unions represented more than one-third of wage-earners in the country,⁸⁶ and counted twenty-one million workers as members.⁸⁷

Historically, unions have mobilized their memberships for various forms of political action. They have, to start, done well registering and increasing voter turnout among lower- and middle-class workers. One early review of the literature concluded that union members were sixteen percent more likely to vote than unorganized workers with similar occupations, education, income, and status,⁸⁸ and subsequent studies agree that union members turn out for elections at disproportionately high rates.⁸⁹ Unions have also contributed substantial sums to candidates and parties,⁹⁰ built effective lobbying operations,⁹¹ and engaged in extensive independent political advertising campaigns.⁹² Unions, moreover, have funded this political activity with small- dollar voluntary contributions from members. To take just one example,

population as possible. (The author thanks Travis Coan for his assistance with these calculations.) As Gilens concludes, "poor and middle-class Americans would be even less likely to find their preferences reflected in federal policy were it not for unions." GILENS, *supra* note 1, at 158.

⁸⁶ MAYER, *supra* note 19, at 12 ("As a percent of wage and salary employment . . . union membership peaked in 1954 at 34.8%.").

⁸⁷ *Id.* at 10 ("The number of union members peaked in 1979 at an estimated 21.0 million.").

⁸⁸ Harry M. Scoble, *Organized Labor in Electoral Politics: Some Questions for the Discipline*, 16 *W. POL. Q.* 666, 672 (1963).

⁸⁹ See, e.g., John Thomas Delaney et al., *Unionism and Voter Turnout*, 9 *J. LAB. RES.* 221, 232 (1988) (finding that union members were 14.5% more likely than their peers to vote in the 1978 national general elections); Jan E. Leighley & Jonathan Nagler, *Unions, Voter Turnout, and Class Bias in the U.S. Electorate, 1964-2004*, 69 *J. POL.* 430 (2007) (attributing increased class bias in the U.S. electorate to decreased union membership and strength, in part because union members are more likely to get to the polls); Benjamin Radcliff, *Organized Labor and Electoral Participation in American National Elections*, 22 *J. LAB. RES.* 405, 411 (2001) (reporting that, among other things, regression analysis of voter turnout data for national elections from 1950 through 1994 showed a direct correlation between union membership and voter turnout); Richard B. Freeman, *What Do Unions Do . . . to Voting?* 3 (*Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 9992, 2003*), <http://www.nber.org/papers/w9992.pdf> (reporting that union members were 10-13% more likely to vote than non- members in general but only 4% more likely to vote than non-members with comparable characteristics).

⁹⁰ See, e.g., Marick F. Masters & John T. Delaney, *Organized Labor's Political Scorecard*, 36 *J. LAB. RES.* 365, 376-79 (2005) (documenting trends in union political contributions from 1990 to 2002).

⁹¹ *ee*, e.g., WILLIAM FORM, *SEGMENTED LABOR, FRACTURED POLITICS: LABOR POLITICS IN AMERICAN LIFE* 300-04 (1995) (describing labor's lobbying operations in the early 1990s).

⁹² See, e.g., Lili Levi, *Plan B for Campaign-Finance Reform: Can the FCC Help Save American Politics After Citizens United?*, 61 *CATH. U. L. REV.* 97, 167 (2011) (noting that labor unions are "taking an increased role" in funding political advertising); Ralph K. Winter, *The History and Theory of Buckley v. Valeo*, 6 *J.L. & POL'Y* 93, 101 n.34 (1997) ("Organized labor has recently engaged in heavy political advertising . . .").

political contributions to the Service Employees International Union (SEIU)— perhaps the most politically active union in the nation and one that spent approximately \$23 million on the last election cycle—average seven dollars per month.⁹³

Although it is difficult to measure with precision, it is also clear that union organization has had a significant impact on American policymaking.⁹⁴ Numerous historical case studies support the point. In the 1940s, the Congress of Industrial Organizations (CIO) had such a significant role in policymaking that President Roosevelt is rumored to have instructed his advisors to “[c]lear it with Sidney [Hillman]”—the CIO’s political director—before moving on major political or policy initiatives.⁹⁵ In the 1960s, according to historian Nelson Lichtenstein, labor played a central role in shaping the Civil Rights Act of 1964,⁹⁶ in particular in ensuring that Title VII was included in the final bill.⁹⁷ Indeed, the Act’s passage depended in large measure upon labor’s power to turn out legislative votes.⁹⁸ As Representative Richard Bolling, one of the Act’s leading supporters, put it, “We never would have passed the Civil Rights Act without labor. They had the muscle; the other civil rights groups did not.”⁹⁹ The enactment of Medicare the following year obeyed a similar logic: labor was “the most powerful single source of pressure” among supporters in the legislative struggle.¹⁰⁰ And unions have been the primary force behind changes in federal minimum wage policy since the enactment of the Fair Labor Standards Act in 1938.¹⁰¹

⁹³ Contribute to SEIU COPE, SERV. EMP. INT’L UNION, <https://action.seiu.org/page/contribute/cope> (last visited Aug. 11, 2013); see also Ctr. for Responsive Politics, Service Employees International Union, OPENSECRETS.ORG, <http://www.opensecrets.org/outsidespending/detail.php?cmte=Service%20Employees%20International%20Union&cycle=2012> (last visited Aug. 11, 2013) (reporting that SEIU spent \$23,011,004 on the 2012 federal election cycle, 83.8% of which was spent in the general election).

⁹⁴ Thus Harry Scoble, writing in 1963, reported that “the most fundamental postwar change in the structure and process of political parties has been the entrance of organized labor into electoral activity.” Scoble, *supra* note 86, at 666.

⁹⁵ STEVEN FRASER, LABOR WILL RULE: SIDNEY HILLMAN AND THE RISE OF AMERICAN LABOR 526 (1991); see also *id.* at 495-539.

⁹⁶ NELSON LICHTENSTEIN, THE MOST DANGEROUS MAN IN DETROIT: WALTER REUTHER AND THE FATE OF AMERICAN LABOR 387-88 (1995).

⁹⁷ NELSON LICHTENSTEIN, STATE OF THE UNION: A CENTURY OF AMERICAN LABOR 192 (2002).

⁹⁸ See TAYLORE.DARK, THE UNIONS AND THE DEMOCRATS: AN ENDURING ALLIANCE 57 (1999); J. DAVID GREENSTONE, LABOR IN AMERICAN POLITICS 339-43 (1969).

⁹⁹ DARK, *supra* note 96, at 57.

¹⁰⁰ THEODORE R. MARMOR, THE POLITICS OF MEDICARE 18 (2d ed. 2000); accord DARK, *supra* note 96, at 57; TRACY ROOF, AMERICAN LABOR, CONGRESS, AND THE WELFARE STATE, 1935–2010, at 92-99 (2011).

¹⁰¹ BARTELS, *supra* note 1, at 240 (discussing union influence on minimum wage policy); see also Farrell E. Bloch, Political Support for Minimum Wage Legislation, 1 J. LAB. RES. 245 (1980) (finding that senators favoring the passage of minimum wage bills are more likely to come from states with high union membership); Farrell E. Bloch, Political Support for Minimum Wage Legislation: 1989, 14 J. LAB. RES. 187 (1993) (same).

Finally, quantitative data corroborate the case-study evidence of union influence. In one of the foundational studies in the field, Richard B. Freeman and James L. Medoff showed that federal legislators representing well-organized states in the 1970s were more likely to “vote union”—that is, vote in harmony with the expressed preferences of the AFL-CIO—than their peers from less well-organized jurisdictions.¹⁰² Subsequent scholarship confirms this correlation between union density and legislative voting in favor of the unions’ policy positions.¹⁰³ Further, in the states, relative union density accounts for significant variations in social welfare, education, and tax policy,¹⁰⁴ and greater union density correlates with more rigorous state statutory protections for workers.¹⁰⁵

B. ORGANIZING THROUGH WORK

There are numerous reasons why unions were successful in organizing low- and middle-income groups but one is particularly relevant to the analysis here: labor law enabled unions to take advantage of the workplace (in particular) and the employment relationship (more generally) as loci of organizational activity. As this Section will discuss, workplace organizing offers a number of advantages that allowed unions to overcome what might otherwise have been insurmountable hurdles to collective action. And, as this Section will also discuss, labor law allowed unions to harness these advantages through several relatively modest, but critical, interventions.

First, interpersonal relationships and social networks are important facilitators of organizational and political activity.¹⁰⁶ Work often is a rich source of such relationships and

¹⁰² RICHARD B. FREEMAN & JAMES L. MEDOFF, WHAT DO UNIONS DO? 195-98 (1984).

¹⁰³ Leo H. Kahane, Congressional Voting Patterns on NAFTA: An Empirical Analysis, 55 AM. J. ECON. & SOC. 395, 406 (1996) (concluding that union density affects senators’ votes but not representatives’ votes); Masters & Delaney, *supra* note 88, at 374 (citing Janet M. Box-Steffensmeier et al., The Strategic Timing of Position Taking in Congress: A Study of the North American Free Trade Agreement, 91 AM. POL. SCI. REV. 324 (1997)).

¹⁰⁴ See, e.g., Michael Patrick Allen & John L. Campbell, State Revenue Extraction from Different Income Groups: Variations in Tax Progressivity in the United States, 1916 to 1986, 59 AM. SOC. REV. 169 (1994) (finding that labor organization correlates with tax progressivity); Benjamin Radcliff & Martin Saiz, Labor Organization and Public Policy in the American States, 60 J. POL. 113 (1998) (finding that higher rates of unionization induce greater spending on Aid to Families with Dependent Children benefits, total per pupil expenditures in K-12 education, and state-level tax progressivity).

¹⁰⁵ Richard B. Freeman, Unionism and Protective Labor Legislation, 39 PROC. INDUS. REL. RES. ASS’N 260, 262-65 (1987).

¹⁰⁶ See, e.g., Chaeyoon Lim, Social Networks and Political Participation: How Do Networks Matter, 87 SOC. FORCES 961, 961 (2008) (collecting sources).

networks,¹⁰⁷ and can serve as an especially viable platform for organizing.¹⁰⁸ In a similar vein, organizing depends on the development of a collective identity among participants.¹⁰⁹ Again, work can—and often does—provide the basis for such an identity. As Robert MacKenzie puts it, “[t]he shared experience of work is a strong influence over the creation of social collectivity. Work as a collective experience . . . may act as a basis for group identity.”¹¹⁰

More tangibly, though no less importantly, the workplace is an important geographic site for organizing, a centralized location where employees gather as a group and where they can be reached as a group. Thus, the significant costs of identifying and contacting employees, who are otherwise dispersed across potentially large geographic areas, can be avoided when the workplace is available for organizational purposes.¹¹¹ Here, labor law has made an important contribution: the National Labor Relations Act (NLRA) allows employees to use the workplace as a centralized location for organizing by granting employees the right to speak with one another about unionization in non-work areas of the workplace and during non-work time.¹¹² These same rules also enable employees to speak to one another about, and encourage each other to participate in, a certain range of political activity in the workplace.¹¹³ For many years after the enactment of the NLRA, moreover, labor law also allowed non-employee union organizers to speak with employees at their worksites.¹¹⁴

¹⁰⁷ See, e.g., Diana C. Mutz & Jeffrey J. Mondak, *The Workplace as a Context for Cross-Cutting Political Discourse*, 68 J. POL. 140, 141 (2006).

¹⁰⁸ See VERBA ET AL., *supra* note 11, at 145 (reporting that political recruitment requests made, inter alia, through the workplace have a “relatively high probability of success”).

¹⁰⁹ See Benjamin I. Sachs, *Employment Law as Labor Law*, 29 CARDOZO L. REV. 2685, 2725 (2008).

¹¹⁰ Robert MacKenzie et al., ‘All that is Solid?’: Class, Identity and the Maintenance of a Collective Orientation Amongst Redundant Steelworkers, 40 SOC. 833, 836 (2006).

¹¹¹ When an employer does not have a single geographic home—homecare work is an excellent example—labor law cannot offer such a locus for organizational activity.

¹¹² See *Republic Aviation Corp. v. NLRB*, 324 U.S. 793 (1945).

¹¹³ Thus, the Supreme Court has held that employers must permit employees to urge other employees to vote for or oppose certain candidates, and to support or oppose certain legislation, so long as the issues around which the political organizing takes place implicate employees’ status as employees. See *Eastex, Inc. v. NLRB*, 437 U.S. 556 (1978). The point here is not that the current statute would protect all the types of political activity that political unions would engage in. See *Local 174, UAW v. NLRB*, 645 F.2d 1151, 1154 (D.C. Cir. 1981) (holding the distribution of a political leaflet to be unprotected because “the principal thrust of the leaflet was to induce employees to vote for specific candidates, not to educate them on political issues relevant to their employment conditions”); see also *NLRB v. Motorola, Inc.*, 991 F.2d 278, 285 (5th Cir. 1993) (holding that political activities in support of an “outside political organization” are not protected by the NLRA). The point, rather, is that the current statute requires employers to tolerate—during non-work time and in non-work areas of the workplace—employee speech about politics that are related to the underlying statutory protections. An unbundled regime would need to expand the range of political speech protected, but would not need to expand the times and places that such speech is permitted.

¹¹⁴ See *Babcock & Wilcox Co.*, 109 N.L.R.B. 485, 494 (1954), enforcement denied subnom. *NLRB v. Babcock & Wilcox Co.*, 222 F.2d 316 (5th Cir. 1955), *aff’d*, 351 U.S. 105 (1956); see also Estlund, *supra* note 22, at 314-15. As discussed below, rights of access for non-employee organizers were essentially extinguished by *Lechmere, Inc. v.*

Next, work has proved a fruitful locus for organizing because the employment relationship enabled unions to solve one of the more dogged problems in organizational development: the need for an administrable and sustainable financing mechanism. In short, the employer's payroll system provides a channel through which dues payments can be made by employees to the union automatically and on a recurring basis. Here, again, a modest legal intervention has been important: the NLRA makes payroll deductions for union dues a mandatory subject of bargaining¹¹⁵ and treats an employer's refusal to agree to payroll deduction as evidence of a failure to bargain in good faith.¹¹⁶ In some states, dues payments can be required as a condition of employment; in other states—so-called right-to-work states—dues can only be collected from employees who wish to join the union. But in either setting, the statute permits unions to harness the employer's payroll system as a method of dues deduction.¹¹⁷

Employers also constitute a centralized source of information about employees, information that is important for organizing. Specifically, because it is often necessary for organizers to speak with employees outside of the workplace—particularly if there is no centralized geographic workplace—unionization requires that organizers be able to identify who the workforce is.¹¹⁸ Here, the NLRA grants union organizers the right to access the

NLRB, 502 U.S. 527 (1992).

¹¹⁵ See *Reed & Prince Mfg. Co.*, 96 N.L.R.B. 850 (1951), enforced, 205 F.2d 131 (1st Cir. 1953), cert. denied, 346 U.S. 887 (1953).

¹¹⁶ See *H.K. Porter Co.*, 153 N.L.R.B. 1370 (1965), enforced, 363 F.2d 272 (D.C. Cir. 1966). This is particularly true where the employer allows payroll deductions for other purposes. See *Farmers Coop. Gin Ass'n*, 161 N.L.R.B. 887 (1966). An illustrative example of the function played by dues checkoff is provided by *MTA Bus Co. v. Transp. Workers Union of Am.*, No. 2005-37468, 2005 WL 6242982 (N.Y. Sup. Ct.) (Affidavit of Roger Toussaint, Sept. 18, 2007), cited in Paul M. Secunda, *The Wisconsin Public-Sector Labor Dispute of 2011*, 27 *ABA J. LAB. & EMP. L.* 293, 297 n.21 (2012). For a discussion of public sector analogues, see, for example, *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977) and *Chicago Teachers Union, Local No. 1 v. Hudson*, 475 U.S. 292 (1986).

¹¹⁷ Importantly, moreover, unions are entitled to use dues deducted from payroll for both collective bargaining purposes and political purposes as long as employees consent to such use. See Benjamin I. Sachs, *Unions, Corporations, and Political Opt-Out Rights After Citizens United*, 112 *COLUM. L. REV.* 800, 811-19 (2012). It should be said here that the contemporary significance of voluntary dues deduction is less clear than it was historically. Specifically, the availability of consumer credit cards and electronic debiting systems provides unions with a potential substitute for payroll deduction: with the employee's consent, unions can secure monthly payments from a credit card or a bank draft instead of from the employer's payroll. Although some unions have struggled to make such technology work in low-wage sectors of the economy, some union leaders see a potential advantage to automatic credit card or bank drafts over payroll deductions because of the way these newer forms of payment can reduce the union's need to rely on employer cooperation. See Email from Keith Kelleher, President, SEIU Healthcare Ill. & Ind. (July 19, 2012) (on file with author).

¹¹⁸ As discussed *infra* note 122, non-employee union organizers today almost never have the right to access company property for organizational purposes. See *Lechmere, Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527 (1992); see also Estlund, *supra* note 22 (discussing *Lechmere*).

employer’s list of employee names, addresses, and—potentially—phone numbers and email addresses.¹¹⁹ Particularly in larger bargaining units, this grant of access to the employer’s informational resources reduces what could otherwise be prohibitive information costs.¹²⁰

Finally, labor law compounds the advantages of the workplace as a site for organizing by making employer retaliation for such activity illegal. Section 7 of the NLRA gives employees the affirmative right to “form, join, or assist labor organizations,” and Section 8(a) makes it an unfair labor practice for an employer “by discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization.”¹²¹ Accordingly, if an employee is penalized for union activity, the employer faces unfair labor practice liability and the employee is entitled to an appropriate remedy (including reinstatement and back pay). As Richard Posner explains: “The efforts of an employee to induce his fellows to [unionize] would often, in the absence of legal protection . . . be set at naught by the employer’s firing him.”¹²² By making such actions illegal, the law denies the employer “the natural advantage that he would have, as one facing many, in fending off organizing activities.”¹²³

With respect to both workplace access and anti-retaliation protections, the robustness of these legal rights has declined rather dramatically in recent years. For example, the Court has curtailed access rights for nonemployee union organizers,¹²⁴ and the National Labor Relations

¹¹⁹ Under the so-called Excelsior rule, when a union garners the support of thirty percent of the relevant workforce, it is entitled to the employer’s list of contact information for all employees relevant to the organizing drive. See *Excelsior Underwear, Inc.*, 156 N.L.R.B. 1236 (1966). In a Notice of Proposed Rulemaking, the NLRB proposed to expand the information to which unions are entitled to include phone numbers and email addresses. See *Representation—Case Procedures*, 76 Fed. Reg. 36,812, 36,820, 36,837-38 (proposed June 22, 2011) (to be codified at 29 C.F.R. § 102.62). The proposed rule has been enjoined by a district court on the ground that the Board lacked a quorum to enact the rule. See *Chamber of Commerce of the U.S. v. NLRB*, 879 F. Supp. 2d 18 (D.D.C. 2012). A similar decision by the D.C. Circuit is currently before the Supreme Court. See *NLRB v. Noel Canning*, 133 S. Ct. 2861 (2013) (granting certiorari).

¹²⁰ For a description of the costs involved in gathering employee contact information when an Excelsior list is not available, see, for example, Rafael Gely & Leonard Bierman, *Labor Law Access Rules and Stare Decisis: Developing A Planned Parenthood-Based Model of Reform*, 20 *BERKELEY J. EMP. & LAB. L.* 138, 180-81 (1999).

¹²¹ 29 U.S.C. §§ 157, 158(a)(3) (2006). The statute similarly makes it an unfair labor practice for an employer to “interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise” of employees’ Section 7 rights. *Id.* § 158(a)(1).

¹²² Posner, *supra* note 28, at 994.

¹²³ *Id.* at 995.

¹²⁴ At various times, the NLRB has upheld the right of such organizers to use employer property—generally in outside areas like parking lots—to discuss unionization with employees. See, e.g., *Babcock & Wilcox Co.*, 109 N.L.R.B. 485, 485 (1954), enforcement denied sub nom. *NLRB v. Babcock & Wilcox Co.*, 222 F.2d 316 (5th Cir. 1955), *aff’d*, 351 U.S. 105 (1956); *Jean Country*, 291 N.L.R.B. 11 (1988). Such access rights were helpful to the organizational process because, as the Supreme Court explained, the right to unionize “depends in some measure on the ability of employees to learn the advantages and disadvantages of organization from others.” *Beth Israel Hosp. v. NLRB*, 437 U.S. 483, 492 n.9 (1978). In 1992, however, the Court curtailed the circumstances in which nonemployee organizers can access employees on company property, essentially limiting the right to remote

Board's ability to remedy anti- union retaliation has declined as a result of both Court intervention and inadequate enforcement resources.¹²⁵ The prevailing view is that the curtailment of these legal protections has contributed to the decline in unions' organizational success.¹²⁶ The point here, however, is simply that the right to use the workplace and the employment relationship for organizational activity, along with protections against retaliation, help employees overcome impediments to collective action and serve as important facilitators of organizational activity. The stronger those rights, and the more robust their enforcement, the more effective they are at facilitating such activity.

A word is also in order here about a role that labor law does not play in facilitating organizational success. Among the traditional impediments to collective action, the problem of free riding is central.¹²⁷ Labor law does provide unions with a mechanism for dealing with part of the free-rider problem. Under the NLRA, collective bargaining agreements can require that all employees who are represented by the union pay dues to cover the union's collective bargaining and contract administration expenses.¹²⁸ But labor law's resolution of the free-rider problem is limited in a way that is relevant here: the law does not entitle unions to overcome free riding with respect to political activity.¹²⁹ This, of course, is the free-rider threat that political unions would face, and the success that workers historically have had in organizing for political action suggests that they have been able to overcome this free-rider threat even though labor law has not given them a mechanism for doing so.

C. COLLECTIVE BARGAINING AND UNION DECLINE

logging camps or mines. See *Lechmere, Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527 (1992).

¹²⁵ See Sachs, *supra* note 107, at 2694-95.

¹²⁶ See, e.g., PAUL C. WEILER, *GOVERNING THE WORKPLACE* 113-14 (1990) (discussing the debate over whether already illegal forms of employer resistance to union representation have affected the success of representation campaigns).

¹²⁷ Indeed, in Mancur Olson's account of the free-rider problem, the labor union was the primary case study, and union organizing has long been understood to present a classic free-rider threat. See MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION* 66-91 (1971).

¹²⁸ See 29 U.S.C. § 158(a)(3) (2006); see also *Comm'ns Workers of Am. v. Beck*, 487 U.S. 735 (1988) (interpreting 29 U.S.C. § 158(a)(3) in this way); Kenneth G. Dau-Schmidt, *Union Security Agreements Under the National Labor Relations Act: The Statute, the Constitution, and the Court's Opinion in Beck*, 27 *HARV. J. ON LEGIS.* 51 (1990) (discussing Beck and union security agreements); Sachs, *supra* note 115, at 811-19 (same). In right-to-work states, such agreements are illegal.

¹²⁹ Thus, although a collective bargaining agreement can require all employees to make dues payments, those mandatory payments may be used only for collective bargaining and contract administration expenses. See Beck, 487 U.S. at 745; Sachs, *supra* note 115, at 813-19. The rule is the same for public sector unions. See *Abood v. Detroit Bd. of Educ.*, 431 U.S. 209, 222-23 (1977).

In part due to unions' ability to take advantage of the workplace as a locus of organizational activity, unions historically have been an effective political voice for the poor and middle class. The problem, from the perspective of representational equality, is that unionization rates have been falling consistently across the last several decades and have now fallen to levels not seen since before the Wagner Act was passed in 1935.¹³⁰ Scholars have devoted significant attention recently to the consequences for American politics of this decline in unionization rates.¹³¹ Nearly all—including Gilens, Bartels, Hacker and Pierson, and Schlozman et al.—point to the decline in union strength as a major explanation for the growth in representational inequality.¹³² Hacker and Pierson summarize the consensus this way:

No group better captures the mid-century influence of voluntary organizations representing middle- and working-class Americans than organized labor. . . . [But] as unions shifted from confident involvement in politics to embattled defense of their ever-smaller pocket of the workforce, they also ceased to be able, or always willing, to play the role as champions of the broad middle class they had carved out in their heyday.¹³³

¹³⁰ Union density was 11.5% in 1934. See Richard B. Freeman, *Spurts in Union Growth: Defining Moments and Social Processes* 58 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 6012, 1997), <http://www.nber.org/papers/w6012.pdf>. In 2012, less than 7% of private sector workers were members of a labor union. Labor Force Statistics from the Current Population Survey: Union Affiliation of Employed Wage and Salary Workers by Occupation and Industry, BUREAU LAB. STATS. (2012), <http://www.bls.gov/cps/cpsaat42.htm> (last updated Feb. 5, 2013). Membership levels in public sector unions have not, at least until recently, been on a similar decline. See *id.*

¹³¹ Labor scholars have been writing about union decline for decades. See, e.g., Cynthia L. Estlund, *The Ossification of American Labor Law*, 102 COLUM. L. REV. 1527, 1530 (2002) (“The ineffectuality of American labor law, and the shrinking scope of collective representation and collective bargaining, is partly traceable to the law’s ‘ossification.’”); Gottesman, *supra* note 22, at 61 (“[T]he system of collective bargaining that the NLRA promotes is invoked by an ever-shrinking percentage of American workers. At latest count, less than twelve percent of the workers covered by the NLRA are union-represented. ‘Our national labor policy’ is not serving eighty-eight percent of America’s workers.” (footnotes omitted)); Paul Weiler, *Promises to Keep: Securing Workers’ Rights to Self-Organization Under the NLRA*, 96 HARV. L. REV. 1769, 1769 (1983) (“Contemporary American labor law more and more resembles an elegant tombstone for a dying institution. While administrators, judges, lawyers, and scholars busy themselves with sophisticated jurisprudential refinements of the legal framework for collective bargaining, the fraction of the work force actually engaged in collective bargaining is steadily declining.”).

¹³² BARTELS, *supra* note 1, at 240 (attributing the failure of lawmakers to raise the minimum wage despite public support for doing so to, in part, the decline of organized labor); GILENS, *supra* note 1, at 158; HACKER & PIERSON, *supra* note 1, at 142; SCHLOZMAN ET AL., *supra* note 1, at 325-26; Radcliff & Saiz, *supra* note 102, at 122. Sociologists Bruce Western and Jake Rosenfeld similarly report that the decline in private sector union membership between 1973 and 2007—a period of time when membership rates fell from 34% to 8%—has led to a “dissipat[ion]” of unions’ political power. Bruce Western & Jake Rosenfeld, *Unions, Norms, and the Rise in U.S. Wage Inequality*, 76 AM. SOC. REV. 513, 513, 533 (2011); see also Steven Greenhouse, *Labor’s Decline and Wage Inequality*, N.Y. TIMES: ECONOMIX (Aug. 4, 2011, 11:30 AM), <http://economix.blogs.nytimes.com/2011/08/04/labors-decline-and-wage-inequality> (summarizing the Western and Rosenfeld study).

¹³³ HACKER & PIERSON, *supra* note 1, at 142; see also *id.* at 303 (“[T]he organizations that traditionally bolstered middle-class democracy have declined. Nowhere is this clearer or more fateful than with regard to American labor.”). These authors accordingly see a revitalized union movement as a way to remedy political inequality, but they despair of the prospects for such revitalization. For example, Gilens argues that unions “would

There is a long-running debate over the specific causes of this decline in unionization.¹³⁴ The leading theories point to increasing competitiveness of product markets,¹³⁵ shifts in production methods and systems of work organization,¹³⁶ and managerial opposition to unionization.¹³⁷ Fortunately, we need not attempt to resolve this debate here because all of the leading theories place collective bargaining at the center of the story of union decline. It might be that collective bargaining raises wages and benefits above competitive levels and thereby puts unionized employers at a competitive disadvantage vis-à-vis non-union firms in newly competitive markets.¹³⁸ It might be that collective bargaining imposes a set of inflexible work rules that stand in the way of much-needed flexibility.¹³⁹ Or it might be that, given both of the above, collective bargaining inspires deep managerial hostility to the union project.¹⁴⁰ But, whatever the mechanism, the consensus view is that unions are in decline—largely, if not entirely—because of their collective bargaining function.¹⁴¹

appear to be among the most promising interest group bases for strengthening the policy influence of American's poor and middle class," but the decline in unionization rates leads him to conclude that "unions' success in these efforts is likely to be fairly limited." GILENS, *supra* note 1, at 158. Hacker and Pierson concur. They argue that "[a]n expanded role for unions would make a big difference" in remedying representational skew, but that "the reinvigoration of unions is unlikely to be the primary catalyst during the early stages of a renewed middle-class politics." HACKER & PIERSON, *supra* note 1, at 303.

¹³⁴ As noted *supra* note 128, public sector unions have fared far better than private sector unions over the last several decades. The following discussion thus tracks the decline in private sector unionization rates, a decline that accounts for the entire overall drop in unionization levels.

¹³⁵ See Samuel Estreicher, *Labor Law Reform in a World of Competitive Product Markets*, 69 *CHI.- KENT L. REV.* 3, 5 n.5 (1993); Michael L. Wachter, *Labor Unions: A Corporatist Institution in a Competitive World*, 155 *U. PA. L. REV.* 581, 581 (2007).

¹³⁶ See STONE, *supra* note 17.

¹³⁷ See WEILER, *supra* note 124, at 113-14.

¹³⁸ See Estreicher, *supra* note 133, at 12-14; Wachter, *supra* note 133, at 585.

¹³⁹ See STONE, *supra* note 17, at 196-216.

¹⁴⁰ See WEILER, *supra* note 124, at 113-14.

¹⁴¹ Two caveats are worth noting. First, according to the "substitution hypothesis," part of the decline in unionization rates is attributable to unions' political success. The argument is that because of increasingly worker-friendly regulation of the economy—in part the product of past union political power—unions as collective bargaining agents are no longer as necessary as they once were. See, e.g., James T. Bennett & Jason E. Taylor, *Labor Unions: Victims of Their Political Success?*, 22 *J. LAB. RES.* 261, 261 (2001); Wachter, *supra* note 133, at 585. Whatever the plausibility of this argument, the substitution hypothesis still places collective bargaining at the center of the story of union decline. That is, the hypothesis holds that unions' political success makes unions qua collective bargaining agents no longer necessary. But, relevant for our purposes, the hypothesis does not hold that unions' past political success renders unions qua political agents obsolete. Second, some scholars contend that cultural or intellectual shifts have contributed to the decline of unionization rates in the United States. Most prominent among these theories is the idea that the collectivism inherent in unionism is counter to the cultural ascendancy of individualism. See, e.g., Reuel E. Schiller, *From Group Rights to Individual Liberties: Post-War Labor Law, Liberalism, and the Waning of Union Strength*, 20 *BERKELEY J. EMP. & LAB. L.* 1, 4 (1999) (discussing the effect of the ascendancy of individual over collective rights). Assuming there is truth to these arguments, however, it is difficult to know which aspect of unionism—the collective-bargaining function or the political one—has created these cultural problems. Qualitative accounts suggest that the problem may lie with the

To see this, take the concern about increasingly competitive markets. The argument is a plausible one and asserts that unions were able to thrive at a moment in U.S. history when markets were nearly oligopolistic.¹⁴² As markets globalized and became increasingly competitive, however, collective bargaining—which drove up labor costs at unionized firms—undermined the ability of union employers to compete with non-union ones. The result was significant loss of market share for unionized companies and dramatic declines in unionization rates.¹⁴³

Or take the concern about the changing nature of work. As Katherine Stone documents, the era of mass industrial production was one in which “[e]mployers sought uniformity in products and processes in order to achieve economies of scale.”¹⁴⁴ These production processes lent themselves to narrow job definitions and long-term employment relationships.¹⁴⁵ In this setting, according to Stone’s account, collective bargaining agreements that enforced rigid job rules and strict seniority rights made sense. But because our economy is no longer defined by mass production industries organized in this fashion, Stone argues, unions’ insistence that collective bargaining agreements dictate work rules, seniority protections, and the like is out of place.¹⁴⁶

Finally, take managerial opposition to unionization. Although there is some debate about the specifics, the prevalence, ferocity, and effectiveness of managerial opposition to unionization is well established. In one prominent study, for example, employers engaged in anti-union efforts in 96% of the union organizing campaigns they faced;¹⁴⁷ in another study,

collective bargaining function. See, e.g., LAWRENCE RICHARDS, UNION-FREE AMERICA 93-124 (2008). Moreover, it would be something of a strange claim to assert that political action in the United States must be individualistic in order to enjoy cultural or popular support—strange because organization is in the nature of political action, and our primary political actors, parties, are collective ones. Finally, even if some degree of union decline can be explained by cultural opposition to unions’ political function, collective bargaining still clearly provides much of the explanation.

¹⁴² See, e.g., Daniel J. Gifford, Labor Policy in Late Twentieth Century Capitalism: New Paradoxes for the Democratic State, 26 HOFSTRA L. REV. 85, 89-91 (1997).

¹⁴³ See Wachter, *supra* note 133. The classic example offered for this story is the U.S. auto industry. See, e.g., Thomas A. Piraino, Jr., Regulating Oligopoly Conduct Under the Antitrust Laws, 89 MINN. L. REV. 9, 66-67 (2004); Mark J. Roe, Rents and Their Corporate Consequences, 53 STAN. L. REV. 1463, 1467-68 (2001); Thomas Lifson, Oligopoly and the Fall of the American Automobile Industry, AM. THINKER (Nov. 19, 2008), http://www.americanthinker.com/2008/11/oligopoly_and_the_fall_of_the.html.

¹⁴⁴ STONE, *supra* note 17, at 5.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* at 203. Stone provides a long list of collective bargaining clauses that are, in her telling, “antithetical” to the new “boundaryless” organization of work. See *id.* at 204-05.

¹⁴⁷ Kate Bronfenbrenner, No Holds Barred: The Intensification of Employer Opposition to Organizing, ECON. POL’Y INST. 10 tbl.3 (May 20, 2009), <http://www.epi.org/files/page/-/pdf/bp235.pdf>.

the opposition rate was 98.4%.¹⁴⁸ In about half of all union campaigns, moreover, employers threaten to close the business should employees choose to unionize.¹⁴⁹ Employers also fire between 5% and 20% of active union supporters.¹⁵⁰ Not surprisingly, these tactics work: when management threatens to close the business or fires union supporters, union win rates decline significantly.¹⁵¹ Even where there is a successful unionization campaign, moreover, management frequently engages in efforts to avoid concluding a collective bargaining agreement. These tactics, also often successful, have further contributed to the decline in unionization rates as initial union organizing victories fail to become institutionalized and lead instead to the decertification of the union as the employees' bargaining representative.¹⁵²

Managerial opposition to unionization has everything to do with collective bargaining. In fact, management opposes unions for two primary reasons: one, to secure competitive labor costs, and, two, to maintain control over the way work is organized and carried out.¹⁵³ Collective bargaining agreements can impede both of these managerial objectives. First, collective bargaining often requires unionized firms to pay more in labor costs than their non-union competitors.¹⁵⁴ Second, as Stone's work emphasizes, collective bargaining also often restricts

¹⁴⁸ See Chirag Mehta & Nik Theodore, *Undermining the Right to Organize: Employer Behavior During Union Representation Campaigns*, AM. RTS. AT WORK 8 (Dec. 2005), <http://www.americanrightsatwork.org/dmdocuments/ARAWReports/UROCUEDcompressedfullreport.pdf> (reporting that sixty-one out of sixty-two representation campaigns had employer opposition).

¹⁴⁹ Bronfenbrenner, *supra* note 145, at 10tbl.3

¹⁵⁰ See Sachs, *supra* note 16, at 684.

¹⁵¹ See, e.g., *id.* at 684-85 (citing Bronfenbrenner, *supra* note 145, at 10-11 tbl.3).

¹⁵² See Catherine L. Fisk & Adam R. Pulver, *First Contract Arbitration and the Employee Free Choice Act*, 70 LA. L. REV. 47, 56 (2009). As Fisk and Pulver explain: An employer determined to resist the lawful right of its employees to unionize and bargain collectively can thwart their rights simply by refusing to enter into a collective bargaining agreement. Eventually, after the employer drags out the negotiations for years and makes plain its refusal to enter into an agreement with the union, the employees or the union give up. The employer can then withdraw recognition and remain union-free. *Id.*

¹⁵³ See Cynthia L. Estlund, *Economic Rationality and Union Avoidance: Misunderstanding the National Labor Relations Act*, 71 TEX. L. REV. 921, 946-64 (1993); John Logan, *The Union Avoidance Industry in the United States*, 44 BRIT. J. INDUS. REL. 651, 663 (2006).

¹⁵⁴ Thus, collective bargaining brings with it a rather substantial "wage premium," which has been at about seventeen percent. See David G. Blanchflower & Alex Bryson, *What Effect Do Unions Have on Wages Now and Would Freeman and Medoff Be Surprised?*, in *WHAT DO UNIONS DO? A TWENTY-YEAR PERSPECTIVE* 79 (James T. Bennett & Bruce E. Kaufman eds. 2008); David Card, *The Effect of Unions on the Structure of Wages: A Longitudinal Analysis*, 64 *ECONOMETRICA* 957, 974 (1996). Unionized jobs are also more likely to provide health insurance, defined-benefit pension plans, vacation pay, life insurance, and disability insurance. See John W. Budd, *The Effect of Unions on Employee Benefits and Non-Wage Compensation: Monopoly Power, Collective Voice, and Facilitation*, in *WHAT DO UNIONS DO? A TWENTY-YEAR PERSPECTIVE*, *supra*, at 160, 177-81. At times, and in certain industries, non-union firms will increase their compensation packages to avoid the likelihood that they too will become unionized. See Western & Rosenfeld, *supra* note 130, at 517 (reviewing the literature and concluding that the threat effect, which "results from nonunion employers raising wages to the union level to avert the threat of unionization," is supported by evidence that "nonunion wages are higher in highly unionized industries, localities, and firms"). This threat effect can reduce the competitive disadvantage of unionization, but it does not eliminate it. The effect, moreover, depends on the existence of an

managerial control over the workplace. Thus, for example, collective bargaining agreements generally include just-cause dismissal clauses that restrict management’s ability to discharge employees and thereby to control how those employees behave.¹⁵⁵ The work rules contained in most collective bargaining agreements have a similar effect: rather than allowing management to determine how work at the firm is performed, these clauses specify which workers are to perform which tasks and set out with some precision how those tasks are to be performed. Seniority agreements, job-bidding systems, bumping rights, and analogous collective bargaining clauses likewise diminish managerial control over how the workplace is organized and thereby fuel managerial opposition.¹⁵⁶

Collective bargaining has significant merits. Over the last half century, the practice has been a key contributor to economic equality in the United States,¹⁵⁷ and collective bargaining helps correct market failures that plague individual employment contracting.¹⁵⁸ But, as the above discussion makes clear, collective bargaining is also a central factor in each of the primary explanations for the decline of unions.

4 THE UNBUNDLED UNION: LIBERATING POLITICS FROM COLLECTIVE BARGAINING

The last Part argued that collective bargaining has, for a number of reasons, made it difficult for traditional unions to thrive under contemporary conditions. But because unions’ political and collective bargaining functions are bundled, all of the collective-bargaining-related reasons for unions’ decline—that is to say, essentially all of the reasons for union decline—are also impediments to workers’ ability to use unions as a vehicle for political organizing. Bundling, in short, holds unions’ political-organizational capabilities captive to the fortunes of collective bargaining.

actual threat of unionization. As union strength declines, so too does the salience of the threat effect. See *id.* at 532 (attributing rising income inequality between 1973 and 2007, in part, to decreasing union density and the declining threat effect).

¹⁵⁵ See Roger I. Abrams & Dennis R. Nolan, Toward a Theory of “Just Cause” in Employee Discipline Cases, 1985 DUKE L.J. 594, 594-95.

¹⁵⁶ See STONE, *supra* note 17, at 204-05.

¹⁵⁷ See Western & Rosenfeld, *supra* note 130. See generally FREEMAN & MEDOFF, *supra* note 100, at 43-60 (describing the ways in which unions contribute to economic equality).

¹⁵⁸ See Walter Kamiat, Labor and Lemons: Efficient Norms in the Internal Labor Market and the Possible Failures of Individual Contracting, 144 U. PA. L. REV. 1953 (1996).

Because unions' political and collective bargaining functions are bundled, a resurgence of traditional unions would increase the political voice of lower- and middle-income groups.¹⁵⁹ But rehabilitating unions as a vehicle for political organizing does not require a resurgence of traditional unions.¹⁶⁰ To the contrary, political organizing can be advanced by unbundling the political and collective bargaining functions of the union.

This is true for a reason that will now be obvious. In an unbundled regime, the fact that collective bargaining can be incompatible with contemporary forms of work organization, that it can create problems for firms operating in modern markets, and that it inspires fierce managerial opposition would be irrelevant to workers' political efforts because those efforts could now proceed independently of collective bargaining. Unbundling, that is to say, would immediately insulate political organizing efforts from the vulnerabilities of collective bargaining. Unbundling would also expand the range of employees for whom political organizing through the union form is a viable option. As we have seen, employees who wish to organize politically through a union can do so only if they also choose to organize for collective bargaining. But a substantial portion of the U.S. labor force does not desire to bargain collectively with their employers.¹⁶¹ An unbundled regime would thus allow the half of the labor force that does not want collective bargaining to take advantage of the union as a political vehicle.

The third reason to predict that unbundling will facilitate political organizing is the focus of this Part: namely, political unions would likely generate less managerial opposition than traditional collective bargaining unions generate. It is important to clarify at the outset, however, what this Part does and does not argue. The argument here is that unbundling the union would likely decrease—though not eliminate—managerial opposition to employee organizing efforts. There are groups other than firm management that oppose unions' political

¹⁵⁹ See, e.g., HACKER & PIERSON, *supra* note 1, at 303.

¹⁶⁰ At least in the near term, such a resurgence is unlikely. The trends that have contributed to unions' decline continue unabated, and the types of legal reforms that might reverse the slide in union density have failed to secure the necessary support. The most recent example is perhaps the starkest: at a time when the Democratic Party controlled the White House and sixty seats in the Senate, a package of labor reforms designed to facilitate renewed union growth—a bill that unions and pro-union legislators had sought for years—still failed to pass. See Employee Free Choice Act of 2009, H.R. 1409, 111th Cong. (2009); Sheryl Gay Stolberg & Steven Greenhouse, *Pace of Change Under Obama Frustrates Unions*, N.Y. TIMES, Sept. 6, 2009, <http://www.nytimes.com/2009/09/07/us/politics/07labor.html>. Indeed, the most likely course for traditional unions in the coming years is further decline. See James J. Brudney, *Recrafting a Trojan Horse: Thoughts on Workplace Governance in Light of Recent British Labor Law Developments*, 28 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 193, 195 (2007).

¹⁶¹ See Freeman, *supra* note 18, at 6.

efforts. The Chamber of Commerce and the National Right to Work Committee are prominent examples.¹⁶² More recently, individuals like the Koch brothers have played a similar role, sponsoring a 2012 ballot initiative in California that would have prohibited even voluntary dues deductions for political purposes.¹⁶³ Many elected officials also oppose unions' political efforts. Scott Walker, the Republican Governor of Wisconsin, is a leading contemporary example.¹⁶⁴

With respect to these groups and individuals, two points bear mention. First, whether groups that oppose traditional unions would also oppose political unions depends on what political unions end up doing. To the extent that political unions replicate the political agendas of traditional unions, groups like the Chamber of Commerce undoubtedly would continue their opposition. But in a world where politics is unbundled from collective bargaining, it is uncertain whether political unions would advance the same agendas as traditional unions. As this Essay has noted, some political unions might choose not to advance economic goals at all; in such cases, it is doubtful that the Chamber of Commerce and groups like it would focus much energy on opposing them.

The second point is that even if opposition by these groups remained undiminished, it is still relevant that managerial opposition is likely to decline. This is the case most generally because it would imply an overall decline in opposition. More particularly, this is true because non-managerial actors lack the set of resources that makes managerial opposition to union organizing so effective. Namely, these groups cannot fire employees who try to organize unions, and they cannot threaten to close firms in response to organizing drives. Only management can do that.

¹⁶² See, e.g., Marick F. Masters, Raymond Gibney & Thomas J. Zagenczyk, Worker Pay Protection: Implications for Labor's Political Spending and Voice, 48 INDUS. REL. 557, 558 n.1, 562 (2009) (including the National Right to Work Committee among the "[k]ey proponents and instigators" of paycheck protection initiatives in the states); Gordon Lafer, The 'Paycheck Protection' Racket: Tilting the Political Playing Field Toward Corporate Power and Away from Working Americans, ECON. POLICY INST. 3 (Apr. 24, 2013), <http://www.epi.org/files/2013/paycheck-protection-racket-tilting-political.pdf> ("The nation's largest corporate lobbies—including the U.S. Chamber of Commerce . . . —have been promoting [paycheck protection proposals] for at least the past 15 years in various states.").

¹⁶³ See, e.g., Adam Nagourney, California Is Latest Stage for Election Battle over Unions, N.Y. TIMES, Oct. 1, 2012, <http://www.nytimes.com/2012/10/02/us/politics/battle-over-unions-moves-to-california.html>; Andy Stern, Analysis: Koch Brothers a Force in Anti-Union Effort, REUTERS, Feb. 26, 2011, <http://www.reuters.com/article/2011/02/26/us-usa-wisconsin-koch-idUSTRE71P28W20110226>; Anthony York, Prop. 32: Group Linked to Koch Brothers Gives \$4 Million, L.A. TIMES, Sept. 14, 2012, <http://latimesblogs.latimes.com/california-politics/2012/09/group-with-koch-brothers-ties-gives-4-million-to-proposition-32.html>.

¹⁶⁴ See, e.g., Steven Greenhouse, G.O.P. Platform Seeks to Weaken Powers of Unions, N.Y. TIMES: THE CAUCUS (Aug. 30, 2012, 10:58 AM), <http://thecaucus.blogs.nytimes.com/2012/08/30/g-o-p-platform-seeks-to-weaken-powers-of-unions> ("platform urges elected officials across the country to change their laws regarding public-sector unions and follow the lead of Wisconsin's governor, Scott Walker, who spearheaded The 2012 [Republican Party] an effort to curb the ability of his state's public employees to bargain collectively.").

In addition to offering reasons to predict that unbundling will increase the prospects for political organizing, this Part also offers some very preliminary evidence that workers would organize political unions. The evidence consists of union organizing campaigns that have been restricted to political action. The Part also addresses more theoretically the question of whether union political organizing can succeed when it is not connected to collective bargaining.

A. IMPROVING PROSPECTS FOR ORGANIZING: DIMINISHING AND ALTERING MANAGERIAL OPPOSITION

Management, to be sure, would sometimes oppose the formation of political unions. But political unions would likely generate less pervasive and less severe opposition than conventional unions do. The most basic reason for this prediction is that, while traditional unions have a legal obligation to bargain over wages, hours, and other terms and conditions of employment,¹⁶⁵ political unions might not choose to pursue public policies that impact the firm at all. For example, while a traditional union must engage the firm over economics, a political union would be entitled to focus entirely on social issues, international affairs, public education, and the like. And while individual managers might have positions on these issues, the union's advocacy of them would likely not threaten the economic interests of the firm. It is also the case that certain components of collective bargaining agreements that generate managerial opposition would be difficult, if not impossible, to replicate through political action: key examples are the work rules and job classifications contained in many collective bargaining agreements, which, as Section II.C explained, are understood to impede flexibility in work design.¹⁶⁶

But even if political unions took on policy issues that impact the firm directly, they would still likely engender less managerial opposition. This is the case because political unions would have less power vis-à-vis the individual firm than a collective bargaining union does.

¹⁶⁵ See 29 U.S.C. § 158(d) (2006).

¹⁶⁶ Indeed, scholars have argued that collective bargaining is superior to legislation for the reason that collective bargaining, but not legislation, can establish specific rules for specific firms. See, e.g., CYNTHIA ESTLUND, *REGOVERNING THE WORKPLACE* 136 (2010) (“Collective bargaining is decentralized and non-state-centered, and it is potentially flexible, responsive to local conditions and to changing needs, cooperative, and democratic. The New Deal proponents of collective bargaining proclaimed its superiority to centralized regulation of terms of employment . . .”).

Collective bargaining unions exercise collective power directly against the firm: they translate their ability to threaten production—or to otherwise intervene in the firm’s operations—into bargaining concessions that the firm itself must grant. By contrast, a political union would exercise its power through the political processes of some government. And, even if all the employees in a given firm join a political union, they would constitute only a small proportion of the voters in the relevant polity. The result is a diminution in the relative ability of a particular union to impact the individual firm where it is organized, a diminution that should lessen the intensity of managerial opposition.

Of course, if political union organizing is successful, and if unions formed at different firms were to affiliate, these unions could secure significant political power. But managerial opposition to political unionism on these grounds would be plagued by its own collective action problem. That is, even if it would be in the collective long-term interests of multiple firm managements to fight the development of individual political unions (because those unions might eventually unite and exercise significant political power), the incentives for individual managements to free-ride on the oppositional efforts of other firms would be significant. This collective action problem would thus reduce the likelihood that any particular firm’s management would fight the organization of any particular political union.

Political unions are also likely to generate less managerial opposition because they are less likely to impose competitive disadvantages on their firms. This is the case, in part, because collective bargaining generally takes place at the firm level and political action by definition takes place at the level of a polity that will encompass multiple firms and, at times, entire markets.¹⁶⁷ To take a basic example: if a union, through collective bargaining, secures paid sick leave for the employees of a grocery store chain in a given state, that chain will face higher labor costs than, and be at a competitive disadvantage relative to, all the other chains in the state (and relative to any chains that move into the state to take advantage of the unionized firm’s higher labor costs). If, on the other hand, the union helps secure legislation requiring all employers in the state to provide paid sick leave, then the sick leave requirement produces no competitive disadvantage for any of the grocery stores in the state. In this scenario, employers

¹⁶⁷ Collective bargaining agreements can be extended to cover multiple firms, but these are the exception rather than the rule. See 1 *THE DEVELOPING LABOR LAW: THE BOARD, THE COURTS, AND THE NATIONAL LABOR RELATIONS ACT 712-20* (John E. Higgins, Jr. ed., 5th ed. 2006). It is also true that if unions successfully organize all the firms in a market, they can take labor costs out of competition through collective bargaining. But, as the above discussion showed, the increasing competitiveness of markets is making this more difficult to accomplish. See *supra* Section II.C.

are likely to vigorously oppose the formation of the collective bargaining union. They may also oppose the formation of a political union—a legislated sick-leave requirement imposes costs, even if those costs are borne by all the firms operating in the state. But because the political outcome takes sick-leave costs out of competition, managerial opposition is likely to be less intense.

Political action certainly can place firms at a competitive disadvantage relative to others. Indeed, any legislation that imposes costs on some firms in a market but not others—say, in-state manufacturers but not out-of-state manufacturers—will have this effect. Nonetheless, even where politics has the potential to impose competitive disadvantages on firms operating within the domestic political boundaries, there are many contexts in which politics is less likely to lead to these outcomes than is collective bargaining. This is so because a broader set of interests are represented in the political process than in the collective bargaining one. At the bargaining table, there are only two parties: the union and the employer. The union is accountable to its current membership, a dynamic that can lead the union to make bargaining demands that improve current conditions at the expense of long-term competitiveness.¹⁶⁸ Not given a place at the collective-bargaining table are the many constituencies that may be negatively impacted by anti-competitive demands made by the union: future employees who lose job opportunities, other firms whose fortunes are linked to the unionized employer's, community groups whose interests are connected to the success of the employer, and, indeed, the broader polity interested in the tax base to which the employer contributes.

In the political process, by contrast, there are multiple parties with multiple constituencies. When union political organizing is successful, unions can at most constitute one voice among these many others. Should a political union seek legislation that has anti-competitive effects, it will therefore be opposed not only by the firm but also by a host of other groups that would face the negative consequences of anti-competitive legislation. Where these interests can outvote the union, proposals that the union might have won at the bargaining table will fail to carry in the political environment.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Indeed, recent research in labor economics seems to confirm that collective bargaining leads to a reduction in normal profits and growth. See Richard B. Freeman, *What Do Unions Do? The 2004 M-Brane Stringtwiner Edition*, in *WHAT DO UNIONS DO? A TWENTY-YEAR PERSPECTIVE*, supra note 152, at 607, 622-23.

¹⁶⁹ It is possible to imagine political contexts in which union political power would be sufficient to enact the same types of anti-competitive policies through legislation that would otherwise be secured at the bargaining table. It is also possible that the union would sometimes be joined in these efforts by certain constituencies, such as businesses that believed they would benefit from the increased spending power that would come from higher wages. But the dynamic described in the text likely helps explain why unions have been consistently unsuccessful in securing legislation that is strictly in the interests of union members—they have been unable to find coalition partners

In sum, then, political unions may not implicate the firms' economic interests at all. If they attempted to do so, their ability to negatively impact those interests would be tempered by the diffuseness of their organizational density (relative to the polity as a whole), by their need to build coalitions that would include groups less willing to compromise firm competitiveness, and by the fact that—should adequate coalitions be built—any political successes would likely impact multiple firms in the relevant market, thereby lessening anti-competitive effects.

It is worth addressing here the possibility that some firms would oppose political unions on the ground that they would constitute a first step towards the formation of a traditional union. For example, even though a political union could not itself engage in collective bargaining, it might contribute to the development of a collective identity among workers who previously lacked one and thereby make the arguments for collective bargaining more compelling.¹⁷⁰ A political union might also conceivably serve to whet the appetite of workers for collective bargaining, making the possibility of bargaining directly with management over terms and conditions of employment seem more appealing.¹⁷¹ Or, more straightforwardly, the political union might make it easier for workers to deal with the coordination costs of organizing a collective bargaining union.

These arguments have some plausibility, but there are important rejoinders. First, employees form many types of collectives that do not elicit managerial opposition—and certainly not the type of opposition that management exhibits toward collective-bargaining unions. When employees form a book club or a softball team or a prayer group, we might predict that these groups would contribute to the development of a collective identity or make it easier to overcome the coordination costs of union organizing. Yet, management does not routinely fire workers who take a lead role in organizing these types of collectives. Second, while a political union might whet the appetites of employees for collective bargaining, it could also have precisely the opposite effect: it could satiate—or deflect—the workforce's collective impulse, thereby making the formation of a collective bargaining union less likely.¹⁷² Indeed, management itself often establishes forms of collective organization within the workplace—self-managing production teams, employee involvement committees, and the like—in an

necessary to enact such legislation. See Freeman, *supra* note 166, at 624-25; Masters & Delaney, *supra* note 88.

¹⁷⁰ See, e.g., Sachs, *supra* note 107, at 2725-29 (discussing the relationship between collective identity and collective action in the workplace context).

¹⁷¹ Mark Barenberg discusses these points in the context of so-called company unions—those dominated by management. Mark Barenberg, *Democracy and Domination in the Law of Workplace Cooperation: From Bureaucratic to Flexible Production*, 94 COLUM. L. REV. 753, 831-35 (1994).

¹⁷² Cf. *id.* at 827-28 (discussing this effect in the context of company unions).

attempt to “deflect workers’ group choice over workplace governance modes . . . away from . . . full collective bargaining.”¹⁷³

A recent study by John Godard and Carola Frege sheds light on this issue.¹⁷⁴ Godard and Frege conducted a survey of a thousand U.S. workers and investigated, inter alia, whether the presence of certain non-union forms of employee representation in the workplace impacted the propensity of workers to join a traditional union.¹⁷⁵ The researchers asked workers whether “there [was] a nonunion, management-established system [in the workplace] where worker representatives meet with management,” and whether the worker was “a member of another type of association to assist with work related matters[, including an] association . . . based on your occupation, race, gender, or some other characteristic you identify with.”¹⁷⁶ Although the authors found relatively high levels of both types of non-union representation systems in U.S. workplaces, they found no evidence that the presence of either type of organization impacted workers’ propensity to vote for a union. That is, having a workplace organization other than a union neither increased nor decreased the likelihood that a worker would decide to support unionization.¹⁷⁷

It is not possible to predict with certainty how much managerial opposition would be generated by a concern about political unions as a precursor to traditional unionization. Given management’s own willingness to experiment with non-union forms of collective workplace organization, the lack of managerial opposition to other types of employee organizations, and the evidence that non-union forms of workplace representation do not increase workers’ propensity to support unions, however, it seems unlikely that opposition generated by this concern would be severe or pervasive.¹⁷⁸

¹⁷³ Id.at762;seealsoId.at761(quotinAFL-CIOPresidentLaneKirklandasstatingthatthese forms of workplace organization are “sham organizations designed to prevent real worker empowerment”).

¹⁷⁴ John Godard & Carola Frege, Labor Unions, Alternative Forms of Representation, and the Exercise of Authority in U.S. Workplaces, 66 *INDUS. & LAB. REL. REV.* 142 (2013).

¹⁷⁵ Id.at146.

¹⁷⁶ Id.at151.

¹⁷⁷ Id. at 163. Other studies, based on far smaller samples, have found that non-union representation systems can encourage unionization, see Daphne Gottlieb Taras & Jason Copping, The Transition from Formal Nonunion Representation to Unionization: A Contemporary Case, 52 *INDUS. & LAB. REL. REV.* 22 (1998) (describing Canadian labor conditions), or discourage it, see A. Tarik Timur et al., ‘Shopping for Voice’: Do Pre-Existing Non-Union Representation Plans Matter When Employees Unionize?, 50 *BRIT. J. INDUS. REL.* 214 (2012) (same).

¹⁷⁸ If this concern did lead to substantial managerial opposition, the concern could be addressed in a number of ways. In some contemporary organizing campaigns, for example, unions contractually agree that they will restrict their future organizing efforts in exchange for a managerial pledge, for example, not to fight the union in the current campaign. See, e.g., *Patterson v. Heartland Indus. Partners*, 428 F. Supp. 2d 714, 716-17 (N.D. Ohio 2006). Political unions could likewise contractually agree not to engage in any efforts to organize employees into traditional unions. The effect of this pledge would be somewhat limited: employees themselves could not waive

Finally, and of equal importance, when management does oppose political unions—as it will in certain circumstances—its opposition will likely have a different social resonance than does opposition to traditional collective-bargaining unions. Employees’ collective economic activity is sufficiently contested that management’s decision to oppose union organizing does not generate much social contestation.¹⁷⁹ Perhaps the best piece of evidence for this is that although managerial opposition to unionization is intense and widespread, and quite often illegal, it produces essentially no public outcry. In 2010, for example, more than 1600 workers were offered reinstatement after being illegally fired for union activity, and more than 17,000 workers received back pay for illegal employer conduct related to union activity.¹⁸⁰ Despite the remarkable scope of this anti-union activity, no major newspaper in the country made more than passing reference to any of it. Most of the largest papers did not report on it at all.¹⁸¹

their right to engage in union organizing activity, see 29 U.S.C § 103 (2006), and other unions would not be barred by the pledge of the contracting union. But the effect would not be nil. Going further, an unbundled labor law could—by statute—preclude the organization of a collective-bargaining union at any firm where a political union is organized. Such a provision would likely do more than dampen managerial opposition and might well encourage management to support political unions as a means of preventing traditional unionization. For just this reason, however, such a provision would pose a problem for future collective bargaining efforts that unbundling itself would not and is not intended to pose.

¹⁷⁹ See THOMAS GEOGHEGAN, WHICH SIDE ARE YOU ON? TRYING TO BE FOR LABOR WHEN IT’S FLAT ON ITS BACK 5-8 (1991) (describing anecdotally the decline of support for labor interests).

¹⁸⁰ The figures are for fiscal year 2010. See Table 4. -Remedial Actions Taken in Unfair Labor Practice Cases Closed, NAT’L LAB. REL. BOARD (2010), http://www.nlr.gov/sites/default/files/attachments/basic-page/node-1696/table_4.pdf. As Gordon Lafer writes:

[E]ven the most serious type of illegal activity—actually firing, suspending, or cutting the hours of employees in retaliation for supporting the creation of a union—is extremely common. In 2004, an estimated 15,400 employees were illegally fired, suspended, or otherwise financially penalized for supporting a union in an election context. In that same year, the total number of potential voters in NLRB elections was approximately 260,000; by this count, one employee was illegally fired or suspended for every 17 eligible voters.

Gordon Lafer, *Neither Free nor Fair: The Subversion of Democracy Under National Labor Relations Board Elections*, AM. RTS. AT WORK 6 (July 2007), <http://www.americanrightsatwork.org/dmdocuments/ARAWReports/NeitherFreeNorFair.pdf> (footnotes omitted). In 2007, the House Committee on Education and Labor similarly reported as follows:

The numbers are staggering. Every 23 minutes, a worker is fired or otherwise discriminated against because of his or her union activity. . . . [B]etween 1993 and 2003, an average of 22,633 workers per year received back pay from their employers. In 2005, this number hit 31,358. A recent study . . . found that, in 2005, workers engaged in pro-union activism “faced almost a 20 percent chance of being fired during a union-election campaign.”

H.R. REP. NO. 110-23, at 8 (2007) (footnotes omitted).

¹⁸¹ This result was derived from a Lexis search of the ten newspapers with the largest circulations in the nation: the Wall Street Journal, USA Today, the New York Times, the Los Angeles Times, the San Jose Mercury News, the Washington Post, the New York Daily News, the New York Post, the Houston Chronicle, and the Philadelphia Inquirer.

It is also worth noting that the United States has a flourishing and sophisticated industry of “anti-union consultants” whose work is dedicated solely to helping management defeat unionization campaigns. See Logan, *supra* note 151. And while these consultants deploy a range of strategies to stop unionization, illegal discharges are part of the toolkit of “[t]he most ruthless.” John Logan, *Consultants, Lawyers, and the ‘Union Free’ Movement in the USA Since the 1970s*, 33 INDUS. REL. J. 197, 207 (2002); see also John Logan, *The Fine Art of Union Busting*, 13 NEW LAB. F. 76, 78 (2004) (“Recent studies have demonstrated that antiunion consultants are now part of standard operating procedure, with three-quarters of employers engaging their services when confronted by an organizing drive.”). A flourishing hundred-million dollar industry that encourages illegal opposition to

While opposition to union organizing efforts fails to provoke public concern, managerial opposition to employee political activity would likely be viewed with greater skepticism. This is the case, in part, because political organizing is far more culturally mainstream in American public life than union organizing.¹⁸² A second factor is at work too. American social and legal culture largely accepts managerial control over employees' worklife—over the way that work is organized, carried out, and compensated. But there is greater discomfort when management tries to use its economic power to control noneconomic aspects of an employee's life, including the employee's political activities.¹⁸³ During the latest presidential campaign, for example, a number of corporations encouraged their employees to vote a particular way. Some firms, in pressing employees to vote for the Republican nominee, suggested that an Obama reelection would threaten the employees' jobs. Analogous employer attempts to influence employee voting in union campaigns—including suggestions that voting for the union will threaten jobs—are routine and receive no attention. But the attempt by management to intervene in employees' political voting was covered extensively, and with strong notes of disapproval, in the media. Among other examples, the *New York Times* ran a full-length, front-page article on the subject, titled *Here's a Memo from the Boss: Vote this Way*.¹⁸⁴ The *Houston Chronicle* published a condemnatory editorial arguing that “the boss has no business in your voting booth.”¹⁸⁵ And

unionization bespeaks at least some degree of social acceptance of management's approach. See *id.*

¹⁸² See GEOGHEGAN, *supra* note 177, at 8 (communicating how unions and union organizing are not culturally mainstream). Indeed, political organizing is central to the American constitutional scheme—it is at the heart of the First Amendment's protection of associational rights—and it remains a highly visible and celebrated component of political life. Over the past several years, to take some of the more prominent examples, the Tea Party and MoveOn.org have both engaged in incredibly successful organizing efforts and both been lauded—setting aside partisan differences—as examples of vigorous democratic politics. See, e.g., LAWRENCE LESSIG, *ONE WAY FORWARD* 13-14 (2012) (MoveOn.org); *id.* at 18-20 (Tea Party); Victoria Carty, Multi-Issue, Internet-Mediated Interest Organizations and Their Implications for US Politics: A Case of MoveOn.org, 10 *SOC. MOVEMENT STUD.* 265, 266 (2011) (MoveOn.org); Vanessa Williamson, Theda Skocpol & John Coggin, The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism, 9 *PERSP. ON POL.* 25, 26-27 (2011) (Tea Party).

¹⁸³ The instinct behind this differential may be a kind of sphere separation principle according to which power derived in one sphere—the market, for example—is appropriately deployed within that sphere but not outside of it. Cf. WALZER, *supra* note 41; LINDA BOSNIAK, *THE CITIZEN AND THE ALIEN* 44-45 (2006) (describing Walzer's theory of sphere separation).

¹⁸⁴ Steven Greenhouse, *Here's a Memo from the Boss: Vote this Way*, *N.Y. TIMES*, Oct. 26, 2012, <http://www.nytimes.com/2012/10/27/us/politics/bosses-offering-timely-advice-how-to-vote.html>; see Mike Elk, *Koch Sends Pro-Romney Mailing to 45,000 Employees While Stifling Workplace Political Speech*, *IN THESE TIMES*, Oct. 14, 2012, http://inthesetimes.com/article/14017/koch_industries_sends_45000_employees_pro_romney_mailing; David A. Graham, *Can Your Boss Threaten to Fire You if You Don't Vote for Romney?*, *THE ATLANTIC*, Oct. 20, 2012, <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2012/10/can-your-boss-threaten-to-fire-you-if-you-dont-vote-for-romney/263709>.

¹⁸⁵ Editorial, *The Boss Has No Business in Your Voting Booth*, *HOUS. CHRON.*, Oct. 30, 2012, <http://www.chron.com/opinion/editorials/article/The-boss-has-no-business-in-your-voting-booth-3994653.php>.

two prominent law professors excoriated the practice, calling it one of the “worst pathologies of this second gilded age.”¹⁸⁶

The commitment to this kind of spheres separation is also reflected in the organizing principles of U.S. labor and employment law. Both legal regimes give management extensive control over how work is organized, performed, and compensated. Thus, the default rule in U.S. workplaces is individual employment contracting,¹⁸⁷ which, in practice, means that management generally sets the terms of the employment contract and employees choose whether or not to accept employment under those terms.¹⁸⁸ Even if employees unionize, thereby obligating management to bargain with the union over terms and conditions of employment, management nonetheless retains the ultimate right to refuse union proposals and implement its desired workplace policies.¹⁸⁹

While the law gives management substantial control over an employee’s worklife, it is more resistant to managerial attempts to control employees’ political activities. In fact, as Eugene Volokh has recently shown, legal protection against employer interference with employee political activity has a rich historical tradition in the United States.¹⁹⁰ Thus, “the very first American laws banning employment discrimination by private employers [were] voter protection laws, which barred employers from discriminating against employees based on how the employees voted.”¹⁹¹ Such voter protection statutes have been on the books since the mid-1800s, but more recent legislation protects a far broader range of employee political activity from employer interference. To take just a few examples: Connecticut prohibits employment discrimination based on the “exercise . . . of rights guaranteed by the First Amendment”; eight states prohibit employers from retaliating against employees for “engaging in political activities”; two states along with Puerto Rico and the District of Columbia prohibit

¹⁸⁶ Bruce Ackerman & Ian Ayres, *Election Bosses: How to Stop Employers from Telling Workers Whom to Vote for*, SLATE, Nov. 2, 2012, http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2012/11/how_congress_can_stop_employers_from_telling_workers_how_to_vote.html.

¹⁸⁷ See WEILER, *supra* note 124, at 228; Sachs, *supra* note 16, at 672; Cass R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VA. L. REV. 205, 208 (2001).

¹⁸⁸ Management’s ability to set particular terms, although generally not constrained by law, is constrained by market forces. And, at the upper ends of the labor market, there is more active bargaining over terms and conditions between firms and employees.

¹⁸⁹ See Sachs, *supra* note 16, at 701-06. If management does impose its own terms, employees have a right to strike. But other legal rules—primarily one giving management the right to permanently replace striking workers—make the strike right a rather hollow one. See *NLRB v. Mackay Radio Tel. Co.*, 304 U.S. 333, 345 (1938).

¹⁹⁰ Eugene Volokh, *Private Employees’ Speech and Political Activity: Statutory Protection Against Employer Retaliation*, 16 TEX. REV. L. & POL. 295 (2012).

¹⁹¹ *Id.* at 297.

discrimination based on employees' political party membership; and three states prohibit discrimination against employees for "engaging in electoral activities."¹⁹² Unlike in the case of union organizing, moreover, there is no evidence that management violates these statutes repeatedly or with impunity.

Outside the mainstream of labor and employment doctrine, further support can be found in cases involving the tort of discharge against public policy. In *Novosel v. Nationwide Insurance Co.*,¹⁹³ the employer instructed its employees to engage in political-organizing activity—including canvassing and signature gathering—in support of an insurance reform bill. The plaintiff-employee in the case objected to the firm's political stand, refused to engage in the political work, and was fired for doing so. The Third Circuit held that the discharge was tortious because it was in violation of public policy. As the court put it, where an employer "conditions employment upon political subordination," the employer has exceeded the scope of its legitimate managerial authority.¹⁹⁴

The point here is not that management discipline of employees for political-organizational activity would be illegal under existing law.¹⁹⁵ Rather, the point is that these strands of labor and employment law reflect a view that the exercise of managerial power is more acceptable with respect to the economic terms and conditions of employment than with respect to employees' political activity. To the extent that these legal principles capture a socio-cultural view of the appropriate reach of managerial power,¹⁹⁶ they support the proposition that managerial opposition to political unions would be met with a less forgiving response than is managerial opposition to traditional unions.

B. POLITICAL ORGANIZING WITHOUT COLLECTIVE BARGAINING?

¹⁹² See *id.* at 310, 313-19, 325-26 (discussing and collecting citations to state laws).

¹⁹³ 721F.2d894(3dCir.1983).

¹⁹⁴ *Id.* at 900. This same judicial resistance to the export of managerial power beyond the workplace can be seen in cases where employers discipline employees for their personal relationships and personal activities. See, e.g., *Guardsmark v. NLRB*, 475 F.3d 369 (D.C. Cir. 2007); *Rulon-Miller v. Int'l Bus. Machs. Corp.*, 208 Cal. Rptr. 524 (Ct. App. 1984). But see *Brunner v. Al Attar*, 786 S.W.2d 784 (Tex. Ct. App. 1990) (upholding the termination of an at-will employee for her refusal to quit volunteer work with an AIDS organization).

¹⁹⁵ Indeed, the legal protections necessary to facilitate the organization of political unions are not available under current law, and thus this Essay proposes statutory protection for such activity. See *infra* note 215 and accompanying text.

¹⁹⁶ This is not the place to argue whether—or to what extent—law reflects cultural understandings. For some discussion of the question, see Goodwin Liu, *Rethinking Constitutional Welfare Rights*, 61 *STAN. L. REV.* 203, 211, 236-43 (2008).

The preceding Section provided reasons to predict that unbundling the union’s political and economic functions would increase the prospects for political organizing through the union form. Although there are no extant examples of the political unions this Essay envisions, this Section will offer some preliminary evidence that under an unbundled regime workers would in fact organize political unions. The evidence comes from recent organizing efforts in sectors of the labor market to which, for various reasons, traditional labor law does not apply. In these sectors, labor law does not require unions to bundle political and economic functions. Indeed, in some of these sectors, unions are legally precluded from collective bargaining but have nonetheless engaged in successful political organizing campaigns.

In the homecare sector, traditional collective bargaining has often been legally impossible because homecare workers are classified either as employees of the single clients for whom they work or as independent contractors.¹⁹⁷ Despite the legal impossibility of collective bargaining, unions have nonetheless led campaigns to organize homecare workers for political action. In Illinois, for instance, at a time when homecare workers were barred from collective bargaining, the homecare workers union led a campaign to enact a “Homecare Workers Bill of Rights.”¹⁹⁸ Throughout the campaign, union members hosted meetings with state representatives, testified at legislative hearings, and lobbied on behalf of the bill.¹⁹⁹ The homecare union also took an active role in more traditional electoral politics, running the field operation for Mayor Harold Washington’s reelection campaign in two key wards on Chicago’s south and west sides.²⁰⁰ Members participated in the union’s door- to-door and onsite voter registration efforts, staffed phone banks that the union ran on Washington’s behalf, and took a central role in the union’s get- out-the-vote program on election day.²⁰¹

¹⁹⁷ Sachs, *supra* note 36, at 383-84. Even if the NLRA had defined these independent contractors as “employees” covered by the Act, collective bargaining would be meaningless—that is, indistinct from individual bargaining—where each employer has only one employee.

¹⁹⁸ Keith Kelleher, *A History of SEIU Local 880, 1983-2005* at 58-59 (2005) (unpublished manuscript) (on file with author). The Service Employees International Union’s homecare organizing in California followed a similar model. It was exclusively a political effort in its early stages, and it was similarly successful. See Linda Delp & Katie Quan, *Homecare Worker Organizing in California: An Analysis of a Successful Strategy*, 27 *LAB. STUD. J.* 1, 6 (2002).

¹⁹⁹ See Kelleher, *supra* note 196, at 61-62.

²⁰⁰ See *id.* at 73.

²⁰¹ See E-mail from Keith Kelleher, President, SEIU Healthcare Ill. & Ind., to author (Aug. 15, 2012) (on file with author). In the four years between 1986 and 1990, several thousand workers signaled their support for the union and about five hundred became dues-paying members. See Kelleher, *supra* note 196, at 57. To be sure, there are idiosyncratic pieces of the homecare story that would be absent for many political unions. For example, the homecare industry depends heavily on state funding, and thus the connection between political work and terms and conditions of employment in this industry is direct and clear. On the other hand, the union’s early organizing work had to succeed without the legally conferred advantages that political unions would enjoy.

The Service Employees International Union’s recent experience in the nursing home industry also offers some evidence of the potential of politics- only organizing. After years of unsuccessful attempts at traditional organizing campaigns in California nursing homes, the union sought to reorient its efforts away from collective bargaining and toward politics.²⁰² This led the union to craft an agreement with several nursing home chains that granted the union access to employer property for the sole purpose of discussing political mobilization with the workforce.²⁰³ The union’s organizing efforts were thus strictly limited to political campaigns—ones designed to increase the state’s financial support for nursing homes—but the efforts were nonetheless successful in generating worker support and participation.²⁰⁴

It is worth noting that there is a strand of labor research suggesting employees are more likely to participate in a union’s political program if the union is successful at delivering economic goods through collective bargaining.²⁰⁵ This research indicates that a worker’s “commitment” to her union predicts much about if, and how, the worker will participate in union activities.²⁰⁶ And, as Herbert Asher and his colleagues report, commitment is highly correlated with the union’s economic performance: a worker who believes that her union has successfully improved wages and benefits is more likely to have a high level of union commitment than is a worker who has not benefitted from the union in these ways.²⁰⁷ Asher et al. also find that the relationship between union commitment and participation holds with respect to the union’s political activities.²⁰⁸

Despite these findings, this literature does not imply that the loss of the collective-bargaining function would preclude worker support for political unions. To start, even if it is a union’s economic performance that fuels worker support for the union’s political program, this does not entail a conclusion that collective bargaining is a necessary predicate for political participation. To the contrary, the union’s political program can itself generate economic

²⁰² See, e.g., Erin Johansson, *Labor-Management Partnerships as a Means to Employer Neutrality* 12 (unpublished manuscript) (on file with author). For a general discussion of SEIU’s nursing home organizing work in California, see Benjamin I. Sachs, *Despite Preemption: Making Labor Law in Cities and States*, 124 *HARV. L. REV.* 1153, 1180-87 (2011). The author of this Essay worked in the SEIU legal department from 2002-2006.

²⁰³ See Johansson, *supra* note 200, at 15.

²⁰⁴ See *id.* at 16-17; Sachs, *supra* note 200, at 1184.

²⁰⁵ See HERBERT B. ASHER ET AL., *AMERICAN LABOR UNIONS IN THE ELECTORAL ARENA* 49-50, 107, 123-24 (2001).

²⁰⁶ See, e.g., E. Kevin Kelloway & Julian Barling, *Members’ Participation in Local Union Activities: Measurement, Predication, and Replication*, 78 *J. APPLIED PSYCHOL.* 262 (1993); James W. Thacker et al., *Union Commitment: An Examination of Antecedent and Outcome Factors*, 63 *J. OCCUPATIONAL PSYCHOL.* 33 (1990).

²⁰⁷ See ASHER ET AL., *supra* note 203, at 50-52.

²⁰⁸ See *id.* at 123-24.

returns for the membership.²⁰⁹ Next, Asher et al.’s work suggests that economic performance is important to union commitment because, traditionally, unions are formed for the purpose of securing economic goods. Thus, they write: “Unions came into being to deliver material benefits to their members: better wages and benefits, and better working conditions. Not surprisingly, union members judge their union based on how it delivers on these promises.”²¹⁰ Accordingly, a political union formed initially for non-economic purposes—for example, to expand gun rights—would not need to deliver economic goods in order to secure member commitment.

Moreover, while it is true that union commitment is related to political participation, commitment is not the only explanatory variable. Asher et al. themselves report that several other factors are significant correlates of political participation: workers’ agreement with the political positions taken by the union, workers’ views of what the authors call the “appropriateness of union political activity,” and whether union membership is voluntary or mandatory.²¹¹ In fact, political agreement is as strong a predictor of participation as commitment is, and, when taken together, these three other factors have about three times stronger a correlation to participation than does commitment.²¹² This is relevant to our analysis because workers who join a political union will do so voluntarily.²¹³ They will accordingly be quite likely to agree with the union’s politics and to view the union’s political activities as appropriate.

5 LAW AND ORGANIZING: DESIGNING AN UNBUNDLED REGIME

The last Part argued that unbundling the union would improve the prospects for unionization as a political-organizational vehicle. But an important design question remains: what statutory work is required to unbundle the union and make political unions viable? This Part describes these necessary statutory reforms.

²⁰⁹ Of course, in any union-organizing context, workers’ initial commitment to the union must precede the actual delivery of returns. Thus, in a traditional union, workers must decide to participate in organizational and first-contract bargaining activity before they secure any economic goods from the collective bargaining agreement. The same would be true with political unions: an initial commitment would have to precede the union securing economic returns through political action. As the above discussion shows, we have a good evidentiary basis for believing that political unions could successfully generate this necessary level of initial commitment. See *supra* text accompanying notes 195-202.

²¹⁰ ASHER ET AL., *supra* note 203, at 50.

²¹¹ See *id.* at 123-24.

²¹² See *id.* at 124 tbl.6.5.

²¹³ See *infra* text accompanying note 228 (discussing why participation in a political union must be voluntary).

But before doing that, it is important to reiterate that even an unbundled labor law would need to offer several types of affirmative protection to employees engaged in the project of organizing political unions. These protections would not be extensive, but would be critical. In Section II.B, this Essay described the ways in which labor law enables traditional unions to take advantage of the workplace as a locus of organizational activity. The law functions this way by prohibiting employers from banning employee speech about organizational activity in non-work areas of the workplace and during non-work time. The law also allows unions to use the employer's payroll system as a dues-deduction mechanism, gives unions access to the employer's informational resources about employees for organizational purposes, and offers anti-retaliation protection to workers engaged in organizational activity. To facilitate the successful organization of political unions, an unbundled labor law should offer the same kinds of guarantees. Thus, employers should be prohibited from banning employee speech about political unions in non-working areas of the workplace and during non-work time. Allowing political unions to use payroll deduction as a mechanism for collecting dues from those employees who consent to such payments would enable political unions to overcome the collective action costs involved in dues collection.²¹⁴ Political unions should be provided access to information about the composition of the workforce, at least subsequent to a showing of support by some significant portion of the workforce. And, finally, employers should be prohibited from retaliating against employees based on the employees' support for or participation in political unions.²¹⁵

²¹⁴ A statutory requirement that employers allow dues deduction for political unions could be subject to a compelled subsidization of speech challenge, but several points bear mention in this respect. First, the current statute effects a similar requirement by making the refusal to accept payroll deduction evidence of a refusal to bargain in good faith, see *supra* text accompanying notes 113-114, even though dues deducted from payroll can be used for political purposes. Second, under current law, requiring employers to allow payroll deduction is unlikely to amount to compelled speech because the employer is not actually required "to express a message he disagrees with" and because it is unlikely that the speech of a union—funded by employee dues that are voluntarily deducted from payroll—would be attributed to the employer. See *Johanns v. Livestock Mktg. Ass'n*, 544 U.S. 550, 557 (2005). See generally Robert Post, *Compelled Subsidization of Speech: Johanns v. Livestock Marketing Association*, 2005 SUP. CT. REV. 195 (distinguishing First Amendment claims of compulsion from compelled subsidization cases). A claim that such a statutory requirement amounts to compelled subsidization of speech is more colorable but would constitute a significant expansion of current doctrine, given the minimal cost to the employer of allowing such a payroll deduction. In the event that a court were willing to expand the doctrine in this way, however, the problem likely could be alleviated by requiring the union to reimburse the employer for the administrative costs involved in allowing the deduction, which, again, would be minimal. Finally, given the availability of credit card and bank draft payment systems, the payroll deduction, while useful, may not be as critical as other legal interventions to the viability of political unions.

²¹⁵ The match between those the NLRA defines as "employees," see 29 U.S.C. § 152(3) (2006), and those in the bottom nine income deciles is close but not perfect. See *supra* note 83. Thus, although using the current NLRA definition of employees in an unbundled regime would permit some workers in the top income decile to organize political unions, the current definition is consistent with the overall goal of enhancing the organizational capacity of those in the bottom nine income deciles. An unbundled regime might narrow the definition of employee to

To be sure, every provision in the National Labor Relations Act that deals with union organizing rights—and all of the administrative and judicial interpretations of those provisions—would impact political unions’ potential. Amending the statute to permit non-employee organizers to access company property, or to make punitive damages available against employers who discipline employees for union activity, or to add a private right of action, would all contribute to the success of organizational activity. But these avenues are beside the point. What matters here is that unbundling the union and preserving for political unions labor law’s basic and extant protections would itself improve the prospects for unionization as a political-organizational vehicle.

The actual statutory work involved in unbundling would not be extensive or difficult. The National Labor Relations Act gives employees the right to “self-organization,” which includes the right to “form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection.”²¹⁶ Amendments aimed at unbundling unions’ twin functions would establish that the right to “form, join, or assist labor organizations” includes the right to “form, join, or assist organizations not for the purpose of collective bargaining.” Concomitantly, amendments would clarify that the “concerted activities” protected by the law include concerted activities related to the range of political activities that a political union could undertake, whether or not such activities would qualify as “mutual aid or protection” under current law.²¹⁷

Next, under current law, once a group of employees forms a labor organization, that organization has a statutory obligation to “bargain collectively with [the] employer,”²¹⁸ and such collective bargaining must include bargaining over the economic terms of the employment

account for income, but such an approach would produce significant administrability costs, and, given the close fit between the current definition and the target income groups, such costs are likely not worth the benefits they would produce.

²¹⁶ 29 U.S.C. § 157. Again, this Essay focuses on the NLRA and private-sector labor law, but the moves necessary to amend state labor laws for public-sector workers would be largely analogous. Details, of course, would need to be worked out depending on the precise structure of each individual state statute, but those details are beyond the scope here.

²¹⁷ See, e.g., *Eastex, Inc. v. NLRB*, 437 U.S. 556 (1978) (discussing the scope of mutual aid and protection with respect to political activities). To clarify, the statute would need to prohibit employer retaliation for the full range of activity that a political union would undertake, even though, of course, it would not need to permit all this activity to occur in the workplace. What would need protection in the workplace is, as described above, organizational activity related to the formation of political unions, not the carrying out of the union’s political work once the union is formed.

²¹⁸ 29 U.S.C. § 158(b)(3).

relationship.²¹⁹ An amended statute would make clear that, as to the new non-collective bargaining organization, there would exist no “mutual obligation” on the part of either an employer or the union to bargain over terms and conditions of employment. The unfair labor practices section of the law would reflect this change by clarifying that an employer does not violate the law by refusing to bargain with such a union, and that such a union does commit an unfair labor practice by attempting to engage the employer in bargaining over terms and conditions of employment.²²⁰ Finally, recall that the current regime requires the employer to negotiate—as part of its overall collective-bargaining obligation—dues checkoff provisions.²²¹ Because political unions will not engage in collective bargaining, an unbundled labor law would need to establish that a political union designated by employees is entitled to collect dues directly from the employer through a payroll deduction system.²²²

Beyond these straightforward statutory moves, unbundling would require addressing one important conceptual issue. Under current law, an employer is obligated to recognize a union if and when a majority of employees in a relevant “bargaining unit”—essentially, a subgroup of the workforce that shares a set of common interests—votes for union representation.²²³ Moreover, under current rules, if a majority of workers votes to unionize, the union becomes the bargaining representative of all the workers in the unit, even those who opposed unionization.²²⁴ This is the so-called rule of exclusive representation, and it is designed to ensure the efficacy of collective bargaining: by establishing that the union speaks for all the workers in the unit, exclusive representation aims to prevent employers from playing different factions of workers off each other to the detriment of the whole.²²⁵ At least in non-right-to-work states,²²⁶ the rule also permits the union to collect mandatory dues from all the workers in the unit, even those workers who voted against unionization, in order to prevent any workers from free riding off the financial contributions of others.²²⁷

²¹⁹ Id. § 158(d).

²²⁰ These changes would be made to § 158(a)(5) and § 158(b)(3) respectively.

²²¹ See supra text accompanying note 113.

²²² Subject to the discussion infra accompanying notes 226-227.

²²³ See 29 U.S.C. § 159.

²²⁴ See id.

²²⁵ See, e.g., OFFICE OF THE GEN. COUNSEL, NLRB, ADVICE MEMORANDUM: DICK’S SPORTING GOODS, CASE 6-CA-34821, at 10 (June 22, 2006), <http://mynlrb.nlr.gov/link/document.aspx/09031d45800da97d>, 2006 WL 2992401 (“[M]inority representation could provide employers a ready method of precluding true collective bargaining by playing the different minority representatives off against each other.”).

²²⁶ See 29 U.S.C. § 164(b).

²²⁷ See id. § 158(a)(3); *Comm’n Workers of Am. v. Beck*, 487 U.S. 735 (1988); see also Dau-Schmidt, supra note 126 (discussing Beck and union security agreements); Sachs, supra note 115, at 811-19 (same). In right-to-

With regard to political unions, however, there is no call for exclusive representation: because the union will not bargain over a contract with the employer, the threat of the employer exploiting factions to undermine the union’s bargaining strength is inapposite. Moreover, given the Supreme Court’s jurisprudence in this area, mandatory dues collection would likely not be permissible in political unions, even in the private sector. As the Court has held, the NLRA permits unions to collect mandatory dues from all employees in a bargaining unit, but only for the purposes of collective bargaining and contract administration.²²⁸ With respect to the union’s political program, all dues payments must be fully voluntary, and employees accordingly must be provided a right to opt out of funding any of the union’s political expenditures. And although the Court’s holding on this score with respect to private sector unions is formally based on its interpretation of the statute, it is clear that the Court’s reasoning is either driven by the canon of constitutional avoidance or, at the least, informed by “constitutional values.”²²⁹ With respect to public employees and public-sector unions, the rule is explicitly a constitutional one.²³⁰

Accordingly, a legal regime that permitted unions to collect dues for political purposes from employees who objected to paying those dues would be flatly unconstitutional in the public sector and it would face significant constitutional difficulties in the private sector.²³¹ Even if constitutionally permissible, however, requiring employees to pay dues to support a political union would be undesirable as a policy matter. Indeed, for the same reasons that employer opposition to employee political activity would be viewed skeptically, a rule requiring employees to fund union political activity with which they disagreed would be viewed with similar skepticism. This hostility would produce not only political opposition to the statutory changes necessary for unbundling, but would also impede the organizational potential of political unions once authorized by statute. Thus, rather than serving as exclusive bargaining agents, political unions should be designed to resemble the kind of “minority” or members-only

work states, mandatory dues requirements of this sort are prohibited. See Sachs, *supra* note 115, at 811-19.

²²⁸ See Sachs, *supra* note 115, at 813-19.

²²⁹ Roger C. Hartley, *Constitutional Values and the Adjudication of Taft-Hartley Act Dues Objector Cases*, 41 HASTINGS L.J. 1, 83 (1989); see James J. Brudney, *A Famous Victory: Collective Bargaining Protections and the Statutory Aging Process*, 74 N.C. L. REV. 939, 1028 & n.298 (1996).

²³⁰ See *Abood v. Detroit Bd. of Educ.*, 431 U.S. 209, 235-36 (1977).

²³¹ For the public-sector rule, see, for example, *Knox v. SEIU, Local 1000*, 132 S. Ct. 2277 (2012). To invalidate such a rule for private sector unions on First Amendment grounds, the Court would have to find state action in the private-sector union context. The Supreme Court has not addressed this question directly, and scholars are divided on whether there is sufficient government involvement in the mandatory dues context to trigger constitutional review. See Sachs, *supra* note 115, at 844-46, 849-51 (reviewing the doctrine and competing scholarly arguments). Compare *Dau-Schmidt*, *supra* note 126, at 125-32 (rejecting the presence of state action), with David H. Topol, Note, *Union Shops, State Action, and the National Labor Relations Act*, 101 YALE L.J. 1135, 1148-57 (1992) (arguing that state action is present).

unions that Charles Morris describes: employees could form a political union even if the union is supported only by a minority of the workforce, and the union, in turn, would represent and collect dues from only those workers who affirmatively desire to be members.²³²

6 BEYOND THE WORKPLACE

Because unbundling the political and economic functions of unions will better enable political organizing by those in the lower and middle classes, unbundling is justified by a commitment to representational equality. But the goal of representational equality invites us to think beyond unions to a more comprehensive set of reforms designed to facilitate organizing by underrepresented groups. A full discussion of such a program is beyond the scope of this Essay, but a few preliminary observations are in order.

As this Essay has argued, labor law has facilitated unions' organizational success by providing a geographic locus for organizational activity, offering a mechanism for funding organizational activity, making available the information necessary for organizing, and protecting employees against retaliation. These same basic legal interventions could be deployed to facilitate organizing in other contexts. In particular, where the government provides services to constituencies in the relevant income groups, it could supplement the services it provides with legal rules designed to facilitate political organizing around the service. Importantly, such interventions would be substantively neutral as a matter of design: they would enable organizing but would take no position on—and indeed exert no influence over—the types of policies the groups would pursue once organized.

This suggestion may sound quite foreign, but it has historical roots. During the mid-1960s, as part of President Johnson's war on poverty, Congress established Community Action Programs (CAPs) as part of the new Office of Economic Opportunity (OEO). The CAPs were charged with involving low-income community members in the design and implementation of the anti-poverty programs that were to serve them. In fact, the Economic Opportunity Act of 1964 dictated that CAPs were to be "developed, conducted, and administered with the maximum feasible participation of the residents of the area and members of the groups served."²³³

²³² See CHARLES J. MORRIS, *THE BLUE EAGLE AT WORK: RECLAIMING DEMOCRATIC RIGHTS IN THE AMERICAN WORKPLACE* 8-9 (2005).

²³³ Pub.L.No.88-452, §202(a)(3), 78Stat.508,516.

Although the statutory charge of maximum feasible participation was a highly contested one, to those running the OEO and the CAPs, “participation” implied more than simple involvement in the bureaucratic and administrative operation of welfare programs. Under the OEO, community participation came to imply governmental support—including financial support—for political organizing by the poor. Thus, in the leading study of the CAPs, J. David Greenstone and Paul Peterson explain that community action “became an attack on political poverty, oriented toward increasing the political participation of previously excluded citizens, particularly black Americans.”²³⁴ As Greenstone and Peterson describe:

In order to achieve the maximum in participation . . . CAPs were expected to redistribute political power through the mobilization of deprived groups. Techniques designed to achieve this goal included recruitment of issue-oriented community organizers, financial assistance to indigenous community organizations, formation of community corporations, voter registration drives, [and] sponsorship of protest demonstrations²³⁵

Indeed, the OEO itself suggested that local CAPs “assist the poor in developing autonomous and self-managed organizations which are competent to exert political influence on behalf of their own self-interest.”²³⁶

In the contemporary setting, public assistance programs provide a promising context for expanding on the labor law model developed in this Essay.²³⁷ Following this model, revised public assistance statutes could, first, make welfare centers available for political-organizational activity.²³⁸ Welfare centers, like workplaces, provide natural gathering places

²³⁴ Paul E. Peterson & J. David Greenstone, *Racial Change and Citizen Participation: The Mobilization of Low-Income Communities Through Community Action*, in *A DECADE OF FEDERAL ANTIPOVERTY PROGRAMS: ACHIEVEMENTS, FAILURES, AND LESSONS* 241, 241 (Robert E. Haveman ed., 1977) (emphasis added); see also J. DAVID GREENSTONE & PAUL E. PETERSON, *RACE AND AUTHORITY IN URBAN POLITICS: COMMUNITY PARTICIPATION AND THE WAR ON POVERTY* 7 (1973) (“[T]he fundamental political objective was generally understood to be the organization and consequent institutionalization of black (and other minority group) interests . . .”).

²³⁵ Peterson & Greenstone, *supra* note 232, at 264.

²³⁶ GREENSTONE & PETERSON, *supra* note 232, at 5 (quoting OFFICE OF ECON. OPPORTUNITY, *COMMUNITY ACTION WORKBOOK*, at III.A.5 (1965)). Thus Richard Blumenthal concludes that the CAPs were to “finance community organizing as a kind of political antitrust measure.” Richard Blumenthal, *The Bureaucracy: Antipoverty and the Community Action Program*, in *AMERICAN POLITICAL INSTITUTIONS AND PUBLIC POLICY: FIVE CONTEMPORARY STUDIES* 129, 139-40 (Allan P. Sindler ed., 1969). And while political opposition gave the program a short lifespan, see *id.* at 132, the program nonetheless gave birth to significant political-organizational efforts. Historians, for example, credit CAPs with contributing to the growth and institutionalization of black political power in certain cities, including Newark, see Peterson & Greenstone, *supra* note 232, at 272, and with generating political protest movements in a number of others, see Blumenthal, *supra*, at 130-33.

²³⁷ For an excellent review of welfare organizing efforts in the United States, see NICK KOTZ & MARY LYNN KOTZ, *A PASSION FOR EQUALITY: GEORGE A. WILEY AND THE MOVEMENT* (1977).

²³⁸ The National Voter Registration Act (NVRA) of 1993 provides some limited precedent for this type of program.

for recipients and would offer a centralized location for organizing. Next, just as labor law allows unions to collect dues through authorized payroll deductions, this regime could enable benefits recipients to authorize dues payments directly from their benefits.²³⁹ As labor law gives unions the names and addresses of workers in the bargaining unit, revised benefits laws could give welfare organizers the names and addresses of benefits recipients.²⁴⁰ And, finally, the law would need to ensure that recipients who became active in political organizing efforts faced no negative repercussions for doing so.

Public education—one of the largest government-run programs in the United States²⁴¹—is another context in which law might generate political organizing.²⁴² By making public schools available for organizational purposes, providing information about parents to organizers, and allowing organizers to use the public schools’ administrative capacity to facilitate dues collection from parents, the state could help build a political organization of

Pub. L. No. 103-31, 107 Stat. 77 (codified at 42 U.S.C. § 1973gg (2006)). The NVRA mandates that all State offices providing public assistance serve as “voter registration agencies” and provide registration assistance to eligible voters. 42 U.S.C. §§ 1973gg-5(a)(1)-(4). The motivation behind this provision of the statute was to increase political participation by the poor by making the centralized location of the welfare center available for political activity. See, e.g., H.R. REP. NO. 103-66, at 19 (1993) (explaining that requiring public assistance offices to serve as registration sites will “assure[] that almost all of our citizens will come into contact with an office at which they may apply to register to vote”); see also 139 Cong. Rec. 4845 (1993) (statement of Sen. Wellstone) (“[T]his piece of legislation is about expanding political participation in the United States.”). See generally Pedro De Oliveira, Same Day Voter Registration: Post-Crawford Reform to Address the Growing Burdens on Lower-Income Voters, 16 GEO. J. ON POVERTY L. & POL’Y 345, 353 (2009).

²³⁹ The state could also fund organizers directly, but organizing theory suggests that requiring members to pay dues is important for the development of organizational commitment. As such, direct government funding of organizational work may not be the most efficacious approach. See MARSHALL GANZ, WHY DAVID SOMETIMES WINS: LEADERSHIP, ORGANIZATION, AND STRATEGY IN THE CALIFORNIA FARM WORKER MOVEMENT 100 (2009) (quoting Cesar Chavez, who explained, “A union must have members who pay dues regularly. . . . Because they pay so much, they feel they are the important part of the organization; that they have a right to be served. They don’t hesitate to write, to call, to ask for things—and to reaffirm their position in the association. . . . [T]he idea that the members are, alone, paying the salary of a man who is responsible to them is very important.”); Howard S. Becker, Notes on the Concept of Commitment, 66 AM. J. SOC. 32, 35-38 (1960) (proposing that “side bets” increase commitment to an organization); Thomas W. Gruen et al., Relationship Marketing Activities, Commitment, and Membership Behaviors in Professional Associations, 64 J. MARKETING 34, 37 (2000) (“The membership’s prepayment of dues represents an initial economic investment in the relationship. As such, it creates a potency that motivates the members to recover their investment . . .”).

²⁴⁰ To address privacy concerns that might be heightened in the benefits context, such a regime could require recipient consent—perhaps in opt-out form to encourage participation—before disclosure.

²⁴¹ As of the 2008-2009 academic year, state and local governments spent about \$862 billion on education and libraries. Nat’l Ctr. for Educ. Statistics, Digest of Education Statistics, INST. EDUC. SCI. tbl.30 (Oct. 31, 2011), http://nces.ed.gov/programs/digest/d11/tables/dt11_030.asp. Federal spending in fiscal year 2010 amounted to just under \$300 billion. Id. tbl.384, http://nces.ed.gov/programs/digest/d11/tables/dt11_384.asp.

²⁴² Local political organizing among low-income public school parents has seen some success. See John Rogers, Forces of Accountability? The Power of Poor Parents in NCLB, 76 HARV. EDUC. REV. 611, 625-32 (2006); see also JEANNIE OAKES & JOHN ROGERS WITH MARTIN LIPTON, LEARNING POWER: ORGANIZING FOR EDUCATION AND JUSTICE 111-30 (2006) (reviewing the example of parent organizing).

public school parents. Public hospitals, libraries, and even public recreation centers could similarly be used to support political organizing among the poor and middle class.

7 CONCLUSION

The risk that economic inequalities will produce political ones, long a concern of democratic theorists and political scientists, has led to several generations of campaign finance regulation designed to get money out of politics. But these efforts have not succeeded. Rather than struggling to find new ways to restrict political spending by the wealthy, this Essay has argued that representational equality can be advanced by legal mechanisms designed to facilitate the organizational capacity of those for whom the current system has become unresponsive.

Historically in the United States, labor law has been the most important legal mechanism of this type, and the labor union a primary vehicle for the political organization of the poor and middle class. Accordingly, as this Essay has shown, labor law offers important lessons about how to construct a program of legal interventions designed to facilitate political organizing among currently underrepresented groups. The unbundled union, in which political organization is liberated from collective bargaining, constitutes one promising component of such a broader attempt to improve representational equality.

THE GIG ECONOMY AND LABOUR REGULATION: an international and comparative approach

A ECONOMIA DO GIG E O REGULAMENTO DO TRABALHO: uma abordagem internacional e comparativa

Valerio De Stefano¹

This paper deals with the main labour implications of the so-called “gig-economy”. The gig-economy is usually understood to include chiefly two forms of work: “crowdwork” and “work on-demand via apps” (De Stefano, 2016a; Smith and Leberstein, 2015, Sundarajan, 2016).

Crowdwork is work that is executed through online platforms that put in contact an indefinite number of organisations, businesses and individuals through the internet, potentially allowing connecting clients and workers on a global basis. The nature of the tasks performed on crowdwork platforms may vary considerably. Very often it involves “microtasks”: extremely parcelled activities which still require some sort of judgement beyond the understanding of artificial intelligence (e.g. tagging photos, valuing emotions or the appropriateness of a site or text, completing surveys) (Howe, 2006; Irani, 2015a). In other cases, bigger works can be crowd-sourced such as the creation of a logo, the development of a site or the initial project of a marketing campaign (Kittur et al, 2013; Leimeister and Durward, 2015; Kuek et al., 2015). In “work on-demand via apps”, jobs related to traditional working activities such as transport, cleaning and running errands, but also forms of clerical work, are offered and assigned through mobile apps. The businesses running these apps normally intervene in setting minimum quality standards of service and in the selection and management of the workforce. These forms of work are growing in numbers and importance. In 2016, a study of the University of Hertfordshire and UNI Global estimated that almost 5 million UK workers and 8 million

Artigo recebido em 20/04/2018.

Artigo aprovado em 09/10/2018 e 25/10/2018.

¹ BOF-ZAP Research Professor at the Faculty of Law of the University of Leuven; Master degree in Law, at Bocconi University in Milan; Ph.D. at Bocconi University in Milan; Postdoctoral researcher at Bocconi University in Milan; Post-doctoral member at Clare Hall College at the University of Cambridge (2013); Visiting academic at the University College of London (2012); Technical Officer on Non-Standard Forms of Employment of the International Labour Office (ILO) (2014-2017).

The opinions expressed in this article are the Author’s only and do not necessarily reflect the position of the International Labour Office.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 68-79, Mai-Ago/2018

German workers have worked for companies in the gig-economy (Huws and Joice, 2016a; Huws and Joice, 2016b). The growth of these forms of work is also clearly recognisable in the United States (Hathaway and Muro, 2016; Smith and Leberstein, 2015).

These forms of work, of course, present some major differences among each other, the more obvious being that the first is chiefly executed online and principally allows platform, clients and workers to operate anywhere in the world, whilst the latter only matches online supply and demand of activities that are later executed locally. Nonetheless, various arguments also exist to treat them jointly.

Despite the many dissimilarities that exist between the two, in fact, these forms of work share several features that make a common analysis opportune. First and foremost, they are both enabled by IT and make use of the internet to match demand and supply of work and services at an extremely high speed. This, in general, allows minimising transaction costs and reducing frictions on markets. As such, these work practices show the potential of resettling the boundaries of enterprises and challenging the current paradigm of the firm and of granting a level of flexibility unheard in the past for the businesses involved (Cherry, 2016; Finkin, 2016). Workers are provided “just-in-time” and compensated on a “pay-as-you-go” basis; in practice they are only paid during the moments they actually work for a client, paving the way to a sheer commodification of labour (De Stefano, 2016d).

A fundamental risk, indeed, is that these activities are not even recognised as work. Indeed, they are often designated as “gigs”, “tasks”, “favours”, “services”, “rides” etc. The terms “work” or “workers” are very scarcely used in this context, and the very same catchphrase “gig-economy” epitomizes this, as the term is often used to indicate a sort of parallel dimension in which labour protection and employment regulation are assumed not to apply by default. To give an example, when the bikers of Foodora, a food delivery service, went on strike in Italy, the managers of the company stated that working for Foodora is only a means of earning some pin money “for those who like to ride the bike” rather than a real job (Coccorese, 2016). Another convenient rhetoric is to present these workers as a sort of individual small business or micro-entrepreneurs, falling by definition beyond the scope of social protection. Whilst this could in theory be true for some of the persons involved in platform work, this is by no means a common, let alone universal, condition in the gig-economy (Berg, 2016; Huws and Joice, 2016a). A powerful rebuttal of this rhetoric can indeed be found in the landmark UK judgement that found

two Uber drivers to be “workers” under UK law.² The Tribunal, indeed, dismissed as “*faintly ridiculous*” the notion that “*Uber in London is a mosaic of 30,000 small businesses linked by a common ‘platform’*”. Nor, according to the Tribunal, does the company merely assist the drivers “*to ‘grow’ their businesses*”, since “*no driver is in a position to do anything of the kind, unless growing his business simply means spending more hours at the wheel*”. As it will be discussed below, The Tribunal went on describing the many factual circumstances under which, in its opinion, Uber drivers must be regarded as workers. Notably, many of these circumstances were also considered in the case *O’Connor v Uber* by the District Court, Northern District of California.³

Therefore, to promote labour protection in the gig-economy, the first thing that is needed is a strong advocacy to have jobs in this sector fully recognised as work. This is an essential step to counter the strong risk of commodification that these practices entail.

Secondly, the gig-economy should not be conceived as a separate silo in the economy. The strong links of the gig-economy with broader trends in labour markets such as casualization of work, demutualisation of risks and informalisation of the formal economy should not be overlooked, to designate comprehensive solutions to labour problems in modern and future labour markets. In this respect, it is essential to consider how many important dimensions of work in the gig-economy share similar attributes with other non-standard forms of employment (De Stefano, 2016a; De Stefano, 2016b). Recognising these similarities helps to avoid unnecessary subdivisions in labour discourses and allows including work in the gig-economy into policies and strategies aimed at improving protection and better regulation of non-standard work, both in general and when addressing specific work arrangements such as casual work or disguised employment relationships (ILO, 2016).

This will also be pivotal in avoiding hastened legislative responses such as creating specific categories of employment to classify workers in the gig-economy (for a criticism to this approach, see Cherry and Aloisi, 2016) or weakening existing regulation to allegedly better the prospect of developments of businesses in this sector. It should also be noted that basic concepts of employment regulation such as control are not alien to the gig-economy and some existing regulation seems to be compatible with forms of work in this sector (Sachs, 2016; Rogers, 2016; De Stefano, 2016a). For instance, it is true that platform drivers are under no

² Employment Tribunal, *Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others v Uber*, Case Numbers: 2202551/2015 & Others, 28 October 2016. For a rebuttal of the “convenient rhetoric of pin money”, see, instead, Berg, 2016.

³ United States District Court, Northern District of California, *O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc., et al.*, Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015, Document 251.

obligation to show up for work: this is a feature shared by the majority of work arrangements in the gig-economy. Nonetheless, when drivers, and workers in general, accede to platforms or apps and take jobs channelled therein they accept to abide by the policies and instructions unilaterally set by the platforms and apps. From the decisions currently available, it emerges for instance that Lyft drivers are instructed to, among other things, “*be the only non-passenger in the car*”, “*keep [the] car clean on the inside and outside*”, “*go above and beyond good service such as helping passengers with luggage or holding an umbrella for passengers when it is raining*”, “*greet every passenger with a big smile and a fist bump*”:⁴ all this while driving their own car and supposedly being independent contractors. Uber drivers must pass a background check and “city knowledge exam” before being hired. Background checks are also carried out by Lyft and other apps such as Taskrabbit, Wonolo and Handy.⁵ As to the ability to accept or reject tasks, whilst, in one of the cases tried about Uber, it is reported that the service agreement provided that a driver “*shall be entitled to accept, reject and select*” among the rides offered by the app and “*shall have no obligation to accept*” any ride,⁶ in other decisions it is reported that an Uber Driver Handbook states “*We expect on-duty drivers to accept all [ride] requests*” and that the company will “*follow-up with all drivers that are rejecting trips.*”⁷ Handy, another work-on demand app, has instead been reported to provide suggestions “*about how to listen to music (only with headphones, with permission from the customer) and go to the bathroom (discreetly)*” whilst cleaning at the customer’s home (Kessler, 2015a). The Employment Tribunal in London found that, besides fixing the fare, Uber “*sets the (default) route and the driver departs from it at his peril*” and “*imposes numerous conditions on drivers (such as the limited choice of acceptable vehicles)*” as well as “*instructs drivers as to how to do their work and, in numerous ways, controls them in the performance of their duties*”.⁸

All these practices and policies, therefore, seem to contradict the idea that control is never exerted on the work performance. This is all the more true since platforms and apps can also constantly monitor this performance by means of the rates and reviews provided by customers (Dzieza, 2015; Sachs, 2015). Indeed, they also communicate to workers that they can be deactivated unless they do not maintain a certain satisfaction rate, which can indeed be

⁴ United States District Court, Northern District of California, *Cotter et al. v. Lyft Inc.*, Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015, Document 94.

⁵ TaskRabbit, Terms of Service, available at <https://www.taskrabbit.com/terms> (accessed 14 November 2016); Wonolo Terms of Service, 9 May 2016, available at <http://wonolo.com/terms/> (accessed 14 November 2016). Handy, Terms of Use, available at <https://www.handy.com/terms> (accessed 14 November 2016)

⁶ Labor Commissioner of the State of California, *Berwick v. Uber Technologies, Inc.*, 3 June 2015.

⁷ *O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc., et al.*, Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement (n. 3).

⁸ *Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others v Uber* (n. 2).

very high. Nor do companies just retain the theoretical right to do so: according to the District Court, “*Uber regularly terminates the account of those drivers who do not perform up to Uber’s standards*”.⁹ As observed by the UK Tribunal, “*Uber subjects drivers through the rating system to what amounts to a performance management/disciplinary procedure*”,¹⁰ thus exerting some of the crucial prerogatives normally reserved to employers (Prassl and Risak, 2016).

In the case of crowdwork, as already mentioned, rejection of a work by a client in a platform may determine a dramatic loss in one’s ratings, which would prevent acceding to the most remunerable jobs reserved only to those workers with the highest rates. This system allows to automatically disciplining performance that is poor or perceived to be as such and can therefore also amount to a way of exerting control. In addition, control can be exerted by allotting a fixed amount of time for a specific task or set of tasks and by monitoring systems that are peculiar to virtual work, such as taking screenshots of workers’ monitors. It has been argued that “*this often results in determination of work that is so pronounced that it equals “classical” personal dependency necessary for an employment relationship*” (Risak and Warter, 2015, 8). On the basis of what was highlighted above, this observation can indeed be extended to other work arrangements in the gig-economy.

Efforts should also be made to adapt protection to the modern reality of labour markets: for instance, a presumption of employment status could be introduced when a contract of personal service is in place or other indicators are present or a more flexible definition of “control” and “employment” could be envisaged to take into account new realities of work management. For instance, the ILO Reports that in a vast number of countries, lawmaker and courts adopted other tests based on the “economic reality” of the relationship that go beyond the mere exercise of the power to control the working activity and also look at the economic dependence of the worker upon the employer (ILO, 2016; Countouris, 2011). In the United States, for instance, the Department of Labor clarified how following the definition of employment under the Fair Labour Standards Act, the criteria that should be taken into account in determining whether a person should be regarded as an employee under the Act and therefore be entitled to minimum wage and working hour protection are based on a “multi-factor ‘economic realities’ test”. These factors typically include: “(A) *the extent to which the work performed is an integral part of the employer’s business*; (B) *the worker’s opportunity for profit or loss depending on his or her managerial skill*; (C) *the extent of the relative investments of*

⁹ *O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc., et al.*, Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement (n. 3).

¹⁰ *Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others v Uber* (n. 2).

the employer and the worker; (D) whether the work performed requires special skills and initiative; (E) the permanency of the relationship; and (F) the degree of control exercised or retained by the employer” (US DoL, 2015).

In Italy, instead, the Supreme Court found in several cases that the legal test of “subordination”, broadly corresponding to the concept of control in common law, was also met when the employer did not continuously micromanage the worker, when the nature of the activity did not require this for the employer to maintain overall control over the working activity or organization. This does not only happen in civil law jurisdictions. The State of California Department of Industrial Relations observes that: “[e]ven where there is an absence of control over work details, an employer–employee relationship will be found if (1) the principal retains pervasive control over the operation as a whole, (2) the worker’s duties are an integral part of the operation, and (3) the nature of the work makes detailed control unnecessary” (ILO, 2016). In this respect, also the Committee on Employment and Social Affairs of the European Parliament has very recently called, “for work intermediated by digital platforms”, a “definition of employment that is less dependent on full cumulation of the relevant criteria”.¹¹

Nor should it be taken for granted that work in the gig-economy is incompatible with recognising the relevant workers as employees: some companies, such as Alfred, Instacart, Munchery, have indeed already spontaneously reclassified their workers as employees (Smith and Leberstein, 2015).

Measures should also be taken to ensure transparency in ratings and, above all, fairness in business decisions such as deactivation of profiles or changes of terms and conditions of use and payment of workers and to reduce the idiosyncratic character of one of the most important “capitals” in the gig- economy: reputation. Allowing the “portability” of workers’ existing good ratings from one platform to another would reduce the dependency of workers upon single platforms: resistance to this development would indeed be inconsistent with the purported role of platforms as facilitators rather than traditional employers. Most importantly, and this is as important for the gig-economy as for any other section of the labour market, some protection should be considered universal and be provided regardless of the employment status.

¹¹ European Parliament, Committee on Employment and Social Affairs, *Draft Report on A European Pillar of Social Rights* (2016/2095(INI)), 13 September 2016, available at: <http://www.europarl.europa.eu/sid/es/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-589.146%2B02%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FEN> (accessed 14 November 2016)

This is the certainly the case for fundamental labour rights: no worker should be denied access to basic human rights such as freedom of association and the right to collective bargaining, freedom from forced and child labour and the right not to be discriminated; in addition, other protection of basic needs should be afforded to all workers, such as OSH measures (see Huws, 2015, for a discussion of OSH risks in crowdwork). This would already render the protective gap between employment and self-employment less dramatic. For instance, France recently introduced a specific regulation of platform-based work in its Labour Code. It provides self-employed workers with the right to accede social security as well with the rights to establish and join trade unions and to undertake collective action.¹²

Indeed, the role of workers' and employers' organisations and social dialogue will be fundamental in the governance of the gig-economy. Several forms of organisation are already a reality in this sector, both for crowdwork – with platforms that try to connect workers online and make them cooperate, for instance by reducing information asymmetries vis-à-vis platforms and clients (Silberman and Irani, 2016; Salehi et al., 2015) – and for workers executing activities in the “real” world (Said, 2016). These organisations can be either grassroots or promoted by existing actors, also on a sector level, and – most interestingly – in some cases new realities cooperate with more traditional and structured actors to organise workers in the gig-economy (IRU, 2015; Kessler, 2015b). An example of cooperation is the platform FairCrowdWork that was created by the German labour union IG Metall, which is now also collaborating with some of the creators of the Turkopticon, a platform gathering workers on the Amazon Mechanical Turk.¹³ This project is now further being developed jointly by the IG Metall and the Swedish *Unionen*. Moreover, both these unions together with several other European and North American workers' organisations recently issued the *Frankfurt Paper*, the first transnational joint statement on platform based work, calling for “transnational multi-stakeholder cooperation to ensure fair working conditions in digital labor platforms”.¹⁴

In the UK, the GMB union was actively involved in the litigation on Uber whereas the IWGB is seeking to organise Deliveroo workers, who went on strike in London last summer (Woodcock, 2016). Very importantly, also employers' associations are engaging in the debate on the digital economy (see BDA, 2015; IOE, 2016; see also McKinsey Global Institute, 2015). Recognizing in full the human character of activities in the gig-economy and their nature as work is fundamental to support these organisations, also by removing legal barriers, where

¹² Articles L. 7341-1 – L. 7342-6, *Code du Travail*, France.

¹³ <http://www.faircrowdwork.org/en> (accessed 9 January 2017).

¹⁴ <http://crowdwork-igmetall.de/> (accessed 9 January 2017).

existing, such as those that may arise from antitrust laws, that affect self-employed workers much beyond the gig-economy (De Stefano, 2016c). In this respect, for instance, the Seattle City Council approved an ordinance allowing drivers for car-hailing apps to form unions, in December 2015 (Wingfield and Isaac, 2015). This ordinance that was almost immediately challenged under antitrust regulation (De Pillis, 2016), proving all the more urgent an intervention aimed at sustaining self-organisation of workers and employers in this field. Making collective organisations of workers immune from antitrust law would be in line with the founding principles of the International Labour Organisation, and in particular with the idea that “labour is not a commodity”. This is a principle enshrined in the Declaration of Philadelphia and notably deriving from the US Clayton Antitrust Act of 1914, the first legislative instrument establishing that “*the labor of a human being is not a commodity or article of commerce*” with the specific purpose of clarifying that union activities could not be regarded as combinations in breach of antitrust laws (De Stefano, 2016d).

Self-organisation will enhance the opportunities of workers being made aware of their rights; it will thus be fundamental to support activities aimed at reaching the vastest number of workers possible with campaigns also oriented at workers in developing countries. Besides participating in the organisation of workers, the role of established unions and employees’ representative bodies could also concentrate on how to use existing instruments with regard to work in the gig-economy. An example would be to exercise codetermination and information and consultation rights, where present, with regard to the decisions of outsourcing activities via crowdwork or other forms of work on demand (Klebe and Neugebauer, 2014). Social partners could also be involved in the creation, support and spread of codes of conduct addressing issues of labour protection in the gig-economy: an existing example in this respect is a Code of Conduct concerning paid crowdsourcing, already signed by 3 crowdwork platforms in Germany and supported by the German Crowdsourcing Association. All this will be fundamental to make sure that workers have a real voice in the future developments of the gig-economy and of the world of work at large. Calls for self-regulation in this context (Cohen and Sundararajan, 2014) are worth exploring but the fundamental voice of workers must not be overlooked and self-regulation cannot be unilaterally set by businesses or aimed at satisfying only the “consumer” part of the stakeholders. As already mentioned, the challenges the gig-economy poses to the world of work are enormous: simplistic and hastened responses aimed at deregulation and shrinking workers’ protection must be avoided if opportunities stemming from the gig-economy and future technology-enabled developments in the economy are to be seized for everyone.

REFERENCES

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Confederation of German Employers' Associations (BDA). 2015. Seize the opportunities of digitisation. BDA position on the digitisation of business and the working world, May 2015.

Berg, J. 2016. "Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers", in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, No. 3, pp. 543–576.

Cherry, M. 2016. "Beyond misclassification: The digital transformation of work", in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, No. 3, pp. 577 – 602.

Cherry, M.; Aloisi, A. 2016. "'Dependent Contractors' in the Gig Economy: A Comparative Approach", in Saint Louis U. Legal Studies Research Paper, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847869

Coccorese, P. 2016. "Protestano i lavoratori di Foodora: "Siamo sottopagati, non fate più ordinazioni", in *La Stampa*, 8 October 2016, available at <http://www.lastampa.it/2016/10/08/cronaca/protestano-i-lavoratori-di-foodora-siamo-sottopagati-non-fate-pi-ordinazioni-ClIj9br7sqQFXwPXnqgiDM/pagina.html>

Cohen, M.; Sundararajan, A. 2014. "Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy", in *The University of Chicago Law Review Dialogue*, Vol. 82, pp. 116-133.

Countouris, N. 2011. "The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches" in Casale, G. (ed.) 2011. *The Employment Relationship – A Comparative Overview* (Geneva, ILO).

De Pillis, L. 2016. Big business takes up Uber's fight in Seattle, seeing a broader threat, in *The Washington Post*, 5 March 2016, available at <https://www.washingtonpost.com/news/work/wp/2016/03/05/big-business-takes-up-ubers-fight-in-seattle-seeing-a-broader-threat/>

De Stefano, V. 2016a. "The rise of the 'just-in-time workforce': On-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig-economy'", ILO Conditions of Work and Employment Series Working Paper No. 71 (Geneva, ILO).

De Stefano, V. 2016b. "Casual work beyond casual work in the EU: The underground casualization of the European workforce - and what to do about it", in *European Labour Law Journal*, Vol. 7, No. 3, pp. 421–441.

De Stefano, V. 2016c. "Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: a Human-Rights Based Approach", in *Industrial Law Journal* (forthcoming).

De Stefano, V. 2016d "'Labour is not a technology' – The On-Demand Economy and the Declaration of Philadelphia, Today", presentation at the International Technical Seminar on Decent Work in the On-Demand Economy, 22-23 September, 2016 Geneva, ILO Headquarters available at <https://www.dropbox.com/s/xmq7mqytr9pj8xy/Presentation%20KLI.pptx?dl=0>

Dzieza, J. 2015. “The rating game. How Uber and its peers turned us into horrible bosses”, in *The Verge*, 28 October 2015, available at <http://www.theverge.com/2015/10/28/9625968/rating-system-on-demand-economy-uber-olive-garden>.

Finkin, M. 2016. “Beclouded work, beclouded workers in historical perspective”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, No. 3, pp. 603-618.

Howe, J. 2006. “The Rise of Crowdsourcing”, in *Wired Magazine*, Issue 14.06, June 2006, available at <http://www.wired.com/2006/06/crowds/>.

Huws, U. 2015. Online labour exchanges or 'crowdsourcing': Implications for occupational safety and health (Bilbao, EU-OSHA).

Huws, U. and Joyce, S. (2016). Crowd Working Survey: Size of the UK's "Gig Economy" revealed for the first time, available at <http://www.feps-europe.eu/assets/a82bcd12-fb97-43a6-9346-24242695a183/crowd-working-survey.pdf>

Huws, U. and Joyce, S. (2016). Crowd Working Survey: Size of Germany's "Gig Economy" revealed for the first time, available at http://www.uni-europa.org/wp-content/uploads/2016/11/crowd_working_survey_Germany.pdf

International Labour Office (ILO). 2016. Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects (Geneva, ILO).

International Organisation of Employers. 2016. Understanding the Future of Work (Geneva, IOE) available at <http://www.ioe-emp.org/policy-areas/future-of-work/>

International Road Transport Union (IRU). 2015. Global Taxi Network (GTN) available at https://www.iru.org/en_global_taxi_network

Irani, L. (2015). “Justice for ‘Data Janitors’”, in *Public Books*, 15 January 2015, available at <http://www.publicbooks.org/nonfiction/justice-for-data-janitors>

Kessler, S. 2015a. “The gig-economy won't last because it's being sued to death”, in *Fast Company*, 17 February 2015, available at <http://www.fastcompany.com/3042248/the-gig-economy-wont-last-because-its-being-sued-to-death>

Kessler, S. 2015b. “The Domestic Workers Alliance Creates New Framework For Improving Gig-economy Jobs”, in *Fast Company*, undated, available at <http://www.fastcompany.com/3051899/the-domestic-workers-alliance-creates-new-framework-for-improving-gig-economy-jobs>

Kittur, A. et al. 2013. “The Future of Crowd Work”, paper presented at 16th ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work (CSCW 2013), San Antonio, Texas, 23-27 February 2013, available at <http://hci.stanford.edu/publications/2013/CrowdWork/futureofcrowdwork-cscw2013.pdf>

Klebe, T.; Neugebauer, J. 2014. “Crowdsourcing: Für eine handvoll Dollar oder Workers of the crowd unite?” in *Arbeit und Recht* (1), S. 4–7.

Kuek, S.C.; Paradi-Guilford, C.M.; Fayomi, T.; Imaizumi, S.; Ipeirotis, P. 2015. The global opportunities in online outsourcing (Washington, DC, The World Bank).

Leimeister, J.M.; Durward, D. 2015. “New Forms of Employment And IT – Crowdsourcing”, paper presented at the IV Regulating for Decent Work Conference, ILO, Geneva, 8-10 July 2015, available at <http://www.rdw2015.org/download>.

McKinsey Global Institute. 2015. A Labour Market that Works. Connecting talent with opportunity in the digital age (San Francisco, McKinsey Global Institute).

Prassl, J.; Risak, M. 2016. “Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, No. 3, pp. 1–30.

Risak M.; Warter, J. 2015. “Legal strategies towards fair conditions in the virtual sweatshop”, paper presented at the IV Regulating for Decent Work Conference, ILO, Geneva, 8-10 July 2015, available at <http://www.rdw2015.org/download>

Rogers, B. 2016. “Redefining Employment for the Modern Economy”, American Constitution Society for Law and Policy Issue Brief, October 2016, available at: https://www.acslaw.org/sites/default/files/Redefining_Employment_for_the_Modern_Economy.pdf

Said, C. 2016. “Uber, Lyft drivers push to unionize”, in SFGate, 17 June 2016, available at <http://www.sfchronicle.com/business/article/Uber-Lyft-drivers-push-to-unionize-8266249.php>.

Sachs, B. 2015. “Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control”, in *On Labor*, 20 May 2015, available at <http://onlabor.org/2015/05/20/uber-and-lyft-customer-reviews-and-the-right-to-control/>.

Sachs, B. 2016. What the UK Decision Implies for Uber Drivers in the U.S., in *On Labor*, 28 October 2016, available at: <https://onlabor.org/2016/10/28/what-the-uk-decision-implies-for-uber-drivers-in-the-u-s/>

Salehi, N. et al. 2015, “We Are Dynamo: Overcoming Stalling and Friction in Collective Action for Crowd Workers”, paper presented at the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems, Seoul, 18-23 April 2015, available at <http://hci.stanford.edu/publications/2015/dynamo/DynamoCHI2015.pdf>

Silberman, S.; Irani, L. 2016. “Operating an employer reputation system: Lessons from Turkopticon, 2008-2015”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 37, No. 3, pp. 1–36.

Smith, R.; Leberstein, S. 2015. Rights on Demand: Ensuring Workplace Standards and Worker Security In the On-Demand Economy (New York, National Employment Law Project).

Sundarajan, A. 2016. The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism (Cambridge, MT: MIT Press)

United States Department of Labour (US DoL), Wage and Hour Division. 2015. The Application of the Fair Labor Standards Act's "Suffer or Permit" Standard in the Identification of Employees Who Are Misclassified as Independent Contractors, Administrator's Interpretation No. 2015-1, issued by Admin. David Weil (15 July), Washington D.C.

Woodcock, J. 2016. "Deliveroo and UberEATS: organising in the gig economy in the UK", in Conessioni Precarie, available at: <http://www.conessioniprecarie.org/2016/11/11/deliveroo-and-ubereats-organising-in-the-gig-economy-in-the-uk/>

LA INCIDENCIA DEL TLC CON EE. UU. EN LA NORMATIVIDAD DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA

THE INCIDENCE OF INTERNATIONAL TRADE IN THE REGULATIONS OF THE COOPERATIVES DE TRABAJO ASOCIADO IN COLOMBIA

Katerine Bermúdez Alarcón¹

RESUMEN: Colombia, debido a la necesidad de contar con un tratado de libre comercio con Estados Unidos, realizó de manera paulatina algunas reformas a su legislación laboral, con miras a lograr la ratificación del TLC por parte del Congreso de este país. Dentro de dichas reformas, uno de los asuntos que más trabajó el Estado colombiano fue lo relacionado con las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), las cuales en la práctica venían utilizándose indebidamente para permitir la contratación indirecta de trabajadores y ocultar al verdadero empleador, por lo cual, las reformas se encaminaron a limitar su marco de acción, sancionar a quienes incurrieran en estas conductas y promover la formalización laboral a través de la condonación de multas a cambio de una contratación directa del trabajador, sin que esto por sí solo haya logrado una solución de fondo al problema de la subcontratación viciosa para hacer fraude al contrato de trabajo y a las garantías de los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Libre comercio. Contratación indirecta. Cooperativas de Trabajo Asociado. Reglamentación del Ejecutivo.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. La legalidad de la contratación indirecta en Colombia. 3. La situación particular de las CTA. 4. La reforma hecha a la legislación sobre las CTA mediante el Decreto 2025 de 2011. 5. Nulidad de varias disposiciones del Decreto 2025 de 2011. 6. Epílogo. 7. Bibliografía.

ABSTRACT: Colombia, due to the need to have a free trade agreement with the United States, gradually made some reforms to its labor legislation, in order to achieve the ratification of the FTA by the Congress of this country. Within these reforms, one of the most relevant issues for the Colombian State, was related to the Cooperatives of Associated Work (CTA), which in practice had been used improperly to allow the indirect hiring of workers and hide the true employer, for which, the reforms were directed to limit its framework of action, punish those who incurred in these behaviors and promote formalization of labor contracts through the forgiveness of fines in exchange for a direct hiring of the worker, without this was not enough to achieve a decision on the substance of the problem of the vicious subcontracting to make fraud to the work contract and to the guarantees of the workers.

KEYWORDS: Free trade. Indirect contracting. Cooperatives of Associated Work. Regulation of the Executive.

SUMMARY: 1. Background. 2. The legality of indirect hiring in Colombia. 3. The particular situation of CTAs. 4. The reform made to the legislation on CTAs through Decree 2025 of 2011. 5. Nullity of several provisions of Decree 2025 of 2011. 6. Epilogue. 7. Bibliography.

Artigo recebido em 25/04/2018.

Artigo aprovado em 09/10/2018 e 18/10/2018.

¹ Abogada. Especialista en Derecho del Trabajo y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesora de Derecho del Trabajo de la misma Universidad. Directora del Centro de Investigaciones Laborales del Departamento de Derecho Laboral de la misma Universidad.

RDRST, Brasília, Volume IV, n.02, 2018, p 80-98, Mai-Ago/2018



1 ANTECEDENTES

Con el Andean Trade Preference Act – ATPA- de 1991, enmendado por el Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act – APTDEA- de 2002, Colombia venía recibiendo desde 1991 unas preferencias arancelarias por parte de su principal socio comercial, los EE. UU., que le permitían exportar al mercado de ese país, más de 6000 partidas de productos colombianos sin pagar arancel².

A raíz de los cambios en la política comercial de los EE. UU., con la llegada al gobierno de George W. Bush, este país le anunció a Colombia que empezaría a promover la suscripción de tratados de libre comercio con varios países, entre ellos los Andinos y las preferencias arancelarias que se les venían dando a través del APTDEA, finalizarían a finales de 2006³.

Ante ese escenario, Colombia inició la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos⁴ en 2004, con el objetivo de permitirles a los empresarios colombianos conservar las ventajas arancelarias que estaban en riesgo de perderse, así como ampliar el número de partidas con que se contaba y con ello, las exportaciones a ese país, para así crecer en un punto anual en la economía del país y reducir en dos puntos en la tasa de desempleo, en un período de cinco años⁵.

Pocos imaginaban que la negociación del TLC entre los dos países fuese a tener tantas dificultades para ser aprobado y mucho menos que esas dificultades tuvieran que ver con los asuntos laborales de Colombia. De hecho el tratado se firmó el 22 de noviembre de 2006, tuvo una modificación por unas exigencias de EE. UU. en junio de 2007, fue ratificado por EE. UU.

² SICE. Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, resumen, p. 5 consultado en http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/Studies/COLResumen_s.pdf

³ PROCOLOMBIA. Aptdea, disponible en <http://tlc-eeuu.procolombia.co/abc-del-tlc/atpdea>

⁴ Estas negociaciones eran en conjunto con Perú y Ecuador, y Bolivia participaba en calidad de observador y cada país tendría su propio TLC con EE. UU. Ecuador se retiró en 2006 y no siguió negociando, Bolivia fue excluida del acuerdo porque EE. UU. consideró que no había cumplido sus compromisos en la lucha contra el narcotráfico y Perú firmó el tratado en 2006 y entró en vigencia y fue implementado en febrero de 2009.

⁵ MINISTERIO DE COMERCIO. Exportaciones, empleo y PIB, mayores crecimientos en TLC con Estados Unidos, 8 de abril de 2011, consultado en http://www.mincit.gov.co/publicaciones/18038/exportaciones_empleo_y_pib_mayores_crecimientos_en_tlc_con_estados_unidos.

en octubre de 2011 y entró en vigencia en mayo de 2012⁶, tiempo durante el cual, la vigencia del APTDEA se amplió en seis oportunidades.

Las razones laborales por las cuales los demócratas del Congreso de los EE. UU. se opusieron durante varios años a la ratificación del tratado tenían que ver con la violación de derechos humanos de los líderes sociales, entre ellos los sindicalistas, los mecanismos de contratación de personal que desincentivaban la afiliación a sindicatos, particularmente las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), la ineficacia de varias normas laborales y la debilidad del sistema de inspección del trabajo, entre otros asuntos⁷, de los cuales este artículo hará referencia al segundo, pues durante el proceso de negociación del tratado se hicieron varias reformas a la legislación relacionada con las cooperativas de trabajo asociado, que aportaron a la ratificación, pero hoy se evidencian retrocesos, como se explica más adelante.

Para explicar esta situación, este artículo empieza por mencionar las formas legales que permiten la contratación de trabajadores de manera indirecta, luego se hace referencia a una en particular, las Cooperativas de Trabajo Asociado que fueron las más cuestionadas en los últimos años y sobre las que exigió EE. UU. a Colombia que se les hiciera más control, por esto a continuación se expone la reglamentación que hizo el Gobierno colombiano para limitar su uso ilícito como parte de los compromisos del Plan de Acción Laboral para lograr la ratificación del TLC y por último, se menciona lo que sucedió con esa reglamentación cuando se revisó su legalidad por parte del órgano judicial competente.

2 LA LEGALIDAD DE LA CONTRATACIÓN INDIRECTA EN COLOMBIA

En Colombia hay varias figuras legales que permiten la contratación indirecta de trabajadores, entendiendo esta como aquella contratación que hace una empresa para que otra empresa u otra persona le preste un servicio, le produzca bienes o incluso le provea mano de obra y a las cuales, la doctrina también identifica con el término subcontratación⁸.

⁶ http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/COL_USA_s.ASP.

⁷ BERMÚDEZ A. Katerine y otros. *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales, capítulos laborales en los TLC suscritos por EE. UU. con Colombia y con Perú*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 210-211.

⁸ SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, REYNOSO CASTILLO, Carlos y PALLI, Bárbara. *La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p.7

Esas figuras se encuentran en distintas fuentes normativas y a fin de contextualizar sobre su alcance, en la tabla a continuación se indica lo relevante de cada una de ellas:

Figura y fuente legal	Concepto
<i>Contratista independiente</i> Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo	Corresponde a aquellas personas naturales o jurídicas que prestan un servicio, ejecutan una obra o producen un bien con sus propios recursos, entre ellos sus trabajadores, actúan con autonomía técnica, directiva y administrativa y asumen los riesgos de su actividad. En la práctica estas figuras se conocen como un típico outsourcing.
<i>Contrato sindical</i> ⁹ Artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo	Es una forma de contratación colectiva, mediante la cual el sindicato contrata con un empleador la ejecución de obras o la prestación de servicios a través de sus propios afiliados, lo cual es bastante particular, pues la reglamentación de la figura ha referido a que los trabajadores no tienen un contrato de trabajo ni con el sindicato ni con el empleador, estos trabajadores simplemente ostentan la calidad de afiliados y se rigen por el reglamento que la asamblea del sindicato dicte cada vez que se obtiene un contrato sindical
<i>Empresas de</i>	Suministran personal en misión a empresas usuarias, para que adelanten

⁹ Esta figura ha sido cuestionada por la doctrina y los mismos trabajadores en la medida que no se dan las garantías del contrato de trabajo y en la forma en que se prestan los servicios puede haber una verdadera subordinación entre el trabajador y el sindicato o incluso entre el trabajador y el empleador que contrató al sindicato. En el informe de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia – CUT- a la 106ª Conferencia de la OIT, enviado el 5 de junio de 2017 al Director General de la OIT, esta confederación sindical manifestó: “En Colombia se permite el Contrato Sindical, para la prestación de servicios de personal (tercerización) por medio de organizaciones sindicales, para los trabajadores que laboran mediante esta figura no es posible el derecho a la negociación colectiva porque con la empresa que prestan sus servicios no tienen vínculo alguno de forma tal que no pueden adelantar con ésta conflicto colectivo y, con el sindicato que intermedia su labor, no tienen vinculación laboral sino una supuesta afiliación sindical, así que tampoco pueden adelantar con éste una negociación colectiva”. <https://cut.org.co/informe-general-a-la-106-conferencia-oit-de-la-situacion-de-derechos-laborales-en-colombia/>

<p><i>servicios temporales</i></p> <p>Artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y artículo 2 del Decreto 4369 de 2006</p>	<p>labores temporales. Son verdaderos empleadores, aunque delegan en la empresa usuaria la subordinación sobre el trabajador en misión. Este tipo de servicios solo lo pueden ofrecer empresas autorizadas para ello por el Ministerio del Trabajo. La duración del vínculo del trabajador en misión no puede ser superior a un año, después de este tiempo la usuaria no puede contratar ese mismo servicio con la misma u otras empresas de servicios temporales.</p>
<p><i>Simple intermediario</i></p> <p>Artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo, artículo 95 de la Ley 50 de 1990 y artículo 32 del Decreto 722 de 2003</p>	<p>La norma lo concibe bajo dos ópticas. La primera, es la labor de intermediación de empleo, es decir, la contratación de trabajadores en beneficio y por cuenta de un patrono, con quien se suscribe el contrato de trabajo.</p> <p>La segunda óptica obedece a la consecuencia de contratar de manera indirecta para ocultar un contrato de trabajo realidad, en ese caso, lo que prevé el Código Sustantivo del Trabajo, es que se consideran simples intermediarios, así aparezcan como empresarios, las personas que coordinan o agrupan los servicios de trabajadores para trabajar a favor de un empleador con sus equipos, maquinarias, en sus locales y en actividades que son ordinarias, inherentes o conexas del mismo.</p>
<p><i>Cooperativas de trabajo</i></p> <p>Artículos 59 y 70 de la Ley 79 de 1988 y artículo 4588 de 2006</p>	<p>Son entidades del sector solidario, sin ánimo de lucro, en las cuales se asocian personas que aportan económicamente, también son trabajadores y gestores de la empresa, ellas vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. Su objetivo es generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno.</p>

Estas figuras han operado en el ordenamiento laboral colombiano en función de lo que requieren quienes las contratan y en algunas oportunidades han servido para disfrazar verdaderas relaciones de trabajo directas, ante lo cual, el trabajador afectado puede acudir a la jurisdicción

laboral para que se declare quién es su verdadero empleador y reclamar los derechos que este le haya vulnerado.

De estas figuras, la CTA tuvo un auge exponencial desde inicios de este siglo, pasando de 37.048 asociados en 572 CTA en 2000, a 378.933 asociados en 2.982 CTA en 2005 y a 610.526 afiliados en 4.307 CTA en 2010¹⁰, lo cual generó suspicacias sobre la verdadera vocación de asociatividad de los trabajadores y las razones por las cuáles se estaba contratando a través de ellas servicios, obras o producción de bienes.

3 LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LAS CTA

El argumento que se dio para explicar el auge de las CTA fue que estas eran tablas de salvación para las empresas que estaban cercanas a un cierre, pues permitían continuar con fuentes de empleo estable y con los beneficios tributarios propios de las entidades del sector cooperativo¹¹.

Sin embargo, esta no era una opinión unánime, pues en la práctica se evidenciaba que estas se constituían para organizar mano de obra subordinada de una empresa cambiando el vínculo de empresa-asalariado a cliente-asociado, sin variaciones de orden productivo, organizacional o jerárquico, en tanto estos trabajadores no tenían vocación de autogestión o autogobierno, no eran dueños de los medios de producción, no adherían voluntariamente a las CTA y ni siquiera sabían qué derechos tenían como asociados; además, los sindicatos y los trabajadores denunciaban que esta figura servía para dificultar la acción sindical, disminuir los costos laborales¹² y flexibilizar los despidos de los trabajadores.

El auge de las CTA coincide con el período de negociación del TLC entre Colombia y los Estados Unidos, en los dos períodos presidenciales de Álvaro Uribe y el primero de Juan Manuel Santos, tiempo en el que los sindicatos colombianos denunciaron ante la OIT que los empresarios

¹⁰ CONFECOOP. Desempeño sector cooperativo colombiano, años 2000, 2005 y 2010, consultados en <http://confecoop.coop/informes-anuales/informes-anuales/>.

¹¹ ARENAS GALLEGO, Eraclio, PIEDRAHITA VARGAS, Camilo y PLATA LÓPEZ, Juan Miguel. “Marco Jurídico de las Cooperativas de Trabajo Asociado” en Opinión Jurídica, Vol. 6, No. 11, enero-junio de 2007, Medellín, Universidad de Medellín, p. 35.

¹² OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia, Boletín No. 10, diciembre de 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 17.

estaban aplicando esa figura como un mecanismo de contratación que impedía el libre derecho de asociación sindical, el derecho de presentar pliegos de peticiones y el derecho de huelga, respecto a lo cual el Gobierno colombiano respondía que sólo los empleadores y trabajadores vinculados mediante un contrato de trabajo estaban facultados para constituir sindicatos, pues “las demás personas que desarrollan actividades que no se derivan de un contrato de trabajo pueden organizarse en otra clase de asociaciones” y que los trabajadores de las cooperativas tiene su propia organización para la defensa de sus derechos que es la Confederación Nacional de Cooperativas¹³.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical le indicó al Gobierno colombiano que en virtud de lo previsto en el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, los empleadores y trabajadores sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, lo que incluye no solo al trabajador dependiente sino al independiente o autónomo, por lo que consideró que los trabajadores de las CTA podían constituir sindicatos y le pidió que tomara las medidas para modificar la legislación en este sentido¹⁴.

Los sindicatos colombianos emprendieron en asocio con la AFL-CIO una estrategia que fue muy eficaz, consistente en hacer lobby ante los congresistas del partido demócrata de los Estados Unidos para que le exigieran al Gobierno colombiano cambios en la legislación para que estas figuras no afectaran los derechos de los trabajadores. Por ello, el Gobierno inició una serie de reformas desde 2006.

En primer lugar, se profirió el Decreto 4588 de 2006 para reglamentar la organización y el funcionamiento de las CTA. Este Decreto hace explícitas varias consideraciones respecto a las CTA, que eran obvias por tratarse de entidades del sector cooperativo como, por ejemplo, que no tienen ánimo de lucro, que sus asociados son personas naturales que a la vez son gestores, aportantes económicos y de aportes de trabajo, que se constituyen para generar y mantener trabajo para sus asociados, que deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios de producción y demás medios de trabajo, que no les aplican las normas de la legislación laboral sino la legislación cooperativa y solidaria, junto con los estatutos de la CTA en cuanto a compensaciones y régimen de trabajo asociado, que la afiliación a la CTA es libre y voluntaria, y

¹³ OIT. Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración - Informe núm. 335, noviembre 2004, caso 2237, Colombia, consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907475#.

¹⁴ *Ibidem*.

que les está prohibido actuar como empresas de servicios temporales o como empresas de intermediación laboral, pues en caso que esto suceda, el contratante, la CTA y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado, entre otras.

De dicho Decreto es importante destacar este último punto, pues el Gobierno consideró que al establecer que las CTA tenían prohibido actuar como simples intermediarios o como EST, fijando solidaridad entre quienes actuaban por parte de la CTA, la CTA misma y el contratante se controlaría el problema, sin embargo, esto no tuvo mayor impacto porque en el caso de que el trabajador considerara que la CTA a la que estaba afiliado realmente lo que estaba haciendo era una intermediación laboral o un suministro de personal, debía acudir al juez laboral e iniciar un proceso laboral para que se declarara un contrato de trabajo realidad con el contratante, lo cual por sí solo no fue disuasivo para quienes burlaban la contratación directa a través de las CTA, pues sabían que muchos trabajadores prefieren no demandar mientras se les permita continuar trabajando y por ello, el número de afiliados y de CTA no se redujo a partir de dicho Decreto y por el contrario, continuaron creciendo.

En segundo término, el Gobierno decidió adelantar un proyecto de ley por el cual las cargas tributarias de las CTA fueran superiores y con ello, no tuvieran tanta ventaja competitiva frente a las empresas contratistas con ánimo de lucro, que asumían un aporte parafiscal del 9% del valor de la nómina mensual de los salarios de sus trabajadores con destino a las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje. Como consecuencia de esta iniciativa, el Congreso expidió la Ley 1233 de 2008 que estableció, además de una contribución especial consistente en que las CTA también pagarían un 9% sobre las compensaciones ordinarias y extraordinarias de sus afiliados, que estas debían pagarle como mínimo el salario mínimo a sus afiliados salvo los pagos proporcionales en función del tiempo laborado, asumir la afiliación y aportes a la seguridad social, reiteró la prohibición de hacer intermediación o suministro de personal y agregó que la potestad de disciplinar sobre los asociados a la CTA no podía estar en cabeza del contratante, pues si esto sucedía se configuraba de manera automática un contrato de trabajo realidad.

El problema de dicha ley, fue que en el Congreso durante el trámite legislativo de dicho proyecto decidieron agregar un artículo que no estaba previsto en lo que presentó el Gobierno y

consistió en una excepción al pago de la contribución especial del 9% para aquellas CTA cuya facturación anual no excediera de 435 salarios mínimos legales vigentes, es decir, si no tenían ese monto de facturación, se les exoneraba de pagar la contribución., con lo cual, la intención del Gobierno quedó anulada en la medida que lo que sucedió es que las CTA se fragmentaron para reducirse en tamaño, disminuir su facturación y no tener que pagar el 9% de la contribución especial, pero a la vez aumentaron en número de CTA para poder continuar prestando los servicios que ya tenían con sus terceros contratantes.

En los dos gobiernos de Álvaro Uribe no se logró la ratificación del TLC por el Congreso de los EE.UU. y por ello, el Gobierno de Juan Manuel Santos en el trámite de un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria para la formalización y generación de empleo, incluyó un artículo en el cual se daba un plazo de un año para que las CTA se liquidaran y disolvieran, pero en el trámite ante la plenaria del Senado¹⁵, dicho artículo fue modificado y terminó como el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que consagró:

ARTÍCULO 63. CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Esta disposición entrará en vigencia a partir del primero (1o) de julio de 2013.

El texto del artículo en general es desafortunado porque su redacción deja a la interpretación del lector lo que es una actividad misional permanente, expresión que nunca había

¹⁵ GACETA DEL CONGRESO. Proyecto de Ley 187 de 2010 Senado, 057 de 2010 Cámara, Gaceta 1119 de 22 de diciembre de 2010.

estado en una ley anterior, así como no es claro porqué exige que lo misional permanente no se contrate con CTA que hagan intermediación laboral, cuando está claro que ellas no están para hacer intermediación, entonces, queda la duda de si lo que quiso decir el primer párrafo es que si una CTA obra conforme a la ley, es decir, actúa con autonomía, autogestión, autogobierno y autodeterminación, ¿pueden ser contratadas para cumplir con el objeto misional de una empresa o entidad? O si ¿se debe entender que cuando una CTA cumple una actividad misional permanente de una empresa, es una forma de intermediación y por ello, está prohibido que hagan ese tipo de actividades?

El segundo párrafo del artículo fue demandando por inconstitucional y lo que determinó la Corte Constitucional es que sí era constitucional, pues no se partía de la mala fe de quienes contrataban con CTA sino que con la norma lo que se buscaba era evitar que se contrate a través de esta figura para hacer un fraude a la legislación laboral y garantizar a los trabajadores asociados que su retribución atienda al mínimo de condiciones que fija el Código Sustantivo del Trabajo¹⁶.

La tercera parte del artículo trajo una novedad en cuanto estableció a unas multas mucho más altas que las previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, que establecía que las sanciones que imponía la autoridad administrativa del trabajo eran hasta por 100 salarios mínimos legales vigentes y esta vez, pueden llegar hasta 5.000 salarios mínimos para las empresas o instituciones que no cumplan lo que prevé el artículo, es decir, para los terceros contratantes, mientras que para las CTA, la sanción sería su disolución y liquidación. Cabe mencionar que el Código Sustantivo del Trabajo fue reformado en el año 2013 y el valor de las multas se incrementó también hasta el tope de 5000 salarios mínimos legales vigentes¹⁷.

El párrafo transitorio, fue criticado porque era permisivo con las CTA que estuvieran violando la ley, en cuanto pese a ser intermediarias o suministradoras de mano de obra, tenían casi tres años más para seguir violando la ley antes de ajustarse a lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Sin embargo, dicho párrafo fue derogado por la Ley 1450 de 2011, a los seis meses de haberse proferido la Ley 1429 de 2010, por exigencia de los EE. UU, en el Plan de Acción Laboral, al que se hace referencia más adelante.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-645 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ En 2010 el salario mínimo en Colombia era de \$510.000 pesos, que a una tasa de cambio del dólar de \$2.027,33 por dólar, la multa de 5000 SMLMV podría ir hasta US\$1.257.812.

Es claro que el monto de las multas previsto en esta ley, junto con la causal de disolución y liquidación de la CTA, son elementos disuasivos para no burlar la contratación directa de los trabajadores y dejar de usar para ello a estas cooperativas, sin embargo, ante las interpretaciones que se generaban con el primer párrafo del artículo 63, se consideró que este artículo por sí solo no era suficiente para solucionar las malas prácticas que se venían dando en contra de los derechos de los trabajadores gracias a las CTA.

4 LA REFORMA HECHA A LA LEGISLACIÓN SOBRE LAS CTA MEDIANTE EL DECRETO 2025 DE 2011

Entonces, pese al cambio antes mencionado, el TLC seguía sin ser ratificado por el Congreso de los EE. UU., por lo cual, en abril de 2011 los Presidentes Obama y Santos suscribieron el Plan de Acción Laboral -PAL- mediante el cual el gobierno de Colombia adquirió unos compromisos en concreto y con unos plazos ciertos para hacer varios ajustes a los aspectos que en materia laboral le preocupaban a los Estados Unidos y que si se cumplían, generarían que el Presidente Obama presentara de nuevo al Congreso de su país, el TLC con Colombia para su ratificación.

Como parte de los compromisos del PAL, el Gobierno de Santos se obligó a modificar el párrafo transitorio del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, a expedir un decreto reglamentario para definir de forma “clara, amplia y suficiente” el concepto actividad misional permanente, fijar una estrategia de condonación de sanciones a quienes ocultaran contratos directos usando de manera ilegal las figuras de subcontratación a cambio de que los empleadores realizaran una contratación directa de los trabajadores afectados, establecer las presunciones de infracción por parte de las CTA a la normatividad vigente y establecer multas de mayor valor para los reincidentes a gran escala. El compromiso del Gobierno Colombiano fue elaborar el proyecto de reglamentación y trabajar con el gobierno de los Estados Unidos para “asegurar que los temas acordados se traten”, lo que implicaba enviar el borrador del proyecto de decreto a más tardar el 22 de abril de 2011 al Gobierno de los Estados Unidos¹⁸.

¹⁸ MINISTERIO DEL TRABAJO. Plan de acción, Obama-Santos, 2011, <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/asuntos-internacionales/plan-de-accion-santos-obama>

La reglamentación se hizo efectiva mediante el Decreto 2025 de 2011, en el cual se incluyeron todos los compromisos adquiridos en el PAL respecto a las CTA. En primer lugar, el Decreto indica que cuando el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 refiere a intermediación laboral esto se debe entender como el envío de trabajadores en misión, que es una actividad propia de las empresas de servicios temporales y por tanto, no está permitida a las CTA (artículo 1), de igual forma prohibió que se les contratara para realizar actividades misionales permanente (artículo 2), se establecieron las conductas de las CTA y de los terceros que las contraten que serían objeto de sanción (artículo 3), se reiteró que si hacían intermediación o incurrían en las conductas prohibidas se les sancionaría tanto a las CTA como a los terceros que las contraten con multas hasta por 5000 SMLMV (artículo 4), para lo cual establecieron los parámetros bajo los cuales se fijaría la multa (artículo 9) y la forma en que se le podrían reducir o condonar (artículo 10), se previó que si las CTA actuaban como asociaciones para afiliarse colectivamente a los trabajadores a la seguridad social también serían multadas con 5000 SMLMV (artículo 5), entre otros.

Lo más relevante de esta normatividad fue lo previsto en el artículo 3 respecto a las conductas por las que podían ser sancionadas las CTA, donde expresamente se hace referencia a las prácticas evidenciadas para hacer fraude al contrato de trabajo y refieren a los siguientes asuntos:

- Cuando la persona que se afilia a la CTA no lo hace de manera voluntaria, es decir, cuando lo hace porque así se lo exigen para poderle dar un trabajo en alguna empresa o entidad.
- Cuando la CTA no tiene independencia financiera, lo que corresponde a exigir que estas tengan capacidad económica para funcionar y que, por ejemplo, no dependan de un solo cliente, que es lo que sucede cuando una empresa decide crear una CTA para contratar a través de ella a todo su personal.
- Cuando la CTA no es propietaria y no tiene la autonomía en el uso de los medios de producción o de las actividades para las que se le contrata, lo que significó que ya las CTA no podían recibir de sus clientes los medios de producción mediante un comodato o un arrendamiento, pues claramente, si eran verdaderas cooperativas no era lógico que se hubiesen constituido para prestar un servicio, ejecutar una obra o producir un bien y no tuvieran con qué hacerlo, además, una empresa que hubiera contratado a una CTA para

evitarse contratar directamente a los trabajadores tendría que darle a esta la propiedad de los medios de producción para que continuara prestándole servicios, condición que por supuesto no sucedió y por tanto, por lo que optaron muchas empresas fue buscar otros mecanismos de subcontratación, pero no asumir el contrato de trabajo directo¹⁹.

- Cuando la CTA tenga vinculación económica con el tercero que la contrata, es decir, sus recursos existen gracias a un tercero al que le presta servicios y no por lo que ella misma ha hecho con sus afiliados.
- Cuando quien impone reglamentos y medidas disciplinarias al trabajador asociado a la CTA no es esta, sino un tercero, lo cual podría suceder cuando el contratante ejerce una subordinación sobre esos trabajadores.
- Cuando la CTA no tiene la autonomía para determinar las circunstancias en que cumplen las actividades sus afiliados sino que por el contrario, es el tercero contratante el que da las instrucciones que estos deben cumplir.
- Cuando los órganos de gobierno corporativo no funcionan como legalmente corresponde, en tanto los trabajadores asociados a la CTA son los que deben tomar las decisiones al interior de esta y no un tercero; de igual forma, son aquellos los que deben determinar qué hacer con los excedentes o rendimientos que genere la actividad económica de la CTA y no otras personas.
- Cuando los trabajadores asociados no hacen un aporte social a la cooperativa, lo cual es muy frecuente cuando estas se usan para ocultar verdaderos contratos de trabajo, pues si además de que el trabajador es obligado a afiliarse a la misma para permitirle trabajar, le hicieran aportar a la CTA varios de ellos preferirán no participar de esa contratación, entonces, lo que hacen

¹⁹ Lo que han denunciado las organizaciones sindicales es que con los cambios en la normatividad a los trabajadores se les sigue contratando mediante subcontratación y no directamente, para lo cual, el contrato sindical reemplazó a las CTA. “Lo que ocurrió fue que las CTA que existían se cambiaron a “sindicatos” de fachada, a fin de poder seguir con la intermediación laboral mediante el esquema del contrato sindical. Y una situación similar se presenta en el sector salud de otros departamentos del país.

O sea que el cambio fue para que todo siguiera igual, que estamos ante falsos sindicatos que reemplazaron cooperativas para seguir explotando los y las trabajadoras de la salud; cooperativas que entre otras cosas también eran de fachada, porque no se comportaban como tales sino como simples bolsas de empleo.

En este sentido un dato elocuente es el que proporciona la Escuela Nacional Sindical: en el 2011 se crearon en Antioquia 24 sindicatos, de los cuales 20 eran antes CTA. *(Ver abajo el listado completo de estos sindicatos, con el nombre de las cooperativas de las cuales provienen y las entidades de salud a las cuales prestan servicios)*”. *Falsos Sindicatos reemplazan a Cooperativas de Trabajo Asociado para seguir explotando trabajadores de la salud*, consultado en <http://asmedasantioquia.org/magazines/articulos/38-magazin-no-13/2989-falsos-sindicatos-reemplazan-a-cooperativas-de-trabajo-asociado-para-seguir-explotando-trabajadores-de-la-salud>

esas empresas que hacen fraude al contrato de trabajo, es contratarlos a través de la CTA, pero no les hacen ningún descuento por aporte social, que además no se necesita porque el sostenimiento ya está garantizado con los recursos de esas empresas.

- Cuando la CTA no pague al trabajador asociado las compensaciones que le corresponden por la prestación de sus servicios ni los aportes a seguridad social.
- Cuando la CTA incurra en faltas previstas en otras normas legales.

A partir de esas conductas, las CTA y las empresas que habían aprovechado este mecanismo para ocultar contratos de trabajo con los trabajadores asociados a la cooperativa, empezaron a ser sancionadas con multas por el Ministerio del Trabajo, que a su vez les proponía la reducción o condonación de las mismas a través de acuerdos de formalización laboral, es decir, si el sancionado o el que estaba en el curso de una investigación del Ministerio para ser sancionado por haber incurrido en las conductas previstas en el Decreto, suscribía un acuerdo en el cual se comprometía a vincular con contrato de trabajo a los trabajadores que había contratado a través de la CTA, se suspendía el cobro de la multa o la investigación administrativa sancionatoria y cuando el Ministerio verificara que había cumplido lo previsto en el acuerdo de formalización, se daba por condonada la multa o se archivaba la investigación.

Según la información del Ministerio del Trabajo hasta abril de 2017, se habían suscrito 216 acuerdos de formalización laborales que han generado la contratación directa de 40.036 trabajadores²⁰.

5 NULIDAD DE VARIAS DISPOSICIONES DEL DECRETO 2025 DE 2011

En el mismo año que fue expedido el Decreto 2025 de 2011 fue demandada la nulidad de sus artículos 1, 2, 4, 5, 9 y 10 debido a que los demandantes consideraron que el Gobierno extralimitó su facultad reglamentaria, en la medida que lo previsto en el Decreto contenía

²⁰ ESCUELA NACIONAL SINDICAL. Relaciones laborales ilegales sujetas al marco de los acuerdos de formalización laboral, 2017, p. 5, disponible en <http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2017/08/RELACIONES-LABORALES-ILEGALES-SUJETAS-AL-MARCO-DE-LOS-ACUERDOS-DE-FORMALIZACION-LABORAL.pdf>

aspectos que no fueron parte del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y por tanto, el Ejecutivo carecía de competencia para llevar hasta ese punto la reglamentación.

Al respecto, el Consejo de Estado se pronunció el 19 de febrero de 2018²¹, declarando la nulidad de los artículos 2, 4 (incisos primero y tercero), 5, 9 y 10 del Decreto 2025, en tanto que consideró que el Gobierno excedió la facultad que tenía para reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Las consideraciones que hizo respecto a las partes anuladas refirieron a lo siguiente:

- Artículo 2: no se podía prohibir la contratación de actividades misionales permanentes con CTA, porque lo que previó el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 es que no se debe incurrir en la contratación con este tipo de cooperativas como simples intermediarias, vulnerando los derechos de los trabajadores, es decir, el Consejo de Estado resolvió la duda que había sobre dicho artículo y por ello, hoy se debe entender que se puede contratar con una CTA, incluso la actividad misional permanente de una empresa o entidad, siempre y cuando esta última obre como verdadera cooperativa y no como un simple intermediario que ayuda a ocultar quien es el verdadero empleador.
- Artículos 4, 5, y 9: el Consejo de Estado advirtió que en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, las sanciones de multa hasta por 5.000 salarios mínimos eran para los terceros contratantes mientras que para las CTA era su disolución y liquidación, por lo cual prever en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 2025 que dichas multas también eran aplicables a la CTA constituyeron un exceso en el poder reglamentario del ejecutivo, en tanto la extendió a quiénes no eran destinatarios de ella. También consideró un exceso de reglamentación el prever que serían multadas con 500 SMLMV las CTA que actuaban como asociaciones para afiliarse colectivamente a los trabajadores a la seguridad social pues esta conducta no fue prevista en el artículo 63 de la citada Ley.
- Artículo 10: este artículo refería que los terceros contratantes que decidan formalizar voluntariamente mediante contratos de trabajo a término indefinido a los trabajadores que les prestaban servicios a través de mecanismos prohibidos en la ley, entendiéndose para ese momento, haber contratado su actividad misional permanente con una CTA, se les reducirá la

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA. Sentencia 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011) de 19 de febrero de 2018, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

sanción en un 20% por cada año que la relación laboral subordinada se mantenga, para llegar a una condonación del 100% luego del quinto año. Frente a este artículo, el Consejo de Estado afirmó que en la medida que ya no había lugar a las multas a la CTA por lo dicho respecto a los artículos 4, 5 y 9 tampoco había lugar a los descuentos o condonación de las mismas, pero además refirió que este artículo también desbordaba la función reglamentaria del ejecutivo porque este tema tampoco hizo parte del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

La nulidad de estas disposiciones dejó al país en la misma condición normativa que había incluso antes del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, porque de nuevo es posible contratar con CTA actividades misionales permanentes, siempre y cuando estas actúen de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno, lo que por sí solo excluye que se puedan convertir en simples intermediarios, es decir, formas de contratación para eludir la contratación directa de trabajadores por parte de quien debe ser su verdadero empleador.

En la medida que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las declaratorias de nulidad de un acto administrativo de carácter general tendrán efectos hacia el futuro²², pero tienen incidencia en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales, lo que debe suceder a partir de la declaración de nulidad parcial del Decreto 2025 de 2011, es que las investigaciones administrativas que esté adelantando el Ministerio del Trabajo e incluso las que estén en el trámite de algún recurso ante dicha entidad o ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya no podrán sancionar a una CTA o a un contratante por permitir que las actividades misionales se adelanten a través de estas formas de subcontratación, siempre y cuando estas se cumplan respetando las condiciones legales que se les exigen para actuar como tales y no haya afectación de los derechos de los trabajadores.

6 EPÍLOGO

²² El Consejo de Estado ha dicho “Anota la Sala adicionalmente, que como soporte de la hipótesis «*ex nunc*», en algunos momentos la jurisprudencia de esta Corporación ha justificado el conferir alcances hacia adelante a las sentencias de nulidad bajo la consideración de que el control de legalidad de los actos administrativos, en especial de los de carácter general, se asemeja al examen de constitucionalidad de las leyes, a partir de lo cual se ha concluido, según esta variante de la regla «*ex nunc*», que al igual que las sentencias que declaran la inexecutable de una ley, las que declaran la nulidad de un acto administrativo también debe tener efectos pro futuro”. CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA. Sentencia 11001-03-25-000-2013-01087-00(2512-13) de 27 de abril de 2017, Consejera Ponente: Santa Lisset Ibarra Vélez.

No siempre el fin justifica los medios. El Gobierno colombiano tenía el interés de lograr un TLC con los Estados Unidos a fin de no perder las ventajas comerciales que tenía en virtud de las preferencias arancelarias que venía recibiendo gracias al APTDEA, sin embargo, la posibilidad de que este interés lo llevara a incluir en su agenda interna la revisión de asuntos laborales relacionados con la subcontratación de trabajadores, era más que remota.

Gracias al activismo de las organizaciones sindicales de Colombia y de los Estados Unidos, los temas laborales terminaron siendo una prioridad para lograr la ratificación del TLC en el Congreso de los EE. UU., al punto de suscribirse un plan de acción laboral entre Obama y Santos que obligó al Gobierno colombiano a actuar con rapidez, pero infortunadamente desconociendo los límites constitucionales y legales que tienen cada una de las ramas del poder público, pues generó una serie de reglamentaciones que por virtud del principio democrático debían ser de competencia del legislador, y que por la falta de voluntad política nunca se discutieron a tiempo, pues no era nuevo que el fenómeno de las CTA obedecía a un abuso de las mismas para burlar derechos de los trabajadores como por ejemplo, el de la asociación sindical, sin embargo, pese a que el trámite del TLC se venía adelantando desde 2004 solo hasta 2011, por la inminencia de la expiración de las preferencias arancelarias que le venía concediendo EE. UU. a Colombia, se tomaron medidas de fondo, respecto a ese problema.

Medidas que si bien en su momento lograron el fin que perseguían, principalmente que se ratificara el tratado, hoy han quedado anuladas por los excesos en la facultad reglamentaria del Ejecutivo y de nuevo ha quedado abierta la puerta a quienes amparándose en las figuras legales le dan un uso ilícito a las mismas para ocultar verdaderos contratos de trabajo y dejar a los trabajadores en un marco de protección reducido, para lo cual, será necesaria la intervención del Congreso en un tiempo que de seguro no será cercano, pues este año en Colombia hay cambio de Congreso y de Presidente, por lo cual, un proyecto de ley con este alcance no será prioridad ni del Gobierno saliente ni del que llegue en agosto de 2018.

7 BIBLIOGRAFÍA

ARENAS GALLEGO, Eraclio, PIEDRAHITA VARGAS, Camilo y PLATA LÓPEZ, Juan Miguel. “Marco Jurídico de las Cooperativas de Trabajo Asociado” en Opinión Jurídica, Vol. 6, No. 11, enero-junio de 2007, Medellín, Universidad de Medellín, p. 35.

ASMEDAS. Falsos Sindicatos reemplazan a Cooperativas de Trabajo Asociado para seguir explotando trabajadores de la salud, consultado en <http://asmedasantioquia.org/magazines/articulos/38-magazin-no-13/2989-falsos-sindicatos-reemplazan-a-cooperativas-de-trabajo-asociado-para-seguir-explotando-trabajadores-de-la-salud>.

BERMÚDEZ A. Katerine y otros. Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales, capítulos laborales en los TLC suscritos por EE. UU. con Colombia y con Perú, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 210-211.

CONFECOOP. Desempeño sector cooperativo colombiano, años 2000, 2005 y 2010, consultados en <http://confecoop.coop/informes-anales/informes-anales/>.

CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA. Sentencia 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011) de 19 de febrero de 2018, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA. Sentencia 11001-03-25-000-2013-01087-00(2512-13) de 27 de abril de 2017, Consejera Ponente: Santa Lisset Ibarra Vélez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-645 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

ESCUELA NACIONAL SINDICAL. Relaciones laborales ilegales sujetas al marco de los acuerdos de formalización laboral, 2017, p. 5, disponible en: <<http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2017/08/RELACIONES-LABORALES-ILEGALES-SUJETAS-AL-MARCO-DE-LOS-ACUERDOS-DE-FORMALIZACION-LABORAL.pdf>> .

GACETA DEL CONGRESO. Proyecto de Ley 187 de 2010 Senado, 057 de 2010 Cámara, Gaceta 1119 de 22 de diciembre de 2010.

MINISTERIO DE COMERCIO. Exportaciones, empleo y PIB, mayores crecimientos en TLC con Estados Unidos, 8 de abril de 2011, consultado en: <http://www.mincit.gov.co/publicaciones/18038/exportaciones_empleo_y_pib_mayores_crecimientos_en_tlc_con_estados_unidos.http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/COL_USA_s.ASP>.

MINISTERIO DEL TRABAJO. Plan de acción, Obama-Santos, 2011, <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/asuntos-internacionales/plan-de-accion-santos-obama>

OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia, Boletín No. 10, diciembre de 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 17.

OIT. Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración - Informe núm. 335, noviembre 2004, caso 2237, Colombia, consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEX_T_ID:2907475#.

PROCOLOMBIA. Aptdea, disponible en <http://tlc-eeuu.procolombia.co/abc-del-tlc/atpdea>

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, REYNOSO CASTILLO, Carlos y PALLI, Bárbara. La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p.7

Central Unitaria de Trabajadores de Colombia – CUT- Informe a la 106ª Conferencia de la OIT <<https://cut.org.co/informe-general-a-la-106-conferencia-oit-de-la-situacion-de-derechos-laborales-en-colombia/>>

SICE. Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, resumen, p. 5 consultado en http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/Studies/COLResumen_s.pdf

ARBEITSZEIT

WORKING TIME

Burghard Kref¹

ABSTRACT: Working time is subject of health and safety in the form of the Working Time Act (ArbZG) as well as of works councils' co-determination under section 87 (II) Nrs. 2 and 3 Works Constitution Act (BetrVG), (at times) section 99 BetrVG and of individual and collective contractual arrangements.

Under health and safety aspects, it is about limitation of working time to a maximum permissible threshold and its interruption through necessary repose periods in order to avoid health endangering impacts on the employees. The paper describes the baselines of the German Working Time Act's rules and the limits to flexibility possible according to it, which are to be tested constantly for their conformity with EU law in the (Working Time) directive 2003/88/EC of 4 November 2003. The question which activities constitute "work" under the German and European rules is of particular importance. There is no definitive answer to this question yet for diverse employee duties and activities for the benefit of others.

For co-determination under section 87 (II) Nr. 2 BetrVG the question is, on which weekdays and which concrete times of day employees shall work, i.e. when exactly does working time start and end? In this context as well, it is of importance which activities are "work", e. g. whether putting on protective clothing at the work place counts as work. For co-determination under section 87 (I) Nr. 3 an alteration of the usual working time volume may only be "temporary", for co-determination under section 99 BetrVG the increase of the hitherto existing volume must be "significant". The paper describes the problems in detail.

It must be resolved in individual contracts to which temporal extent the employee owes work at all. Here, section 307 Civil Code (BGB) requests sufficient clarity, in particular regarding the agreement for which temporal work extent the employer owes which reimbursement. Here as well it has to be determined what belongs to reimbursable "working time". This is not necessarily coinciding with the health and safety or the co-determination realm.

KEYWORDS: Working time. Labour law. Germany.

SUMMARY: 1 Work protection. 2 Countervention. 3 Remuneration.

ZUSAMMENFASSUNG: Kaum ein anderes arbeitsrechtliches Thema ist so facettenreich wie Arbeitszeit.

Sie ist idR. im Arbeitsvertrag aufgeführt, wo es z.B. heißt, der AN werde „in Vollzeit“ oder „in Teilzeit mit ... Wochenstd.“ eingestellt. Was „Vollzeit“ ist, folgt dabei häufig aus dem anzuwendenden TV. Es geht also um den vom AN geschuldeten zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung. Der entscheidet zugleich über die Höhe der Vergütung. Haben die Arbeitsvertragsparteien den Umfang der Arbeitszeit nicht ausdrücklich vereinbart, führt das nicht – ebenso wenig wie das Fehlen einer Vergütungsvereinbarung, vgl. § 612 Abs. 2 BGB – zur Unwirksamkeit des Vertrags, sondern zu Auslegungsfragen; im Zweifel gilt die betriebsübliche „Vollzeit“ als gewollt². Ob zusätzlich zur wöchentlichen Arbeitszeit von z.B. 30 Std. wirksam vereinbart werden kann, der AN verpflichte sich, auf Aufforderung und Abruf des AG hin auch mehr als 30 Wochenstd. zu arbeiten, richtet sich insbes. nach § 12 TzBfG und § 307 Abs. 1 BGB und wurde vom Fünften Senats des BAG am 7.12.2005 entschieden.³

Arbeitszeit ist Gegenstand der Mitbestimmung des BR. Bei § 87 Abs. 1 Nrn. 2, 3 BetrVG geht es um die Fragen, an welchen (Wochen)Tagen während welcher der jeweils 24 Std. gearbeitet werden soll, um das vertraglich vereinbarte Arbeitszeitvolumen „abzuarbeiten“, und wann komplementär dazu „Freizeit“ sein soll, womit die „Arbeitszeit“ der Beschäftigten beginnt und was (noch) eine nur „vorübergehende“ Verlängerung ist.

Artigo recebido em 20/06/2018.

Artigo aprovado em 18/10/2018 e 22/10/2018.

¹ Burghard Kref¹ é Ministro Presidente do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, em Erfurt (Alemanha).

² Vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 39 mwN.

³ BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 99-128, Mai-Ago/2018

Nach § 99 BetrVG hat der BR einer Einstellung zuzustimmen. Liegt in der dauerhaften Erhöhung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von z.B. bisher 15 Std. auf künftig 30 Std. eine „(Neu)Einstellung“?

Das ArbZG v. 1994 schließlich will Sicherheit und Gesundheitsschutz der AN dienen und die in Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV verfassungsrechtlich verankerte Garantie umsetzen, wonach „der Sonntag und die staatlichen Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt (bleiben)“.⁴ Es soll zugleich die eur. RL über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung v. 4.11.2003 und deren Vorläuferin v. 23.11.1993 umsetzen. Das ArbZG kann deshalb nicht ohne Prüfung seiner Vereinbarkeit mit dieser RL interpretiert und angewendet werden.

SCHLÜSSELWÖRTER: Arbeitszeit. Arbeitsrecht. Deutschland.

ZUSAMMENFASSUNG: 1 Arbeitsschutz. 2 Mitbestimmung. 3 Vergütung.

1 ARBEITSSCHUTZ

1. a) Zunächst zum ArbZG: Nach § 3 des Gesetzes beträgt die Grenze der werktäglichen Arbeitszeit – ohne Pausen – 8 Std.; Werktage sind alle Tage außer Sonn- und Feiertagen. Das ergibt 48 Wochenstd. Die tägliche Arbeitszeit kann auf 10 Std. verlängert werden, aber nur, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten/24 Wochen ein täglicher Durchschnitt von acht Stunden nicht überschritten wird. Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern sind nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ArbZG zusammenzurechnen. Damit ist das gesetzlich zulässige äußerste Arbeitszeitvolumen erreicht, gleichgültig ob es auf regulärer Arbeit oder auf Überstunden beruht.

b) Europarechtlich ist dies unbedenklich. Art. 3 RL 2003/88/EG schreibt keine tägliche Höchstarbeitszeit, sondern eine tägliche Mindestruhezeit von grds. 11 zusammenhängenden Std. vor. Art. 6 Buchst. b) RL verpflichtet die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die durchschnittliche Arbeitszeit pro 7-Tageszeitraum 48 Std. einschließlich der Überstunden nicht überschreitet. Nach Art. 5 der RL muss in diesem Zeitraum zusätzlich zur täglichen Mindestruhezeit eine kontinuierliche Ruhezeit von mind. 24 Std. liegen; diese muss nach dem Urteil des EuGH vom 9.11.2017 nicht notwendig am Ende eines 7-Tageszeitraums nach 6 aufeinander folgenden Arbeitstagen liegen, sondern nur innerhalb jedes 7-Tageszeitraums vorkommen⁵. Da passen die dt. Regelungen – mit dem weniger flexiblen grundsätzlichen Verbot der Sonntagsarbeit – ohne weiteres hinein.

c) Die Vereinbarung einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 52,5 Std. verstößt deshalb gegen § 3 ArbZG. Der Verstoß führt nach § 134 BGB zu ihrer Teilnichtigkeit.

⁴ Dazu *BVerfG* 1.12.2009, 1 BvR 2857/07, *BVerfGE* 125, 39; *BVerfG* 9.6.2004, 1 BvR 636/02, *NJW* 2004, 2363; *BVerwG* 26.11.2014, 6 CN 1/13, *BVerwGE* 150, 327.

⁵ *EuGH* 9.11.2017, C-306/16, *EzA EG-Vertrag* 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 19.

Die Vereinbarung ist wirksam bis zur Grenze einer Arbeitsleistung von wöchentlich 48 Std.⁶ Der Verstoß schließt auch nicht etwa den Vergütungsanspruch des AN für tatsächlich über diese Grenze hinaus geleistete Arbeit aus. Der Sinn des § 3 ArbZG, eine Überforderung des AN zu vermeiden, gebietet es nicht, dem AN Vergütung für Arbeitsleistungen zu versagen, die der AG trotz Beschäftigungsverbots in Anspruch nimmt.⁷

d) Nach § 16 Abs. 2 ArbZG muss der AG die über 8 Std. hinausgehende tägliche Arbeitszeit jedes einzelnen Beschäftigten in geeigneter Weise aufzeichnen und die entspr. Nachweise für mind. 2 Jahre aufbewahren.⁸ Die Form, in welcher das zu geschehen hat, ist gesetzlich nicht vorgegeben.

e) Der BR hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG iVm. § 3 ArbZG, § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – unabhängig von § 16 Abs. 2 ArbZG – Anspruch darauf, vom AG den tatsächlichen Anfang und das tatsächliche Ende der täglichen Arbeitszeit der Beschäftigten zu erfahren, auch bei Geltung sog. Vertrauensarbeitszeit.⁹ Ein AG, der die Einhaltung des vereinbarten Umfangs der Arbeitszeit seitens der AN nicht kontrolliert – nur das bedeutet, genau genommen, „Vertrauensarbeitszeit“¹⁰ –, kann weder die gesetzlichen Höchstgrenzen noch die zu deren Einhaltung vorgesehenen Kontrollmechanismen beseitigen. Auch wenn die Vertragsparteien gar keine bestimmte Dauer der Wochenarbeitszeit vereinbaren, sondern der Arbeitgeber jeweils lediglich den Endzeitpunkt für die Erledigung bestimmter Arbeitsaufgaben vorgibt, also nicht nur die Lage, sondern auch die Dauer der Arbeitszeit in das Ermessen des Arbeitnehmers stellt – so das häufig zugrunde gelegte erweiterte Verständnis von „Vertrauensarbeitszeit“¹¹ –, ändert das nichts an der Geltung der gesetzlichen Höchstarbeitszeitgrenzen Dokumentationspflichten.

aa) Der BR hat nach überwiegender Auffassung nicht das Recht, ggf. über die Einigungsstelle eine automatische Zeiterfassung durch Kontrolleinrichtungen iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG durchzusetzen. Es sei nicht seine Sache, die technische Kontrolle von AN-Verhalten gegen den Willen des AG zu verschärfen.¹²

⁶ BAG 24.8.2016, 5 AZR 129/16, EzA BGB 2002 § 305b Nr. 1.

⁷ BAG 24.8.2016, 5 AZR 129/16, EzA BGB 2002 § 305b Nr. 1.

⁸ Nach § 19 Abs. 1 AEntG trifft den AG im Bereich eines für allgemeinverbindlich erklärten TV des Bauhaupt- oder Baunebengewerbes die weitergehende Pflicht zur Aufzeichnung von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der AN; vgl. dazu OLG Hamm 18.10.2016, III-3 RBs 277/16; zu Aufzeichnungspflichten vgl. auch Müller-Wenner, AuR 2017, 476 f.

⁹ BAG 6.5.2003, 1 ABR 13/02, EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 2.

¹⁰ Vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 39 mwN; zutr. Eylert, AuR 2016, 4, 6, Rn. 37; wohl auch Günther/Böglmüller NZA 2015, 1025, 1029.

¹¹ Vgl. nur Däubler SR 2016, 2, 12; Schoof AiB 2011 721, 724; Steffan, NZA 2015, 1409, 1410.

¹² Vgl. BAG 28.11.1989, 1 ABR 97/88, EzA BetrVG 1972 § 87 Kontrolleinrichtung Nr. 18, mit Anm. Streckel; Fitting BetrVG 28. Aufl. § 87 Rn. 251 mwN; a.A. LAG Berlin-Brandenburg 25.1.2015, 10 TaBV 1812/14, 10 TaBV 2124/14; DKKW-Klebe BetrVG 14. Aufl. Rn. 166.

bb) Diese Argumentation erscheint verkürzt. Da ohnehin eine gesetzliche Pflicht zur Datenerhebung besteht, geht es hier – anders als dort, wo eine Datenerhebung von Gesetzes wegen auch gänzlich unterbleiben könnte – in der Sache nicht um eine Verschärfung der Kontrolle, sondern (nur) um das geeignete Kontrollmittel. Besteht Anlass zur Annahme von („selbst-ausbeutenden“) Unrichtigkeiten bei der selbst bewirkten Zeiterfassung, kann sich automatisierte Datenerhebung als allein geeignet herausstellen.

cc) Womöglich ließe sich, weil es um Gesundheitsschutz geht, ein solches Initiativrecht des BR zudem aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG herleiten, wenn denn § 16 Abs. 2 ArbZG als „Rahmenvorschrift“ iS. dieses Mitbestimmungsrechts zu verstehen sein sollte.¹³

dd) Gibt der AG die Art und Weise der Aufzeichnung, wie immer sie aussieht, generell vor, besteht ein Mitbestimmungsrecht des BR jedenfalls nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG; eine solche Anweisung berührt die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der AN im Betrieb.¹⁴

f) In jedem Fall haben nach § 17 ArbZG die nach Landesrecht zust. Behörden – etwa Gewerbeaufsichtsämter – die Einhaltung des ArbZG als eines AN-Schutzgesetzes zu beachten.¹⁵

2. So also die Rechtslage, wenn nichts weiter als das Gesetz, § 3 ArbZG, gilt. Dieser recht harte gesetzliche „Käse“ hat freilich viele Löcher, manche meinen gar, die Löcher seien größer als der Käse... Den Zutritt in die Hohlräume gewährt § 7 ArbZG. Schon die Länge der Vorschrift gibt zu denken. Hier kann nur der Kern der Regelungen behandelt werden.

a) Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG „(kann) in einem TV ... zugelassen werden, abweichend von § 3 ... die Arbeitszeit über 10 Std. werktäglich zu verlängern“ – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass in die zB. auf 12 Std. verlängerte Arbeitszeit „regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt“. In einem TV kann zudem ein anderer Ausgleichszeitraum als der von 6 Monaten gem. § 3 S. 2 ArbZG festgelegt werden. Auf die ersten drei Worte kommt es an: Ausnahmen von § 3 ArbZG können nur – jedenfalls grds. nur – „in einem TV“ zugelassen werden! Das bedeutet, eine Gewerkschaft muss es (mit)verantworten können und muss damit einverstanden sein, dass die werktägliche Arbeitszeit auf mehr als zehn Stunden erweitert wird. Im Geltungsbereich eines entspr. TV

¹³ So wohl *Fitting* § 87 Rn. 251.

¹⁴ So für das obligatorische Ausfüllen bestimmter Überstundennachweise *BAG* 9.12.1980, 1 ABR 1/78, EZA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 5.

¹⁵ Zur möglichen Sanktion einer Anordnung des Verfalls von Vermögensvorteilen, die vom Arbeitgeber durch eine Überschreitung der Höchstarbeitszeiten erzielt wurden, vgl. *Fromm*, NZA 2017, 693.

können dann gem. § 7 Abs. 3 ArbZG auch nicht tarifgebundene AG dessen Regelungen übernehmen; gibt es einen BR, geht dies nur im Wege der BV; gibt es keinen BR, können die fraglichen Regelungen des TV durch schriftliche Vereinbarung zwischen AG und AN übernommen werden. Der TV selbst kann im Übrigen vorsehen, dass sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ einer Abweichung die Betriebsparteien in einer BV entscheiden – vgl. die Formulierung „oder aufgrund eines Tarifvertrags...“ in § 7 Abs. 1 Satz 1 ArbZG zeigt.

b) In einem „Bereich“, in dem tarifliche Arbeitszeitregelungen üblicherweise nicht getroffen werden – etwa bei Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden... –, können Abweichungen von § 3 ArbZG gem. § 7 Abs. 5 ArbZG durch die zust. staatlichen Aufsichtsbehörden zugelassen werden, „wenn dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist und die Gesundheit der AN nicht gefährdet wird“. Dazu haben die Betriebsinhaber bei den zust. Stellen einen entspr. Antrag zu stellen.

c) Das Gleiche kann unter gleichen inhaltlichen Voraussetzungen und bei einem entspr. Regelungsbedürfnis durch Rechts-VO der Bundesregierung geschehen, auch wenn in der betr. Branche TV mit Arbeitszeitregelungen üblicherweise gelten, nur eben aktuell nicht, § 7 Abs. 6 ArbZG. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung wird mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz,¹⁶ ihre Europarechtsgemäßheit mit Blick auf Art. 18 Abs. 2 Buchst. b) RL 2003/88/EG und die dort allein vorgesehene Möglichkeit der Erstreckung tariflicher oder betrieblicher Regelungen¹⁷ bezweifelt.

d) Kirchen können nach § 7 Abs. 4 ArbZG Ausnahmen von § 3 ArbZG in ihren innerkirchlichen Regelungen vorsehen.¹⁸

3. Wollen Tarifvertragsparteien von § 3 ArbZG abweichen, sind sie, wie erwähnt, an inhaltliche Vorgaben gebunden: Die tägliche Arbeitszeit darf über 10 Std. hinaus nur verlängert werden, wenn in die verlängerte Schichtzeit „regelmäßig“ und „in erheblichem Umfang“ entweder „Arbeitsbereitschaft“ oder „Bereitschaftsdienst“ fällt. Diese inhaltlichen Vorgaben müssen gleichermaßen Kirchen, Aufsichtsbehörden und die Bundesregierung einhalten, wollen sie von § 3 ArbZG abweichende Regelungen treffen bzw. zulassen.

a) Was sind „Arbeitsbereitschaft“, „Bereitschaftsdienst“ und ein „erheblicher Umfang“?

¹⁶ *Buschmann/Ulber*, Arbeitszeitgesetz, 8. Aufl. § 7 Rn. 33.

¹⁷ *Schliemann*, Arbeitszeitgesetz § 7 Rn. 84.

¹⁸ Zu den kircheninternen Voraussetzungen für wirksame Regelungen vgl. BAG 16.3.2004, 9 AZR 93/03, EzA ArbZG § 7 Nr. 7; BAG 29.9.2011, 2 AZR 523/10, EzA KSchG § 2 Nr. 83.

aa) Unter „Arbeitsbereitschaft“ verstand schon das *RAG* die „wache Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung“¹⁹; das *BAG* hat die Definition bis heute übernommen.²⁰ In diesem Zustand befindet sich typischerweise der Wachhabende in einer Leitstelle, der auf den Anruf zum Einsatz wartet und dann ohne Fremdaufforderung von sich aus aktiv werden muss, bis dahin aber lesen, fernsehen, seinen Gedanken nachhängen – aber nicht etwa schlafen ... – kann. Das ist, solange kein Anruf kommt, eben weniger fordernd und anstrengend als „normale“ Arbeit, die „Vollarbeit“. Dagegen rechnen etwa die Parteien des Einheitlichen MTV für die Metall- und Elektroindustrie NRW v. 18.12.2003 in § 3 Nr.10 des TV „das Beobachten von Produktionsanlagen“ zu Recht nicht zur Arbeitsbereitschaft, sondern zur „Vollarbeit“.²¹ Hier fehlt es an der nötigen „Entspannung“.

bb) „Bereitschaftsdienst“ ist in seiner Ruhephase – die es definitionsgemäß typischerweise geben muss – noch weniger anstrengend als „Arbeitsbereitschaft“. Der AN hält sich, anders als der „Wachhabende“, in aller Regel nicht am Arbeitsplatz auf, allerdings an einem vom AG bestimmten Ort, vermutlich nahe am Arbeitsplatz, und der AN muss nicht wach und aufmerksam bleiben, solange nach ihm nicht verlangt wird. Er kann sogar schlafen, wenn es die äußeren Umstände zulassen. Dieser Umstand war das Hauptargument für die in Deutschland bis zum Jahr 2000 vorherrschende Auffassung,²² dass Zeiten des Bereitschaftsdienstes, in denen der AN nicht abgerufen wurde, um dann „voll“ zu arbeiten, dass also die Zeiten der Passivität nicht zur Arbeitszeit iSd. Gesetzes, sondern zur Ruhezeit zählten.²³ Sie waren dann konsequenterweise bei der Frage, ob die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten eingehalten worden waren, nicht als Arbeitszeit zu veranschlagen. Darauf beruhten Schicht- und Einsatzpläne in Krankenhäusern, Rettungsdiensten, (Berufs-, Werk-)Feuerwehren etc. Mit der Entscheidung des *EuGH* in Sachen „SIMAP“ v. 3.10.2000²⁴ hat sich dies geändert. In Anwendung und unter Bejahung der Voraussetzungen von Art. 2 Nr. 1 RL hat der *EuGH* Bereitschaftsdienst, den spanische Ärzte in Form persönlicher Anwesenheit im Betrieb zu leisten hatten, in seiner zeitlichen Gesamtheit als Arbeitszeit iSd. RL angesehen; auf die

¹⁹ *RAG* Arbeitsrechtssammlg. Bd. 25, S. 63, 245.

²⁰ Vgl. nur *BAG* 11.7.2006, 9 AZR 519/05, *EZA* ArbZG § 2 Nr. 1; *BAG* 9.3.2005, 5 AZR 385/02; *BAG* 18.2. 2003, 1 ABR 2/02, *EZA* ArbZG § 7 Nr. 4, mit Anm. *Streckel*.

²¹ In diesem Sinne schon *BAG* 28.1.1981, 4 AZR 892/78, *EZA* AZO § 7 Nr. 1.

²² A.A. schon seinerzeit *Buschmann/Ulber*, aaO, 1. Aufl. 1994, § 2 Rn. 18.

²³ *Buschmann* (FS *Kohte* 2016, 417) betont freilich zu Recht, dass diese Auffassung sich erst in den 1980er Jahren durchgesetzt hat, nachdem zuvor arbeitsschutzrechtlich zwischen Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst, mit der Konsequenz, dass beide zur Arbeitszeit nach der AZO zählten, gerade nicht unterschieden worden war.

²⁴ *EuGH* 3.10.2000, C-303/98, *EZA* ArbZG § 7 Nr. 1, mit Anm. *Streckel*.

Intensität der geleisteten Arbeit stelle die RL nicht ab.²⁵ Auf die ungläubige Vorlage des LAG *Schleswig-Holstein* hat er mit Urteil v. 9.9.2003 [„Jaeger“]²⁶ seine Auslegung bekräftigt und ausdrücklich auch Schlafenszeiten während des Bereitschaftsdienstes in vollem Umfang zur Arbeitszeit gerechnet. Die beiden Entscheidungen führten im Dezember 2003 zur Anpassung des dt. ArbZG vom Juni 1994. Es rechnet nunmehr § 7 Abs.1, Abs. 2a, Abs. 8 ArbZG Zeiten des Bereitschaftsdienstes ohne Einschränkung und in vollem Umfang eindeutig zur Arbeitszeit mit ihren Höchstgrenzen.²⁷ Dabei gilt es freilich zu bedenken: Nur ein „Federstrich“ des Richtliniengebers – den herbeizuführen sich die Kommission und einzelne Mitgliedstaaten mit bislang freilich nicht zu koordinierenden Einzel- und Sonderwünschen seit Jahren bemühen²⁸ – und der Bereitschaftsdienst ist (wieder) Ruhezeit oder kann von den Mitgliedstaaten zumindest als solche behandelt werden...²⁹

cc) Bei bloßer Rufbereitschaft kann sich der AN an einem von ihm selbst bestimmten Ort, insbes. im eigenen Zuhause aufhalten, um ggf. von dort aus binnen einer festgelegten Zeitspanne die Arbeit aufzunehmen³⁰. Hier zählt auch unionsrechtlich nur die Zeit ab tatsächlicher Arbeitsaufnahme zur gesetzlichen Arbeitszeit; das dürfte ebenso gelten, wenn der AN – auf welcher rechtlichen Grundlage auch immer, so es sie denn gibt³¹ – verpflichtet ist, sich auch in seiner Freizeit für Anrufe oder für die Entgegennahme und Beantwortung von Mails bereitzuhalten.³² Allerdings darf die Zeitspanne, innerhalb derer sich der Arbeitnehmer bei Abruf an der Arbeitsstelle einzufinden hat, nicht so knapp bemessen sein, dass seine Bewegungsfreiheit ähnlich eingeschränkt ist wie bei der Verpflichtung zum Aufenthalt an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort. Der EuGH hat eine Rufbereitschaft mit der Verpflichtung, bei Bedarf innerhalb von acht Minuten am Arbeitsplatz zu erscheinen, deshalb

²⁵ Vgl. insbes. dazu *EuGH* 11.1.2007, C-437/05, [Vorel].

²⁶ *EuGH* 9.9.2003, C-151/02, EzA ArbZG § 7 Nr. 5.

²⁷ Vgl. auch *BAG* 23.6.2010, 10 AZR 543/09, EzA ArbZG § 7 Nr. 8; *BAG* 16.12.2009, 5 AZR 157/09, EzA ArbZG § 4 Nr. 3.

²⁸ Vgl. dazu *EUArbR/Gallner* RL 2003/88 Art. 1 Rn. 11 f.

²⁹ Höherrangiges Recht dürfte dem jedenfalls nicht entgegenstehen, weder mit Blick auf Art. 31 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta noch mit Blick auf das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2, Art. 12 GG, zu Anforderungen des letzteren an das Arbeitszeitrecht vgl. *BVerfG* 9.6.2004, 1 BvR 636/02, NJW 2004, 2363; *BVerfG* 17.11.1992, 1 BvR 168/89, DB 1993, 538; *BVerfG* 28.1.1992, 1 BvR 1025/82 u.a., NZA 1992, 270.

³⁰ Beträgt diese Zeitspanne nur 20 Min., wird dadurch die freie Wahl des Aufenthaltsorts so sehr eingeschränkt, dass nicht mehr von Rufbereitschaft, sondern von Bereitschaftsdienst auszugehen ist, ggf. auch mit vergütungsrechtlichen Folgen, so *BAG* 31.1.2002, 6 AZR 214/00, EzA BGB § 611 Rufbereitschaft Nr. 2; *LAG Köln* 13.8.2008, 3 Sa 1453/07, ZTR 2009, 76; andererseits ist Rufbereitschaft dadurch gekennzeichnet, dass der AN seinen Aufenthaltsort so wählen muss, dass er auf Abruf die Arbeit innerhalb einer Zeitspanne aufnehmen kann, die den Einsatz nicht gefährdet, *BAG* 20.5.2010, 6 AZR 1015/08, DB 2010, 2342.

³¹ Dazu *Bissels/Domke/Wisskirchen*, DB 2010, 2052; *Krause*, Beilage 2/2017 zu NZA 2017, 53, 57.

³² Vgl. *Däubler* SR 2016, 2, 16; *Jacobs*, NZA 2016, 733, 735; *Göpfert/Schöberle*, ZIP 2016, 1817, 1818; *Krause*, Beilage 2/2017 zu NZA 2017, 53, 57.

als „Bereitschaftsdienst“ – im Sinne des dt. Arbeitszeitrechts – und damit insgesamt als „Arbeitszeit“ im Sinne der Richtlinie angesehen.³³

dd) Um in einem TV die tägliche Arbeitszeit auf mehr als 10 Std. zu erweitern, muss in die dann erweiterte Schicht regelmäßig und in „erheblichem Umfang“ „Arbeitsbereitschaft“ oder „Bereitschaftsdienst“ fallen. Wann von einem „erheblichen“ Umfang die Rede sein kann, ist strittig. Für manche bedeutet erheblich „mehr als 50 vH.“. Dies ist zu weitgehend. Schon ein Anteil von weniger als der Hälfte kann durchaus als „erheblich“ bezeichnet werden. So entschied auch das BAG, dass 3 Std. Arbeitsbereitschaft/Bereitschaftsdienst innerhalb einer Gesamtschicht von 11 Std. – das entspricht 27,3 vH. – einen „erheblichen“ Umfang iSv. § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG darstellen.³⁴

ee) Eine ausdrücklich formulierte absolute Grenze jenseits der 10 Std., an die auch TV-Parteien gebunden wären, setzt das Gesetz nicht.³⁵ Allerdings verlangt § 5 Abs. 1 ArbZG eine ununterbrochene Ruhezeit von 11 Std., die aber ihrerseits gem. § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG in einem TV um bis zu 2 Std. gekürzt werden kann, wenn die Arbeit das erfordert und dies innerhalb eines festzulegenden Zeitraums wieder ausgeglichen wird.³⁶ D.h.: Länger als 15 Std. könnte eine Gesamtschicht auch tarifvertraglich nicht ausfallen, und sie müsste zu einem erheblichen Teil, dh. wohl im Umfang von mind. 4 bis 5 Std. aus Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst bestehen. Nach § 7 Abs. 9 ArbZG muss im unmittelbaren Anschluss an eine länger als 12 Std. dauernde Arbeitsschicht eine Ruhezeit von mind. 11 Std. gewährt werden.³⁷

ff) Für in § 7 Abs. 2 Nrn. 2-4 ArbZG aufgeführte Branchen – zB. Landwirtschaft, Pflegeeinrichtungen, ö.D. – ist das Loch im „Käse“ noch größer, auch gilt das ArbZG nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 z.B. für häusliche Altenpfleger/innen überhaupt nicht; dies kann hier nicht im Einzelnen erörtert werden.

b) Die den Tarifvertragsparteien gesetzlich ermöglichte Flexibilität bei der Dauer der täglichen Arbeitsschichten ist also erheblich. Allerdings: Sowohl ArbZG als auch Arbeitszeit-RL ermöglichen insoweit nur Flexibilität, nicht die dauerhafte Erweiterung des Höchstvolumens von Arbeitszeit. Nach § 7 Abs. 8 ArbZG, Art. 19 Abs. 2 der RL muss spätestens innerhalb 12 Kalendermonaten die Erhöhung des täglichen und wöchentlichen

³³ *EuGH* 21.2.2018 – C- 518/15 [Matzak], *EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 21*; zustimmend *Bayreuther*, *NZA* 2018, 348 f.

³⁴ *BAG* 24.1.2006, 1 ABR 6/05, *EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 8*.

³⁵ *BAG* 18.2.2002, 1 ABR 2/02, *EzA ArbZG § 7 Nr. 4*, mit Anm. *Streckel*.

³⁶ Vgl. *EuGH* 23.12.2015, C-180/14, *AuR* 2016, 162.

³⁷ Zum Verstoß des griechischen Rechts gegen die gleichlautende Verpflichtung aus der RL 2003/88/EG vgl. *EuGH* 23.12.2015, C-180/14, *AuR* 2016, 162.

Arbeitszeitvolumens über 8 bzw. 48 Std. hinaus wieder ausgeglichen werden.³⁸ Daran sind auch Tarifvertragsparteien gebunden. Das Jahresarbeitszeitvolumen darf also durchschnittlich 48 Wochenstunden nicht überschreiten. Gem. Art. 16 Buchst. b) RL dürfen weder die 4 Wochen bezahlten Mindesturlaubs (Art. 7 RL) noch Krankheitszeiten bei der Berechnung des Durchschnitts berücksichtigt werden. Bei 52 Wochen im Jahr und 4 Wochen Mindesturlaub darf folglich in der gesamten EU pro Jahr von einem AN nicht mehr als 48 x 48 Std. = 2.304 Std. Arbeit gefordert und geleistet werden – dies einschließlich aller Mehrarbeit, Überstunden und Bereitschaftsdienste!

c) Allerdings: § 7 Abs. 2a, Abs. 7 ArbZG lässt auch davon Ausnahmen zu.

aa) Stellt ein von § 3, § 5 Abs. 1 oder § 6 Abs. 2 ArbZG abweichender TV „durch besondere Regelungen sicher, dass die Gesundheit der AN nicht gefährdet wird“, und fällt in die verlängerte Arbeitszeit „regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst“, kann in diesem TV die werktägliche Arbeitszeit „auch ohne Ausgleich“ über 8 Std. hinaus verlängert werden, so § 7 Abs. 2a ArbZG. Zwingend erforderlich ist aber, dass der AN in die ausgleichslose Arbeitszeitverlängerung „schriftlich eingewilligt hat“ („opt out“), § 7 Abs. 7 ArbZG. Die Einwilligung kann mit einer Frist von 6 Monaten jederzeit widerrufen werden. Mit Nichterteilung oder Widerruf dürfen für den AN keine Nachteile verbunden sein.³⁹

bb) Ob diese Regelungen europarechtskonform sind, ist umstritten; das BAG hat die Frage offengelassen.⁴⁰ Gegen ihre Unionsrechtskonformität wird eingewandt, Art. 22 Abs. 1 S. 1 Buchst. a) u. b) der RL sähen Ausnahmen von der Höchstarbeitszeit in Art. 6 nur für Regelungen der Mitgliedstaaten selbst und nicht für solche von Tarifvertragsparteien vor.⁴¹ Der Umstand, dass die RL die entspr. Einschränkungen an die Mitgliedstaaten und nicht an die Sozialpartner adressiert, scheint freilich unbedenklich, wenn der betr. Staat ihre Einhaltung den

³⁸ Art. 19 Abs. 2 RL verlangt für die Zulassung einer Erweiterung des Ausgleichszeitraums auf 12 Monate die „Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN“. Ob sich dies in § 7 Abs. 8 ArbZG oder an anderer Stelle des Gesetzes, wiederfindet, kann mit Fug gefragt werden.

³⁹ Für den Fall „absoluter Freiwilligkeit“ der ausgleichslosen Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit durch Begründung von Arbeitsverhältnissen mit mehreren, nicht demselben Konzern angehörenden AG nimmt eine einzelne Stimme im Schrifttum an, §§ 3, 2 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 ArbZG verstießen gegen Art. 12 u. Art. 3 GG, vgl. *Mylich*, BB 2016, 1717; ein Abgleich dieses Ergebnisses mit den Bestimmungen der RL und ggf. daraus resultierenden Folgen für die Verfassungsinterpretation erfolgt dabei nicht.

⁴⁰ BAG 23.6.2010, 10 AZR 543/09, ArbZG § 7 Nr. 8; dazu vorwurfsvoll *Herms*, BB 2011, 509; *Mayer*, AiB 2011, 711, 715.

⁴¹ Vgl. EUArbR/*Gallner*, RL 2003/88 Art. 22 Rn. 2 mwN; *Buschmann*, AuR 2004, 1; *Mayer*, AiB 2011, 711, 715.

Sozialpartnern zur Auflage macht, wie in § 7 Abs. 2a ArbZG geschehen, und dies seinerseits kontinuierlich – und im Streitfall durch seine Gerichte – kontrolliert.⁴²

cc) In einer Entscheidung zu § 5 Abschnitt II des MTV chem. Industrie West hat das BAG die dortigen Regelungen, die die Möglichkeit einer ausgleichslosen Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeitgrenzen für Mitglieder der Werkfeuerwehr flankieren, als ausreichend vorbeugend iSv. § 7 Abs. 2a ArbZG und Art. 22 Abs. 1 S. 1 der RL angesehen⁴³ – anders als die frühere Nr. 3 Abs. 1 der SR 2r BAT mit ihrer Höchstarbeitszeit für Hausmeister im Umfang von 50,5 Wochenstd. ohne Zeitausgleich.⁴⁴

dd) Bei einem „hinreichend qualifizierten“ Verstoß (jedenfalls) von Behörden eines Mitgliedstaats gegen die unionsrechtliche Höchstarbeitszeitgrenze kommt ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch gegen die Behörde oder den Staat in Betracht.⁴⁵

4. Für manche Tätigkeiten ist es nicht einfach zu beurteilen, ob sie zur Arbeitszeit zählen und damit für die Einhaltung der Höchstarbeitszeitgrenze und der Ruhezeiten zu beachten sind oder nicht. § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG definiert „Arbeitszeit“ – anders als Art. 2 Nr. 1 RL, aber nicht in Widerspruch zu ihm – als „Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“. Entscheidend ist also der Begriff der Arbeit. Was ist „Arbeit“?

a) Sind zB. die Zeiten von Hin- und Rückfahrt in öff. Verkehrsmitteln bei einer Dienstreise „Arbeitszeit“ iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG, auch wenn AN dabei keine Tätigkeiten iS. ihrer Hauptleistungspflichten ausüben müssen? Das BAG hat diese Frage 2006 verneint.⁴⁶ Im Unterschied zum Bereitschaftsdienst und selbst zur Rufbereitschaft müsse man während einer solchen Reise nicht jederzeit mit dem Abruf zur Arbeit rechnen. Der Umstand, dass man gleichwohl aus seinem familiären und sozialen Umfeld gerissen sei, sei angesichts der Ziele des ArbZG – Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz – unbeachtlich. Die Möglichkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit sei vom Schutzzweck des Gesetzes nicht erfasst. Eine Vorlage an den EuGH hielt das BAG für entbehrlich. Der Begriff der Arbeitszeit sei europarechtlich geklärt und nurmehr im Wege der Subsumtion anzuwenden. Angesichts des

⁴² Im Ergebnis ebenso *Hermes*, BB 2011, 509.

⁴³ BAG 23.6.2010, 10 AZR 543/09, EzA ArbZG § 7 Nr. 8.

⁴⁴ BAG 14.10.2004, 6 AZR 564/03, AuR 2005, 332.

⁴⁵ Der *EuGH* hält Art. 6 der RL 2003/88 für eine Bestimmung, die dem Einzelnen Rechte verleiht: *EuGH* 25.11.2010, C-429/09, EzA EG-Vertrag 1999 RL 2003/88 Nr. 5; für § 823 Abs. 2 BGB a.A. noch BAG 5.6.2003, 6 AZR 114/02, EzA ArbZG § 7 Nr. 6 und BAG 14.10.2004, 6 AZR 564/03, AuR 2005, 332; zu den näheren Voraussetzungen des Anspruchs *EuGH* 25.11.2010, C-429/09, aaO; *Wank*, AuR 2011, 200.

⁴⁶ BAG 11.7.2006, 9 AZR 519/05, EzA ArbZG § 2 Nr. 1; a.A. *Buschmann*, FS *Hanau*, S. 197, 209.

Umstands, dass der *EuGH* in Sachen SIMAP (Rn. 50) und Jaeger (Rn. 63-65) für den Charakter des Bereitschaftsdienstes gerade – auch – darauf abgehoben hat, dass sich der AN, anders als bei Rufbereitschaft, „außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds aufhalten muss“, und angesichts des Umstands, dass es arbeitszeitrechtlich jedenfalls nach Maßgabe der RL 2003/88/EG nur „Arbeitszeit“ oder „Ruhezeit“ gibt,⁴⁷ erscheinen diese Interpretation und der Verzicht auf eine Anrufung des Gerichtshofs eher „mutig“...

b) Verlangt der AG, die Dienstreise mit dem Pkw zu unternehmen, ist die Reisezeit zumindest für den Fahrer Arbeitszeit iSv. § 2 ArbZG.⁴⁸

c) Auch eigene Fahrten vom Ort des Betriebs zu einer auswärtigen Arbeitsstelle sind „Arbeitszeit“ iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG.⁴⁹

d) Die Fahrtzeit von Kundendienst-Technikern ohne festen oder gewöhnlichen Arbeitsort, die diese für ihre täglichen Pkw-Fahrten zum ersten und vom letzten Kunden von bzw. zu ihrem Wohnort aufwenden, sieht der *EuGH*⁵⁰ als Arbeitszeit iSd. RL an.⁵¹ Ob und wie diese Fahrtzeiten zu vergüten sind, ist, wie der ausdrücklich *EuGH* klarstellt,⁵² nicht Gegenstand der Arbeitszeit-RL, ebenso wenig des ArbZG.⁵³

e) Das OVG *Münster* wertet die Zeit der Teilnahme an einer Betriebsversammlung nach § 42 BetrVG ebenfalls als Arbeitszeit iSv. 2 Abs.1 ArbZG.⁵⁴

f) Dagegen sind Lenkzeitunterbrechungen von mind. 8 Minuten bei Straßenbahnfahrern, während derer diese keine Arbeitsleistung zu erbringen haben und keine Arbeitsbereitschaft verlangt wird, keine Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG; sind sie

⁴⁷ *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16 mwN. § 21a Abs. 3 ArbZG ordnet dagegen die Zeit, die ein Kraftfahrer, der sich mit einem Kollegen beim Fahren abwechselt, während der Fahrt neben dem Fahrer oder in der Schlafkabine verbringt, in Satz 1 ausdrücklich nicht der Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG und in Satz 2 ausdrücklich nicht der Ruhezeit iSv. § 5 ArbZG zu; über die arbeitszeitrechtliche Qualität des notwendig anzunehmenden tertium schweigt sich das Gesetz aus. Art. 3 Buchst. b) 2. Spiegelstrich der (Fahrpersonal-)RL 2002/15/EG ordnet diese Zeit der „Bereitschaftszeit“ zu, die nach Art. 3 Buchst. a) letzter Satz der Bestimmung nicht zur Arbeitszeit i.S. dieser RL gerechnet wird; vgl. *Buschmann/Ulber*, aaO, § 21a Rn. 13.

⁴⁸ *BAG* 23.7.1996, 1 ABR 17/96, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 55; zust. *Seeling/Kuhn*, ZArbwiss 2015, 39, 42.

⁴⁹ *BAG* 12.12.2012, 5 AZR 355/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 3.

⁵⁰ *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16.

⁵¹ So schon *BAG* 8.12.1960, 5 AZR 304/58, EzA BGB § 611 Nr.3 für mögliche Vergütungsansprüche.

⁵² *EuGH* 21.2.2018 – C-518/15 [Matzak], EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 21; *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, (Rn. 47), EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16.

⁵³ Vgl. nur *BAG* 21.12.2016, 5 AZR 362/16, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 9; *BAG* 12.3.2008, 4 AZR 616/06, EzA TVG § 4 Chemische Industrie Nr. 10; zumindest missverständlich deshalb *Seeling/Kuhn*, ZArbwiss 2015, 39, 42.

⁵⁴ OVG *Münster* 10.5.2011, 4 A 1403/08, AuR 2011, 311; ablehnend *Bartz/Stratmann*, NZA-RR 2013, 281.

tariflich vorgesehen, handelt es sich um Ruhepausen iSv. § 4 ArbZG, § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG.⁵⁵

g) Dem BAG lagen zwei Fälle vor, in denen es jedenfalls für die LAGe darum ging, ob BR-Tätigkeit „Arbeitszeit“ iSv. § 2 Abs. 1 ArbZG darstellt. Beide LAGe⁵⁶ hatten dies mangels Weisungsgebundenheit des BR verneint. Das BAG hat die Frage offengelassen. Es hat für ein Betriebsratsmitglied die Befugnis, die Nachtschicht vor einer am nächsten Tag anstehenden Betriebsratssitzung so rechtzeitig zu verlassen, dass es die gesetzliche Ruhezeit des § 5 ArbZG einhalten kann, aus einer in jedem Fall gebotenen Berücksichtigung der in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommenden Wertung im Rahmen von § 37 Abs. 2 BetrVG abgeleitet, ohne dass es ihm darauf angekommen wäre, ob das Arbeitszeitgesetz unmittelbar Anwendung findet.⁵⁷

f) Wird die in Lauf gesetzte Ruhezeit iSv. § 5 ArbZG durch die Entgegennahme eines dienstlichen Anrufs von z.B. 2 Min. unterbrochen, weil dieses Gespräch „Arbeit“ ist? Sie müsste dann anschließend erneut in vollem Umfang gewährt werden – und es würden darüber hinaus möglicherweise Mitbestimmungsrechte des BR verletzt und Vergütungsansprüche begründet... Das BAG hat das Abschließen von Türen und Ausschalten des Lichts durch einen Schulhausmeister nach Dienstschluss bei Ende einer außerschulischen Veranstaltung als „keine nennenswerte Arbeitsleistung“⁵⁸ qualifiziert, also zwar (wohl) als „Arbeit“, aber als eine arbeitszeitrechtlich zu vernachlässigende. Das könnte auf ein kurzes Telefongespräch zu übertragen sein. Diese Rspr. ist jedoch ihrerseits problematisch: Wenn es sich bei einer Tätigkeit um „Arbeit“ handelt, unterbricht sie die Ruhezeit, und sei die Arbeit noch so kurz;⁵⁹ wo sollte auch die Grenze liegen und was ist mit einem zweiten kurzen Gespräch nach weiteren zwei Std.?

2 MITBESTIMMUNG

⁵⁵ BAG 13.10.2009, 9 AZR 139/08, EzA ArbZG § 4 Nr. 2.

⁵⁶ LAG Hamm 20.2. 2015, 13 Sa 1386/14; LAG Niedersachsen 20.4.2015, 12 TaBV 76/14.

⁵⁷ BAG 18.1.2017, 7 AZR 224/15, EzA BetrVG 2001 § 37 Nr. 29 mwN (Vorinstanz LAG Hamm); so im Ergebnis schon BAG 7.6.1989, 7 AZR 500/88, EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 102; vgl. auch BAG 21.3.2017, 7 ABR 17/15, EzA BetrVG 2001 § 37 Nr. 30 (Vorinstanz LAG Niedersachsen): In diesem Fall verneinte das BAG die Antragsbefugnis des Betriebsrats.

⁵⁸ BAG 13.11.1986, 6 AZR 567/83, EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 20; BAG 26.1.1989, 6 AZR 566/86, ZTR 1989, 318.

⁵⁹ Ähnlich Falder, NZA 2010, 1150, 1151; Kohte, NZA 2015, 1417, 1423; Wiebauer, NZA 2016, 1430, 1433; a.A. Giesen/Kersten, DB 2017, 2865, 2866 mwN.

Geht es dem ArbZG und der Arbeitszeit-RL um den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer und legen zu diesem Zweck beide die – noch gesundheitsverträgliche – Höchstdauer zulässiger Arbeitszeit fest, so geht es bei § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG um die Festlegung der konkreten Lage der Arbeitszeit innerhalb der 24 Stunden eines Werktags, bei § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG um die Reaktion auf vorübergehende Schwankungen des benötigten Gesamt-Arbeitszeitvolumens.

1. Die Mitbestimmung des BR gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betrifft damit die Lage der Grenze zwischen Arbeitszeit und Freizeit.⁶⁰ Sie erstreckt sich auf die Bestimmung der Wochentage, an denen gearbeitet werden soll – oder, z.B. wegen eines örtlichen Festes, (ausnahmsweise) nicht –, auf Anfang und Ende und auf die Festlegung der Pausenzeiten während einer Arbeitsschicht. Die gesundheitsschützenden Vorgaben des ArbZG etwa über die Dauer zusammenhängend zu gewährender Ruhezeiten und die Länge von Pausen sind von den Betriebsparteien als zwingendes Recht zu beachten.

a) Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfasst neben der Frage, ob im Betrieb in mehreren Schichten gearbeitet werden soll, auch die Festlegung der zeitlichen Lage der einzelnen Schichten und die Abgrenzung des Personenkreises, der Schichtarbeit zu leisten hat. Mitbestimmungspflichtig sind auch der Schichtplan als solcher und dessen nähere Ausgestaltung bis hin zur Zuordnung der einzelnen AN zu den einzelnen Schichten.⁶¹ Gibt es bislang nur einen Rahmendienstplan über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und den Beginn und das Ende von Schichten, ohne dass ein Verfahren geregelt wäre, wie die einzelnen Arbeitnehmer den einzelnen Dienstplänen zugeordnet werden, ist diese Zuordnung deshalb mitbestimmungspflichtig.⁶² Das gilt auch bei Neueinstellungen, § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG wird durch § 99 BetrVG nicht etwa verdrängt.⁶³ Der BR hat ferner darüber mitzubestimmen, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise von aufgestellten Schichtplänen abgewichen werden kann, insbes. bei Schichtumsetzungen. Die Betriebsparteien sind frei in der Entscheidung, ob sie sich auf eine Regelung über die Grundsätze der Schichtplanung beschränken, oder ob sie jeden einzelnen Schichtplan selbst aufstellen wollen.

⁶⁰ BAG 22.8.2017, 1 ABR 24/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 27; BAG 18.7.2017, 1 ABR 15/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 26; BAG 25.2.2015, 1 AZR 642/13, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 22 mwN.

⁶¹ BAG 9.7.2013, 1 ABR 19/12, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr.17.

⁶² BAG 22.8.2017, 1 ABR 4/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 28.

⁶³ BAG 22.8.2017, 1 ABR 4/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 28; dazu (nicht überzeugend) kritisch – kein kollektiver Tatbestand, Blockademöglichkeit des BR – *Groß ArbRAktuell* 2018, 37, 38.

Begnügen sie sich mit der Regelung von Kriterien und Grundsätzen, ist es zulässig, die Aufstellung von Einzelschichtplänen nach diesen Vorgaben dem Arbeitgeber zu überlassen⁶⁴.

b) Mitbestimmungspflichtig ist gleichermaßen die Einführung von Gleitzeitmodellen, auch hier geht es um die Regelung von Beginn und Ende der Arbeitszeit. Sieht eine BV zwingend einen täglichen Gleitzeitrahmen vor, so können der BR und bei groben Verstößen auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft vom AG verlangen, dass dieser die Überschreitung des Gleitzeitrahmens durch AN mittels geeigneter Maßnahmen verhindert.⁶⁵

c) Ebenso ist mitbestimmungspflichtig die Einführung von „Vertrauensarbeitszeit“⁶⁶, bei der ein bestimmter Beginn und ein bestimmtes Ende der Arbeitszeit (im Extremfall) gar nicht mehr festgelegt werden, sondern dem einzelnen Arbeitnehmer überlassen bleiben. Auch darin liegt eine zustimmungsbedürftige Regelung iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.

d) Sind AN – wie bei Personalgestellung oder AN-Überlassung – in einen anderen Betrieb als den ihres Vertrags-AG eingegliedert, begründet der Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG die Zuständigkeit des im anderen Betrieb bestehenden BR.⁶⁷

e) Auch mit Zustimmung des BR können vertraglich ausdrücklich als „veränderungsfest“ vereinbarte und konkret benannte feste Arbeitszeiten – insbes. von Teilzeitkräften – tageszeitlich nicht verschoben werden. Verstoßen Abreden gegen schon bestehende BV zu Arbeitszeiten oder Schichtplänen, so sind sie zwar, zumindest wenn sie auf den alleinigen Wunsch des AN zustande kamen, als günstigere Regelungen iSv. § 77 Abs. 4 BetrVG wohl nicht unwirksam; der AG handelt aber bei kollektiven Auswirkungen der getroffenen Abreden möglicherweise betriebsverfassungswidrig, was Unterlassungsansprüche des BR nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG iVm. § 2 BetrVG, § 1004 BGB oder nach § 23 Abs. 3 BetrVG auslösen könnte.⁶⁸ Voraussetzung für den Vorrang der Individualabrede ist in beiden Fällen die eindeutige vertragliche Fixierung.⁶⁹

f) Ist arbeitsvertraglich keine bestimmte kalendertägliche Arbeitszeit vereinbart, kann der AG die Arbeitszeitlage kraft Weisungsrechts nach billigem Ermessen innerhalb des

⁶⁴ So wörtlich BAG 29.9.2004, 5 AZR 559/03, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 5.

⁶⁵ BAG 29.4.2004, 1 ABR 30/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 8.

⁶⁶ Zum Begriffsverständnis vgl. oben I.1.e).

⁶⁷ BAG 18.7.2017, 1 ABR 15/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 26; BAG 19.6.2001, 1 ABR 43/00, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 63, mit Anm. Hamann.

⁶⁸ Zur ähnlichen Problematik im Zusammenhang mit einem Wunsch auf Reduzierung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG vgl. BAG 16.12.2008, 9 AZR 893/07, EzA TzBfG § 8 Nr. 23; BAG 24.6.2008, 9 AZR 313/07, EzA TzBfG § 8 Nr. 21; BAG 16.3.2004, 9 AZR 323/03, EzA TzBfG § 8 Nr. 8; dazu Zwanziger, AuR 2014, 216, 220; ausführlich Hamann, NZA 2010, 785; Schliemann, FS Picker 2010, 1131, 1154.

⁶⁹ Vgl. BAG 23.6.1992, 1 AZR 57/92, NZA 1993, 89.

geltenden Zeitrahmens gem. § 106 S. 1 GewO bestimmen⁷⁰ – bis hin zur Anweisung, nach 30 Jahren Betriebszugehörigkeit erstmals Sonntagsarbeit zu leisten, wenn diese behördlich erlaubt und vertraglich nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde.⁷¹ Der AG kann dies bei Existenz eines BR nur mit dessen Zustimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG⁷². Auch die behördliche Erlaubnis der Sonn- oder Feiertagsarbeit ersetzt die Zustimmung des BR zu einer entspr. Arbeitsanordnung nicht.⁷³ Die Grenzen billigen Ermessens bei der Festlegung der Lage der Arbeitszeit sind nur gewahrt, wenn der AG die berechtigten Interessen des AN, insbes. dessen schutzwürdige familiäre Belange angemessen berücksichtigt hat.⁷⁴

2. Auch betriebsverfassungsrechtlich stellt sich die Frage: Was ist „Arbeitszeit“?

a) Sind Zeiten, die für das Anlegen von Dienstkleidung im Betrieb benötigt werden, Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG? Wenn ja, müssen AN bei einem in einer BV z.B. auf 9.00 Uhr festgelegten Dienstbeginn zu dieser Zeit nicht schon umgezogen in Dienstkleidung am Arbeitsplatz erscheinen, sondern brauchen um 9.00 Uhr erst mit dem Umkleiden zu beginnen.

aa) Die Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG beginnt mit Aufnahme der Arbeit. „Arbeit“ iSd. BetrVG ist ein Tätigsein, welches einem fremden Bedürfnis dient und nicht zugleich ein eigenes Bedürfnis erfüllt. AN „arbeiten“, wenn sie im ganz überwiegenden Interesse des AG tätig sind. Das Anlegen von Kleidung liegt zwar durchaus im Eigeninteresse der Beschäftigten, aber nicht das Anlegen auffälliger Dienstkleidung. Deren Tragen dient (fast) allein dem AG-Interesse. Wenn die betreffende Dienstkleidung den Beschäftigten im öff. Raum ohne Weiteres als AN seines AG ausweist, liegt eine „auffällige“ Dienstkleidung vor. Sie im Betrieb anzulegen ist deshalb „Arbeit“, mit deren Aufnahme die Arbeitszeit beginnt.⁷⁵ Mit Blick auf regelrechte Schutzkleidung gilt dies erst recht. Legt der AN die auffällige Dienstkleidung schon zu Hause an, beginnt damit die Arbeitszeit allerdings noch nicht.

⁷⁰ BAG 18.4.2012, 5 AZR 195/11, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 13 mwN.

⁷¹ BAG 15.9.2009, 9 AZR 757/08, EzA GewO § 106 Nr. 4; krit. *Preis/Ulber*, NZA 2010, 729; zugleich haben AN, die individualrechtlich an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden dürfen, öffentlich-rechtlich die Befugnis, gegen die auf Antrag des AG ergangene behördliche Feststellung zu klagen, dass eine Beschäftigung von AN an Sonn- und Feiertagen nach dem ArbZG zulässig ist, *BVerwG* 19.9.2000, 1 C 17/99, AuR 2000, 468.

⁷² Speziell zur Arbeit an Sonntagen BAG 25.2.1997, 1 ABR 69/96, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 57; *Kühn* AuR 2010, 299, 302; *Schoof*, AiB 2011, 721, 727.

⁷³ Zutreffend *Schoof*, AiB 721, 727.

⁷⁴ BAG 23.9.2004, 6 AZR 567/03, EzA GewO § 106 Nr. 1.

⁷⁵ BAG 10.11.2009, 1 ABR 54/08, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 14; BAG 17.11.2015, 1 ABR 76/13, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 23; zu den praktischen Auswirkungen ferner *Springer/Wrieske*, AuR 2010, 303, 305.

bb) Mit dieser Zuordnung von Umkleidezeiten zur Arbeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn ist nicht notwendig ihre Zuordnung zur Arbeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinn von § 2 Abs. 1 ArbZG und vergütungsrechtlichen Sinn von § 611 BGB verbunden. Es bedarf insoweit einer eigenständigen Prüfung, auch wenn vieles dafür spricht, auch unter diesem Aspekt „Arbeit“ anzunehmen. Schon hier sei angemerkt, dass nicht jede Arbeit überhaupt,⁷⁶ und selbst wenn doch, in gleicher Höhe zu vergüten ist;⁷⁷ ist die fragliche Arbeit vergütungspflichtig, ist sie zumindest mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten.⁷⁸

b) Das BAG hat den vor Beginn der regulären Arbeitsschicht liegenden Beginn einer Dienstreise mit öff. Verkehrsmitteln, während derer der AN keinerlei Arbeitsaufgaben nachkommen muss, nicht mit dem Beginn der Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gleichgesetzt.⁷⁹ Der Umstand, dass eine Dienstreise im Interesse des AG unternommen werde, mache die dafür aufgewendete Zeit nicht automatisch zu einer solchen, während derer Arbeit geleistet werde. Mit dem Reisen als solchem seien keine Tätigkeiten verbunden, die im Interesse des AG ausgeübt würden. Das könne zwar auch bei Mitarbeitern ohne Außendienstaufgaben anders zu beurteilen sein, wenn für die Dienstreise die Benutzung eines PKW und dessen Steuerung durch den AN angeordnet würden, weil der AG auf diese Weise vom AN auch während der Reise bestimmte Tätigkeiten verlange. Bloßes Reisen sei aber keine Arbeitsleistung, die dafür benötigte Zeit Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Der Umstand, dass der AN mit dem Antritt einer Dienstreise in der Gestaltung seiner Freizeit auch dann beschränkt sei, wenn er ein Fahrzeug nicht selbst steuern müsse und während der Fahrt keine Arbeitsaufgaben zu erledigen habe, rechtfertige keine andere Beurteilung. Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betreffe die Lage der Grenze zwischen Freizeit und „Arbeitszeit“. Ihm unterlägen nicht Einschränkungen der Freizeit durch ein Verhalten des AN, das keine Arbeitsleistung zum Gegenstand habe.⁸⁰ Das BAG hatte in letzter Zeit keine Gelegenheit, diese Ansicht zu überprüfen.

3. Nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG ist mitbestimmungspflichtig die vorübergehende Verlängerung und Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.

⁷⁶ Vgl. § 612 Abs. 1 BGB; dazu BAG 23.9.2015, 5 AZR 626/13, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 18.

⁷⁷ BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 3.

⁷⁸ BAG 29.6.2016, 5 AZR 716/15, EzA MiLoG § 1 Nr. 2; BAG 19.11.2014, 5 AZR 1101/12, EzA BGB 2002 § 611 Arbeitsbereitschaft Nr.5.

⁷⁹ BAG 14.11.2006, 1 ABR 5/06, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 10.

⁸⁰ BAG 14.11.2006, 1 ABR 5/06, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 10; zust. *Kleinebrink*, ArbRB 2011, 26, 28.

a) Die dauerhafte, unbefr. Verkürzung oder Verlängerung (des Volumens) der Arbeitszeit unterliegt nach geltender Rechtslage keiner zwingenden Mitbestimmung des BR nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Sie ist allein Gegenstand arbeits- oder tarifvertraglicher Regelungen. Auch §§ 8, 9 TzBfG handeln nur vom individualrechtlichen Anspruch auf Verkürzung bzw. (Wieder-)Aufstockung der Arbeitszeit. Hier setzen Überlegungen der Kommission für Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht im Dt. Juristinnenbund zu einem „Wahlarbeitszeitgesetz“⁸¹ an, die ein Mitbestimmungsrecht des BR bei der Entscheidung über individuelle Wünsche zum Umfang der Arbeitszeit – wie nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG bei Streitigkeiten über die zeitliche Lage des Urlaubs – favorisieren. Sie sind allerdings (noch) kein geltendes Recht.

b) Die vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit – etwa zwecks Einführung (zeitlich befr.) Kurzarbeit – bedarf wegen des erheblichen Eingriffs in die bestehenden Vertragsabsprachen zwingend einer förmlichen BV iSv. § 77 Abs. 2 BetrVG. Diese muss den Bestimmtheitsanforderungen an normative Regelungen genügen. Erforderlich ist deshalb, dass sie die sich aus ihr ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regelt, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Es müssen zumindest Beginn und Ende der fraglichen Zeitspanne, die Lage und Verteilung der gekürzten Arbeitszeit und die von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter zweifelsfrei bestimmt sein.⁸² Der Betriebsrat hat in diesem Zusammenhang ein Initiativrecht, so dass er die Einführung von Kurzarbeit verlangen und gegebenenfalls über einen Spruch der Einigungsstelle erzwingen kann.⁸³

c) Bei einer vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit ist Inhalt der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Frage, ob zusätzlicher Arbeitsbedarf durch eine vorübergehende Erhöhung der betriebsüblichen, d.h. typischerweise der regelmäßigen Arbeitszeit abgedeckt werden soll – oder eben nicht – und welche AN in welchem Umfang diese Arbeit leisten sollen.⁸⁴ Für Teilzeitbeschäftigte ist die betriebsübliche Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ihre regelmäßige individuelle Arbeitszeit. Auch deren vorübergehende Verlängerung ist mitbestimmungspflichtig. Die Mitbestimmung entfällt nicht dadurch, dass Überstunden eilbedürftig sind.⁸⁵

⁸¹ Dort unter II.

⁸² BAG 18.11.2015, 5 AZR 491/14, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 24; BAG 14.2.1991, 2 AZR 415/90, EzA BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 1.

⁸³ BAG 4.3.1986, 1 ABR 15/84, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 17.

⁸⁴ BAG 22.8.2017, 1 ABR 24/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 27.

⁸⁵ BAG 17.11.1998, 1 ABR 12/98, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 59.

aa) Entscheidend für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG 2001 ist der Umstand, dass die Arbeitszeit der Betroffenen nur „vorübergehend“ verlängert werden soll. Die auf Dauer angelegte vertragliche Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit durch die Parteien des Arbeitsvertrags bedarf keiner Zustimmung des BR nach dieser Bestimmung.

bb) Vorübergehend iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist eine Verlängerung, wenn für einen überschaubaren Zeitraum vom ansonsten maßgeblichen Zeitvolumen abgewichen wird, um anschließend zur betriebsüblichen Dauer zurückzukehren. Ob eine Verlängerung der Arbeitszeit vorübergehend oder dauerhaft erfolgt, hängt damit davon ab, ob sie die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit in ihrer Regelmäßigkeit und als „normale“ betriebliche Arbeitszeit der betreffenden AN unverändert lässt oder gerade diese Normalität ändert und zu einer neuen regelmäßigen betrieblichen Arbeitszeit führt. Maßgeblich ist, ob die bisherige betriebsübliche Arbeitszeit nach der Planung des AG die „übliche“ bleibt und die Arbeitszeitverteilung bzgl. der einzelnen AN weiterhin prägt.⁸⁶ Das tut sie auch dann noch, wenn die Erhöhung der Arbeitszeit immerhin ein Jahr andauern soll.⁸⁷ Für das Mitbestimmungsrecht ist es ohne Bedeutung, ob die Arbeitszeit durch (wirksame) einseitige Anordnung des Arbeitgebers oder durch vertragliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien vorübergehend verlängert werden soll.

d) Individualrechtlich ist die Anordnung von Überstunden gegen den Willen des Arbeitnehmers selbst bei Zustimmung des Betriebsrats dann nicht wirksam, wenn vertraglich eindeutig ein Freiwilligkeitsvorbehalt zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart wurde. Auch mit Zustimmung des Betriebsrats vermag der Arbeitgeber grundsätzlich keine günstigeren vertraglichen Positionen des Arbeitnehmers zu beseitigen.

e) Die Befugnis zur Anordnung von Überstunden ist auch nicht Teil des Direktionsrechts des AG.⁸⁸ Hat sich der AN also vertraglich nicht ausdrücklich zur Leistung von Überstunden bereit erklärt, besteht eine solche Pflicht grds. nicht.⁸⁹ Sie kann sich im Einzelfall als Nebenpflicht des AN aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben. Die für diesen Fall bestehende Befugnis des AG, die Leistung zu verlangen, muss aber billigem Ermessen iSv. § 106 S. 1 GewO § 315 Abs. 1 BGB entsprechen.

⁸⁶ BAG 9.7.2013, 1 ABR 19/12, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 17; BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5.

⁸⁷ BAG 24.4.2007, 1 ABR 47/06, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 11.

⁸⁸ BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5; BAG 25.3.1987, 5 AZR 691/85.

⁸⁹ Vgl. nur Schliemann, FS Picker 2010, S. 1131, 1138.

f) Ohne dass es eine (tarif)vertragliche Vereinbarung zur Leistung von Überstunden gäbe, kann sich das Recht des AG, sie zu verlangen, aus einer entspr. BV ergeben.⁹⁰ Gem. § 77 Abs. 4 BetrVG sind BV in der Lage, gegenseitige Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zu begründen, soweit auf diese Weise nicht zu Lasten der AN in gerade dagegen gesicherte individualrechtliche Positionen und Ansprüche eingegriffen wird. In diesen Grenzen vermag eine BV deshalb die Dauer der Arbeitszeit ohne Rücksicht auf den Willen der AN vorübergehend zu ändern. Die dazu erforderliche rechtliche Ermächtigung folgt aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG selbst⁹¹.

g) Nicht mitbestimmungspflichtig ist die Regelung, ob geleistete Überstunden als solche finanziell vergütet oder durch Freizeitausgleich abgegolten werden sollen.⁹² Hierbei geht es nicht um die Lage oder die (vorübergehende) Dauer der Arbeitszeit.

h) Entsendet der Verleiher bei ihm vollzeitbeschäftigte Leih-AN in Betriebe, in denen die betriebsübliche Arbeitszeit länger ist als im eigenen Verleiherbetrieb, ordnet der Verleiher auf Grund der im Leiharbeitsvertrag vereinbarten Befugnis gegenüber dem Leih-AN Mehrarbeit an. Das führt zu einer vorübergehenden Erhöhung der betriebsüblichen Arbeitszeit im Verleiherbetrieb. Damit stellt sich allein dort die dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zugrundeliegende Frage, wie dieser Mehrbedarf gedeckt werden und welche AN oder AN-Gruppen ggf. zur Ableistung von Mehrarbeit herangezogen werden sollen. Aus diesem Grund ist der BR des Verleiherbetriebs für die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts zuständig.⁹³ Etwas Anderes gilt, wenn für (Stamm- und) Leih-AN im Entleiherbetrieb auf Grund einer späteren Entscheidung des Entleihers Mehrarbeit angeordnet wird und diese Anordnung die betriebsübliche Arbeitszeit im Entleiherbetrieb vorübergehend verlängert. In diesem Fall stellt sich die mitbestimmungspflichtige Frage im Entleiherbetrieb, in dem nur dessen Betriebsrat zuständig ist. Das schließt eine Doppelzuständigkeit eines der Betriebsräte aus⁹⁴.

i) Die Einführung von Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit bedeutet mitbestimmungsrechtlich in beiden Fällen die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit und bedarf deshalb der

⁹⁰ BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5; freilich nur aus einer förmlichen BV als unmittelbar geltender Norm, nicht aus einer bloßen Zustimmung des BR im Einzelfall, so zu Recht *Schoof* AiB 2011 721, 727.

⁹¹ BAG 3.6.2003, 1 AZR 349/02, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 5.

⁹² BAG 22.8.2017, 1 ABR 24/16, EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 27.

⁹³ BAG 19.6.2001, 1 ABR 43/00, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 63, mit Anm. *Hamann*.

⁹⁴ BAG 19.6.2001, 1 ABR 43/00, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 63, mit Anm. *Hamann*.

Zustimmung des BR nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.⁹⁵ Das könnte auch für das Verlangen des AG nach Erreichbarkeit in der „Freizeit“ gelten.⁹⁶ Die individualrechtliche Lage ist die Gleiche wie bei der Anordnung „normaler“ Überstunden.⁹⁷

4. Zwar muss der Betriebsrat der einvernehmlichen dauerhaften Erhöhung der Arbeitszeit – ebensowenig wie der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung des Umfangs der Arbeitszeit – nicht nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG zustimmen. In der Erhöhung des Umfangs der Wochenarbeitszeit kann aber eine Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG liegen.

a) Mit Blick auf Sinn und Zweck der Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG hat das BAG diese Bestimmung dahin ausgelegt, dass in der nicht unerheblichen Erhöhung des bisherigen Arbeitszeitvolumens für eine Dauer von mehr als einem Monat (erneut) eine „Einstellung“ liege, die eine (erneute) Beteiligung des BR erforderlich mache.⁹⁸ Für § 99 Abs. 1 BetrVG wiederum kommt es nicht darauf an, ob diese Erhöhung der regelmäßigen, betriebsüblichen Arbeitszeit dauerhaft, also unbefr. erfolgen soll, oder nur befr. für länger als einen Monat. Es liegt in beiden Fällen eine (abermalige) „Einstellung“ vor.⁹⁹

b) Das BAG ist dafür unter dem Vorwurf der Überschreitung des Sinns des Wortes „Einstellung“ und damit unter dem Vorwurf eines Verstoßes gegen die Bindung an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG kritisiert worden. Selbst wenn der Vorwurf zuträfe, müsste jedenfalls über eine analoge Anwendung von § 99 Abs. 1 BetrVG nachgedacht werden – mit letztlich wohl gleichem Ergebnis. Der Wortsinn ist zwar Grenze der Gesetzesauslegung, nicht aber der Rechtsanwendung schlechthin;¹⁰⁰ eben das besagt die Bindung an Gesetz „und Recht“. Die für den Analogieschluss verfassungsrechtlich und methodisch erforderliche „Ähnlichkeit“ der Sachverhalte von (Erst-)Einstellung und erheblicher Erhöhung der Wochenarbeitszeit eines schon Beschäftigten läge jedenfalls vor.

c) Als in diesem Sinne erhebliche Erhöhung des bisherigen Arbeitszeitvolumens hat das BAG eine Erhöhung um zehn oder mehr Wochenstd. angesehen. Aus § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber ein solches Wochenarbeitszeitvolumen als typische

⁹⁵ BAG 29.2.2000, 1 ABR 15/99, EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 61; BAG 21.12.1982, 1 ABR 14/81, EzA BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 16.

⁹⁶ Vgl. dazu Däubler, SR 2016, 2, 17; Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052, 2055.

⁹⁷ Vgl. HessLAG 6.11.2007, 12 Sa 1606/06.

⁹⁸ BAG 25.1.2005, 1 ABR 59/03, EzA BetrVG 2001 § 99 Einstellung Nr. 3.

⁹⁹ Bei der vorübergehenden Verlängerung der Arbeitszeit kann bei entspr. erheblichem Umfang der Erhöhung neben § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auch § 99 Abs.1 BetrVG zu beachten sein; vgl. unten c).

¹⁰⁰ Vgl. nur BVerfG 14.2.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287.

Untergrenze für die Dauer der Arbeitszeit und gleichzeitig typisierend als ausreichend für einen eigenständigen Teilzeit-Arbeitsplatz ansieht.¹⁰¹

d) Wenn die Erhöhung sukzessive erfolgt, löst diejenige (Teil-)Erhöhung das Erfordernis einer neuerlichen Zustimmung des BR aus, aufgrund derer sich das Arbeitszeitvolumen nunmehr insg. um zehn oder mehr Wochenstd. über dasjenige Volumen hinaus erhöht, das bei der zuletzt vom BR mitbestimmten – also idR. bei der ursprünglichen – Einstellung vereinbart worden war.

3 VERGÜTUNG

Der dritte Aspekt von „Arbeitszeit“ betrifft den schuldrechtlichen, insbesondere den vergütungsrechtlichen Bereich.

1. Vereinbaren die Parteien im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis, wollen sie im Zweifel ein Vollzeit-Arbeitsverhältnis mit der für Vollzeitkräfte betriebsüblichen Arbeitszeit begründen.¹⁰²

a) Heißt es im Arbeitsvertrag, der AN werde „in Vollzeit beschäftigt“ und gibt es – etwa in einem Betrieb des priv. Omnibusgewerbes – keine klar erkennbare betriebsübliche Vollarbeitszeit, darf der AN die Vertragsabrede dahin verstehen, dass er mit einer Wochenarbeitszeit von 40 Std. – errechnet auf Basis einer 5-Tage-Woche mit täglich 8 Std. Höchst-arbeitszeit – eingestellt werde.¹⁰³

b) Heißt es im Arbeitsvertrag unter „Entgelt und Arbeitszeit“, es sei „eine Festbeschäftigung mit flexibler Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen vereinbart“, so ist der Umfang der regelmäßigen Arbeitszeit nicht bestimmt. Mangels jeglichen entgegenstehenden Anhaltspunkts kann der AN in diesem Fall nicht annehmen, es solle ein Vollzeit-Arbeitsverhältnis begründet werden. Es gilt vielmehr § 12 Abs. 1 TzBfG.¹⁰⁴ Die Regel, wonach bei Fehlen einer Teilzeitvereinbarung im Zweifel ein Vollzeitarbeitsverhältnis begründet wird, greift erst dann ein, wenn es nicht nur an einer ausdrücklichen Vereinbarung über ein Teilzeitarbeitsverhältnis fehlt, sondern sich auch durch Auslegung eine Teilzeitvereinbarung nicht ermitteln lässt.¹⁰⁵

¹⁰¹ BAG 9.12.2008, 1 ABR 74/07, EzA BetrVG 2001 § 99 Einstellung Nr. 11; LAG *Rh.-Pf.* 6.8.2015, 5 TaBV 11/15.

¹⁰² Vgl. BAG 15.5.2013, 10 AZR 325/12, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 39 mwN.

¹⁰³ BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 16.

¹⁰⁴ BAG 24.9.2014, 5 AZR 1024/12, EzA TzBfG § 12 Nr. 3

¹⁰⁵ BAG 24.9.2014, 5 AZR 1024/12, EzA TzBfG § 12 Nr. 3; zur Kritik wegen Missachtung des Transparenzgebots *Preis*, RdA 2015, 244.

c) Gibt es keinen schriftlichen Arbeitsvertrag oder Nachweis der Vertragsbedingungen, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nachträglich auf die gelebte Vertragspraxis zurückgegriffen werden, um den Umfang der regelmäßig geschuldeten Arbeitszeit festzustellen. Dabei ist auf einen aussagekräftigen Referenzzeitraum abzustellen, der Zufälligkeiten möglichst ausschließt.¹⁰⁶

2. Fraglich ist, ob zusätzlich zur festgelegten Wochenarbeitszeit wirksam vereinbart werden kann, der AN verpflichte sich auf Abruf zu noch weiterer Arbeit, ohne dass deren zeitlicher Umfang exakt feststünde. In dem vom Fünften Senat des *BAG* entschiedenen Fall¹⁰⁷ hatten die Parteien Folgendes vereinbart:

„4.1 Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 30 Std. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der AN keinen Anspruch gegen den AG hat, ihn wöchentlich mehr als 30 Std. zu beschäftigen. Die Arbeitswoche beginnt am Montag und endet am Samstag. Der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Pausenregelung richten sich nach den individuellen Vereinbarungen zwischen dem AN und dem AG. ... Der AG teilt dem AN den Beginn und das Ende der Arbeitszeit jeweils eine Woche vorher mit.

4.2 Der AN erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden und verpflichtet sich, auf eine Aufforderung des AG mehr als 30 Std. zu arbeiten. Die Arbeit wird je nach Arbeitsanfall jeweils eine Woche vorher eingeteilt. Für die geleisteten Arbeitsstunden von der 30. Std. bis einschließlich der 40. Std. erhält der AN dieselbe Stundenvergütung je geleisteter Arbeitsstunde wie für die Arbeitsstunden innerhalb der Regelarbeitszeit.“

Nach Auffassung des *BAG* verstößt eine Regelung wie in Nr. 4.2 nicht gegen § 12 Abs. 1 TzBfG, wohl aber gegen § 307 Abs. 1 BGB.

a) Danach haben die Parteien „Arbeit auf Abruf“ vereinbart und deren Umfang offengelassen. Für § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG reicht es aus, dass eine Mindestdauer der wöchentlichen Arbeitszeit – wie in Nr. 4.1 geschehen – vereinbart worden ist. Weiter reicht der Schutzzweck der Vorschrift nicht. Sie will nur ausschließen, dass der Arbeitgeber den

¹⁰⁶ *BAG* 2.11.2016, 10 AZR 419/15, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 7.

¹⁰⁷ *BAG* 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

Arbeitnehmer gar nicht zur Arbeit heranzieht. Mit einem auch nach oben fixen Volumen hätte die ersichtlich gewünschte Flexibilisierung im Übrigen nicht erreicht werden können¹⁰⁸

b) Hinreichenden Schutz gewährt die Inhaltskontrolle nach §§ 307 f. BGB. Sie ergibt, dass eine Klausel wie in Nr. 4.2 des Vertrags zugunsten eines einseitigen Bestimmungsrechts des AG von dem Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ und damit von „Rechtsvorschriften“ iSv. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB abweicht und den AN unangemessen benachteiligt. Sie verlagert das Wirtschaftsrisiko iSv. § 615 BGB teilweise auf den AN. Ein Flexibilitätsinteresse des Arbeitgebers ist zwar legitim. Die angemessene Grenze der Flexibilität „nach oben“ sieht das BAG aber bei 25 v.H. des vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeitvolumens, die einer Flexibilität „nach unten“ – also der einseitigen Absenkung der regulären Arbeitszeit – bei 20 v.H. des vereinbarten Volumens erreicht.¹⁰⁹ Ein flexibles Plus-Volumen von (mind.) 10 Std. bei einer fest vereinbarten Wochenarbeitszeit von 30 Std. überschreitet diese Grenze.

c) Die gegen diese Entscheidung des BAG gerichtete Verfassungsbeschwerde des AG wurde zurückgewiesen.¹¹⁰

3. Gemäß einer Klausel in AGB, der zufolge die „ersten 20 Überstunden des Monats“ in der Monatsvergütung „mit drin“ sind, hat der AN für monatlich bis zu 20 Überstunden keinen Anspruch auf gesonderte Vergütung. Die Parteien haben auf diese Weise ausschließlich die Vergütung von Überstunden, nicht aber die Befugnis zur einseitigen Anordnung von Überstunden geregelt. Darin hat das BAG eine Hauptleistungsabrede gesehen, die mangels Abweichung von Rechtsvorschriften von einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ausgenommen ist.¹¹¹

4. Eine Klausel, der zufolge der AN „bei betrieblicher Erfordernis zur Mehrarbeit verpflichtet“ ist, die nicht gesondert vergütet werde, ist dagegen gem. § 307 Abs. 3 S. 2 iVm. Abs. 1 S. 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenz- und das aus diesem abzuleitende Bestimmtheitsgebot unwirksam. Eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen. Der AN muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was ggf. „auf ihn zukommt“ und welche

¹⁰⁸ BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

¹⁰⁹ BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, EzA TzBfG § 12 Nr. 2.

¹¹⁰ BVerfG 23.11.2006, 1 BvR 1909/06.

¹¹¹ BAG 16.5.2012, 5 AZR 331/11, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 5; dazu Kock EWiR § 612 BGB 3/12.

Leistung er für die vereinbarte Vergütung max. erbringen muss.¹¹² Das ist hier – anders als im vorerwähnten Beispiel – nicht der Fall. Das Gleiche gilt für Vertragsklauseln, denen zufolge „durch die zu zahlende Bruttovergütung ... eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten (ist)“¹¹³, „mit der vorstehenden Vergütung ... erforderliche Überstunden des AN mit abgegolten (sind)“¹¹⁴ oder „Reisezeiten (eines Kraftfahrers), die außerhalb der normalen Arbeitszeit anfallen, ... mit der ... zu zahlenden Vergütung abgegolten (sind)“.¹¹⁵

5. Ob angefallene Überstunden auch vergütet werden müssen, richtet sich nach § 612 Abs. 1 BGB. Entscheidend ist danach, ob insoweit eine obj. Vergütungserwartung besteht. Deren Bestehen hat der AN darzulegen und ggf. zu beweisen.¹¹⁶

a) Die nach § 612 Abs. 1 BGB erforderliche – objektive – Vergütungserwartung wird zwar in vielen Bereichen des Arbeitslebens gegeben sein. Einen allg. Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu vergüten ist, gibt es jedoch nicht. Die Vergütungserwartung ist deshalb stets anhand eines obj. Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme.¹¹⁷

b) Sie kann bei Diensten höherer Art – etwa bei denen eines angestellten RA – und/oder einer „herausgehobenen“ regulären Vergütung fehlen. In diesem Sinne „herausgehoben“ ist eine Vergütung, die die Beitragsbemessungsgrenzen in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.¹¹⁸

c) Auch für Reisezeiten, die ein AN über den Umfang seiner regelmäßigen Arbeitszeit hinaus im Interesse des AG aufwendet, besteht ein Vergütungsanspruch nur, wenn das (tarif)vertraglich vereinbart oder Vergütung „den Umständen nach“ (§ 612 Abs. 1 BGB) zu erwarten ist.¹¹⁹

¹¹² BAG 22.2.2012, 5 AZR 765/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 12.

¹¹³ BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 10.

¹¹⁴ BAG 1.9.2010, 5 AZR 517/09, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 50.

¹¹⁵ BAG 20.4.2011, 5 AZR 200/10, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 3.

¹¹⁶ BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 11.

¹¹⁷ BAG 21.9.2011, 5 AZR 629/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 11.

¹¹⁸ Vgl. 22.2.2012, 5 AZR 765/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 12; BAG 17.8.2011, 5 AZR 406/10, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 10.

¹¹⁹ BAG 3.9.1997, 5 AZR 428/96, EzA BGB § 612 Nr. 20, mit Anm. *Bernstein*; das BAG hat in dieser Entscheidung eine Vergütungserwartung für die ersten 2 Reisestunden eines herausgehoben vergüteten angestellten Wirtschaftsprüfers verneint.

6. AN, die auf Vergütung von Überstunden klagen, tragen die – abgestufte – Darlegungs- und letztlich Beweislast dafür, dass Überstunden – vom AG angeordnet oder geduldet – geleistet wurden.¹²⁰

a) Der AN genügt seiner Darlegungslast zunächst dadurch, dass er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des AG zur Arbeit bereit gehalten hat.¹²¹ Es ist sodann Sache des AG, dazu substantiiert Stellung zu nehmen; andernfalls gilt das Vorbringen des AN nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

b) Steht zwar als unstr. oder nach § 286 Abs. 1 ZPO fest, dass tatsächlich Überstunden geleistet wurden, weil die dem AN vom AG zugewiesene Arbeit nicht ohne Überstunden zu erbringen war, kann aber der AN nicht jede einzelne Überstunde belegen, können und müssen die Tatsachengerichte nach pflichtgemäßem Ermessen das Mindestmaß geleisteter Überstunden nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs.1 S. 1, Satz 2 ZPO schätzen, sofern dafür ausreichende Anknüpfungstatsachen vorliegen.¹²²

7. Auch vergütungsrechtlich ist zu fragen: Was ist – vergütungspflichtige – Arbeitszeit?

a) Zeiten, die ein AN zum Anlegen einer vom AG vorgeschriebenen (Krankenhaus-)Kleidung benötigt, die erst im Betrieb getragen werden darf, rechnet das BAG – mittlerweile – zu den vergütungspflichtigen „versprochenen Diensten“ iSv. § 611 BGB.¹²³

aa) Der AG verspricht regelmäßig die Vergütung für alle Dienste, die er dem AN abverlangt. Ordnet er das Umkleiden im Betrieb an, macht er das Umkleiden und Zurücklegen des Wegs von der Umkleide- zur Arbeitsstelle zur arbeitsvertraglichen Verpflichtung.¹²⁴ Die für „Arbeit“ nötige Fremdnützigkeit ergibt sich aus der Weisung, die Arbeitskleidung erst im Betrieb anzulegen und sich dort an einer zwingend vorgegebenen, vom Arbeitsplatz getrennten Umkleidestelle umzuziehen.¹²⁵ Für den Fall, dass der AG das Anlegen auffälliger (weißer) Dienstkleidung eines Krankenpflegers zu Hause gestattet, der AN sich aber erst im Krankenhaus umzieht, hat das LAG *Niedersachsen* einen Vergütungsanspruch für die dazu

¹²⁰ Vgl. dazu *Müller-Wenner*, AuR 2015, 4.

¹²¹ BAG 21.12.2016, 5 AZR 362/16, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 9.

¹²² BAG 25.3.2015, 5 AZR 602/13, EzA BGB 2002 § 612 Nr. 16.

¹²³ BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; BAG 19.9.2012, 5 AZR 678/11, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 2.

¹²⁴ BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; BAG 19.9.2012, 5 AZR 678/11, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 2; anders noch BAG 11.10.2000, 5 AZR 122/99, EzA BGB § 611 Nr. 30, wo zwar auch das Vorliegen von „Arbeit“ angenommen, wenn auch nicht aus § 611 BGB, sondern aus § 612 Abs. 1 BGB („Dienstleistung“) abgeleitet, aber sodann eine Vergütungserwartung verneint wurde.

¹²⁵ BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8.

benötigte Zeit verneint; die Revision hat es zugelassen.¹²⁶ Das hat das BAG – im dazu ergangenen Revisionsurteil – anders gesehen¹²⁷: An der ausschließlichen Fremdnützigkeit fehlt es zwar auch, wenn es dem Arbeitnehmer gestattet ist, eine an sich besonders auffällige Dienstkleidung außerhalb der Arbeitszeit zu tragen, und er sich dazu entscheidet, diese nicht erst im Betrieb an- und abzulegen. Dann dient das Umkleiden außerhalb des Betriebs nicht nur einem fremden Bedürfnis, weil der Arbeitnehmer keine eigenen Kleidungsstücke auf dem Arbeitsweg einsetzen muss oder sich aus anderen, selbstbestimmten Gründen gegen das An- und Ablegen der Dienstkleidung im Betrieb entscheidet. Legt der AN die auffällige Dienstkleidung aber erst im Betrieb an, ist die dafür benötigte Zeit auch dann Arbeitszeit, wenn die Dienstkleidung auch außerhalb des Betriebs getragen werden darf. Dabei kann auch eine ausschließlich in weißer Farbe gehaltene Kleidung „besonders auffällig“ sein. Zwar kann der AN angesichts ihrer nicht ohne weiteres einem bestimmten Arbeitgeber zugeordnet werden. Um eine besonders auffällige Dienstkleidung handelt es sich jedoch auch dann, wenn der AN aufgrund der Ausgestaltung seiner Kleidungsstücke in der Öffentlichkeit jedenfalls mit einem bestimmten Berufszweig oder einer bestimmten Branche in Verbindung gebracht wird. An einer solchen Offenlegung seiner beruflichen Tätigkeit gegenüber Dritten hat der AN regelmäßig kein eigenes Interesse. Für die Zuordnung zu einer Branche bzw. einem Berufszweig ist ohne Bedeutung, ob die Dienstkleidung in dezenten oder auffälligen Farben gehalten ist.¹²⁸

bb) Verlangen arbeitsschutzrechtliche Vorschriften das Anlegen von Schutzkleidung, wird die Vergütungspflicht des AG für diese Zeiten von einigen Stimmen zudem aus § 3 Abs. 3 ArbSchG hergeleitet; die „Kosten für Maßnahmen nach diesem Gesetz“ – dem ArbSchG – dürfe der AG nicht den Beschäftigten auferlegen.¹²⁹ Deshalb könnten auch TVE – anders als bei „normaler“ Dienstkleidung – nicht wirksam die Unentgeltlichkeit der für das An- und Ablegen von Schutzkleidung erforderlichen Zeiten vorsehen.¹³⁰ Das BAG ist dem nicht gefolgt. Durch die Verpflichtung zum Anlegen von Schutzkleidung würden dem AN weder „Kosten“ auferlegt, noch könne man jemandem Kosten „auferlegen“, wenn diese nicht zuvor entstanden seien. § 3 Abs. 3 ArbSchG erfasse keine zeitlichen Dispositionen des AG.¹³¹

¹²⁶ LAG *Niedersachsen* 3.5.2016, 11 Sa 1007/15, NZA 2016, 10.

¹²⁷ BAG 6.9.2017, 5 AZR 382/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 9.

¹²⁸ BAG 6.9.2017, 5 AZR 382/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 9.

¹²⁹ Vgl. *Kohte*, AuR 2016, 404 mwN. auch zur Gegenmeinung; a.A. *Gaul/Hofelich*, NZA 2016, 149, 151.

¹³⁰ *Kohte*, aaO.

¹³¹ BAG 13.12.2016, 9 AZR 574/15, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 7.

cc) Mit Urteil vom 19.3.2014 hat das BAG die „versprochenen Dienste“ auf das weisungsgemäße Abholen von Dienstkleidung an einer außerbetrieblichen Ausgabestelle erstreckt und auch die dafür aufgewendete Zeit als vergütungspflichtig angesehen – unbeschadet ihrer arbeitszeitrechtlichen Einordnung.¹³²

dd) Ob zur vergütungspflichtigen Arbeit auch die für das Duschen vor dem Anlegen und/oder nach Ablegen der Dienstkleidung benötigte Zeit zählt, hängt davon ab, ob Körperpflege aus hygienischen Gründen verbindlich vorgeschrieben oder „Privatsache“ ist.¹³³

ee) Wieder trägt der AN die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass Umkleide- und Wegezeiten tatsächlich angefallen, vom AG veranlasst worden und im geltend gemachten Umfang erforderlich gewesen sind. Steht nach § 286 ZPO fest, dass Umkleide- und Wegezeiten auf Veranlassung des AG entstanden sind, kann der AN aber seiner Darlegungs- oder Beweislast für den erforderlichen zeitlichen Umfang nicht in jeder Hinsicht genügen, darf das Gericht die erforderlichen Umkleide- und damit verbundenen Wegezeiten auch hier nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 S. 1 und S. 2 ZPO schätzen.¹³⁴

b) Dienstreisen vom Betrieb zu einer auswärtigen Arbeitsstelle sind vergütungspflichtige Arbeitszeit, die allerdings nicht notwendig in „Normalhöhe“ vergütet werden müssen.¹³⁵ Wurde keine anderslautende (wirksame) Regelung getroffen, ergibt sich ein Anspruch auf die „Normalvergütung“ aus § 611 BGB, wenn sich die Reiseanordnung im Rahmen des Weisungsrechts des AG aus § 106 S. 1 GewO hält. Andernfalls folgt der Anspruch auf „Normalvergütung“ zumindest aus § 615 S. 1 BGB. Der AG gerät mit seiner Reiseanordnung, auf die der AN sich einlässt, in Verzug mit der Annahme der regulär geschuldeten Arbeitsleistung.¹³⁶

c) Für Dienstreisen des AN von seiner Wohnung aus und dorthin zurück gilt das Gleiche; der AN wird sich aber die Zeit anrechnen lassen müssen, die er durch Wegfall des Wegs zu und von seiner festen Arbeitsstätte erspart hat.¹³⁷

d) Gibt es keine feste Betriebsstätte, in der oder von der aus die Arbeit zu leisten bzw. anzutreten ist, so sind Fahrtzeiten von Außendienstmitarbeitern von ihrem Wohnort zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück zum Wohnort in aller Regel vergütungspflichtige

¹³² BAG 19.3.2014, 5 AZR 954/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 5.

¹³³ Vgl. dazu ArbG *Oberhausen* 4.3.2015, 3 Ca 1700/14; *Giese*, BB 2015, 2432.

¹³⁴ BAG 13.12.2016, 9 AZR 574/15, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 7; BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; a.A. *Franzen*, NZA 2016, 136, 140.

¹³⁵ BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 3.

¹³⁶ Im Ergebnis ebenso *Seeling/Kuhn*, ZArbWiss 2015, 39, 43; *Kleinebrink*, ArbRB 2011, 26, 27 mwN.

¹³⁷ BAG 8.12.1960, 5 AZR 304/58.

Arbeitszeit iSv. § 611 BGB, es sei denn, etwas Anderes wäre eindeutig vereinbart¹³⁸. Auch einem als Fahrer bei einem Personaldienstleister beschäftigten AN, der Leih-AN von und zu den Einsatzbetrieben zu transportieren hat, sind die Fahrtzeiten von seiner Wohnung zum jeweiligen Abholort und vom Rückkehrort zu seiner Wohnung mit dem Dienstfahrzeug mangels anderslautender Absprachen zu vergüten.¹³⁹

8. Folgendes gilt es sich nochmals klarzumachen:

a) Die Einordnung einer bestimmten Zeitspanne als Arbeitszeit im arbeitszeitrechtlichen, also gesundheitsschutzrechtlichen Sinne besagt nicht notwendig, dass diese Zeit auch gesondert vergütungspflichtig, und schon gar nicht, dass sie mit 100 v.H. der (tarif)vertraglichen Normalvergütung zu vergüten wäre. Vielmehr kann durch Arbeits- oder Tarifvertrag eine gesonderte Vergütungsabrede für solche anderen als die „eigentlich“ geschuldeten (Haupt-)Tätigkeiten getroffen werden.¹⁴⁰ Arbeit in ihren unterschiedlichen Ausgestaltungsformen – etwa als Vollarbeit, Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft, Dienstreisen, Wende- oder Standzeiten, Wegezeiten – kann von den Arbeits- und Tarifvertragsparteien vergütungsrechtlich unterschiedlich behandelt werden. Diese müssen lediglich den Verlust an Freizeit angemessen berücksichtigen und dürfen dem AN keine erheblichen Leistungen ohne Vergütung abverlangen.¹⁴¹ Allerdings hat der AN, wenn eine Zeitspanne als „Arbeit“ überhaupt nach §§ 611, 612 BGB vergütungspflichtig ist, stets Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn – folglich z.B. für die gesamte Dauer von Bereitschaftsdienst.¹⁴²

b) Umgekehrt bedeutet die Herausnahme bestimmter Zeiten aus der Arbeitszeit im arbeitszeitrechtlichen Sinne nicht, dass diese nicht doch mitbestimmungspflichtig sein könnten – so etwa Zeiten der Rufbereitschaft nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG¹⁴³ und wohl auch Zeiten,

¹³⁸ BAG 22.4.2009, 5 AZR 292/08, DB 2009, 1602.

¹³⁹ LAG Hamm 1.12.2015, 14 Sa 509/15, DB 2016, 1324.

¹⁴⁰ BAG 26.10.2016, 5 AZR 168/16, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 8; BAG 26.10.2016, 5 AZR 226/16, EzA TVG § 4 Metallindustrie Nr. 160; BAG 12.12.2012, 5 AZR 355/12, EzA BGB 2002 § 611 Nr. 3; *Kleinebrink*, ArbRB 2011, 26, 28; *Schramm/Lodemann*, NZA 2017, 624, 626.

¹⁴¹ BAG 5.2.2009, 6 AZR 114/08, BAGE 129, 284.

¹⁴² BAG 11.10.2017, 5 AZR 591/16, EzA MiLoG § 1 Nr. 8; BAG 19.6.2016, 5 AZR 716/15, EzA MiLoG § 1 Nr. 2; BAG 19.11.2014, 5 AZR 1101/12, EzA BGB 2002 § 611 Arbeitsbereitschaft Nr. 5 für Bereitschaftsdienst im Rahmen von Pflegearbeit nach der VO über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche; Bemessungszeitraum für die Frage, ob der Anspruch auf den Mindestlohn gewahrt ist, ist freilich nicht die einzelne Stunde, sondern der Monat und der für die in ihm tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden durchschnittlich gezahlte Stundenlohn, vgl. BAG 25.5.2016, 5 AZR 135/16, EzA MiLoG § 1 Nr. 1.

¹⁴³ BAG 21.12.1982, 1 ABR 14/81, EzA BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 16.

in denen sich der AN für Anrufe und kurze Mailkorrespondenz bereithalten soll¹⁴⁴ – und nicht vielleicht doch, z.B. aufgrund tarifvertraglicher Regelungen, vergütet werden müssten¹⁴⁵, wenn auch womöglich in geringerer Höhe als die Normalvergütung und – da etwa als bloße Rufbereitschaft und bloßes Erreichbar-Sein keine „Arbeit“ – sogar geringer als der Mindestlohn.

c) Das Gleiche gilt mit Blick auf die Mitbestimmung des Betriebsrats. Arbeitszeiten iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 BetrVG sind weder zwingend solche iSv. § 2 ArbZG – man denke auch insoweit an Rufbereitschaft – noch sind sie zwingend (in vollem Umfang) vergütungspflichtig. Gleichwohl dürfte die Schnittmenge aller drei Bereiche recht groß sein.¹⁴⁶

d) Unter keinem der drei Gesichtspunkte ist aber diejenige Zeit „Arbeitszeit“, welche der AN für den Weg von seiner Wohnung zu der Stelle benötigt, an der er mit seiner „Arbeit“ – etwa dem Umkleiden im Betrieb – beginnt.¹⁴⁷ Es fehlt insoweit an der Fremdnützigkeit. Das gilt unter allen drei Aspekten auch dann, wenn sich der AN für das Anlegen auffälliger Dienstkleidung schon zu Hause entscheidet und diese auf dem Weg zur Arbeit trägt.¹⁴⁸

9. Ein Weiteres sollte man sich zu guter Letzt ebenfalls klarmachen: Solange die *lex lata* – die geltende Rechts- und Gesetzeslage – so ist wie sie ist und sich noch nicht an den ihr vielerorts widersprechenden Fakten und an den vielbeschworenen (vermeintlichen?) Bedürfnissen von „Arbeit 4.0“ und der digitalen Arbeitswelt ausgerichtet hat, solange haben sich umgekehrt „Arbeit 4.0“, digitale Arbeitswelt und die Praxis des Arbeitslebens an der geltenden Rechts- und Gesetzeslage auszurichten! Das bedeutet: *pacta sunt servanda*, Dienstschluss ist Dienstschluss, Freizeit ist Freizeit – d.h. arbeits- und rufbereitschaftsfreie Zeit ohne die Verpflichtung, erreichbar zu sein,¹⁴⁹ – Ruhezeit ist Ruhezeit – in der durchweg und ohne noch so kurze Unterbrechung Ruhe herrscht,¹⁵⁰ – und das Sonntagsarbeitsverbot gilt auch

¹⁴⁴ Vgl. dazu *Däubler*, SR 2016, 2, 17.

¹⁴⁵ *BAG* 29.10.2002, 1 AZR 603/01, *EzA ArbZG* § 4 Nr. 1; eine Vergütungspflicht für Kurzpausen iSv. § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG ist z.B. bestimmt in § 2 Abs. 6 MTV-Deutsches Rotes Kreuz, vgl. *BAG* 13.10.2009, 9 AZR 139/08, *EzA ArbZG* § 4 Nr. 2.

¹⁴⁶ Unberechtigt deshalb die Kritik an der Rechtsprechung durch *Andritzky/Schneedorf*, NZA 2016, 1379, 1381.

¹⁴⁷ Vgl. etwa *EuGH* 10.9.2015, C-266/14, *EzA EG-Vertrag* 1999 Richtlinie 2003/88 Nr. 16 für das Arbeitszeitrecht; *BAG* 26.10.2016, 5 AZR 168/16, *EzA BGB* 2002 § 611 Nr. 8 und *BAG* 22.4.2009, 5 AZR 292/08, DB 2009, 1602 für die Vergütung; *BAG* 10.11.2009, 1 ABR 54/08, *EzA BetrVG* 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 14 für Mitbestimmungsrechte des BR.

¹⁴⁸ Vgl. nur *BAG* 17.11.2015, 1 ABR 76/134, *EzA BetrVG* 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 23; *BAG* 12.11.2013, 1 ABR 59/12, *EzA BetrVG* 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 18, betr. Mitbestimmungsrechte.

¹⁴⁹ Zutreffend *Krause*, Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Bd. I, Gutachten, B 48; so auch *Bissels/Domke/Wisskirchen*, DB 2010, 2052, 2053; zur (gleichen) Rechtslage in Frankreich vgl. *Durlach/Renaud*, AuR 2017, 196.

¹⁵⁰ Die von einigen Stimmen, vgl. etwa *Jacobs*, NZA 2016, 733; *Wank*, RdA 2014, 285; *Hanau*, NJW 2017, 2613; *Wirtz*, BB 2014, 1397, 1401; im Ergebnis auch *Günther/Böglmüller*, NZA 2015, 1025, 1028, für „geringfügige

im Home-Office! Ob dies so bleibt oder nicht, entscheiden nicht Vorträge, Aufsätze, Abhandlungen, „Weißbücher“ oder Kongresse zu „Arbeit 4.0“, sondern die eur. Normgeber und das dt. Parlament!

Unterbrechungen“ vorgeschlagene, gegenläufige „teleologische Reduktion“ des geltenden RL- und nationalen Rechts ist methodisch und verfassungsrechtlich nicht zu begründen; so im Ergebnis auch *Krause*, NZA 2016, 1004 *drslb.* Beilage 2/2017 zu NZA 2017, 53, 57; *Schuchart*, AuR 2016, 341; *Kothe*, NZA 2015, 1417, 1423; *Falder*, NZA 2010, 1150, 1152; *Göpfert/Schöberle*, ZIP 2016, 1817, 1818; *Wiebauer*, NZA 2016, 1430, 1433.

THE ITALIAN WAY TO INTERNAL DEVALUATION AND SOCIAL ACTORS' STRATEGIES AGAINST AUSTERITY AND THE FLEXIBILIZATION OF THE LABOUR MARKET¹

O CAMINHO ITALIANO DE DESVALORIZAÇÃO INTERNA E ESTRATÉGIAS DE ATORES SOCIAIS CONTRA A AUSTERIDADE E A FLEXIBILIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO

Giulia Frosecchi²
Giovanni Orlandini³

SUMMARY: 1. Introduction: the Italian way to internal devaluation; 1.a Precarization of labour and weakening of trade union action at company level (amendment of dismissal law); 1.b Circumvention of the CCNL by means of exceptional employment contracts; 1.c Downward competition on labour costs by means of outsourcing and value chains; 1.d Promotion of decentralized collective bargaining and its power to derogate from the law and freezing of collective bargaining in the public sector; 2. The trade union(s) strategies; 2.a Bargaining strategy; 2.b Judicial strategy; 2.c Confrontational strategy; 3. New challenges for workers and new challenges for their organization(s); 3.a Italian trade unions' strategies; 3.b Alternative experiences of (and in favour of) precarious workers; 4. Anti-austerity protests: the involvement of trade unions and social movements; 5. Concluding remarks; Bibliography.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o caminho italiano para a desvalorização interna; 1.a Precarização do trabalho e enfraquecimento da ação sindical na empresa (alteração da lei de demissão); 1.b Contenção da CCNL através de contratos de trabalho excepcionais; 1.c Concorrência decrescente sobre os custos da mão-de-obra por meio de terceirização e cadeias de valor; 1.d Promoção da negociação coletiva descentralizada e seu poder de derogar a lei e o congelamento da negociação coletiva no setor público; 2. As estratégias do sindicato (s); 2.a Estratégia de negociação; 2.b Estratégia judicial; 2.c Estratégia de confronto; 3. Novos desafios para os trabalhadores e novos desafios para a (s) sua (s) organização (ões); 3. as estratégias dos sindicatos italianos; 3.b Experiências alternativas de (e a favor de) trabalhadores precários; 4. Protestos anti-austeridade: o envolvimento de sindicatos e movimentos sociais; 5. Observações conclusivas; Bibliografia.

1 INTRODUCTION: THE ITALIAN WAY TO INTERNAL DEVALUATION

Italy, differently from other Southern European countries, has not suffered the Troika's intervention, nor it has resorted to financial assistance from European Institutions. Notwithstanding that, the latest Italian Governments have adopted labour market reforms which have faithfully transposed the Council Recommendations adopted during the European

Artigo recebido em 25/09/2018.

Artigo aprovado em 18/10/2018 e 23/10/2018.

¹ The contribution is the result of a joint reflection of the two authors; in particular, Giovanni Orlandini is the author of chapters 1 and 2, while Giulia Frosecchi is the author of chapters 3, 4 and 5.

² Giulia Frosecchi é Doutoranda na Escola de Estudos Internacionais da Universidade de Trento.

³ Giovanni Orlandini é Professor Associado de Direito do Trabalho na Universidade de Siena.

RDRST, Brasília, Volume IV, n.02, 2018, p 129-151, Mai-Ago/2018



Semester. Most likely, the recent measures have been more incisive and comprehensive than in other Southern EU Member states⁴. Indeed, because of the Monti Government's reforms adopted in 2012 (Law 92/2012) (Piazza Myant 2016) and, especially, thanks to the Renzi Government's laws (the so called Jobs Act, that is Law 183/2014 and enforcement Decrees from 2015) (Pizzoferrato 2015), the labour law framework has been modified in depth⁵.

These reforms are functional to achieve the main aim pursued by the EU through the austerity policies: lowering labour costs. This is, apparently, a paramount necessity in Southern European economies that aim to regain competitiveness within the internal market (so called internal market devaluation) (Schulten Müller 2013). However, it seems extremely difficult to achieve this objective in the Italian system, which is characterized by a low degree of institutionalization of the labour market and the minimum wage is established exclusively by collective bargaining, which is, in turn, not regulated at all by law. Obviously, in a system as such, the aim of the competitive devaluation can be pursued only indirectly, through reforms that weaken the trade unions' bargaining capacity (at company and national level) and restrain the scope of the CCNL (Collective agreements at national/industry level), which, in Italy, is responsible for setting the minimum wage for each sector. The precarization of the labour market, improved and implemented by the latest reforms, can be read, from this perspective, as an effective instrument to weaken the trade union action, especially the collective bargaining strength (Cruces et al 2016). On the other hand, the growing flexibilization and instability of the labour market caused by the recent reforms, especially those implementing the austerity policies pushed forward by the EU institutions, have represented breeding ground for new collective identities and social movements that attempt, or have attempted, to respond to the necessities of precarious workers with traditional and/or innovative strategies. Without going into the controversial debates on precariousness (Della Porta 2015; Standing 2011), for the purpose of this chapter, we understand precariousness as the condition of highly unsecure employment, caused by the liberalization of the labour

⁴ See Council Recommendation of 12 July 2011 on the National Reform Programme 2011 of Italy and delivering a Council opinion on the updated Stability Programme of Italy, 2011-2014 Council Recommendation of 9 July 2013 on the National Reform Programme 2013 of Italy and delivering a Council opinion on the Stability Programme of Italy, 2012-2017.

⁵ The Conte Government, led by Lega and 5 Stars Movement (installed in March 2018), appears very critical towards the labour market reforms of previous governments. The Minister of Labour, Luigi Di Maio (5 Stars leader), as first action, has promoted the adoption of a Law Decree that limits the use of short-term contracts and increases the amount of indemnities in case of unfair dismissal (Decree Law 12 July 2018, No. 87, so called *Decreto Dignità*, converted into Law 9 August 2018, No. 96).

market and the increase in the bogus self-employment practice, which have been recently fostered by the post-crisis reforms, briefly illustrated in the first part of the chapter.

In the next pages, we synthetically point at the main legislative interventions aimed at achieving this objective and we review the counter-strategies adopted by confederated and grassroots trade unions and the main social movement experiences, which have developed from the self-organising of precarious workers. Last, the relationship between these various subjects in the context of the anti-austerity protests is addressed.

1.A PRECARIZATION OF LABOUR AND WEAKENING OF TRADE UNION ACTION AT COMPANY LEVEL (AMENDMENT OF DISMISSAL LAW)

The most significant reform of the so called Jobs Act concerns the legal framework for dismissal⁶, which provides that, in case of unfair dismissal, newly employed workers (those hired with the so called “contract with increasing protections”) cannot claim (and obtain) the job reintegration – as the workers hired before the Jobs Act approval – but they can only claim a low indemnity, predetermined by law, which does not constitute an effective deterrent to unfair dismissal (Carinci 2015). This reform is clearly relevant (also) for the Italian industrial relations system. Indeed, originally the right to be reintegrated was conceived as an instrument to support the trade union activity at company level. Therefore, considering the low institutionalization of the Italian system and the absence of a legal framework for collective bargaining, this tool was extremely important. The lack of institutionalization is also the reason why the *Statuto dei Lavoratori* (1970) provided for the right of representation and the right of trade union action at company level, and, on the other hand, left to the social partners the task to make these rights effective⁷. It is true that the right to be reintegrated was applied only in large companies (with more than 15 employees), but this aspect does not undermine its function and the graveness of its reform. To the contrary, as a result of the 2015 reform, the bargaining power of large companies’ employees is, *de facto*, equated with that of workers employed by small businesses, where it is no accident that the wrongful termination suit are not filed and the trade union membership is very low.

⁶ Legislative Decree No. 23/15.

⁷ Article 19, Law No. 300/1970.

In the EU institutions' and Italian Government's rhetoric, this reform should have been functional to overcoming the segmentation of the labour market: the reduction of protection against unfair dismissal should have led to an increase in permanent employment contracts, which are less protected but (precisely because of this) are more appealing than the temporary employment contracts. As a matter of fact, this has not happened, also because the temporary employment contracts (mainly fixed-term and agency contracts) have been further liberalized⁸; and also the few norms that limit their application have been weakened precisely by the reform on unfair dismissal⁹, inasmuch as it has removed the deterrent effect of the sanction for abuse of temporary employment contracts, that is the conversion in open-ended employment contracts. A worker who obtains, through the Courts, the open-ended employment contract because of the violation of the maximum temporal limit allowed for the fixed-term contracts with the same employer (set at 36 months by the Jobs Act, now at 24 months)¹⁰, could be dismissed immediately afterwards if the employer pays him/her a given – and low – number of monthly payments (which can be even reduced if the parties come to an agreement)¹¹.

The employment data, collected in the aftermath of the reform's implementation, confirm that this norm has failed to create permanent jobs. In 2015, an increase in the conclusion of open-ended contracts has been registered. However, this was due exclusively to the strong economic incentives attached to this type of contracts and provided for by the stability law (which exempted the employer from the payment of pension contributions for three years). Since 2016, the incentives have been reduced and the same has occurred for the open-ended contracts, which rate is back at the previous levels.

1.B CIRCUMVENTION OF THE CCNL BY MEANS OF EXCEPTIONAL EMPLOYMENT CONTRACTS

⁸ Articles 19-29, Legislative Decree No. 81/15.

⁹ As Carinci 2015 observes “in the system outlined by the Jobs Act, indefinite contracts and fixed-term contracts are put at the same level: the choice between one or the other is not subject to effective limits; both are widely flexible, both throughout the performance of the employment contract and in the phase of terminating the employment contract”, p. 9.

¹⁰ The Conte Government has partially reduced the temporal scope of the fixed-term contracts with the so called *Decreto Dignità* (see above), by reducing from 36 to 24 months the maximum length of fixed-term contracts that can be concluded with the same employer.

¹¹ The minimum months of salary due according to the Jobs Act were 4. This minimum indemnity has been raised at 6 months by the above mentioned *Decreto Dignità* (2018).

The 2015 reform has triggered a growth of, not only, temporary employment contracts, but also employment relationships of a peculiar nature, which do not belong to the scope of application of the CCNL and are not subject to the minimum wage set therein. A first type is *lavoro accessorio* reformed in 2017 in *lavoro occasionale*¹², a kind of Italian version of mini-jobs. *Lavoratore occasionale* is a worker who earns less than 5000 thousand euros a year (2.500 from a single user) and works less than 280 hours in a year. This type of worker can be paid to a minimum of 9 euros net per hour (plus the contribution to the social security system). The impressive spreading of these kinds of jobs (in the first nine months of 2016 more than one million and three thousands workers were employed in this way) and the will to avoid the referendum promoted by CGIL (see below), brought the Government to reform the previous legislation in April 2017. The new law imposes on the user an online procedure as a condition to initiate the relationship with the worker, which should lessen the risk of abuses. The sharp reduction of these types of contract, registered in the follow-up of the 2017 reform, demonstrates how their success was due to a fraudulent use.

Also “training” contracts are used as tools for underpaying the youngest workers. Not only apprenticeship, which in Italy is a contract of employment that allows to pay less the job performer (two-tier wage system) and not to pay contributions¹³; but, above all, the internships (*stages*), to which companies very often resort instead of concluding apprenticeship contracts. The *stage* is not even a contract of employment: it should be a pure training conducted at workplace, but in fact, (also because of the few labour inspections) the trainee is often employed in economically relevant activities, and often with a very low professional content. The legislator has implicitly acknowledged the abuse of internships, and has introduced a "minimum compensation" for the trainees of at least 300 euros a month (euphemistically called "participation allowance" and not salary, but subject to taxation as income from employment).

The “para-subordinate workers” shall be included among those workers who are not entitled to the minimum wage provided for by the applicable CCNL, called *collaboratori coordinati e continuativi* (co.co.co); these workers are "formally" self-employed, as not subject to strict employer’s control, but in fact "economically dependent" from a (single) user.

¹² The former *lavoro accessorio* has been replaced by the new *lavoro occasionale*, introduced by decree by the Government (Law Decree No. 50/2017) in order to avoid the referendum promoted by the CGIL asking for its abrogation.

¹³ Articles 41-47, Legislative Decree No. 81/15.

The 2015 reform¹⁴ has abolished the obligation (as required by previous regulations) to pay the minimum wage set by the sector collective agreement, to employees who perform "similar activities". This type of self-employment contract is also used to carry out activities related to the so called platform economy (De Stefano 2017). Hiring the platform workers as co.co.co. provides a legal cover to the relationship, but it does not ensure any guarantee to the worker as to the wage; the fee is fixed by the company, which can also reduce it unilaterally, as the worker does not have any bargaining power in this respect (and to dismiss him/her, the company can simply disconnect him/her from the digital platform).

As a response to the needs of protection of this kind of economically dependent workers, the Government adopted Law 81/2017 that deals mainly with social security protection of self-employees (in general), and does not introduce any special protection (even on the remuneration) for economically dependent workers.

1.C DOWNWARD COMPETITION ON LABOUR COSTS BY MEANS OF OUTSOURCING AND VALUE CHAINS

Also the rules on outsourcing and subcontracting favour both precariousness and the lowering of wages. The spread of outsourcing in Italy has been possible both because of the rules on subcontracting and on transfer of - parts - of undertakings¹⁵, and because of the "voluntaristic" and not regulated industrial relations system. The presence of many different CCNL, some of them signed by trade unions and employers' - unrepresentative - organizations, and the freedom of the employer to apply even a collective agreement not strictly related to the economic activity carried out, favours the contractor, who is allowed to outsource to companies that apply much lower minimum wages. In Italy, in the service sector, the "cooperatives" are a widespread phenomenon; here trade unions are normally weak and unrepresentative, and CCNL providing for extremely low wages are applied. This also explains the limited extension of agency work in Italy, which is less convenient than

¹⁴ Article 2, Legislative Decree No. 81/15 ; the new rules, on one side, try to reduce the use of this kind of contract, in case the worker performs his activity in the organization of the user; on the other, they delete the protecting rules provided by the former law (see Carinci 2015, 10-12).

¹⁵ In this case, the most important reform was adopted in 2001, with a the Legislative Decree No. 18/01 reforming Article 2112 of the Civil Code on transfer of undertaking, and in 2003, with the Article 29, Legislative Decree No. 276/03 on subcontracting.

subcontracting to “cooperatives”, because it requires equal treatment and prevent wage dumping.

Outsourcing also concerns the public sector and results from the privatization process. Entire sectors of activities previously carried out by public bodies have been transferred to companies, which are legally private but remain economically controlled by the State or by local authorities. The collective agreement of civil servants is no longer applicable to the respective workers and their employment relationship is governed by special rules laid down by the same laws that privatized them. The result is a completely abnormal scenario, as often the employment contract of these workers is regulated by rules that cumulate the most unfair aspects of the public and the private sector.

A clear example of the political will to use privatization and outsourcing as means to weaken the union and reduce wages is the “foundations of the Opera Theatres”. The recent reforms have converted these foundations in private bodies and, in order to ensure a balanced budget, the management has had to declare collective redundancies, outsourcing the dismissed workers to a public service company. Furthermore, they have provided for both the revocation of wage increases laid down by company level collective agreements and the liberalization of fixed-term contracts.

1.D PROMOTION OF DECENTRALIZED COLLECTIVE BARGAINING AND ITS POWER TO DEROGATE FROM THE LAW AND FREEZING OF COLLECTIVE BARGAINING IN THE PUBLIC SECTOR

As is well known, the fostering of decentralized collective bargaining is one of the main instruments suggested by the European institutions to strengthen the companies’ productivity and competitiveness. In the absence of a legal framework for collective bargaining, in Italy this objective has been pursued also through norms that regulate the individual employment relationship. The reforms approved in the latest years constantly refer to the decentralized level of collective bargaining (as an alternative to the CCNL), as a way to derogate from the law. The “symbolic” norm is Art. 8, Law 148/2011, that provides for the possibility to conclude so called proximity agreements at plant level, in order to reduce the standards set by law or by CCNL, as regards a consistent number of matters. In addition, also the Jobs Act provides for a general norm that recognises the company level as an alternative

to the national one, when it comes to integrate or derogate the norms of temporary and flexible contracts¹⁶. However, the minimum wage set by CCNL has remained untouched and it cannot be derogated from by decentralized agreements.

Last, in the public sector, the containment of labour costs has been achieved by freezing the salary increases, since 2010¹⁷. In Italy, public employment relationships have been privatized in the 1990s (that is, since then, public employees are hired with a standard employment contract) and the law on public employment protects their right to conduct collective bargaining¹⁸. Nonetheless, from 2010 to 2018, the Government has failed to allocate the resources functional to the contract renewals.

2 THE TRADE UNION(S) STRATEGIES

In the light of the current scenario, let us briefly review the trade unions' responses.

Given the marked pluralism and the serious conflicts between Italian trade unions, we cannot talk of a single and generic trade union strategy. In particular, the conflict arises between some federations belonging to CGIL (especially FIOM) and other federations (confederated in CISL and UIL), as well as between confederated trade unions and grassroots trade unions, which are strong mostly in the public sector and services sector. In view of this context, we choose to put emphasis on the most significant actions carried out in the latest years to fight against the austerity policies.

2.A BARGAINING STRATEGY

The necessity to protect the CCNL and its economic function, as a tool to guarantee minimum wages at national level, has brought CGIL closer to the other confederations.

¹⁶ Article 52, Legislative Decree No. 81/15.

¹⁷ The same line of intervention on collective bargaining, based on decentralization in the private sector and block of negotiation in the public sector, has been followed in the other Southern countries in order to pursue the internal devaluation (Cruces et al 2016).

¹⁸ Legislative Decree No. 165/01, the organic law on public employment.

Indeed, on the one hand, the recent reforms legitimate or even promote the conclusion of decentralized collective agreements, also signed by unrepresentative trade unions, on the other hand, in January 2014, the three main confederations have reached a joint agreement with Confindustria (the most important business organization). In this agreement, the social partners have set shared rules as regards the company level representation and collective bargaining, based upon the principle of majority. On the grounds of this agreement, the federations belonging to CGIL-CISL-UIL have renewed several CCNL, as the agreement for the industrial sector, which has been signed also by FIOM, after some years of sharp contrasts with the other federations. Noticeably, this renewed unity has carried some costs for CGIL, which had to accept a strong decentralization of collective bargaining, even if governed by the CCNL, and, for this reason, less extensive than that allowed by the law. The aim pursued by the most recent CCNL is precisely to limit the possibility to derogate from the protections provided for by law, or even to reintroduce (where possible) tools to increase the guarantees (as for the working time). However, nowadays the discretionality given, by the CCNL, to the decentralized agreements is very high.

As already mentioned, the decentralization does not concern wages (yet), which determination is of exclusive competence of the social partners. According to the CCNL, company level agreements can only provide for wage increases, linked to the productivity, and cannot reduce the minimum rates set at national level.

Also thanks to these elements, in Italy, the national system of collective bargaining retains a wide diffusion: an average of 80% of the companies apply the CCNL, while in some sectors (as construction) this percentage is even higher.

In this context, the adoption of a legal minimum wage (foreseen by Law 283/2014, but never implemented) would entail a substantial weakening of the role of the CCNL and, as a consequence, of the confederated trade unions.

In the service sector, the enforcement of the CCNL and the contrast to social dumping is pursued also via the so called social clauses, that the confederated trade unions have managed to include in the CCNL. These clauses oblige the employers, in a supply chain, to fulfil the CCNL signed by the most representative trade unions, and protect the workers in case of new procurement contracts. In this respect, the trade unions exerted an intense political pressure on the Government during the adoption of the code on public procurement, obtaining the inclusion of an explicit obligation on the successful tenderer to implement the

collective agreement¹⁹. However, this issue remains extremely problematic, because of the EU competition norms.

2.B JUDICIAL STRATEGY

Next to the bargaining strategy, the unions (especially CGIL) are acting at political and judicial level. At political level, CGIL promoted a comprehensive bill on labour law and trade union rights (a new “Charter of universal rights of workers”, opposed to the Jobs Act) and it called for three referendums to repeal some of the recent reforms. These referendums did not take place, because of a decision of the Constitutional Court (which did not admit the one on dismissal) and because of the intervention of the Government that amended the existing legislation (reforming the “accessory” jobs and the law on subcontracting). At least with reference to these latter cases, the initiative of CGIL succeeded in producing concrete legal effects.

On the other side, the judicial activism of unions (acting in Court) has led to important decisions of the Constitutional Court. The Court in 2013 declared unconstitutional the current rules on representation in the workplace (or rather, the lack of rules), calling on the legislator to fill the legal gap²⁰; in 2015 the Court declared unconstitutional the freezing of collective bargaining in the public sector, urging the Government to renew the collective agreements²¹. The Court adopted also key judgments on the abuse of fixed term contracts in the public sector, which led to the stabilization of many temporary workers (in 2016, in the school sector²² and in the lyrics foundations²³).

However, it is obvious that the judicial strategy remains weak, also because the Government has reacted to these constitutional rulings passively: no law has been passed on representativeness and the resources to sign a new collective agreement have been allocated only by the stability law for 2018 (3 years after the judgment was released).

2.C CONFRONTATIONAL STRATEGY

¹⁹ Article 30, Legislative Decree No. 50/2015 (which implement Directive 2014/24/EU).

²⁰ Constitutional Court, Judgement No. 231/13.

²¹ Constitutional Court, Judgement No. 178/2015.

²² Constitutional Court, Judgement No. 187/2016.

²³ Constitutional Court, Judgement No. 260/15.

The strike is a weapon no longer used much by trade unions. However, in recent years there has been a significant increase in collective actions in Italy, especially in the public sector and services sector (Molina Barranco 2016). Again, however, a unified practice and a common trade union strategy are missing. Among the confederated trade unions, in recent years, CGIL alone has called most of the general strikes against austerity measures and labour law reforms. As a tendency, CISL is less inclined to resort to strike actions (especially in the form of a general political strike). Indeed, it did not even take part in the 2014 strike against the Jobs Act. Also for this reason, the latest general strikes have almost never been effective, having neither prevented the reforms, nor prompted the Government to amend them. On the other hand, neither the Center-Right nor the Center-Left Governments have legitimized the union as a political counter-part (having abandoned the neo-corporatist praxis of *concertazione*).

The grassroots trade unions are more strike prone than confederated trade unions, and they call for, even extreme, collective actions especially in certain sectors, such as the logistic sector where big groups operate (e.g. Amazon, GLS, Xpologic). Precisely in this sector, the confrontational strategies have been successful. For instance, in 2016, the GLS company based in Piacenza had to accept a plant level collective agreement which improves the working conditions set at national level (with a CCNL signed by confederated trade unions) and the permanent employment of a number of precarious workers.

Also the new forms of collective conflict and workers' organisations that seem to flourish in the platform economy deserve some attention. That is the case of the collective protest of the Foodora-Italia riders (Italian branch of the German company "Eat in time"), used as self-employed workers and paid 2 euro and 40 cents net for each delivery, assigned by an application (on the Uber model). By using also the social networks, in October 2016 the riders have organised a protest in Turin in front of a co-working space rented by Foodora, while receiving also the solidarity of many clubs and restaurants, Foodora clients (Tassinari Maccarrone 2016). This action, self-organised by the workers without the trade unions' support, has forced the company to recognise the workers the status of employees and apply the CCNL²⁴.

²⁴ The protest has triggered a judicial case before the *Tribunale di Torino*, which has declared (differently from what has occurred in other countries) the self-employment nature of the working relationship between the riders and the companies. As a consequence, these workers (at present) have not satisfied their economic claims (Judgment no. 778, 7th May 2018). The Conte Government, especially in the person of Luigi Di Maio, Minister

This case confirms the difficulties, especially of confederated trade unions, of representing digital workers: certain structures created within these unions – assessed further in this chapter – may represent these workers, but are not very effective, yet. On the other hand, as demonstrated by the Foodora case, these workers rather than becoming members of existing trade unions, self-organise new identities and adopt innovative and non-conventional actions²⁵.

3 NEW CHALLENGES FOR WORKERS AND NEW CHALLENGES FOR THEIR ORGANIZATION(S)

It is not an easy task to represent and organise the growing number of workers subject to the flexibilization of the labour market, which is an Italian issue mainly since the 1990s and has been pushed forward following the 2008 crisis. This is not surprising considering that traditional workers' organizations have grown around the large taylorist-fordist companies and a close-packed public sector and may lack, in their DNA, the capacity to address these new labour identities, or, to the contrary, they only need to readapt. Next to the trade unions' activism and attempts, the precariat has represented breeding ground for new experiences and social movements.

3.A ITALIAN TRADE UNIONS' STRATEGIES

All of the three confederated trade unions have addressed the precarization of employment, by attempting to provide a response to the needs of the workers mostly subject to the flexibilization of the labour market. The main strategy has consisted in the setting up of dedicated bodies within the Confederations. Indeed, in the latest decades CGIL, CISL and

of Labour, is considering the adoption of a measure that extends the scope of the employment protection norms to the platform economy workers. However, at the time we are writing, nothing concrete has been adopted.

²⁵ It is noteworthy that, on 31st May 2018, the Municipality of Bologna has signed a “Charter of rights for digital workers” with the Riders Union Bologna (grassroots and self-organised riders' organisation), which has the merit of having triggered this process, some companies of the digital food delivery, as well as with CGIL, CISL and UIL.

UIL, have made an effort to represent the so called precarious workers and address their claims by creating new structures within the Unions, not always properly considered federations in the traditional sense. In addition, the so called precarious workers reflect a wide range of heterogeneous employment relationships and perform their job in several industrial sectors. However, each of the confederations is trying to represent them under one single hat.

In 1998, CGIL created *Nuove Identità del Lavoro* (NIDIL), as a response to Law 24 June 1997, no. 196 (known as *Pacchetto Treu*, that is the first incisive liberalization of Italian labour law), with the aim to represent all atypical workers independently from the respective industrial sector (Colella 2015, 57). The NIDIL defines itself as a “struttura sindacale della CGIL”, literally a CGIL trade union *body* (not a proper federation), which mainly represents agency workers and atypical workers. The main tasks of NIDIL consists in the conclusion of collective agreements at various levels for agency workers and atypical workers in general, and the fight against the improper use of *parasubordinate* labour, that is the fraudulent use of atypical contracts - which are concluded mainly to overcome the costs of a regular employment contract – for employment relationships de facto fully dependent (e.g. bogus self-employment). All in all, its aim is to raise awareness on precarious work – which was a challenge especially at the beginning of the century - and improve workers’ working conditions²⁶. “The creation of NIDIL was the product of two opposing movements, strategic decisions by the CGIL, but also self-organized dynamics by precarious workers” (Choi Mattoni 2010, 217). Originally, this organization was not welcomed by the industry federations and only in 2002 it was recognised the status of a fledged category inside CGIL. The relationship with the industry federations is now regulated and rules for cooperation are established and – only – since 2008, NIDIL has decided to focus its strategy also on organising, although it mostly maintains a top-down approach, which does not require an active participation of members and still largely focus on the provision of services (Choi Mattoni 2010, 217-221; Colella 2015; Pulignano et al 2016, 44-47).

The other most representative trade unions have, progressively, followed a similar approach, that tries to unite in a separate body, different from the industry federations, all of those workers with atypical or flexible employment relationships, thus going in the direction of abandoning – for the sake of these specific bodies – both the rigid distinction between employed and self-employed workers and the differentiations based on the sector. In 1998,

²⁶ From the NIDIL-CGIL website, available at: <http://www.nidil.cgil.it/chi-siamo>.

CISL established Alai-CISL to protect self-employed and agency workers; in 2009 Alai-CISL and CLACS (*Comitato lavoratori autonomi del commercio e dei servizi*) united and gave rise to the FeLSa-CISL (*Federazione lavoratori somministrati, autonomi e atipici*), which addresses the claims of atypical, agency and self-employed workers²⁷. Last, in 1998, UIL founded the CPO (*Coordinamento per l'occupazione*), recently extended to atypical workers too and re-named UIL-Temp²⁸ (Columbo 2014, 478; De Franceschi et al 2014).

Italian grassroots trade unions tend to approach the issue of atypical employment relationship and precarization from a wider perspective, by linking it with the general problems of the Italian society, as the delocalization tendencies or the increase in the cost of living. As a demonstration of the constitutional relevance of the trade union freedom (Art. 39 Constitution, first sentence: “the trade union organization is free”), in Italy the *sindacati di base* (grassroots trade unions) are quite a number, very active and closer to the social movements’ approach, but their membership rate is consistently lower compared to that of the confederations. Therefore, it is not surprisingly that they often connect and cooperate with grassroots activists groups and self-organised precarious workers, as well (Choi Mattoni 2010, 222-223). The RdB-CUB (*Rappresentanze Sindacali di Base Confederazione Unitaria di Base*) case and its comprehensive strategy characterized by a bottom-up approach and an active involvement of workers is extensively described by Mattoni and Choi (2010, 223-226).

Another noteworthy, and most recent, example is provided by *Unione Sindacale di Base* (USB). During the Congress hold in June 2017, the USB has established a new branch named “Federazione del sociale”²⁹, which is composed by USB-Asia (the structure that deals with housing issues), USB Pensionati (pensioners) and SLANG (*Sindacato lavoratori autonomi di nuova generazione* - Trade unions self-employed new generation workers), this latter born in the course of the same Congress. The main and distinctive aim of this new entity is to reach out to all of those subjects of the labour market that cannot be organised by using the traditional trade union’s tools, in order to create and foster the contentious capacity of these kind of workers – such as the riders or workers in the informal economy – and “trigger the conflict”. Indeed, the *Federazione del sociale* – in line with the USB approach – completely rejects the idea to serve as a service provider for these workers, to the contrary it adopts a confrontational approach, to address the needs of the working class in a broader

²⁷ <https://www.felsa.cisl.it/>

²⁸ <http://www.uiltemp.it/>

²⁹ [http://www.usb.it/index.php?id=1132&tx_ttnews\[tt_news\]=100247&cHash=c9ba436b34](http://www.usb.it/index.php?id=1132&tx_ttnews[tt_news]=100247&cHash=c9ba436b34)

perspective, way beyond the employment terms and conditions strictly speaking, thus including, for instance, also environmental and housing issues. The relationship with social and local movements of various kinds has always been a feature of USB. In particular, Asia, which is now part of *Federazione del sociale*, has always worked together with housing social movements. In addition to the already existing cooperation with the grassroots movements of the single bodies composing the *Federazione del sociale*, this new identity is working to build cooperation and joint actions with all local and/or national social struggles and movements that address working class issues in the widest sense. For instance, for the demonstration called for 16th June 2018 in Rome, the *Federazione* has involved actively, amongst others, the *Brigate di Solidarietà Attiva*, a national anti-capitalist social movement, that aims to build social cohesion based on solidarity and mutualism (USB Delegate 2018)³⁰.

Overall, Italian trade unions, especially the three confederations, have been criticised because of the failure to represent comprehensively and in a homogeneous way atypical and traditional workers, which is considered one of the key causes for the reduction in trade union density. Maybe, the reason for such inadequacy can be found in the lack of what Bruno Trentin, in 1994, called the capacity to “rebuild, on new values and new rules, an effective and transparent solidarity among the various social groups of employed and self-employed workers” (Colella 2015).

Indeed, those employed with atypical contracts were - and mostly still are - seen as threats from those with a more stable employment relationship; therefore, also building a cohesive movement, at national level, as well as within one single company, is a real structural challenge (Choi Mattoni 2010, 220). On the other hand, the traditional conflict tools, such as the strike actions are not perceived by these workers as functional, because expensive and very risky, considering the instability of their contracts of employment (if a contract of employment exists at all).

³⁰ USB Delegate 2018; On the *Brigate di Solidarietà Attiva* see <http://brigatesolidarietaattiva.net/manifesto-politico/>

3.B ALTERNATIVE EXPERIENCES OF (AND IN FAVOUR OF) PRECARIOUS WORKERS

The widespread blossoming of new identities, which are shaped and structured in various ways, demonstrates that the traditional trade unions have not fully succeeded in achieving their aim, that is representing in a substantial and comprehensive way the needs and claims of precarious workers. New entities are engaging in the attempt to represent and organise precarious workers. These new identities are characterized by different approaches and underlying assumptions, especially as to the concept of “precariousness” and the goals to be pursued.

The various Italian experiences of self-representation of precarious workers that were born in the latest decades are so differentiated in the territorial and temporal scope, in the extent of the workers involved, in the strategies adopted and in the claims advanced that they can hardly be reviewed as a unique phenomenon. The academic literature has extensively assessed various cases (Mattoni 2014; Pedaci 2015; Giorgi Caruso 2015). In this contribution the focus is mainly on two experiences: the widely studied *San Precario* (Milan) (Murgia 2014; Hyman 2015), which has recently dissolved, and *Conessioni Precarie* (Bologna), at its heyday.

To trace the origins of San Precario we have to go back at the beginning of the century, when a relatively small group of workers from Milan created the *Collettivo*³¹ Chain Workers, which, as first significant action, organised the 2001 Mayday Parade in Milan. The Parade was intended to be an alternative to the traditional trade unions’ demonstrations, both in the form and in the claims advanced. It was carried out in the afternoon, “because precarious workers like to sleep in the morning of the 1st of May” (Fumagalli 2017), it was colourful and steeped in a party atmosphere. The aim was to communicate the energetic identity and strength of precarious workers, as to affirm a precise identity.

In the next years, the Chain Workers brought forward the project and worked on the renovation of the communication strategies, which lead to build a network that involved both Italian and European cities, and to organise the very successful Euro Mayday in 2004 (only in Milan over 50.000 workers participated and some trade unions, such as FIOM-CGIL, joined

³¹ A *collettivo* is an organised group of persons that meet regularly and organise actions in order to put forward specific claims, without adopting a hierarchical structure, nor a vertical approach.

it) (Fumagalli 2017; Mattoni 2008). Such a high participation was possible also due to the fact that the San Precario Network gathered and/or was connected to various experiences of self-organization and self-representation as, for instance, the *Rete dei Redattori Precari* (workers self-organized in the publishing sector) (Zampelli et al 2014).

The Parades - organised also after 2004 – as well as direct actions organised in critical points of the city of Milan, such as supermarkets, aimed at advancing specific claims: the right to choose the work, as opposed to the generic right to work, the income continuity, rather than the job continuity, and a general recognition of the paramount value of precarious workers, on the grounds that “the multitude of labour is, directly or psychologically, unstable and precarious” (Fumagalli 2015). These objectives were pursued by adopting a playful attitude, which, according to the organisers, reflected the precarious – and young – workers’ word. In addition, especially in the latest years, there has been an active involvement of migrant workers (Fumagalli 2017).

Next to the collective and political actions, legal assistance points for workers were set up: the *Punti San Precario*³². In 2011, the secretary general of CGIL refused to meet the representatives of one of these points and support their struggle for ending precarious work in *Librerie La Rinascita* (a chain of bookshops in Rome); eventually, these workers managed with their own self-organized action to negotiate with the owner of the bookshop chain (Sciotto 2011).

However, a generalization of this case would be misleading, inasmuch as it does not represent the only and habitual attitude of CGIL towards self-organised movements of precarious workers. Indeed, different is the case of the committee *Il nostro tempo è adesso*, which was very active in 2011 and 2012 and aimed at abolishing precariousness, in the sense of flexibility in the employment relationships. CGIL had a crucial role in supporting and promoting this self-organised group³³ (Ferrara 2015). Perhaps, in this occasion, the confederation was more prone to ally with the grassroots movement, given that, overall, it was pursuing analogous claims, hinged on the end of flexible employment contracts.

Around 2008/2009, the same people that had originally triggered the creation of the San Precario Network united with other social movements in the *Stati Generali della*

³² <https://mgaassociazioneforense.com/2015/11/09/a-roma-il-primo-sportello-di-consulenza-legale-e-fiscale-mga-precario-net/>

³³ See

https://www.fpcgil.it/2012/06/20/al_comitato__il_nostro_tempo___adesso__adesione_all_appello__la_meglio_giovent__del_nostro_tempo___22686/

Precarietà. The new collective identity started working on a new project and strategy, which would have strengthened the role of precarious workers as conflict agents. The idea was to organise a proper *sciopero precario*, which would have blocked the production flows. However, with the 2008 crisis also the vibrant experience of San Precario was forced to slow down. When Lombardia (the region of Milan) was seriously hit by the crisis, the precarious workers became unemployed. According to Fumagalli, the economic crisis caused a real consumption of the physical and psychological energies (Fumagalli 2017). So, this experience that found breeding ground in Milan (maybe also for the economic/social specificities of this area) and managed to spread all over Europe, did not resist the economic blow that hit the region where it was born and slowed down its activity until a couple of years ago when it dissolved (at least publicly).

As already mentioned, the attempt to give rise to a *sciopero precario* did not only concern San Precario, as other realities took part in this effort, which, eventually, did not see the light of day. One of them was Conessioni Precarie, a project born in Bologna, from a group of Italian and migrant workers struggling against the Italian system that, since the Bossi-Fini Law, links residence permit and employment in a vicious way. In March 2010, they organised a successful strike of migrant women in Bologna and Brescia and in 2011, in conjunction with a migrants' strike, Conessioni Precarie was officially established. This social movement is still very active not only at national level, but also transnationally. Indeed, after having had a key role in the organisation of the first social strike, which took place in Italy on 14th November 2014 (and was not joined by confederated trade unions, but only by certain grassroots trade unions), it is now in the process of giving rise to a transnational social strike, which involves various international realities, such as Blockupy. The social strike is a “strike for those who cannot strike”, that is those who do not enjoy, in practice, the right to strike. In particular, “strike” is not understood in purely legal terms, but it is considered a way “to escape the power relation”, while “social” reflects the complexity of the precarious life that goes beyond the employment relationship (Rudan 2017)³⁴.

4 ANTI-AUSTERITY PROTESTS: THE INVOLVEMENT OF TRADE UNIONS AND SOCIAL MOVEMENTS

³⁴ <http://www.conessioniprecarie.org/>.

Following the 2008 crisis and the austerity policies adopted by the EU legislator, and implemented by the Italian Government, the social actors had a chance to gain new momentum. However, not all of them reacted in the same way to the increased flexibilisation of the labour market and reduction in social security coverage, indirectly triggered by the crisis. Indeed, in the austerity phase, grassroots trade unions and movements adopted a more confrontational strategy than the confederated trade unions, which participated to the social conflict only to a minor extent.

Andreatta has analysed the anti-austerity protests in Italy between 2009 and 2014 and has found a high mobilization of various social actors, although a proper anti-austerity movement has failed to emerge (Andreatta 2017).

The involvement of collective actors was heterogeneous, among the numerous data collected by the author, it is noteworthy to emphasise that the protests organised during the Berlusconi Government were participated by both grassroots trade unions and confederated trade unions (mostly CGIL); while a first decrease in the joint participation is observed during the Monti Government and a further decrease under the Renzi Government. In particular, the data show that the mobilization of confederated trade unions declined under the Monti Government, while the contrary can be said about grassroots trade unions that strengthened their contentious capacity with the appointment of the technical government. In that phase (the Monti Government), social movements were more involved in the protests, not to say they were the main actors. To provide an example of the division between grassroots trade unions and social movements, on one side, and CGIL CISL and UIL on the other, it is useful to look at mobilization of autumn 2013 (during the Letta Government, the 300-day government in-between Monti and Renzi). While COBAS and USB had organised a general strike for 18th October 2013 and, on the same day, had called for a demonstration joined by the NO Tav Movement and other groups as the social centres, the three confederations had called for a general strike and a big demonstration on 12th November 2013. The capacity of grassroots trade unions to involve social movements may be due to the fact that they generally adopt a democracy-frame, that is they direct their actions against EU Institutions and major powers, as banks, which allow them to find a connection with non-trade union social actors. However, overall, from the available data, it can be observed that only a little more than a half of the protests, organised between 2009 and 2014, were aimed at advancing anti-austerity

claims. In addition, social movements took part only to a minority of them. Therefore, trade unions in anti-austerity protests have had a leading role (Andreatta 2017, 213).

On 14th November 2012, the Italian confederations also joined the transnational mobilization organised by the European Trade Union Confederation (ETUC), which resulted “in the historic European transnational general strike action under the slogan ‘For Jobs and Solidarity in Europe. No to Austerity’” (Flesher 2016, 6-7). Indeed, CGIL – but not CISL and UIL – called for a four hours general strike for that day.

A feature of the Italian anti-austerity protest cycle is the important role of student movements in influencing and fostering the anti-austerity mobilizations. In particular, they succeeded in linking the condition of *precariousness* with the crisis and the austerity policies in the action-frame, also by building coalitions with trade unions (Andreatta 2017, 213; Zamponi Fernández 2016).

Overall, the different sectors of mobilization against austerity failed to unite, mostly because each trade union and/or movement had already a defined identity, a fact that, in certain occasions, has even represented a source of tension. Moreover, the 2008 crisis has weakened some social movements, since it has represented a “depressive element”, as proved by the San Precario case seen above.

5 CONCLUDING REMARKS

The sharp increase in the number of precarious workers has created new challenges, as well as new opportunities. On the one hand, the lack of enough structure of certain social movements and/or their local peculiarities risk hampering the development of stable and robust networks. Furthermore, the necessary attempt to move the social struggle of precarious workers on a transnational level brings along complex issues to be solved, and a long time shall pass before the effects of a strategy as such become evident. On the other hand, trade unions have to face an indirect, but decisive effect of the – increasing – flexibilisation of the labour legal framework, that is the ever-growing reluctance of workers towards what should be their key tool: the strike. Indeed, the more the employment relationship is precarious, the more the workers feel blackmailed and do not dare to join a strike action. It is a vicious circle, that could be reversed by learning new contentious strategies, maybe also by enhancing the cooperation with the self-organised groups of workers and social movements. However, in

order to find a common strategy, the different organisations should come to an agreement as to their claims, that is whether they want to fight for the end of precarious work (normally the traditional trade unions' claim), or they aim to change the whole society, in a way that fully integrates precarious workers and recognises their rights (mostly the social movements' claim).

BIBLIOGRAPHY

Andreatta M. 2017. Neoliberalism and Its Discontents in Italy: Protests Without Movement? In: Porta D.D., Andreatta M., Fernandes T., O'Connor F., Romanos E., Vogiatzoglou M. Late Neoliberalism and its Discontents in the Economic Crisis Comparing Social Movements in the European Periphery. Palgrave.

Carinci M.T. 2015. "In the spirit of flexibility". An overview of Renzi's Reforms (the so-called Jobs Act1) to 'improve' the Italian Labour Market, Working Paper D'Antona, Available at: <http://csdle.lex.unict.it/search/workingpapers.aspx?cat=WP%20CSDLE%20M.%20D%27ANTONA-IT>

Choi H-L., Mattoni A. 2010. The contentious field of precarious work in Italy: political actors, strategies and coalitions, WorkingUSA: The Journal of Labor and Society, Vol. 13, pp. 213–243

Colella F. 2015. Dal sindacato tradizionale al sindacato «atipico»? Strategie per la rappresentanza dei “nuovi” attori nel mercato del lavoro italiano. Il caso di NIdiL-CGIL Sociologia del lavoro, 140, pp. 49-63.

Columbu F. 2014. Flessibilità, lavoro atipico e rappresentanza sindacale. Una comparazione tra Italia e Brasile, R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, Vol. 109, p. 461 - 482

Cruces J., Álvarez, I., Trillo F., Leonardi S. 2016. Impact of the euro crisis on wages and collective bargaining in southern Europe – a comparison of Italy, Portugal and Spain. In: G. Van Gyes and T. Schulten (eds), Wage bargaining under the new European economic governance, ETUI.

De Franceschi F., Pulignano V., Ortiz L. 2014. Il lavoro precario e le strutture sindacali. Le strategie adottate dai sindacati italiani e spagnoli. Quaderni di Rassegna Sindacale - Lavori, Vol. 1, pp.162-195.

De Stefano V. 2017. The rise of the “just-in-time workforce”. On demand work, crowd work and labour protection in the “gig economy”, Conditions of Work and Employment Series No. 71 ILO.

Della Porta D., Mosca L., Parks L. 2012. Same old stories? Trade unions and protest in Italy in 2011, available at: <https://www.opendemocracy.net/donatella-della-porta-lorenzo-mosca-louisa-parks/same-old-stories-trade-unions-and-protest-in-italy->

Della Porta, Donatella et al. (2015) (ed.): *The New Social Division. Making and Unmaking Precariousness*, Palgrave Macmillan: Basingstoke; Standing, G. (2011): *The Precariat. The New Dangerous Class*. London/New York: Bloomsbury.

Ferrara A. 2015. Unire i precari: l'esperienza del comitato «Il nostro tempo è adesso», *Sociologia del lavoro*, Vol. 140, 145 – 148.

Flesher Fominaya C. 2016. European anti-austerity and pro-democracy protests in the wake of the global financial crisis, *Social Movement Studies*, Vol. 16(1), 1-20.

Fumagalli A. 2015. Cognitive, Relational (Creative) Labor and the Precarious Movement for “Commonfare”: “San Precario” and EuroMayDay. In: Cocco, G. Szaniecki B. (eds.), *Creative Capitalism, Multitudinous Creativity. Radicalities and Alterities*. Lexington Books, Maryland, Usa.

Fumagalli A. 2017. Skype Interview, 22/11/2017

Giorgi A., Caruso L. 2015. L'azione collettiva dei lavoratori precari: elaborazione simbolica, identità collettive, rapporto con i sindacati e con la dimensione politica. Una comparazione tra Italia e Spagna, *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 10(1), pp. 67-95.

Hyman, R. 2015. Austeritarianism in Europe: what options for resistance?, *Social policy in the European Union: state of play*, ETUI, 97 – 126

Mattoni A. 2008. Serpica Naro and the Others. The Media Sociali Experience in Italian Struggles Against Precarity”. *PORTAL Journal of Multidisciplinary International Studies*, Vol. 5(2).

Mattoni A., Vogiatzoglou M. 2014. Prima e dopo la crisi. L'evoluzione delle mobilitazioni dei lavoratori precari in Italia e Grecia, *Sociologia del lavoro*, Vol. 136, 260- 275.

Molina O., Barranco O. 2016. Trade union strategies to enhance strikes effectiveness in Italy and Spain, *Transfer*, pp. 393 ss.

Murgia A. 2014. Representations of Precarity in Italy, *Journal of Cultural Economy*, 7(1), 48-63.

Pedaci M. 2015. Strategie sindacali per i lavoratori “atipici” nel settore degli ospedali pubblici e private, *Sociologia del lavoro*, Vol. 140, 99 – 113.

Piazza G., Myant M. 2016. Italy's labour market reforms of 2012: did they reduce unemployment? ETUI. Available at: www.etui.org/Publications.

Pizzoferrato A. 2015. Economic Crisis and Labour Law Reforms in Italy, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 31, pp. 187 – 20.

Pulignano V., Ortíz Gervasi, L., de Franceschi F. 2016. Union responses to precarious workers: Italy and Spain compared, *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 22(1), 39-55.

Rudan P. 2017. Skype Interview, 7/12/2017.

Schulten T., Müller T. 2013. A new European Interventionism? The Impact of the New European Economic Governance on wages and Collective Bargain- Wage bargaining under the new European Economic Governance. In: Natali D., Vanhercke B. (eds) *Social developments in the European Union 2012*, ETUI.

Sciotto A., 2011. I precari editoriali da mesi senza paga Contestata la Cgil, *Il Manifesto*, 23 marzo 2011.

Tassinari A., Maccarrone V. 2016. L'algoritmo della precarietà, available at: <https://www.sinistrainrete.info/lavoro-e-sindacato/8255-arianna-tassinari-vincenzo-maccarrone-l-algoritmo-della-precarieta-il-caso-foodora.html>

USB Delegate 2018. Telephone Interview with a member of both the territorial executive committee of USB and the Federazione del sociale USB-Toscana, of 10/06/2018.

Zambelli L., Teli M., Murgia A. 2014. L'auto-rappresentanza del precariato e i media digitali: un contributo metodologico dal caso della rete dei redattori precari, *Sociologia della Comunicazione*, Vol. 46, 113 – 130.

Zamponi L., Fernández J. 2016. Dissenting youth: How student and youth struggles helped shape anti-austerity mobilisations in southern Europe. *Social Movement Studies*, Vol. 16, pp. 64–81.

DANO EXTRAPATRIMONIAL NA REFORMA TRABALHISTA: um pouco do que não está escrito na CLT

EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE IN LABOR REFORM: a little of what is not written in the CLT

Antonio Umberto de Souza Júnior¹
Ney Maranhão²

*“Não tem dó no peito
Não tem jeito
Não tem coração que esqueça
Não tem ninguém que mereça
Não tem pé não tem cabeça
Não dá pé, não é direito
Não foi nada, eu não fiz nada disso
E você fez um bicho de 7 cabeças,
Bicho de 7 cabeças...”³*

RESUMO: Este estudo faz uma análise crítica da regência jurídica celetista conferida aos danos extrapatrimoniais, com ênfase naquilo que não está expressamente consignado na lei. Abordam-se a não taxatividade dos direitos extrapatrimoniais dos trabalhadores suscetíveis de violação e reparação, a possibilidade de reparações não pecuniárias do dano extrapatrimonial trabalhista, a permanência da plena reparabilidade dos danos morais coletivos ocorridos na esfera trabalhista, a teoria do piso implícito conducente a valores mínimos de reparação do dano extrapatrimonial, a possibilidade de diálogo com o Código Penal para definição dos graus de gravidade do dano extrapatrimonial em matéria de acidente do trabalho e a necessidade da regra de tarifação prévia do valor reparatório de danos extrapatrimoniais prestar obediência aos ditames constitucionais. O texto intenta descortinar caminhos hermenêuticos no marco dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista. Danos extrapatrimoniais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A não taxatividade dos direitos extrapatrimoniais dos trabalhadores suscetíveis de violação e reparação. A força irresistível dos direitos fundamentais; 3. As reparações não pecuniárias do dano extrapatrimonial trabalhista; 4. A permanência da plena reparabilidade dos danos morais coletivos ocorridos na esfera trabalhista; 5. A teoria do piso implícito. Valores mínimos de reparação do dano extrapatrimonial; 6. Dialogando com o Código Penal: possível parâmetro analógico para definição dos graus de gravidade do dano

Artigo recebido em 09/09/2018.

Artigo aprovado em 10/10/2018 e 12/10/2018.

¹ Antonio Umberto de Souza Júnior é Professor Universitário. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e de diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2007-2009). Advogado (1986-1993). Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília/DF (TRT da 10ª Região). E-mail: antonio.umberto.jr@gmail.com

² Ney Maranhão é Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-graduação *stricto sensu*). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio de Doutorado-Sanduiche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor convidado de diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Macapá (AP) (TRT da 8ª Região/PA-AP). E-mail: ney.maranhao@gmail.com

³ Trecho da letra da canção Bicho de Sete Cabeças, de Renato Rocha, Geraldo Azevedo e Zé Ramalho.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 152-173, Mai-Ago/2018



extrapatrimonial em matéria de acidente do trabalho; 7. O caráter volátil das circunstâncias a serem consideradas no arbitramento do dano extrapatrimonial; 8. Tarifação prévia do valor reparatório de danos extrapatrimoniais e necessária observância dos ditames constitucionais; 9. Para encerrar a conversa; 10. Referências.

ABSTRACT: This study makes a critical analysis of the juridical legal regime conferred on extrapatrimonial damages, with emphasis on what is not expressly stated in the law. It addresses the non-exhaustive nature of the extrapatrimonial damages of workers susceptible to violation and repair, the possibility of non-pecuniary reparations of extra-patrimonial labor damages, the permanence of full reparability of collective moral damages occurred in the labor sphere, the theory of implicit floor leading to minimum values of reparation of extrapatrimonial damage, the possibility of dialogue with the Penal Code to define the degrees of severity of the extrapatrimonial damage in the matter of work accidents and the need for the rule of prior pricing of the reparative value of off-balance sheet damage in accordance with the constitutional dictates. The text tries to unveil hermeneutical paths within the framework of fundamental rights.

KEYWORDS: Labor reform. Extrapatrimonial damages.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. The non-exhaustive nature of the extrapatrimonial damages of workers susceptible to violation and repair. The irresistible force of fundamental rights; 3. Non-pecuniary reparations of labor extrapatrimonial damages; 4. The permanence of full reparability of collective moral damages occurred in the labor sphere; 5. The implicit floor theory. Minimum values of reparation of extrapatrimonial damages; 6. A dialogue with the Penal Code: possible analogue parameter to define the degrees of severity of extrapatrimonial damage in the matter of work accidents; 7. The volatile nature of the circumstances to be considered in the arbitration of the extrapatrimonial damage; 8. Previous assessment of the reparatory value of extrapatrimonial damages and necessary observance of the constitutional parameters; 9. To end the conversation; 10. References.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as muitas inovações (e tentativas retóricas de inovações) que a Lei nº 13.467/2017 trouxe para o mundo do trabalho está a inédita disciplina de um sistema legal regulador do dano extrapatrimonial na seara laboral. O conjunto de dispositivos introduzidos na CLT com tal propósito (arts. 223-A a 223-G) teve a ambição de maximamente demarcar as espécies de danos reparáveis e limitar, com um rigoroso tabelamento, as respectivas indenizações.

No presente estudo, busca-se jogar luz sobre *o que não está expressamente escrito no texto legal* e, com isso, buscar contornar as dificuldades operacionais e inconstitucionalidades ensejadas por esse ponto da chamada Reforma Trabalhista⁴. Nesta perspectiva, propomos abordar os seguintes temas:

- a) a aparente taxatividade dos direitos extrapatrimoniais dos trabalhadores suscetíveis de violação e reparação;
- b) a aparente impossibilidade de se recorrer a modos não pecuniários de reparação

⁴ Sobre o inteiro teor da chamada Reforma Trabalhista, conferir nossa obra, escrita com *Fabiano Coelho de Souza* e *Platon Teixeira de Azevedo Neto*: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da MP nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

do dano extrapatrimonial trabalhista;

c) a aparente impactação do novo regime celetista de reparação do dano extrapatrimonial perante os danos morais coletivos;

d) a falta de indicação de valores mínimos a considerar quando tomada em conta a tabela legal de reparações do dano extrapatrimonial;

e) a possibilidade de empréstimo analógico da gradação das penas atribuídas ao crime de lesão corporal, no Código Penal, para definição dos graus de gravidade do dano extrapatrimonial em matéria de acidente de trabalho;

f) a classificação e modo de análise e uso das circunstâncias a serem consideradas no arbitramento do dano extrapatrimonial;

g) a ilimitabilidade do valor do dano extrapatrimonial nos casos fora da curva de cotidianidade.

Dada a caducidade e a ausência de regulamentação dos efeitos da Medida Provisória nº 808/2017, que superara ou atenuara alguns dos graves problemas gerados pelo novo sistema legal de tarifamento do dano moral, a análise terá como norte o texto original da Lei nº 13.467/2017, em pleno vigor.

2 A NÃO TAXATIVIDADE DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS DOS TRABALHADORES SUSCETÍVEIS DE VIOLAÇÃO E REPARAÇÃO. A FORÇA IRRESISTÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira questão a merecer nossa atenção diz respeito ao tratamento legal assimétrico que o legislador reformista emprestou ao delimitar rigorosamente quais direitos fundamentais dos trabalhadores estariam propensos à reparação pecuniária e, simultaneamente, contemplar um menu apenas exemplificativo de direitos fundamentais dos empregadores que poderiam propiciar indenização no campo extrapatrimonial.

Eis os textos legais em que tal assimetria normativa é percebida, com grifos nossos:

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física **são os bens** juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência **são bens** juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

A assimetria legal fez-se de um modo sutil – ao invés de usar advérbios (“somente”,

“exemplificadamente” etc), o legislador reformista utiliza o artigo definido quando trata dos “bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”, insinuando a ideia de uma lista exaustiva, e, ao abordar os “bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica”, omite o artigo definido, apontando discretamente que a lista legal é meramente ilustrativa.

A fórmula encontrada é juridicamente desastrosa:

a) de um lado inaugura uma fratura do princípio isonômico em sentido inverso ao que se aceita e se defende no Direito do Trabalho, onde a tendência histórica, atrelada à principiologia, origem e ontologia deste segmento da ciência jurídica, tem sido invariavelmente de trazer a máxima amplitude de proteção jurídica aos empregados, seja no plano do direito material, seja no campo processual, dada a sua situação de vulnerabilidade contratual;

b) as disposições também maculam o postulado constitucional isonômico na esteira do que chamamos de perspectiva “externa”, porquanto os seres humanos investidos no papel social de trabalhadores passariam a deter um patamar jurídico de proteção imaterial injustificadamente inferior em relação aos seres humanos não investidos nesse papel social;

c) igualmente, tais preceitos parecem ferir o postulado isonômico no que chamamos de perspectiva “interna”, haja vista que os seres humanos investidos no papel social de trabalhadores-empregados passariam a deter um patamar jurídico de proteção imaterial injustificadamente inferior em relação aos seres humanos investidos no papel social de trabalhadores-não empregados (autônomos, avulsos, voluntários etc.);

d) o texto legal tenta comprimir a tutela de direitos extrapatrimoniais a partir de uma técnica de expurgo de bens e valores constitucionalmente assegurados, em desalinho insuportável com o princípio da supremacia da constituição que permite ao legislador ordinário reiterar, regulamentar e ampliar os direitos fundamentais que a Constituição Federal garanta – jamais restringi-los ou descartá-los;

e) esses enunciados legislativos também ofendem, de maneira gritante, a cláusula constitucional de fomento à melhoria da condição social da classe trabalhadora (CF, art. 7º, caput, parte final), cuja eficácia jurídico-constitucional mínima está a revelar uma lógica de constante *progressividade* dos direitos titularizados pelos obreiros e não sua abrupta e desfundamentada constrição, retrocesso normativo esse não permitido também a nível de proteção internacional dos direitos humanos (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [PIDESC], art. 2º, item 1 – promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591/1992);

f) de quebra, ao traçar a distinção do diâmetro de bens tuteláveis a partir da

natureza da pessoa (humana ou natural – e não a antiquada expressão “pessoa física” adotada no texto legal – ou jurídica), cria uma curiosa (e igualmente insuportável) assimetria de tratamento entre os empregadores no Brasil, como se os empregadores que sejam pessoas naturais não tenham marca, segredos empresariais ou sigilo das comunicações a zelar.

A se levar a sério o que está dito no texto legal, sequer a vida do trabalhador e do empresário individual constitui bem tutelado digno de reparação na seara laboral, o que é um evidente absurdo⁵.

Portanto, a interpretação e aplicação coerentes com a Constituição Federal impõem que se considere como meramente exemplificativa a lista legal de bens tutelados quando a vítima seja uma pessoa natural, a despeito da sutileza gramatical discriminatória do texto do art. 223-C da CLT.

3 AS REPARAÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS DO DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA

Outro aspecto invisível no novo sistema legal de regulação do dano extrapatrimonial trabalhista é a admissão de outras possibilidades reparatórias não monetizadas. Não indica nem insinua o legislador reformista, ao longo dos 8 artigos da CLT dedicados ao dano extrapatrimonial, que possa o causador do dano ser compelido a promover outros modos de reparação do mal promovido que não passem (ou não passem exclusivamente) pelo pagamento de uma indenização.

Todavia, a ideia universal de reparabilidade do dano jamais esteve atrelada, de forma indissociável e exclusiva, ao pagamento de um valor em dinheiro para compensar a perda

⁵ “Por isso, a estranha carga de taxatividade que emana do artigo (“são os bens juridicamente tutelados (...)” – grifamos), a ponto de perder a oportunidade de se atribuir um expresso e sábio caráter exemplificativo ao rol de bens jurídicos tutelados (um singelo “entre outros” serviria), é de causar rubor ao estudioso minimamente familiarizado com o assunto. Perceba-se que o legislador reformista, em sua **pulsão de infalibilidade normativa**, acabou cometendo o desatino de olvidar bens jurídicos centrais à tutela da dignidade humana, como a própria **vida**, a **segurança**, a **vida privada**, a **integridade moral e psíquica**, a **igualdade** (com o respectivo respeito à identidade de gênero e repressão a posturas discriminatórias, como em relação à nacionalidade, naturalidade, posição social, deficiências orgânicas e por outras razões repugnantes), as **liberdades de pensamento**, de **expressão artística**, de **credo**, de **participação política**, de **reunião para fins pacíficos** e de **comunicação** e mesmo o **acesso à justiça** (CF, arts. 5o, *caput*, I, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XII, XVI e XXXV, e 7o, XXX, XXXI e XXXII, para ficar em apenas alguns exemplos ilustrativos), todos igualmente “inerentes à pessoa física” (*rectius*: “pessoa humana”)) (SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*, 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 129-130).

espiritual.

Essa concepção não financeira das reparações tem marcado as compensações de cunho material no campo ambiental, inclusive labor-ambiental. Ao invés de impor uma indenização pecuniária, podem surgir outras modalidades reparatórias, muitas vezes mais eficazes, inclusive no plano pedagógico. Assim, a confecção de cartilhas acerca dos riscos ambientais ou a substituição de equipamentos ou melhorias prediais podem ter mais efeito reparador – e preventivo – que a mera paga de um valor. Afinal, a paga de uma expressão monetária pode incutir na mentalidade do causador do dano a impressão de que, “pagando bem, que mal tem?”, assimilando, em tom coloquial, o que em acepção técnico-jurídica constituiria a leitura mais superficial do princípio do poluidor-pagador.

O uso das condenações para superação dos problemas detectados pode ter um efeito bem mais benéfico para a coletividade que a mera entrega de dinheiro às vítimas, exclusivamente. É mesmo de se lamentar que não se tenha consolidado ainda uma cultura jurídica que vá além das reparações pecuniárias. O exemplo das reclamações de adicional de insalubridade é bem eloquente para demonstrar aquilo que se pondera aqui. Usualmente, os trabalhadores, individualmente ou em ações plúrimas ou ainda por intermédio da substituição processual sindical, buscam a reparação exclusivamente retrospectiva, postulando o pagamento do adicional de insalubridade pelos riscos de adoecimento propiciados pela presença de agentes nocivos. Rarissimamente assiste-se a uma iniciativa de provocação da jurisdição estatal com o propósito de superação do ambiente agressivo à saúde dos trabalhadores, seja por tutelas inibitórias, seja por tutelas de cunho prestacional, a despeito da utilidade da medida e da previsão legal expressa ao menos no plano das tutelas coletivas em geral (Lei nº 7.347/85, art. 11).

No campo extrapatrimonial, a nova disciplina sob exame reforça a impressão de não haver outros modos reparatórios que não passem pelo pagamento de uma indenização. Cuida-se de mais uma oportunidade perdida pelo legislador reformista para não apenas demonstrar conhecimento mínimo dos debates atuais do fenômeno jurídico, mas também vertê-los explicitamente em lei por meio de diretrizes portadoras de eficácia real para a solução do terrível problema de violação de bens jurídicos imateriais em terreno pátrio, como se daria com o fomento a medidas preventivas e de remoção do ilícito.

Todavia, talvez bem mais que no plano dos danos materiais, determinadas obrigações de fazer ou não fazer podem gerar para a vítima uma satisfação e sensação de bem-estar com

maior impacto que o recebimento de uma indenização. Daí prever o art. 3º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho (CLT, art. 769), a possibilidade de imposição de obrigações de fazer ou não fazer, além das reparações financeiras.

À guisa de exemplos, podemos cogitar das seguintes reparações não pecuniárias:

a) construção de equipamentos públicos e benfeitorias de uso comum, nas situações de trabalho degradante (por oferta de água contaminada ou sem nenhum conforto ergonômico, por exemplo);

b) entrega de carta de boas referências ao empregado moralmente ofendido por algo que não tenha feito;

c) publicação de esclarecimentos ou pedidos de desculpas nas dependências da empresa e na mídia;

d) realização de atividades formativas para prevenção de novas lesões (distribuição de cartilhas, cursos de reciclagem de gestores, palestras temáticas etc.).

Tais possibilidades também recebem os bons fluidos inspiradores pela aplicação supletiva (CPC, art. 15) do art. 139, IV, do CPC, que confere ao juiz amplos poderes criativos no momento da definição do modo de cumprimento de uma decisão condenatória, ao assinalar que lhe incumbe “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.

Portanto, não está o juiz do trabalho refém da hipótese meramente pecuniária no momento de deliberar sobre a reparação do dano extrapatrimonial, podendo fixar outros instrumentos satisfativos, alternativa ou cumulativamente em relação ao pagamento de uma indenização.

Obviamente, tratando-se de ação individual, o magistrado estará adstrito ao pedido do autor. Tratando-se, porém, de ação coletiva, um punhado de flexibilidade é medida coerente com o microsistema processual coletivo, que prima pela tutela mais adequada do interesse metaindividual em jogo no processo.

Individual ou coletiva a ação, o certo é que a reparação do dano extrapatrimonial pode compreender outras dimensões além da pecuniária.

4 A PERMANÊNCIA DA PLENA REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS COLETIVOS OCORRIDOS NA ESFERA TRABALHISTA

A terceira indagação formulada diz respeito à continência do dano moral coletivo na disciplina legal focalizada neste estudo. Em verdade, a posição topográfica dos dispositivos novos que regulam o dano extrapatrimonial trabalhista na CLT e a sua interpretação sistemática já permitem a conclusão de que o dano moral coletivo não se acha ali contemplado.

Deveras, topograficamente, o legislador inseriu um novo Título II-A para tratar do dano extrapatrimonial, logo após o Título I (Normas Gerais de Tutela do Trabalho) e antes do Título III (Normas Especiais de Tutela do Trabalho) – distante das porções da CLT dedicadas à regência das relações coletivas de trabalho – Título IV-A (Comissão de Representantes dos Empregados), Título V (Organização Sindical) e Título VI (Convenções Coletivas de Trabalho). Ou seja, os dispositivos novos estão insertos no conjunto de normas que, em geral, regem as relações trabalhistas individuais.

Por outro lado, ao enumerar as circunstâncias e valores a serem considerados para o arbitramento do dano extrapatrimonial, os novos dispositivos claramente identificam situações incompatíveis com as relações coletivas de trabalho. São reveladoras da vocação de aplicabilidade exclusivamente voltada às relações individuais:

a) a menção aos bens tutelados da pessoa “física” ou jurídica ao especificar os objetos reparáveis (CLT, arts. 223-B, 223-C e 223-D);

b) a menção “a cada um dos ofendidos” no instante em que a lei introduz a tabela de valores para indenização (CLT, art. 223-G, § 1º), deixando bem claro que a reparação visa indivíduos e não grupos, a coletividade ou interesses difusos;

c) a vinculação, de constitucionalidade extremamente duvidosa, dos valores da indenização do dano extrapatrimonial ao salário contratual do ofendido (CLT, art. 223-G, § 1º, I a IV), a reforçar o caráter individualista do novo regime legal indenizatório analisado.

Como se vê, seja na perspectiva formal-topográfica, seja na perspectiva da própria regência técnico-jurídica, a conclusão natural é a de que a sistemática recém-impressa na CLT a respeito dos danos extrapatrimoniais guarda relação direta com discussões exclusivamente individuais.

Ademais, pensar de maneira diferente implicaria proposta exegética que feriria de morte o princípio da *reparação integral*, portador de assento tanto infraconstitucional (CC, art. 944, caput) quanto constitucional (CF, art. 5º, V e X).

Não fosse o suficiente, a legislação brasileira conta ainda com disciplina própria das

reparações no plano coletivo. É o que se extrai da letra explícita do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação conferida pelo art. 88 da Lei nº 8.884/94 e reiterada pelo art. 117 da Lei nº 12.529/2011, intacta com o advento da dita Reforma Trabalhista:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de **responsabilidade por danos morais** e patrimoniais causados:

I – **ao meio-ambiente;**

IV – **a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;**

Com o mesmo propósito, o Código de Defesa do Consumidor enumera, dentre os direitos básicos do consumidor, “**a efetiva prevenção e reparação de danos** patrimoniais e **morais, individuais, coletivos e difusos**” (Lei nº 8.078/90, art. 6º, VI).

Portanto, a reparação do dano moral coletivo não está disciplinada pelo novo conjunto de dispositivos introduzido na CLT.⁶

5 A TEORIA DO PISO IMPLÍCITO. VALORES MÍNIMOS DE REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Talvez a crítica a congregar o maior coro doutrinário estudioso da chamada Reforma Trabalhista, em um mesmo tom, esteja concentrada na ideia de tarifamento rígido do dano extrapatrimonial. É que a Constituição Federal preconiza o direito fundamental da reparação por dano material, moral ou à imagem “proporcional ao agravo” (CF, art. 5º, V e X) e o Supremo Tribunal Federal mantém há algum tempo uma jurisprudência coerente a repudiar sistemas legais de tarifamento de dano extrapatrimonial:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art.

⁶ Na mesma direção, sustentamos em obra a oito mãos: “Da mesma forma, ao referir que ‘por dano de natureza extrapatrimonial deve ser compreendido todo aquele que implique ofensa à esfera moral ou existencial **da pessoa física ou jurídica**’ (CLT, art. 223-B – grifamos), fica evidente que o legislador reformista centra seu foco na regência de danos extrapatrimoniais estritamente individuais, não importando, por óbvio, qualquer óbice à continuidade do reconhecimento da figura do **dano moral coletivo** no âmbito trabalhista, modalidade de dano extrapatrimonial de natureza **metaindividual** que continua detendo amparo normativo próprio e diferenciado (CF, art. 5º, X; Lei nº 7.347/1985, art. 1º; Lei nº 8.078/1990, art. 6º, VI)” (*Reforma...*, ob. cit., p. 124). Para o estudo do assunto em seus termos mais gerais, inclusive na perspectiva da jurisprudência do TST, confira-se: MOLINA, André Araújo; MARANHÃO, Ney. Dano moral coletivo nas relações trabalhistas. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba/SP: FOCO, 2018.

52: **NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88**, artigo 5º, incisos V e X. [...] **A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial** – C.F., art. 5º, V e X – desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. **Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição** (STF, 2ª T., RE 396386, VELLOSO, j. 29/6/2004, DJ 13/8/2004)

Bem a calhar ainda o fragmento do voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, durante o julgamento da ADPF 130, em que se discutia a não-recepção da Lei de Imprensa pela atual ordem constitucional (STF, Pleno, BRITTO):

Ademais, **o princípio da proporcionalidade**, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto.

Quer

dizer, **não enseja uma disciplina legal apriorística**, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. **Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorcão, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia a dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos**. A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for. Já a indenização por dano moral – depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados – vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. **Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que os arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súm. nº 281 do STJ**.

Além da difícil harmonia do sistema de indenização tarifada com o direito fundamental à reparação moral proporcional ao dano, outra solução legal digna da mais ácida crítica teórica é a adoção do salário contratual da vítima ou ofensor como unidade monetária a ser multiplicada para se encontrar o valor.

Claramente, o legislador promoveu imperdoável confusão entre o dano material e o dano moral.

No dano material, faz sentido a consideração do salário contratual como um fator matemático para o cálculo da reparação – nos casos de pensionamento vitalício ou de paga de indenização de dano material em valor único isso aflora muito óbvio: a incapacidade laborativa

permanente, por exemplo, há de ser financeiramente compensada com a projeção daquilo que a vítima terá deixado de receber por conta do infortúnio. E, em tal cenário, nada mais natural que utilizar o salário contratual como uma das variáveis úteis ao cálculo da indenização.

Já no caso do dano moral, o bem tutelado não pode ser traduzido, aritmeticamente, pelo valor remuneratório (ou patrimonial) da vítima. A dignidade de um gerente não tem maior valor que a dignidade de seus subordinados ou de um consumidor presente no momento de um infortúnio que ceife a vida das três pessoas. Nem a reputação ou o sofrimento por uma perda.

A Medida Provisória nº 808/2017 melhorara um pouco tal anomalia normativa ao substituir o critério móvel do salário contratual pelo critério fixo do valor máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Porém, como se sabe, o ato normativo retificador não foi convalidado pelo Congresso Nacional, repristinando o texto original do § 1º do art. 223-G da CLT, com seu insólito tabelamento vinculado ao salário contratual.

Portanto, sem deixar de reiterar o descontentamento doutrinário em torno da montagem de um sistema aparentemente inflexível e iníquo, no que diz respeito aos limites máximos das reparações pecuniárias do dano extrapatrimonial e à sua vinculação com o salário contratual, parece razoável deduzir do sistema legal progressivo constante dos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G da CLT a existência de parâmetros mínimos na gradação sugerida na norma.

Ou seja, muito embora vigore justa e veemente crítica à fixação de um “teto” para as reparações por danos extrapatrimoniais, a leitura atenta do arranjo normativo adotado pelo legislador reformista permite concluir que, por outro lado, haveria, pelo menos, um legítimo e razoável “piso” compensatório a ser rigorosamente observado pelo juiz, a depender da natureza leve, média, grave ou gravíssima em que a ofensa seja concretamente enquadrada.

Em outras palavras, embora não o faça literalmente a lei, ao estipular gamas de valores de indenização em faixas monetárias progressivas o legislador pretendeu assegurar não só patamares máximos, mas, implicitamente, também patamares mínimos.⁷ A não ser assim, a

⁷ Assim estava proposto no projeto que serviu, por suas grandes similitudes redacionais, de óbvia inspiração do legislador reformista – o PLS 150/1999, onde se cogitou de implementar um regime geral de tarifamento do dano extrapatrimonial, inclusive com semelhante taxonomia dos níveis de gravidade da ofensa reparável (<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=26/06/2002&paginaDireta=13104>). Acesso em 7/9/2018). Diga-se de passagem, a proposição, de autoria do Senador ANTONIO CARLOS VALADARES, aprovada no Senado com substitutivo apresentado pelo Relator, Senador PEDRO SIMON, foi rejeitada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sob o fundamento de inconstitucionalidade material, em 8 de junho de 2.010, por parecer do Deputado RÉGIS DE OLIVEIRA (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92E328A8D7BFA2C2C627CE5707F0E4D.proposicoesWebExterno2?codteor=777390&filename=Tramitacao-PL+7124/2002). Acesso em 8/9/2018.

livre fixação em qualquer patamar igual ou inferior à faixa imediatamente anterior subverteria a taxonomia legal das ofensas extrapatrimoniais na seara trabalhista.

Assim, sempre que se utilizar a tabela do § 1º do art. 223-G da CLT, o valor do dano moral que não seja leve deve ser arbitrado sempre acima do limite máximo da faixa legal imediatamente anterior. As circunstâncias judiciais (CLT, art. 223-G, *caput*), a serem abordadas mais adiante, auxiliarão na fixação do valor dentro dessa faixa entre o patamar legal mínimo implícito e o teto legal explícito.

Desse modo, por exemplo, se determinado trabalhador, vítima de dano extrapatrimonial, tem como último salário contratual a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e se, em determinado processo judicial, o magistrado trabalhista decide por fixar a ofensa como portadora de natureza *grave*, o valor da reparação por danos extrapatrimoniais a ser conferido a essa vítima, mesmo depois da conjugação de possíveis agravantes e atenuantes (CLT, art. 223-G, I a XII), necessariamente deverá ser *superior* a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), equivalente a cinco vezes o seu último salário contratual (“ piso” mínimo implícito à vista do parâmetro máximo contido da faixa anterior, alusiva a uma ofensa *média* – CLT, art. 223-G, § 1º, II) e, em tese (mercê das sérias discussões referentes à pecha de inconstitucionalidade desse “teto”), nunca superior a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), equivalente a vinte vezes o seu último salário contratual (“teto” máximo explícito contido na sua própria faixa – CLT, art. 223-G, § 1º, III). Logo, não poderia o juiz, neste caso, por exemplo, embora atribuindo natureza *grave* à ofensa, conferir reparação por danos extrapatrimoniais no importe de apenas R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

6 DIALOGANDO COM O CÓDIGO PENAL: POSSÍVEL PARÂMETRO ANALÓGICO PARA DEFINIÇÃO DOS GRAUS DE GRAVIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL EM MATÉRIA DE ACIDENTE DO TRABALHO

A teoria da necessária observância das faixas legais na dosimetria do *quantum* mínimo compensatório, desvelada no tópico anterior, traz à arena de debate a necessidade de se pensar em mecanismos viabilizadores da fixação de parâmetros objetivos mínimos para o enquadramento técnico da gravidade da ofensa extrapatrimonial.

Por isso, outra razão para perplexidade, instigada pelo texto do § 1º do art. 223-G da CLT, está justamente no significado das expressões ofensa de natureza “leve”, “média”,

“grave” e “gravíssima”, no corpo dos quatro incisos da tabela legal de valores arbitráveis aos danos extrapatrimoniais. A disposição legal faz a gradação sem dar nenhuma pista da correspondência de tais graus de gravidade da lesão extrapatrimonial. Por exemplo, a ofensa com palavras de baixo calão é leve ou média? O dano provocado por assédio moral deve ser considerado ofensa grave ou gravíssima? Uma deformidade permanente no corpo de um empregado que tenha sofrido um acidente durante a prestação de serviços ficará em que patamar de gravidade? A amputação das duas pernas em acidente de trabalho constitui ofensa grave ou gravíssima? Gravíssima seria somente a ofensa ensejadora do evento *morte*? Essas não são perguntas simples de responder.

O legislador, a despeito do esforço de imprimir a máxima objetividade no arbitramento da compensação por dano moral, acabou, com seu silêncio regulador, deixando em aberto o enquadramento das situações fáticas concretas. Isso, evidentemente, não é algo de todo negativo, levando a *equidade*, uma vez mais, ao centro do palco judicial no momento da fixação das reparações de danos extrapatrimoniais (CLT, art. 8º, *caput*). Aqui, o inovador figurino legal do arbitramento do dano moral promoveu o famoso “giro de 360º”, ou seja, embora retoricamente se indicasse o abandono da justiça líquida traduzida pela equidade⁸, permanecemos, em verdade, onde sempre estivemos – com o agravante da equivocada adoção de um critério móvel (salário contratual) como coeficiente de cálculo da reparação financeira do dano moral, insensível à dimensão do patrimônio ou renda da vítima como parâmetro de fixação do respectivo valor.

Fica-se por saber, assim, como operar as circunstâncias do *caput* do art. 223-G da CLT e se são elas as balizas para enquadramento do dano extrapatrimonial em um dos quatro níveis constantes da tabela prevista no § 1º do mesmo dispositivo legal ou, bem ao contrário, serão examinadas e computadas após o enquadramento em uma das quatro faixas legais de valores.

Voltaremos ao tema no tópico a seguir. Contudo, ao menos no tocante aos danos extrapatrimoniais decorrentes de acidentes do trabalho, propomos a adoção de outra ferramenta jurídica a ser utilizada conjuntamente com a equidade como mecanismo integrador da lacuna

⁸ Eis um trecho do Relatório do texto final que se transformou na Lei nº 13.467/2017, de autoria do Relator do respectivo projeto, na Câmara Federal, Deputado Rogério Marinho: “A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. **Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes**” (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961, pág. 46. Acesso em 8/9/2018). Paradoxalmente – é irresistível o comentário – o texto legal consagra em norma rígida a disparidade indenizatória para “lesões similares” ao atrelar os valores a arbitrar ao salário contratual do ofendido, no caso das reparações a cargo de pessoas jurídicas.

legislativa no delineamento dos critérios de enquadramento da ofensa segundo o grau de gravidade, igualmente previsto dentre as várias possibilidades de colmatação de lacunas no ordenamento jurídico laboral (CLT, art. 8º, *caput*).

De acordo com a legislação brasileira, o acidente de trabalho “é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (Lei nº 8.213/91, art. 19).

Tomando-se como base o conceito legal, tem-se como acidente de trabalho a lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda da capacidade para o trabalho necessariamente decorrente do labor efetuado em prol do empregador.

Em se tratando de indenização de dano acidentário à integridade física do trabalhador, soa adequado, à míngua de norma trabalhista a esclarecer o significado e alcance dos graus da ofensa, a aplicação analógica da gradação constante do art. 129 do Código Penal, que, sendo "direito comum", é subsidiariamente aplicável ao Direito do Trabalho (CLT, art. 8º, *caput*)⁹. Eis o inteiro teor do texto legal invocado:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II – perigo de vida;

III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV – aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I – incapacidade permanente para o trabalho;

II – enfermidade incurável;

III – perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV – deformidade permanente;

V – aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

⁹ Neste sentido: “As normas gerais são conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e conceitos fundamentais do Direito, aplicáveis a qualquer disciplina. Já **o direito comum pode até encontrar-se no Código Civil, como pode parecer, mas não se restringe a este: revela-se em qualquer regra jurídica fora do Direito do Trabalho. A aplicação do direito comum ao Direito do Trabalho expressaria, portanto, a utilização da técnica intelectual denominada “diálogo das fontes”, pelo qual uma regra de direito civil, penal, consumidor, ambiental, previdenciário, empresarial etc. seria aplicável, desde que compatível ou passível de adaptação ao campo normativo trabalhista**” (SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et alli*, ob. cit., p. 15).

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

.....

Assim, adaptando analogicamente a gradação penal para a realidade dos sinistros laborais, podemos considerar:

a) grau leve: a lesão corporal simples que não resultar em incapacidade laborativa por 15 dias ou mais (não gera benefício perante o INSS);

b) grau médio: a lesão corporal simples que resultar em incapacidade laborativa entre 15 e 30 dias (gera benefício perante o INSS por curto período);

c) grau grave: a lesão corporal que resultar **(i)** incapacidade laborativa por mais de 30 dias, **(ii)** perigo de vida, **(iii)** debilidade permanente de membro, sentido ou função ou **(iv)** aceleração de parto;

d) grau gravíssimo: a lesão corporal que resultar **(i)** incapacidade laborativa permanente, **(ii)** doença incurável, **(iii)** perda ou inutilização do membro, sentido ou função, **(iv)** deformidade permanente ou **(v)** aborto.

Note-se que o evento morte forma uma qualificadora à parte (CP, art. 129, § 3º), com pena mais severa, por sua máxima gravidade em termos de consequências de lesões corporais. Como veremos na última escala deste ensaio, essa peculiar gravidade parece-nos merecer uma solução que transponha a barreira do tarifamento, fazendo as pazes entre a inovação na CLT e as limitações constitucionais inexpugnáveis.

Assim, ao menos no tocante aos acidentes do trabalho não fatais e outras situações particularizadas, o socorro da subsidiariedade do direito comum (a despeito da contraditória, irreal e impraticável tentativa normativa de confinar a disciplina do dano extrapatrimonial trabalhista às disposições do Título II-A, como enuncia o art. 223-A da CLT) oferece um eficaz instrumento para facilitar a árdua tarefa do arbitramento do dano extrapatrimonial.

De todo modo, percebe-se que essa construção teórica, malgrado oferte diretrizes minimamente objetivas à fixação da faixa de gravidade da ofensa, suprimindo, assim, em alguma medida, o incômodo da adoção de um total subjetivismo judicial, em nenhum momento, porém, significa ruptura total com o recurso da *equidade* como versátil instrumento de colmatação de lacunas, mais precisamente nessa artesanal tarefa de sopesar fatos e circunstâncias com vistas a acomodar cada evento de acordo com a gravidade que dele promana.

Noutras palavras: qualquer ingênuo propósito do legislador reformista de se alcançar completa objetivização desses critérios tenderá, fatalmente, à frustração científica, isso porque não há como, em seara tão complexa, imprimir-se tamanho grau de determinismo sem cometimento de injustiças. Ao fim e ao cabo, alguma margem de liberdade há de sempre existir nas mãos do juiz na execução dessa espinhosa tarefa de realizar a dosimetria do montante reparatório.

7 O CARÁTER VOLÁTIL DAS CIRCUNSTÂNCIAS A SEREM CONSIDERADAS NO ARBITRAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Outro aspecto que nitidamente frustra a retórica da objetivação legal do arbitramento do dano extrapatrimonial – principal mote para a introdução da novidade na CLT – localiza-se no conjunto de circunstâncias a serem consideradas para tal tarefa jurisdicional.

Dispõe o *caput* do art. 223-G da CLT:¹⁰

- Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
- I – a natureza do bem jurídico tutelado;
 - II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
 - III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
 - IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
 - V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
 - VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
 - VII – o grau de dolo ou culpa;
 - VIII – a ocorrência de retratação espontânea;
 - IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
 - X – o perdão, tácito ou expresso;
 - XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
 - XII – o grau de publicidade da ofensa.

A lista, em linhas gerais, coincide com os fatores que a doutrina e a jurisprudência vinham há muito preconizando, em mais um flanco legal de aproximação do aparente inflexível critério legal em relação ao tradicional juízo de equidade, apenas aparentemente colocado de

¹⁰ Uma vez mais a inspiração trazida pelo texto do PL 7.124/2002 (Substitutivo do PLS 150/199 na origem) é indisfarçável, até nas impropriedades (“grau de dolo”, por exemplo). Confira-se o texto do § 2º do art. 7º do aludido projeto, rejeitado na Câmara dos Deputados por inconstitucionalidade material da tentativa de predeterminação limitada do valor do dano extrapatrimonial: “Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso” (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92E328A8D7BFA2C2C6257CE5707F0E4D.proposicoesWebExterno2?codteor=78514&filename=Tramitacao-PL+7124/2002. Acesso em 8/9/2018).

escanteio no regime legal inédito de tarifamento do dano extrapatrimonial.

Não esclarece a lei, no entanto, como devem ser manejadas tais circunstâncias:

a) Devem ser todas consideradas para o arbitramento ou apenas a mais preponderante no caso concreto?

b) Elas ostentam algum grau hierárquico de relevo ou devem ser tomadas em conta em pé de igualdade?

c) A avaliação das circunstâncias leva ao enquadramento da natureza leve, média, grave ou gravíssima de que trata o § 1º do art. 223-G da CLT ou apenas servirá de norte para a fixação do valor entre o mínimo implícito e o máximo explícito do nível respectivo, determinado por outro critério?

d) Seja como for, quais das circunstâncias conduzem à atenuação e quais das circunstâncias levam ao aumento do valor da reparação?

e) As circunstâncias listadas na lei são exaustivas ou exemplificativas?

A profusão e importância teórica e prática destas e de outras indagações que se poderiam trazer já justificariam uma profunda e extensa investigação que o espaço programado para o presente estudo não permite desenvolver.

Mostra, porém, a fragilidade da regulamentação e – insiste-se – a imprescindibilidade da persistência do uso da equidade e de outros meios de integração das omissões normativas na seara laboral como via inevitável para a tarefa espinhosa de dar preço a bens e interesses imateriais.

Enfrentemos, ainda que superficialmente, algumas das sérias dúvidas expostas.

Em primeiro lugar, continuando a equidade a servir como instrumento crucial para o arbitramento do dano extrapatrimonial trabalhista, não há como supor que o perímetro legal das circunstâncias alinhadas no *caput* do art. 223-G da CLT não comporte a consideração de outros fatores extravagantes que o caso concreto ostente. Se a apreciação por equidade compreende o esforço da justiça artesanal, adaptada às peculiaridades de cada litígio, evidentemente não poderá ser castrada a tutela cognitiva inerente à atuação jurisdicional a que se dedique o magistrado, confinando-a às circunstâncias imaginadas pelo legislador reformista.

Podem-se exemplificar, como fatores adicionais não contemplados na lista legal de circunstâncias definidoras do valor do dano extrapatrimonial, o conteúdo de regulamento empresarial afrontado por preposto patronal, a vulnerabilidade do ofendido momentaneamente agravada por uma doença conhecida pelo ofensor ou as condições atmosféricas a revelar postura

imprudente do empregador em manter determinada ordem de serviço propícia para outro clima ou temperatura.

Em segundo lugar, é preciso pontuar que, infelizmente, o problema da dosimetria normativa, novo para o Direito do Trabalho, não é novo no Direito Penal no tocante à dosimetria da pena – e lá, a despeito dos graves desdobramentos que acarreta, é antiga e ainda atual a perplexidade da doutrina.¹¹

A diferença importante é que, guiado constitucionalmente pela necessária limitação temporal das penas privativas de liberdade dada a proibição da prisão perpétua (CF, art. 5º, XLVII, *b*), em contraposição à necessária ilimitação financeira das reparações ao dano moral preconizada no art. 5º, V e X, da Carta Magna, o legislador penal tem a seu dispor um grau maior de objetividade em duas das fases que compõem o sistema trifásico de definição da pena. Lá, no Direito Penal, a “lesão”, ou seja, a conduta tipificada como delito tem o seu conteúdo e a sanção bem definidos (dentro dos princípios de inexistência de crime e de inexistência de pena sem lei anterior que os preveja– CF, art. 5º, XXXIX) e é comum a previsão de qualificadoras majorantes ou redutoras da pena-base, em frações ou faixas de frações, em cada tipo penal.

Porém, mesmo lá onde os passos para a dosimetria estão indicados na lei, há um largo espectro de certa insegurança jurídica dada a necessária consideração inicial, depois de definido o tipo em que a conduta do acusado está enquadrada, das circunstâncias, conhecidas como *circunstâncias judiciais*,¹² genérica e imprecisamente delineadas no art. 59 do Código Penal (os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente; os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e o comportamento da vítima), fixando, ao final desta primeira fase, a pena-base, calculada entre o mínimo e o máximo de pena correspondentes ao tipo penal em que tenha sido enquadrada a conduta do réu (CP, art. 68).

Em uma segunda etapa do processo de dosimetria, deve o juízo criminal tomar em conta as circunstâncias agravantes (CP, arts. 61 e 62) e atenuantes (CP, art. 65), adotando apenas uma delas como preponderante, que ditará, a partir da pena-base já estipulada na primeira fase, uma quantidade de pena mais próxima da mínima ou da máxima (pena provisória), a depender da preponderância de circunstância atenuante ou agravante (CP, art. 67).

¹¹ Dentre muitas obras, conferir: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v. 1, Parte Geral, 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 706-723; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 311-498.

¹² CARVALHO, ob. cit., p. 332.

Por fim, na terceira etapa, aplicam-se à pena provisória resultante da segunda fase as frações majoradoras ou diminuidoras das qualificadoras do próprio tipo penal, podendo “o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” (CP, art. 68, parágrafo único).

Como se vê, a operação da dosimetria no Direito Penal é sofisticada, complexa e, ainda assim, dependente de alguma margem de liberdade do julgador.

Transpondo tal metodologia da legislação penal para o novo regime de arbitramento do dano extrapatrimonial trabalhista, como deve a Justiça do Trabalho atuar, ciente da inexistência de uma clara ordem legal entre a consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes e da consideração dos níveis de gravidade da ofensa?

Fala-se aqui de uma ausência de clareza da ordem sequencial do processo dosimétrico do dano extrapatrimonial laboral porque, diversamente do campo penal, não especifica o legislador reformista o passo-a-passo procedimental (ou mental) que deve observar o juiz do trabalho no instante da fixação do valor da reparação do dano não patrimonial. Houve uma enorme (e constitucionalmente ingênua) preocupação com a limitação do valor máximo do dano extrapatrimonial, mediante a juridicamente repugnante técnica do tarifamento da dor, mas se negligenciou o *modus operandi* das novas regras a ser observado na atividade jurisdicional.

Assim, confinado o regramento dosimétrico laboral ao contido no art. 223-G da CLT e incompatíveis várias das circunstâncias judiciais atenuantes e agravantes penais em relação à seara laboral, será necessária criatividade para forjar alguma metodologia que empreste coerência ao sistema legal reparatório sob análise.

Neste cenário de precariedade normativa, talvez seja interessante, como ponto de partida, debruçar sobre a lista de circunstâncias dos incisos que compõem o *caput* do art. 223-G da CLT.

Analisando a lista legal, é possível identificar circunstâncias agravantes, circunstâncias atenuantes e outras que poderíamos chamar de circunstâncias genéricas.

Enquanto este terceiro grupo congrega critérios indicativos do nível de gravidade da ofensa, os dois primeiros grupos reúnem critérios que atuam na fixação do valor a ser arbitrado a título de indenização por dano extrapatrimonial.

Como **circunstâncias genéricas**, auxiliares na difícil tarefa de definir o nível de gravidade da ofensa extrapatrimonial, podem ser consideradas:

- a) a natureza do bem jurídico tutelado (a liberdade de credo, a liberdade de

pensamento, a privacidade, a honra, a integridade física etc);

b) a ocorrência de dolo ou o grau de culpa (já corrigindo aqui a infeliz redação do texto legal, que cogita de grau de dolo);

c) as condições da perpetração da ofensa (planejamento ou imprevisto do gesto ofensivo, estado de ânimo das pessoas envolvidas e situações externas potencialmente influenciadoras do comportamento agressivo, dentre outras).

A análise destas três variáveis – e de outras que o caso apresentar – permitirá o enquadramento do caso em um dos quatro níveis legais (ou no “extrateto” a ser abordado a seguir).

Consumada esta primeira fase, passa-se a fazer a ponderação das circunstâncias agravantes e atenuantes para fixar o valor definitivo da indenização, dentro do mínimo implícito e do máximo explícito indicados no nível legal a ser considerado.

Podem ser consideradas **circunstâncias agravantes**:

a) a repercussão pessoal e social da ação ou da omissão;

b) o grau de publicidade da ofensa;

c) a intensidade do sofrimento ou da humilhação (a ser examinada mesmo nos danos *in re ipsa*, pois a desnecessidade de comprovação de tais espécies de prejuízos não torna desnecessária ou supérflua a prova da dor para efeito de mensuração da reparação);

d) a extensão e duração dos efeitos da ofensa (que determinarão o aumento do valor da reparação de modo diretamente proporcional).

Por outro lado, podem ser consideradas **circunstâncias atenuantes**:

a) a ocorrência de retratação espontânea por parte do ofensor;

b) o esforço efetivo para minimizar a ofensa a ser reparada;

c) o perdão, tácito ou expresso (circunstância a ser considerada apenas quando a vítima for o empregador, pois a assimetria inerente aos contratos de trabalho torna intolerável, em princípio, o perdão da vítima empregada obtido pelo empregador).

Ainda devem ser consideradas duas últimas circunstâncias, dentre aquelas constantes da lista legal, que podemos considerar, digamos, ambivalentes: i) a possibilidade de superação física ou psicológica (não meramente hipotética, mas real), critério que pode funcionar tanto como atenuante quanto como agravante (como na hipótese de constatação da *impossibilidade* dessa superação); ii) a situação social e econômica das partes envolvidas, em especial a situação do empregador, que pode funcionar ora como agravante, ora como atenuante (suscitando a

preocupação com o realismo da reparação, a indicar que a contenção da reparação, em consideração ao porte da empresa agressora, pode redundar em uma reprimenda judicial muito mais eficaz que aquela gerada por um valor estratosférico totalmente fora das possibilidades de satisfação pelo condenado).

Da comparação das circunstâncias agravantes e atenuantes, incluídas aí as circunstâncias ambivalentes, deve o julgador extrair qual grupo prepondera: se preponderarem as circunstâncias agravantes, o valor da reparação tenderá a se aproximar ou equivaler ao máximo da tabela; se prevalentes as atenuantes, deverá tal valor ser reduzido; se ausentes ou equivalentes as circunstâncias agravantes e atenuantes, o valor deverá situar-se no valor médio correspondente ao nível selecionado.

Nas raríssimas situações de reincidência (ou seja, a verificação de lesão extrapatrimonial precedente, detectada em outra ação, com decisão condenatória, de ocorrência rara por exigir a lei que a situação lesiva se repita não só com o mesmo empregador, mas também pela mesma vítima – CLT, art. 223-G, § 3º),¹³ deverá o valor encontrado ser aumentado até o dobro.

Evidentemente, a operação dosimétrica aqui sugerida não subtrai do juiz do trabalho a possibilidade de fixar, em decisão fundamentada, um valor diverso, caso a hipótese em julgamento ofereça aspectos que tornem difícil ou impossível o cálculo ora proposto. Afinal, insiste-se, o silêncio legislativo sobre a metodologia apuradora da indenização do dano extrapatrimonial preserva permanentemente a possibilidade de uso da equidade, que poderá compreender detalhes fáticos ou jurídicos incompatíveis com as vagas regras do art. 223-G da CLT.

8 TARIFICAÇÃO PRÉVIA DO VALOR REPARATÓRIO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS DITAMES CONSTITUCIONAIS

Como último capítulo deste ensaio em torno dos possíveis silêncios do regime legal de tarifamento, voltamos ao problema da estipulação de limites máximos de reparação do dano extrapatrimonial.

¹³ Acusando a inocuidade da qualificadora majoradora da reincidência introduzida na CLT: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et alli*, ob. cit., p. 145.

Como já se salientou linhas atrás, a jurisprudência da Suprema Corte repudia o tarifamento legislativo do dano moral ante o claro comando constitucional de proporcionalidade incondicional do valor a ser judicialmente arbitrado ao prejuízo sofrido.

A despeito do desalinho constitucional do limitador legal das reparações extrapatrimoniais trabalhistas, não se pode ignorar a utilidade de parâmetros normativos para a fixação dos respectivos valores, ainda que, repita-se, o uso do salário contratual seja completamente inadequado por permitir o tratamento díspar para ofensas morais de mesmo quilate – justamente o mote declarado pelo legislador reformista para justificar a inovação aqui estudada.

Assim, se há uma dificuldade para substituição do salário contratual por outro critério linear que afaste tal anomalia, na questão do limite máximo, a interpretação em conformidade com a Constituição Federal deve conduzir o magistrado, sem nenhum constrangimento pela nitidez do texto legal, a extravasar o teto reparatório celetista sempre que o dano apreciado mereça, por sua gravidade, intensidade, duração ou publicidade, valor superior, fazendo com que a quantia fixada pelo juiz trabalhista, no caso concreto, a título de reparação por danos extrapatrimoniais, resulte de uma técnica de dosimetria fielmente obediente aos ditames constitucionais que regem o assunto – já reportados em tópicos anteriores deste arrazoado.

9 PARA ENCERRAR A CONVERSA

Como se percebe, o novo regime legal de arbitramento do dano extrapatrimonial suscita muitas e relevantes dúvidas cuja superação tem importante impacto prático sobre esse cotidiano instituto na rotina forense trabalhista.

De tudo o que analisamos, podemos alinhar as seguintes conclusões em torno deste verdadeiro “bicho legal de sete cabeças”:

1. É aberta a lista dos bens tuteláveis que integram a esfera extrapatrimonial das pessoas naturais e jurídicas;
2. São admissíveis outros modos de reparação do dano extrapatrimonial de natureza não pecuniária;
3. O dano moral coletivo não se submete à regulação dos arts. 223-A a 223-G da CLT;
4. É viável a adoção supletiva dos critérios de definição das diversas espécies das

lesões corporais, constantes do Código Penal, para estabelecer o nível de gravidade da ofensa extrapatrimonial trabalhista nos danos acidentários;

5. Há valores mínimos implícitos a serem considerados nas faixas do § 1º do art. 223-G da CLT;

6. É viável a adoção adaptada do sistema trifásico na dosimetria da pena para nortear o arbitramento do dano extrapatrimonial trabalhista;

7. Não há possibilidade constitucional de limitar o valor das reparações por dano extrapatrimonial, sendo permitido ao juiz do trabalho, sempre que a situação do caso concreto fique juridicamente desconfortável no figurino apertado do tabelamento legal do dano extrapatrimonial, extrapolar validamente os limites ali consignados, mediante decisão fundamentada sobretudo com aportes constitucionais.

10 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOLINA, André Araújo; MARANHÃO, Ney. Dano moral coletivo nas relações trabalhistas. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba/SP: FOCO, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da MP nº 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, v. 1, Parte Geral, 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

REFORMA TRABALHISTA: a subordinação das relações de trabalho a dinâmica do mercado

LABOR REFORM: the subordination of labor relations in the market dynamics

Juliana Teixeira Esteves¹
 Danietty Lima²
 Tieta Tenório Bitu³
 Vanessa Gabrielle Garcia⁴

RESUMO: A Lei n. 13.467/17, comumente conhecida como lei da “Reforma Trabalhista”, surge como um alardeado meio de salvação para o mundo do trabalho, que seria responsável pela criação de empregos e pela desburocratização das relações sociais. Mas a verdade é que o cenário de desemprego se configura como um fenômeno estrutural, característico do próprio modelo capitalista de produção. Atualmente, com o advento do neoliberalismo e com o acirramento das relações sociais, as iniciativas contrárias aos direitos sociais têm ganhado força, e o desmonte do Estado tem se tornado uma estratégia cada vez mais utilizada. A Reforma Trabalhista é, portanto, mais um ataque dentre tantos nessa lista de ofensivas aos direitos sociais, servindo apenas aos interesses do capitalismo e do capital financeiro, numa vã tentativa de minimizar as crises que são intrínsecas ao modelo do capital. Este artigo objetiva, então, discutir os impactos da aplicação desta lei na vida dos trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Teoria Jurídico-trabalhista Crítica; Reforma Trabalhista; Desemprego Estrutural; Crise do Capitalismo.

SUMÁRIO: 1 Os reais objetivos da promulgação da chamada “reforma trabalhista”; 2 A reforma trabalhista e a transferência da responsabilidade para o trabalhador; 3. Considerações finais; 4. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: The n. 13.467/17 Law, commonly known as “Labour Reform” law, has been presented as a mean of salvation for the world of labour, since it would create jobs and would deburocratize the social relations. But the truth is that the context of unemployment is a structural phenomenon of the capitalist model of production. With the advent of neoliberalismo and the increased tensions in social relations, the contrary initiatives against social rights have gained strength, and the State dismantling has become a very utilized strategy. The Labour Reform law is another attack amongst so many others in this long list of offensives against social rights, serving only the interests of capitalismo and financial capital, in a vain attempt to minimize the crisis that are characteristics of capitalism. This article aims, then, to discuss the impacts of this law on workers’ lives.

KEYWORDS: Labour Law; Critical Labour Law Theory; Labour Law Reforms; Structural Unemployment; Crises of Capitalism.

Artigo recebido em 03/06/2018.

Artigo aprovado em 22/10/2018 e 26/10/2018.

¹ Professora Adjunta de Direito do trabalho da FDR/UFPE. Mestre em ciência política e doutora em Direito pela UFPE. Pesquisadora do GP/CNPQ 'Direito do Trabalho e Teoria Social crítica'. Integrante do RENAPEDTS.

² Advogada. Graduada em Direito pela UFPE. Mestranda em Direito pela UFPE e integrante do grupo de pesquisa Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica.

³ Graduada pela UNICAP. Mestranda em Direito pela UFPE e integrante do grupo de Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica.

⁴ Graduada em Direito e pós-graduada em Direito do Trabalho pela UNICAP. Mestranda em Direito pela UFPE e integrante do grupo de Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 175-187, Mai-Ago/2018

SUMMARY: 1 The real objectives of the promulgation of the so-called "labor reform"; 2 The labor reform and the transfer of responsibility to the worker; 3. Final considerations; 4. References.

1 OS REAIS OBJETIVOS DA PROMULGAÇÃO DA CHAMADA “REFORMA TRABALHISTA”

No cenário brasileiro e com a edição da Lei Nº 13.467/2017, também chamada de “reforma trabalhista”, o sistema de proteção aos trabalhadores sofreu alterações expressivas, retirando disposições de caráter protetivo da Consolidação das Leis do Trabalho, no intuito de proporcionar um novo patamar de flexibilidade nas relações laborais, requerido pela classe patronal como alternativa de salvação em face da crise econômica.

Ao observar a atuação social que se apresenta de forma acrítica e apática, faz-se necessário frisar que no âmbito acadêmico houve/há um intenso debate acerca da chamada “reforma” trabalhista. Para a corrente doutrinária jurídico-trabalhista crítica, é relevante não apenas o fato de ter sido imposta a Lei nº13.467/17 por um governo antidemocrático. Importa, também, o fato de ter sido ela impulsionada pela força do poder econômico e da grande mídia, que se utilizaram de argumentos como: ampliação do número de empregos e modernização da legislação trabalhista para falsear o verdadeiro objetivo da reforma. A lei em questão é muito mal elaborada, tanto no sentido da proteção ao trabalhador que vai de encontro a normas internacionais recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no sentido técnico, de retórica jurídica. Faltaram, pois, pesquisas e análises em que se pudessem identificar o problema, a avaliação das causas e a formulação de proposições com projeções de resultados que fossem eficientes e que levassem a um resultado de efetiva transformação positiva ao mundo do trabalho e que fosse realmente benéfica ao trabalhador.

Nesse contexto, e compreendendo que essa atual construção legislativa no Brasil caminha na contramão do que é o verdadeiro enfrentamento dos desafios contemporâneos para real expansão da proteção dos direitos humanos na ordem democrática, objetiva o presente trabalho refletir acerca da “reforma” trabalhista, articulando-a aos imperativos da globalização ultraliberal e hegemônica, entendendo que esta “reforma” visa atender aos interesses do capital financeiro. Busca-se, portanto, através da análise dos textos de base teórica jurídico-trabalhista crítica refletir essa temática. Assim, questiona-se como deve ser entendido esse desmonte trabalhista? Como devem agir os trabalhadores e como devem atuar o Poder Judiciário e as entidades estatais que junto com ele devem buscar o equilíbrio das situações com a proteção

dos trabalhadores e dos seus direitos? Acredita-se que o rearranjo das forças sindicais e a retomada da consciência da força política dos trabalhadores são um caminho.

Contudo, ressalta-se que, no cenário de total desrespeito e descaso com a proteção dos trabalhadores, devem os membros das instituições estatais, principalmente os juízes, atuarem sempre no sentido de proteger e ampliar os direitos dos trabalhadores em conformidade com o que dispõe o texto constitucional. Aplica-se, assim, dentro do conflito de normas aquela que se apresenta mais favorável ao trabalhador. Logo, devem atuar eliminando aquela norma incompatível com a condição de efetivação e proteção da dignidade humana do trabalhador.

Diante do exposto, os autores deste trabalho, acompanhando as referências utilizadas nas pesquisas realizadas pela linha de pesquisa “Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica” da UFPE, ressaltam a necessidade de reconfiguração do objeto do Direito do Trabalho, o trabalho livre/subordinado, e o encontro dos movimentos reformistas/revolucionários tipicamente trabalhistas com os novos movimentos sociais contra-hegemônicos, como espaços privilegiados de articulação e de lutas coletivas.

Utilizam uma bibliografia que defende a necessidade de os sindicatos e as lutas coletivas organizadas retomarem a luta política, emancipatória e contra-hegemônica, a partir da constituição de uma nova solidariedade operária para enfrentar a globalização ultraliberal e hegemônica, que vem se manifestando através do desmonte e da desconstitucionalização de direitos historicamente conquistados pela classe trabalhadora.

2 A REFORMA TRABALHISTA E A TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PARA O TRABALHADOR

O capitalismo tem, em sua natureza, uma estrutura de acumulação de capitais. Convive de forma conflituosa com a constante renovação de meios e métodos de produção, para superar as inúmeras crises por ele próprio provocadas. No próprio sistema existe uma tendência: produzir mais-valia, aumentar a produtividade para enfrentar o mercado competitivo. Entretanto, ao desenvolver meios que aumentem a produção, o sistema termina por eliminar postos de trabalho e dificulta, ou mesmo impede o acesso destes às mercadorias produzidas, o que desencadeia um desequilíbrio entre produção e consumo.

Baseado nesse pressuposto, é compreensível que os modelos de organização e gestão do trabalho estejam sendo esgotados e, frequentemente, seja necessário a adoção de novas alternativas organizacionais.

Com o esgotamento do modelo taylorista/fordista de trabalho, outro paradigma de produção teve início. A baixa demanda excessiva de mercadorias trouxe a necessidade de uma nova organização da produção e do trabalho que afetou substancialmente o mundo do trabalho.

De acordo com Coriat (1988) a crise taylorista/fordista teve início na década de 1960, quando houve avanços na área tecnológica e se formaram trabalhadores pouco qualificados, insatisfeitos e explorados por empregadores que tentavam elevar seus lucros à custa das baixas condições de trabalho. Outro fator ensejador do fim do modelo taylorista/fordista, segundo o autor, é que o mesmo produzia mais mercadoria do que a população podia adquirir. Daí tornou-se necessário produzir mercadorias mais atrativas e em quantidades menores, “uma grande quantidade de tempos ‘mortos’ e tempos ‘improdutivos’ eram gastos com técnicas complexas de balanceamento das cadeias de produção” (1988, p. 16).

Um novo paradigma de acumulação surgiu a partir da integração das linhas de produção através da combinação dos novos meios de trabalho resultantes da aplicação da informática e eletrônica.

A nova fase de reestruturação produtiva do capital é explicada por Harvey (2004, p. 140):

Se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, de produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego no chamado “setor de serviços”, bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas.

Com a implantação da microeletrônica as atividades antes realizadas por operários foram substituídas por processos automatizados. A partir de um processo integrado e flexível é possível produzir pequenos lotes, sem ter estoques de mercadorias. A nova tecnologia permite um extremo controle de qualidade dos produtos e tempo de serviço dos funcionários. Reorganiza-se espacialmente os equipamentos e as equipes de trabalho e se pode reduzir a “porosidade do dia de trabalho” (*ibidem*, p.167).

Como consequência, ocorre uma degradação do processo produtivo caracterizada por fases como produção, demanda, estocagem e controle de qualidade, que correspondem à

necessidade de organização da produção em economias de escopo. Para adequar-se à variação da demanda utiliza-se o *just in time*⁵ e o *kaban*⁶.

A natureza do trabalho também foi alterada e os trabalhadores encontraram um novo sistema de gestão e organização que correspondem à diversificação e a flexibilização da produção de mercadorias, “trabalhar passa a significar enfrentar eventos, ou seja, resolver problemas, o que impacta significativamente o desenvolvimento de competências, que passam a depender de mais conhecimentos e habilidades cognitivas complexas” (ZARIFIAN, 2001, p. 41-43).

A utilização da força de trabalho também foi flexibilizada e os trabalhadores aprenderam a realizar múltiplas tarefas, a fim de produzir um volume maior de excedentes. São treinados em serviço e se tornam corresponsáveis pela produção que deve, ainda, atender aos padrões de qualidade exigidos.

A renovação tecnológica e a automatização do processo produtivo, assim como a flexibilidade na alocação gerou a extinção de milhares postos de trabalho e, conseqüentemente, milhares de trabalhadores foram dispensados quando se iniciou a era do chamado “desemprego estrutural”⁷.

O contingente de desempregados passou de 800 milhões, em 1995, para mais de um bilhão em 2001 e atingiu também os países desenvolvidos que, até os dias presentes convivem com altos índices de desemprego.

Aponta Rifkin (2004) para o desemprego oficial nos Estados Unidos, que estava em 4%, após o índice de 6,6% em 1994, voltou aos 6%; o da Alemanha, em agosto de 2003, girava em torno de 10% e 60% dos desempregados estavam sem trabalho há mais de um ano; na França e na Itália, em 2003, o desemprego aproximava-se dos 9%, enquanto na Espanha era de aproximadamente 12%. A média geral da União Europeia era de 7,9% sendo que, na zona europeia expandida, ultrapassava os 8,7%.

⁵ A expressão *just in time* significa “bem na hora”, “no momento certo” e procura minimizar o tempo de produção e a quantidade de estoque. A idéia é estabelecer um fluxo contínuo de produção sincronizado com a necessidade de estoque. Para isso acontecer, o fornecedor deve entregar os suprimentos no momento exato contratado (MAXIMIANO, 2004, p.211).

⁶ Kanban é uma espécie de placa que indica muitas coisas, porém a mais importante é a peça ou elemento ao qual está ligada. Assim, quando a equipe precisa de um painel para o carro que está montando, pega um painel na reserva. Neste momento, retira o Kanban da peça empregada. Este volta ao departamento que fabrica painéis. Essa unidade sabe então que precisa reconstituir o estoque esgotado (GOUNET, 1999, p. 27).

⁷ Desemprego Estrutural: “característico dos países subdesenvolvidos, ligado às particularidades intrínsecas de sua economia. Explica-se pelo excesso de mão-de-obra empregada na agricultura e atividades correlatas e pela insuficiência de equipamentos de base que levariam à criação cumulativa de emprego” (PROJETO RENASCE BRASIL, 2008, p.1).

Nesse contexto de elevado desemprego, eliminadas a rigidez e a segurança dos contratos de trabalho no período, foram se conformando novas relações de trabalho mais flexíveis. Para os trabalhadores centrais e altamente qualificados, há segurança no trabalho, enquanto que, para os demais trabalhadores temporários, subcontratados, não há segurança no trabalho e nem garantia de direitos trabalhistas e sociais (HARVEY, 2004, p. 143).

A nova organização do trabalho centrada na base tecnológica e reestruturação produtiva requereu uma nova organização política internacional para o novo contexto do desemprego estrutural. A partir dos anos 1980, o “neoliberalismo se põe como uma alternativa teórica, econômica, ideológica, ético-política e educativa à crise do capitalismo” (FRIGOTTO, 2005, p. 79).

A idéia-força balizadora do ideário neoliberal é a de que o setor público (o Estado) é responsável pela crise, pela ineficiência, pelo privilégio, e que o mercado e o privado são sinônimos de eficiência, qualidade e equidade. Desta idéia-chave advém a obra do Estado Mínimo e da necessidade de zerar todas as conquistas sociais, como o direito a estabilidade de emprego, o direito à saúde, educação, transportes públicos, etc. Tudo isto passa ser comprado e regido pela férrea lógica das leis do mercado. Na realidade, a idéia de Estado mínimo significa o Estado suficiente e necessário unicamente para os interesses da reprodução do capital (*ibidem*, p. 83-84).

Relaciona Perry Anderson (1995) outras consequências do quadro deflagrado na década de 1970.

A chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as ideias neoliberais passaram a ganhar terreno. As raízes da crise, afirmavam Hayek e seus companheiros, estavam localizadas no poder excessivo e nefasto dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais. Esses dois processos diluíram os níveis necessários de lucros das empresas e desencadearam processos inflacionários que não podiam deixar de terminar numa crise generalizada das economias de mercado. O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem estar, e a reestruturação da taxa “natural” de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalhadores para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. [...] O crescimento retornaria quando a estabilidade monetária e os incentivos essenciais fossem restituídos (*ibidem*, p.10 - 11).

Neste momento, inicia-se a mudança na regulação das relações trabalhistas. Os acordos coletivos firmados após a Segunda Grande Guerra ainda se submetiam a uma forte regulação

das relações de trabalho, havendo, inclusive, incentivos a políticas públicas de formação profissional e ensino técnico.

Tal intervenção estatal começou a ser fortemente contestada em meados dos anos 70, na medida em que dificultava a flexibilização do uso das forças de trabalho, que passaram a ser facilitadas nos governos neoliberais de Margareth Thatcher, na Grã-Bretanha, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos. As novas regulações sociais, agora sob a égide da ideologia neoliberal⁸, ocorreram mais intensamente no fim dos anos 1970 e durante toda a década de 1980.

Dentre as medidas neoliberais tomadas para satisfazer as necessidades de acumulação de capital a que mais atingiu a classe trabalhadora foi o enfraquecimento do movimento sindical.

De acordo com Anderson (1995, p. 15):

Se, nos anos 70, a taxa de lucro das indústrias nos países da OCDE caiu em cerca de 4,2%, nos anos 80 aumentou 5,3 pontos positivos. A razão principal dessa transformação foi, sem dúvida, a derrota do movimento sindical, expressando a queda drástica do número de greves durante os anos 80 e numa notável contenção de salários. Essa nova postura sindical, muito mais moderada, por sua vez, em grande parte era produto do neoliberalismo, ou seja, o crescimento do desemprego, concebido como um mecanismo natural e necessário de qualquer economia de mercado eficiente. A taxa média de desemprego nos países da OCDE, que havia ficado em torno de 4% nos anos 70, pelo menos duplicou na década de 80.

Talvez o resultado mais visível desses anos de atuação da atual reestruturação produtiva seja o golpe dado ao movimento sindical, em todo o mundo. A adoção de políticas neoliberais e a aceitação das novas regras do jogo resultaram na solidão e abandono dos trabalhadores, e na perda de rumos do movimento sindical. Este foi o resultado da aceitação do canto de sereias da política de negociação: um sindicalismo que perdeu sua essência, seu significado de proteção e defesa dos trabalhadores, mero figurante do falso jogo democrático. Desmoralizados, não só pelas perdas sofridas,

⁸ “Os fundamentos teóricos do neoliberalismo derivam das obras de F. Hayek (1940) e M. Friedman que publicou sua teoria a partir da década de 1950, sobressaindo-se na década de 1980. “A obra básica de Hayek [...] não é outra, senão a de que o princípio e a busca da igualdade social levam a servidão. [...] para Hayek, o conhecimento seria um atributo individual e, segundo Wainwright (1998, p.51), ‘ele o via quase que como uma característica física, como se mente e corpo fosse uma coisa só e o conhecimento do indivíduo fosse o que ele experimentaria de maneira atomística e única’” (FRIGOTTO, 2005, p.83). “[...] Hayek importava-se em estudá-la particularizada, em analisar sucessos particulares de empreendedores isolados, pois o individualismo provindo de seu conceito de como o conhecimento é adquirido pelo homem é a sua bandeira” (ARCE, 2001, p. 252). Já para FRIEDMAN (1988), o capitalismo competitivo é o tipo de organização do sistema econômico mais eficaz, visto que a liberdade econômica é parte da liberdade no seu sentido mais amplo, bem como instrumento necessário à obtenção de liberdade política. Considera Friedman (1988), que: “A preservação da liberdade é a principal razão para a limitação e descentralização do poder do governo” (*ibidem*, p.13). E, “fundamentalmente, só há dois meios de coordenar as atividades econômicas de milhões. Um é a direção central utilizando a coerção – a técnica do Exército e do Estado totalitário moderno. O outro é a cooperação voluntária dos indivíduos – a técnica do mercado” (FRIEDMAN, 1988 *apud* DREWINSKI, 2009, p. 21) citado por DREWINSKI, Jane Maria de Abreu *in* obra de doutoramento Empreendedorismo: o discurso pedagógico no contexto do agravamento do desemprego juvenil, 2009.

inerentes a qualquer luta, mas sim pelo caminho adotado que mais que a negociação, significou cooptação, e que fez de muitos deles apenas ‘parceiros’ para referendar as perdas dos trabalhadores.

As novas ideias neoliberais acreditavam que o mercado é autorregulado e eficaz para regular as políticas econômicas. Daí as relações sociais e os Estados Nacionais passarem por um processo de enxugamento. As responsabilidades como saúde, educação e saneamento tornaram-se responsabilidade da iniciativa privada.

O Estado incorporou uma postura não interventora, orientada por uma política neoliberal e os trabalhadores deveriam se adequar e se conformar às novas exigências em prol da acumulação de capitais.

Essa sistematização das relações de trabalho, associada (ou causada) à produção automatizada, integrada e flexível, diminuiu a necessidade de grande quantidade de trabalhadores para sua concretização e contribuiu para o crescimento do desemprego e para a marginalização social.

Assim de premissa objetiva para a libertação geral da humanidade do jugo das necessidades materiais, o avanço tecnológico converte-se, sob as relações sociais de produção capitalista, em instrumento de maximização da exploração da força de trabalho, ampliando a marginalização social através do crescente desemprego mantido sob controle. O desemprego, desse modo, deixa de ser considerado um fator de crise (como no período anterior, quando as políticas de pleno emprego eram vistas como solução para a crise) para converter-se agora em um dos elementos do processo de controle das crises que aciona o mecanismo de desaquecimento da economia como forma de mantê-la ajustada às relações sociais vigentes, comandadas pelos interesses do sistema financeiro internacional. (SAVIANI, 2004, p. 21).

A lógica da reprodução do capital pressupõe a existência de desemprego e precarização do trabalho e crises econômicas, sejam elas cíclicas ou de longa duração. Segundo Mészáros (2002) o que atinge o mundo capitalista e todos os setores da vida social é uma “crise estrutural”.

O mesmo autor escreveu em 1971:

As classes trabalhadoras de algumas das mais desenvolvidas sociedades ‘pós-industriais’ estão experimentando uma amostra da real perniciosidade do capital ‘liberal’. [...] Assim, a natureza real das relações capitalistas de produção: a implacável dominação do trabalho pelo capital evidenciando-se cada vez mais como um fenômeno *global*. [...] A compreensão do desenvolvimento e da auto-reprodução do modo de produção capitalista é completamente impossível sem o conceito de capital social *total* [...]. Da mesma forma, é completamente impossível compreender os múltiplos e agudos problemas, tanto nacionalmente variados como socialmente estratificados do trabalho, sem que se tenha sempre em mente uma estrutura

necessária para uma avaliação apropriada, a saber, o irreconciliável antagonismo entre capital social total e a totalidade do trabalho.

Esse antagonismo fundamental é inevitavelmente modificado em função de: (1) circunstâncias socioeconômicas locais; (2) a posição relativa de cada país na estrutura global da produção de capital; e (3) a maturidade relativa do desenvolvimento sócio-histórico global. De fato, em diferentes períodos o sistema como um todo revela a ação de um conjunto complexo de interesses distintos, em *ambos* os lados do antagonismo social. A realidade objetiva das diferentes taxas de exploração – tanto no interior de um dado país como no sistema mundial do capital – é tão inquestionável como são as diferenças objetivas nas taxas de lucro em qualquer período em particular. [...] De todo modo, a realidade das diferentes taxas de exploração diferenciais como a tendência global de desenvolvimento do capital mundial.

Sem dúvida essa lei de equalização é uma tendência de longo prazo, na medida em que o sistema global do capital é afetado. [...] Por hora basta salientar que o “capital social total” não deve ser confundido com o “capital nacional total”. Quando este último sofre os efeitos de um enfraquecimento relativo da sua posição dentro do sistema global, tentará inevitavelmente compensar suas perdas com o aumento de sua taxa de exploração específica sobre a força de trabalho sob o seu controle direto – de outro modo terá sua competitividade novamente enfraquecida dentro da estrutura global do ‘capital social total’. [...] Não pode haver nenhuma outra saída, senão pela intensificação das taxas específicas de exploração, as quais somente podem conduzir, tanto localmente como em termos globais, a uma explosiva intensificação do antagonismo social fundamental a longo prazo.

Aqueles que têm falado acerca da ‘integração’ da classe trabalhadora – descrevendo o ‘capitalismo organizado’ como um sistema que obteve êxito em dominar radicalmente suas contradições sociais – desesperadamente mal interpretaram o sucesso manipulador das taxas diferenciais de exploração (que prevaleceram na fase histórica relativamente ‘livre de distúrbios’, da reconstrução do pós-guerra) como um remédio estrutural básico (MÉSZÁROS, 1971, p. 56-59; 1995, p. 890-892).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reorganização das empresas, o novo capitalismo, a reestruturação das relações de trabalho, favoreceram a extinção de postos tradicionais de trabalho e a receita da Seguridade Social, obviamente, decresceu. Associado a isso está a diminuição na diferença da proporção entre a longevidade dos cidadãos e a taxa de natalidade. Para resolver a situação o governo instituiu políticas de qualificação e inserção do profissional no mercado que consistem, dentre outros objetivos o ensino do empreendedorismo. Na relação de emprego, houve a mudança na forma de remuneração do trabalhador, que passou a ser atrelada ao desempenho individual de cada um, avaliado sob aspectos comportamentais e subjetivos, e aspectos objetivos de qualificação e produtividade, introduzindo-se o fator da individualização do salário, em oposição ao sistema de classificação de cargos adotado pela própria legislação trabalhista brasileira. Incentivou-se a concorrência entre trabalhadores para ascenderem às melhores condições remuneratórias em contraste com as lutas e reivindicações coletivas. Com as regras do mercado atuais, para garantir um crescimento remuneratório, um trabalhador deve

demonstrar o melhor desempenho, o maior compromisso, estar em total sintonia com os objetivos da empresa.

Essa mudança trouxe em si um novo contexto para dentro da empresa, que é nutrido por comportamentos competitivos-individualistas e levam à alienação da classe trabalhadora. Deste modo, as contradições entre capital e trabalho são obscurecidas e o discurso ideológico, necessários ao engajamento dos trabalhadores é conduzido por apelos ao consenso quanto aos “valores individualistas e meritocráticos e se irradia a partir da noção de qualidade” (Invernizzi, 2000, p.389). Entretanto, o individualismo não pode ser creditado unicamente ao simples convencimento da classe trabalhadora. Deve-se ter em mente a realidade excludente e cheia de adversidades que permeia esses trabalhadores e os obriga a se submeter às novas regras do jogo para manter seus empregos.

Para corresponder às novas expectativas, o trabalhador adquire um novo perfil, mais qualificado, mas, que o subordina às necessidades do capital. Tal perfil deve ser multifacetado, para atender à demanda industrial e, futuramente, em caso de desemprego, resolver sozinho sua subsistência, através do empreendedorismo formal ou informalmente. Por isso, a força de trabalho tornou-se multifuncional para atender as condições de flexibilidade e novas funções que precisam ser assumidas em razão do rápido enxugamento de quadros nos dias atuais.

A definição de operário qualificado envolve um grau de escolaridade mais amplo, com nível médio e/ou superior, disposto a trabalhar e a se deixar ser treinado dentro da empresa, ter conhecimento de informática e boa comunicação, raciocínio abstrato e capacidade de resolver problemas complexos.

Os empregados que não se adequam às novas regras são candidatos, em potencial, ao desemprego e à marginalização do sistema protetivo. Por outro lado, a indústria já alcançou o resultado almejado com a reestruturação produtiva e, como não necessita mais reajustar o quadro de funcionários, dispensa aqueles que não conseguem enfrentar tais mudanças.

A figura do empreendedorismo vem buscar esses trabalhadores não “enquadrados” no novo programa capitalista de inserção produtiva e colocar, para os mesmos, a responsabilidade pelo seu futuro. Diante do elevado índice de desemprego, verifica-se, que desde a década de 1990, foram lançadas políticas de educação ao empreendedorismo como resposta ao agravamento da crise que se alastrava pelo país.

4 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, L. Aparelhos Ideológicos de Estado. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E. (Org.). Pós-neoliberalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

ANTUNES, R. Os sentidos do trabalho: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

BAUMAN, Zigmunt. O mal-estar da pós-modernidade;. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed.: 1998

BERNARDO, J. Transnacionalização do capital e fragmentação dos trabalhadores: ainda há lugar para os sindicatos? São Paulo: Boitempo, 1996.

CARDOSO, F.H. Avança Brasil: mais 4 anos de desenvolvimento para todos. Brasília, 1998.

CÊA, G.S.S. A Qualificação Profissional como Instrumento de Regulação Social: Do PLANFOR ao PNQ. In: REUNIÃO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO, 27, 2004, Caxambu: ANPED, 2007. Grupo de Trabalho: Trabalho e Educação/ n.9. CD-ROM.

CORIAT, B. Automação programável: novas formas e conceitos de organização da produção. In: SHIMITZ, H; CARVALHO R.Q. (Org.). Automação, Competitividade e Trabalho: a experiência Internacional. São Paulo: Hucitec, 1988.

DEDECCA, C.S. Emprego e Qualificação no Brasil nos Anos 90. In: OLIVEIRA, M.A. (Org.) Reforma do Estado e Políticas de Emprego no Brasil. Campinas: UNICAMP, 1998.

DIAS, G. P. Empreendedorismo e Educação: O Sebrae na Escola. 2006. 136 f. Dissertação (Mestrado em Trabalho e Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006.

DREWINSKI, Jane Maria de Abreu. Empreendedorismo: O discurso pedagógico no contexto do agravamento do desemprego estrutural. Número de páginas. Tese (Doutorado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná. 2009.

ESTEVES, J. Fundos de Pensão: benefício ou prejuízo para os trabalhadores? São Paulo: LTr, 2008.

FURTADO, A. Empreendedorismo: uma solução para a inserção de jovens no mercado de trabalho. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

FRIGOTTO, G. Os Delírios da Razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, P. (Org.) Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.77-108.

GENTILI, P. Três teses sobre a relação trabalho e educação em tempos neoliberais. In: LOMBARDI, J.C., SANFELICE, J.L E SAVIANI, D. (Org.). Capitalismo, Trabalho e Educação. 2 ed. rev. Campinas: Autores Associados; HISTEDBR, 2004. p. 45-59.

GITAHY, L. Inovação tecnológica, Relações Interfirmas e Mercado de Trabalho. In: _____ (Org.), Reestruturación productiva, trabajo y educación en América Latina. Campinas: IG-Unicamp; Buenos Aires: RED CIID – CENEP, 1994. P. 14-37.

GUIMARÃES, S. M. Círculos de controle de qualidade. In: CATANNI, A. D.; OLZMANN L. (Org.) Dicionário de Trabalho e Tecnologia. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2006. p.60-62.

GOUNET, T. Fordismo e Toyotismo: na civilização do automóvel. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

HARVEY, D. Condição Pós-Moderna. 13 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HUTTON, W. O Estado que temos hoje. Brasília: Positiva, 1998.

INVERNIZZI, N. Novos Rumos do Trabalho: Mudanças nas Formas de Controle e Qualificação da Força de Trabalho Brasileira. 2000. 470 f. Tese (Doutorado em Política Científica e Tecnológica) – Programa de Pós-Graduação em Educação. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.

KAMERMAN, S. B.; KAHN, A. J. La privatización y el Estado benefactor. México: Fonde de Cultura Económica, 1993.

KUENZER, A. Z. A Educação Profissional nos anos 2000: a dimensão subordinada das políticas de Inclusão. Revista Educação & Sociedade, Campinas, v. 27 n. 96, out. 2006.

MACHADO, L.R.S. Educação Básica, Empregabilidade e Competência. Trabalho apresentado na Sessão Especial da ANPED, Caxambu, 1996.

MARCUSE, H. A Ideologia da Sociedade Industrial. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

MARX, K., ENGELS, F. Obras escolhidas, vol. 1. São Paulo: Alfa-ômega, 1953.

MAXIMIANO, A. C. A. Teoria Geral da Administração: da revolução urbana à revolução digital. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MÉSZÁROS, I. (1971) Para Além do Capital. São Paulo: Boitempo, 2002.

NIETZSCHE, F. Além do bem e do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

PAOLETTI, G. Dossier sobre Riduzione del'orario e Disoccupazione, Marxismo Oggi, Teti Editore, Milão, 1998.

PERRENOUD, P. Construir Competências desde a Escola. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

RIFIKIN, J. O Fim dos Empregos: O Contínuo Crescimento do Desemprego em Todo o Mundo. São Paulo: M. Books, 2004.

RUSSEL, B. Roads to Freedom, Socialism, Anarchism and Syndicalism. Londres: Unwin Books, 1966 [1918).

_____. Os caminhos para a liberdade: socialismo, anarquismo e sindicalismo. São Paulo: Zahar, 1977 [1918].

_____. Proposed Roads to Freedom. Project Gutenberg. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/catalog/world/readfile?fk_files=36476&pageno=6>. Acessado em 14 de setembro de 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

_____. Trabalhar o Mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

**TRE NOTE SUI «PRECEDENTI» NELLA EVOLUZIONE DELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, NELLA
GIURISPRUDENZA DI UNA CORTE DI CASSAZIONE
NECESSARIAMENTE RISTRUTTURATA E NELLA
INTERPRETAZIONE DELLE NORME PROCESSUALI**

**THREE NOTES ABOUT "PRECEDENT" IN THE EVOLUTION OF THE
JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT, IN THE
JURISPRUDENCE OF A NECESSARILY RESTORED COURT OF
CASSATION AND IN THE INTERPRETATION OF PROCESSUAL RULES**

Andrea Proto Pisani¹

SOMMARIO: Lo scritto esamina tre dimensioni del precedente giurisprudenziale. La prima riguarda l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale dalle sentenze interpretative di rigetto a quelle interpretative di accoglimento, fino alle attuali sentenze di inammissibilità alla presenza della possibilità di interpretazioni costituzionalmente orientate. La seconda riguarda la necessità di riforme strutturali della Corte di cassazione, al fine di consentirle l'emanazione di precedenti persuasivi. La terza concerne la specificità dell'interpretazione di norme processuali e dei problemi posti dai relativi mutamenti repentini di giurisprudenza.

ABSTRACT: Three comments on judicial precedents in the evolution of the jurisprudence of the Constitutional Court, in the jurisprudence of the Corte di cassazione, to be necessarily restructured, and in the interpretation of rules concerning legal proceedings.

I. - 1.1. - Si deve a Tullio Ascarelli (un giurista troppo spesso dimenticato nell'attuale dibattito su «regole e principi») l'affermazione della distanza, della differenza tra «testo» (per lo più scritto) di legge e «norma» giuridica desunta da quel testo. Mentre il testo è tendenzialmente stabile, unico, le norme desumibili da quel testo possono essere molteplici e soprattutto destinate a mutare, a modificarsi, a seconda del mutare degli altri testi, della realtà sociale o dall'interprete, ecc.; e ciò non solo in caso di testi formulati attraverso il richiamo a principi (buona fede, correttezza, giusti motivi, ecc.) o, è lo stesso, a clausole generali o a concetti extragiuridici (valore storico artistico di un bene, concorrenza, ecc.) per loro natura destinati a mutare nel tempo.

Artigo recebido em: 14/03/2018.

Artigo aprovado em: 12/10/2018 e 16/10/2018.

¹ Prof. Dr. Andrea Proto Pisani (Università di Firenze, Itália) Professor Titular de Processo Civil da Universidade de Florença, na Itália.

RDRST, Brasília, Volume IV, n.02, 2018, p 188-202, Mai-Ago/2018



La teoria anche classica dell'interpretazione (enunciata dai giuristi della prima metà del secolo scorso) è tutta chiarissima in tal senso.

Dal punto di vista della legge ordinaria nulla è cambiato nel corso degli ultimi settant'anni. Il mutamento, però, c'è stato, ed è dato dall'irrompere nel nostro ordinamento (come in quello di altri Stati) di una costituzione rigida (prima a controllo diffuso poi al c.d. controllo accentrato), tutta intrisa di principi, di valori, di regole spesso generiche, molti dei quali spesso in contrasto e quindi bisognosi di delicati bilanciamenti. E poi dall'irrompere di altre carte quali la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. carta di Nizza), la convenzione europea dei diritti dell'uomo, i trattati europei e i loro regolamenti di immediata applicazione nei singoli Stati, ecc.

In questo contesto multilivello è alquanto evidente come l'interpretazione e i contrasti siano aumentati (giacché già prima esistevano: si pensi, per tutti, ai rapporti tra legge e regolamento) a dismisura, a prescindere dalla sempre peggiore formulazione delle leggi ordinarie (le quali spesso sono costituite da testi volutamente equivoci, in quanto frutto consapevole del dissenso fra le forze politiche che li hanno approvati).

Nel corso di questa prima parte del mio intervento mi limiterò all'esame dei rapporti legge ordinaria e Costituzione italiana.

1.2. - Come si è già accennato, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, il controllo di costituzionalità era «diffuso», cioè rimesso a tutti i giudici dell'ordinamento, con efficacia però limitata alla decisione della singola controversia.

Ciò, stante il carattere fortemente innovativo soprattutto dei «principi fondamentali» (art. 1-12) e di tutta la «prima parte» (art. 13-54) della nostra Costituzione, fece sì che, già dall'indomani del 1° giugno del 1948, sorgesse per l'interprete (teorico e soprattutto) pratico la necessità di interpretare numerosissimi testi di legge ordinaria in (come si suole dire) «combinato disposto» con il testo della Costituzione; e, in caso di difformità con la Costituzione della norma desunta in via interpretativa dal testo di legge ordinaria, di disapplicare la norma e non applicarla nella singola controversia.

Per la verità, col senno di poi le cose stavano in modo più complesso.

Una volta interpretato il testo di legge ordinaria, il giudice doveva disapplicare tutte le norme che erano in contrasto con la Costituzione (il cui testo era anch'esso soggetto ad

interpretazione), ma non quelle altre norme eventualmente desumibili dallo stesso testo di legge ordinaria e non in contrasto con la Costituzione.

Quest'ultimo rilievo consente sin d'ora di effettuare una prima riflessione (sulla quale si ritornerà anche in seguito). Ciascun testo di legge consente pressoché sempre di desumere più e diverse norme: si pensi, per addurre alcuni esempi banali, alla norma desunta dalla mera esegesi del testo, a quella desunta dalla volontà «soggettiva» del legislatore del momento in cui la legge fu emanata o invece dalla sua volontà «oggettiva» del momento in cui la legge deve essere applicata, ecc. Anche se non mi sento in teoria di escluderlo, ciascun testo di legge offre sempre la possibilità di desumere più e diverse norme. Se ciò mi sembra vero sul piano qualitativo, mi sembra doveroso però precisare subito che il numero delle norme desumibili dallo stesso testo in concreto varia notevolmente a seconda della minore o maggiore «elasticità» del testo; a seconda, cioè, del carattere più o meno specifico o più o meno generico del testo (delle singole parole da cui esso è costituito).

Detto e tentato di precisare tutto questo sulla distinzione fra testo e norma, è però da aggiungere che, come è noto, o quanto meno riguardo a quanto emerge dalle riviste o dalle rassegne di giurisprudenza, i giudici prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale non fecero mai o quasi mai uso di questo poter-dovere di controllo diffuso di costituzionalità.

1.3. - Con l'entrata in funzione nel 1956 della Corte costituzionale, il discorso cambia e radicalmente.

Sin dalle primissime questioni su cui la corte fu chiamata a pronunciarsi (l'esame di queste sentenze offrì ad Ascarelli di scrivere il saggio, con cui ho iniziato questo intervento, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351) su vicende di questo tipo: il testo rimesso dal giudice di merito alla corte presentava due possibilità interpretative. La prima, di desumere da esso la norma palesemente incostituzionale denunciata dal giudice *a quo*; la seconda, di escludere questa interpretazione e desumere, dallo stesso testo di legge rimasto invariato, norme costituzionalmente legittime. In concreto l'allora vigente art. 2 t.u. di pubblica sicurezza attribuiva al prefetto per motivi di ordine pubblico di emanare ordinanze in caso di necessità e urgenza: queste ordinanze, nei casi concreti sottoposti al controllo (di rilevanza e di non manifesta infondatezza) del giudice ordinario, avevano leso le libertà (*rectius*: talune delle

libertà) previste dagli art. 13 ss. Cost.; ancora il vecchio testo del codice di procedura penale (nonostante tutti gli interventi del legislatore ordinario) prevedeva due forme di istruzione l'una chiamata sommaria, l'altra denominata ordinaria: orbene in entrambe le specie venivano compiuti atti di istruzione destinati ad avere efficacia nel prosieguo del processo, ma solo negli atti di istruzione formale era prevista la necessità del rispetto di talune forme volte a garantire il diritto di difesa dell'imputato: nel caso contrario, sottoposto all'esame della corte, nel corso del compimento di atti di istruzione sommaria non era stato assicurato il diritto di difesa.

In entrambi i casi riassunti la Corte costituzionale (probabilmente sulla base della premessa che la Costituzione avesse come destinatari anche i prefetti e i magistrati davanti ai quali si assumevano atti di istruzione) nella motivazione delle sue sentenze ebbe chiaramente ad affermare che il rispetto degli art. 13 ss. Cost. e 24, 2° comma, Cost. vincolassero anche i prefetti o i magistrati dell'istruzione sommaria penali; conseguentemente ebbe ad affermare, per un verso, che le ordinanze prefettizie non potessero mai essere emanate in contrasto con le libertà di cui agli art. 13 ss. Cost. e che, per altro verso, l'art. 24, 2° comma, Cost. imponeva che la garanzia di diritto di difesa dell'imputato dovesse essere assicurata nel corso dell'istruzione sommaria alla stessa stregua di quanto esplicitamente previsto per l'istruzione formale.

A conclusione di queste due eleganti sentenze la Corte costituzionale, ritenendo di avere assolto adeguatamente il suo compito, emanò due dispositivi di «rigetto» (si noti bene: i testi delle leggi rimanevano in piedi) «ai sensi di cui in motivazione», motivazione che aveva bersagliato (e quindi ad avviso della corte eliminato) le due norme chiaramente denunciate come incostituzionali, lasciando però così intatto il testo di legge.

Come rispose la giurisprudenza, i giudici ordinari ivi compresi quelli della Corte di cassazione? La risposta è nota: le sentenze c.d. interpretative di rigetto furono ritenute vincolanti solo nel giudizio *a quo*, ma prive di qualsiasi efficacia di precedente vincolante nei confronti degli altri giudici, ivi compreso il giudice di cassazione.

La risposta della Corte costituzionale fu semplice. Rimessa di nuovo la stessa questione, la corte prese atto del non adeguamento del giudice onorario, ribadì l'interpretazione precedentemente svolta, e ... mutò il dispositivo, trasformandolo in dispositivo di «accoglimento», dichiarativo dell'illegittimità costituzionale del testo denunciato nella parte in cui fosse interpretato in modo difforme da quanto affermato in motivazione. Ancora una volta si bersagliavano le norme

incostituzionali, ma si lasciava intatto il testo.

Per uno di quei motivi cui solo la sociologia può dare risposta, questa volta tutti i giudici ordinari si adeguarono e considerarono il precedente della Corte costituzionale come vincolante.

Pur essendo sul piano logico-strutturale e su quello della teoria del precedente, identiche, le sentenze interpretative di rigetto furono ritenute quindi non solo non vincolanti ma anche prive di forza persuasiva, mentre le sentenze interpretative di accoglimento furono ritenute tout court vincolanti.

1.4. - Nel corso degli anni successivi la questione sentenza interpretativa di rigetto - sentenza interpretativa di accoglimento sostanzialmente è stata archiviata e sono emerse le sentenze manipolative, additive, ecc., argomento su cui non intendo soffermarmi.

A seguito della radicale (e forse un po' brutale) eliminazione dell'arretrato avvenuta soprattutto sotto la spinta del pres. Saja, sono cominciate ad arrivare alla Corte costituzionale (in udienza o in camera di consiglio) sempre più frequentemente questioni relative a leggi emanate anche da solo uno o due anni, questioni rispetto alle quali non solo non si erano formati precedenti della Corte di cassazione (il cui precedente era stato sempre o quasi ritenuto dalla Corte costituzionale, se non vincolante, almeno altamente autorevole) ma non si era neanche formato un «diritto vivente», cioè una interpretazione diffusa tale da rendere opportuno, se nel senso della incostituzionalità, l'emanazione di sentenze di accoglimento (in tutte le sue sottospecie).

Fenomeno di grosso interesse è stato poi il formarsi, specie nell'ultimo decennio (ma l'orientamento comincia già a manifestarsi negli anni dello smaltimento dell'arretrato), dell'utilizzazione massiccia delle c.d. sentenze (o ordinanze) di «inammissibilità» in quanto il giudice nella ordinanza di rimessione non aveva valutato (o valutato sufficientemente) la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata (interpretazione specificatamente individuata dalla corte) del testo di legge da cui il giudice *a quo* aveva desunto la norma costituzionalmente illegittima sulla cui base aveva disposto la rimessione alla Corte costituzionale.

Difficile è assumere una presa di posizione univoca su tale orientamento.

Una la premessa su cui sarei relativamente sicuro.

Non starei troppo a lacerarmi le vesti perché la corte ha adottato un dispositivo di rigetto di rito (inammissibilità) e non di merito (interpretativo di rigetto). La differenza, anche a seguito

dell'emanazione dell'art. 360 *bis* c.p.c. nel 2009, mi sembra solo formale e incapace di incidere sull'efficacia di precedente (vincolante o no si vedrà) dell'accertamento della praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata effettuata nella motivazione.

Pur nella consapevolezza della notevole opinabilità di quanto mi accingo a dire, nell'esaminare e tentare di risolvere il problema della vincolatività o no delle decisioni (sentenze o ordinanze) di rigetto in esame, io distinguerei nettamente tra:

a) testi elastici dai quali è agevole (sulla base di un solo «combinato disposto») desumere la norma costituzionale legittima,

b) testi invece univoci, i quali consentono l'interpretazione costituzionalmente orientata solo a seguito di complessi combinati disposti con altre norme desumibili da testi altamente equivoci (testi di legge ordinari o costituzionali).

Ora mi spiego rapidamente con un esempio. Si considerino le due recenti ordinanze n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014 (*Foro it.*, 2014, I, 382 e 2035) con le quali si è enunciata l'interpretazione costituzionalmente orientata nel senso della riducibilità anche dell'ammontare della caparra, contro l'univoca lettura dell'art. 1385 c.c. (univocità derivante dalla lettera del precedente art. 1384, esplicitamente nel senso della riducibilità della clausola penitenziale), sulla base di un complesso combinato disposto costituito dalla nullità parziale della clausola, dal principio di buona fede nella interpretazione del contratto, e dal principio della solidarietà sociale.

Mentre per le sentenze riassunte prima *sub a*) sarei favorevole a vedervi un precedente vincolante (o comunque altamente autorevole e persuasivo), per le sentenze riassunte *sub b*) avrei dubbi elevatissimi nell'attribuire loro efficacia di precedente vincolante (segnalo come Cass. 14776/14, *id.*, 2015, I, 1040, si sia, anche se a mio avviso inconsapevolmente, del tutto discostata dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1385 effettuata pochissimi mesi prima dalla Corte costituzionale).

Ma vi è di più.

Sentenze (o ordinanze) dei giudici di palazzo della Consulta fondate su operazioni interpretative complesse come quelle effettuate per affermare la riducibilità della caparra sono destinate in ogni caso a incidere pesantemente sul valore della certezza nell'interpretazione della legge.

II. - 2.1. - La Corte di cassazione, come tutte le corti supreme, dovrebbe avere la funzione di assicurare l'uniforme interpretazione della legge in Italia; e ciò specie in questo periodo storico in cui il diritto italiano è destinato a convivere, molto spesso in situazione di sudditanza, con il diritto europeo o con gli enunciati della Corte internazionale di salvaguardia dei diritti fondamentali.

In questa situazione di oggettiva incertezza è indispensabile, ai fini dell'attuazione del principio di eguaglianza (art. 3, 1° comma, Cost.), che, riguardo alle questioni di diritto esista una corte superiore capace di far sì che il diritto applicato dai giudici italiani sia lo stesso a Sesto San Giovanni come a Prato o a Siracusa.

Quanto alla giustizia della decisione nell'accertamento del fatto le corti supreme non hanno (o non dovrebbero avere) nulla da dire. Al fine della giustizia della decisione nell'accertamento del fatto (che è sempre puntuale a differenza della legge), nel quasi totale silenzio della Costituzione, sono previsti due gradi di giudizio: innanzi tutto il giudice di primo grado e poi in funzione di correzione degli errori del giudice e delle parti il giudizio appello; giudizio, quest'ultimo, che, anziché scimmiettare il giudizio di cassazione, andrebbe rivisto nella prospettiva, sia pure moderata, del *novum iudicium* in fatto con tutti gli accorgimenti necessari.

Due gradi di cognizione piena in fatto sono sufficienti (salva la revocazione) ad assicurare la giustizia dell'accertamento di fatto, «nei limiti dell'umano possibile».

Nessun senso ha in questa prospettiva un ulteriore controllo dell'accertamento del fatto nel corso del giudizio di cassazione; oltre a snaturare la funzione di controllo in diritto di questa Corte suprema, si darebbe luogo ad un inutile terzo grado di giudizio, che ha a suo favore solo gli avvocati cassazionisti e quei giudici che ambiscono concludere la loro carriera presso la Corte suprema.

Probabilmente proprio per questa funzione di assicurare l'uniforme interpretazione della legge, la nostra Costituzione ha costituzionalizzato, unico fra tutti i mezzi di impugnazione, il ricorso per cassazione per violazione di legge (art. 111, 7° comma).

Evidentemente questo valore dell'uniformità dell'interpretazione del diritto non deve essere un valore statico ma, come si suole dire oggi, liquido, dinamico (è di ieri la decisione delle sezioni unite che ha affermato, pur con tutta una serie di garanzie, la non contrarietà al nostro ordine pubblico della condanna al pagamento di interessi punitivi).

La nostra Corte di cassazione dovrebbe avere — come funzione principale se non

addirittura unica — la funzione di assicurare l'uniformità della giurisprudenza per quanto concerne l'interpretazione della legge.

2.2. - Purtroppo la nostra Corte di cassazione non è in grado di assolvere questa funzione, che è la ragione stessa del suo essere, né lo sarà in futuro fino a quando non si interverrà radicalmente sulla sua struttura pagando anche il prezzo o i prezzi necessari.

I motivi di questa incapacità derivano dal numero dei ricorsi sopravvenuti (numero stabilizzatosi negli ultimi dieci-quindici anni intorno al numero di 30.000) di quelli esauriti ogni anno (circa sempre 30.000) e di quelli pendenti a fine anno (circa 100.000); nonché dal numero dei giudici addetti alla funzione di consiglieri di Cassazione civile, circa 130-140, numero che comporta che ogni giudice debba emanare oltre 230 decisioni (sentenze o ordinanze) l'anno, siano esse relative a ricorsi semplici o complessi o delicatissimi: cioè più di una decisione per giorno lavorativo.

In questa situazione (numero delle decisioni e numero dei giudici) si comprende agevolmente, per un verso, come sia un'impresa titanica ridurre l'arretrato (che comporta la durata del processo superiore ai tre anni, tre anni che vanno ad aggiungersi al numero già elevatissimo di quelli dei due gradi di merito), soprattutto, per altro verso, come il necessario moltiplicarsi dei collegi giudicanti favorisca il formarsi di decisioni difformi sulle estese questioni (il che agisce nel senso di favorire anziché dissuadere la proposizione di ricorsi per cassazione).

Difformità che le stesse sezioni unite della corte non riescono a contrastare giacché nella stessa giurisprudenza di questa più autorevole formazione della nostra Corte suprema è dato rinvenire in senso diacronico mutamenti di orientamenti giurisprudenziali sulla stessa questione o su questioni logicamente strettamente connesse: si pensi, per tutte, alle decisioni (Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, *id.*, 2008, I, 1514, e 22 dicembre 2009, n. 26961, *id.*, Rep. 2009, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1564, cui *adde* Cass. 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091, la prima *id.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, e *Giur. it.*, 2017, 1087, con nota di richiami agli oscillanti precedenti delle sezioni unite di M. BARAFANI, *Fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*; la seconda *Foro it.*, 2017, I, 2418) sull'infrazionabilità o no del credito derivante dallo stesso (o comune) fatto costitutivo e, nel caso dell'infrazionabilità, sulle sue conseguenze processuali; sulle conseguenze della mancata notifica entro dieci giorni dal ricorso

d'appello nel rito del lavoro e nel procedimento per equa riparazione (sent. 30 luglio 2008, n. 20604, *id.*, 2009, I, 1130, e 12 marzo 2014, *id.*, 2014, I, 1798, con nota di richiami), per citare solo le sentenze su questioni processuali (sulle quali, in quanto attinenti alle c.d. regole del gioco, massima è l'esigenza di certezza: v. *infra*, III).

2.3. - Se le cose dette fotografano una realtà effettivamente esistente (e non le astratte elucubrazioni di un oramai invecchiato processualcivilista), che fare?

Dal punto di vista dell'esigenza di giustizia dei cittadini e di assicurare comunque l'esigenza della ragionevole durata del processo, si potrebbe pensare a sopprimere *sic et simpliciter* il giudizio di cassazione civile in quanto esso per un verso non riesce ad assolvere la sua funzione istituzionale di assicurare l'uniforme interpretazione della giurisprudenza, per altro verso aggiunge altri tre o quattro anni alla durata dei processi civili. Una simile soluzione sarebbe però in contrasto non solo con scelte assai remote nel tempo di pressoché tutti gli ordinamenti stranieri, ma anche con il 7° comma dell'art. 111 Cost. che costituzionalizza il ricorso per cassazione per violazione di legge.

Un'altra possibilità di soluzione potrebbe essere quella di raddoppiare (o triplicare) il numero dei giudici addetti alla Cassazione civile. Ma una soluzione di tale specie (omessa ogni altra considerazione) sarebbe un tipico rimedio peggiore del male. Con essa, infatti, si ridurrebbe l'arretrato e la durata dei giudizi della Corte di cassazione, ma, stante il grosso aumento dei giudici e quindi dei collegi, si sancirebbe definitivamente la fine (quanto meno come aspirazione) della nostra corte come Corte suprema avente come finalità (principale e) istituzionale l'assicurazione della uniformità di interpretazione del diritto allo scopo di garantire il fundamentalissimo principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

2.4. - Riprendo quanto detto poco fa; in questa situazione, quindi, che fare?

A mio avviso, come vado sostenendo ormai da oltre vent'anni senza avere mai ottenuto alcun riscontro positivo da parte dei miei lettori o ascoltatori, una soluzione è praticabile a Costituzione invariata, purché si abbia il coraggio di pagare il prezzo necessario e di contrastare interessi corporativi.

Tenendo conto della necessità di trovare consenso espongo sinteticamente ancora una volta la mia posizione con tutta una serie di precisazioni, aggiunte, spiegazioni, riservando ad un

successivo studio (possibilmente redatto a più mani dopo un'ampia discussione collegiale) ogni ulteriore approfondimento.

Il problema centrale, come sempre più avvertito dai supremi vertici della Corte di cassazione, consiste nel prevedere dei rigidi limiti all'ammissibilità dei ricorsi per cassazione per violazione di legge, in modo tale da ridurre il numero dei ricorsi ammissibili (eccezion fatta per i regolamenti di giurisdizione e di competenza, su cui v. *infra* 2.6) a non più di 1.000-1.500 l'anno ed il numero complessivo dei giudici (compresi i presidenti di sezione) a non più di 30-40 (adeguatamente supportati ciascuno da un proprio ufficio specifico, costituito attraverso il distacco di magistrati dell'attuale ufficio del massimario).

Indicato l'obiettivo: ristrutturare la Cassazione civile in modo da consentirle di svolgere la sua funzione istituzionale di assicurare l'uniformità (liquida, dinamica) dell'interpretazione della legge, le questioni da esaminare e risolvere al massimo della chiarezza esigibile sono in ordine le seguenti:

a) come conciliare tale obiettivo con il 7° comma dell'art. 111 Cost., secondo cui contro le sentenze dei giudici ordinari e speciali è «sempre» proponibile ricorso per cassazione per violazione di legge;

b) come individuare i limiti di ammissibilità;

c) a chi attribuire il controllo di tali limiti: se infatti tale controllo dovesse essere effettuato da una delle più sezioni della corte, la soluzione non sarebbe molto diversa da quella già prevista e praticata dalla attuale VI sezione alla stregua della riforma del 2016.

a) Quanto alla questione di legittimità costituzionale posta dal 7° comma dell'art. 111 Cost., essa a mio avviso va risolta, a Costituzione invariata, tramite il bilanciamento (da parte del legislatore ordinario) del valore di cui l'art. 111, 7° comma è espressione con il valore della eguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Qui occorre intendersi: la storia e i lavori preparatori della Costituzione stanno tutti nel senso di ritenere che la previsione dell'art. 111, 7° comma, sia stata introdotta soprattutto per assicurare l'uniformità dell'interpretazione della legge; se la disciplina vigente degli art. 360 ss. c.p.c. non consente la realizzazione di tale uniformità, si ha palese violazione del fondamentale valore espresso dall'art. 3, 1° comma, Cost. Ne segue la necessità di bilanciare tali valori tramite rigidi limiti di ammissibilità al ricorso per cassazione, modificando gli art. 360 ss. c.p.c.

b) Questi limiti di ammissibilità possono (e a mio avviso devono) essere individuati nel senso di ritenere ammissibili solo i ricorsi per cassazione che denunciino violazione di legge le quali: 1) siano di interesse generale, ivi compreso esplicitamente in tale formula l'opportunità di una modifica o di un ripensamento di precedenti orientamenti della Cassazione; 2) siano in contrasto con precedenti orientamenti della Cassazione e non ricorrano i motivi di opportunità indicati nel numero precedente.

c) Quanto al soggetto che dovrebbe effettuare tale valutazione di ammissibilità, recenti dialoghi mi inducono ad individuarlo nei magistrati addetti al settore civile della procura generale della Corte di cassazione, portando il loro numero complessivo dalle attuali 35 a 100 unità. Questa scelta sistematicamente deriva dalla circostanza che i magistrati della procura generale sono titolari del potere di proporre ricorso per cassazione nell'interesse della legge e come tali sono i più idonei ad effettuare quelle valutazioni di opportunità di cui al n. 1 della precedente lett. *b)*. Il carattere monocratico dei magistrati cui attribuire questo delicato controllo rientra in uno di quei prezzi da pagare per consentire alla Corte di cassazione di assolvere il suo compito istituzionale.

2.5. - Si potrebbe osservare, e obiettare, che le recenti riforme della Cassazione previste nel 2009 e soprattutto del 2016 già si muovono nel senso sopra riassunto.

A me non sembra.

In primo luogo esse (al di là delle formulazioni letterali) conservano come regola la ricorribilità per cassazione per qualsivoglia violazione di legge.

In secondo luogo non hanno il coraggio di sopprimere l'attuale n. 5 dell'art. 360 continuando a consentire un controllo, indiretto quanto si vuole, sull'accertamento del fatto.

In terzo luogo esse (specie quella del 2016) prevedono una generalizzata cameralizzazione del processo di cassazione, con una (normalmente) radicale riduzione del diritto di difesa delle parti: cioè, per chiamare le cose con i propri termini, attuano una vera e propria sommarizzazione del processo di cassazione. E ciò senza diminuire in modo alcuno il carico di lavoro (il numero dei ricorsi) di cui i singoli consiglieri sono chiamati ad occuparsi, se del caso prima nell'ambito della VI sezione e poi nella sezione semplice.

2.6. - Prima di concludere questa sintetica esposizione volta ad indicare la strada a mio

avviso da seguire per riattribuire ai precedenti della nostra Corte di cassazione la autorità propria di ogni Corte suprema, occorrono ancora due rapidissime integrazioni e una precisazione.

Alla Corte di cassazione, così ristrutturata, andrebbe conservata la risoluzione dei regolamenti di giurisdizione e di competenza; la loro decisione andrebbe attribuita ad uno specifico collegio di cui dovrebbero far parte sempre gli stessi giudici.

Andrebbero (nella prospettiva di quel bilanciamento di valori di cui ho più volte detto) sottratte alla ricorribilità per cassazione le decisioni in materia disciplinare, attribuendo (o limitando) il loro controllo alle corti d'appello. E ciò per il loro riferirsi a singole corporazioni e di carattere oggettivamente non generale.

Infine, quanto alla Corte di cassazione francese, che non conosce limitazioni alla ricorribilità quali quelle qui prospettate, mi sembra sia da dire (oltre che dello storico filtro costituito dal limitatissimo numero degli avvocati abilitati) che le decisioni della Corte di cassazione francese sono nella sostanza immotivate, limitandosi solo alla indicazione dei punti di passaggio logico del ragionamento (in modo alcuno esplicitato), il che contrasta con la garanzia della motivazione prevista dall'art. 111, 6° comma, della nostra Costituzione.

2.7. - Quanto, infine, alla gestione dell'arretrato attualmente pendente (e di quello pendente all'entrata in vigore della ristrutturazione proposta), esso dovrebbe essere assicurato dai giudici attualmente assegnati alle sezioni civili della Cassazione una volta dedotti quei 30-40 giudici che abbiano superato il concorso straordinario per il reclutamento dei giudici della «nuova» Corte di cassazione.

III. - 3.1. - Le disposizioni delle leggi processuali (civili, a cui limito il discorso) costituiscono, specie in materia di controversie relative a diritti disponibili, l'equivalente delle regole del gioco (al quale, spesso da fonti autorevolissime, è stato avvicinato il processo civile).

Il processo civile è costituito da una serie di atti diffusi nel tempo di attore, convenuto e giudice, secondo un ordine scandito da termini (preclusioni), ecc.

Il diritto di azione (di cui al 1° comma dell'art. 24 Cost.) non è altro che un termine riassuntivo del complesso dei poteri e doveri processuali attribuiti all'attore ed esplicitanti in atti processuali. Così il diritto di difesa (di cui al 2° comma dell'art. 24 Cost.) è il termine riassuntivo

del complesso dei poteri e doveri processuali attribuiti al convenuto, a loro volta esplicitanti in atti processuali. Ed ancora la giurisdizione (di cui al 1° comma dell'art. 111 e 102 Cost.) è il termine riassuntivo dei poteri e doveri attribuiti al giudice esplicitanti in provvedimenti (sentenze, ordinanze, decreti).

L'art. 111, 1° e 2° comma, Cost. dispone che (oltre al rispetto del principio del contraddittorio, della parità del trattamento delle parti, della terzietà e imparzialità del giudice, e oltre alla ragionevole durata del processo), «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Da quest'ultima previsione sembrerebbe che il processo debba svolgersi sempre secondo forme e termini predeterminati dalla legge: ed invero ciò sembra davvero essere previsto riguardo ai processi a cognizione piena del II libro c.p.c., nonché almeno ai processi di espropriazione forzata del III libro.

Se si passa però alla disciplina dei processi sommari del IV libro, ci si imbatte in una disposizione (l'art. 669 *sexies*) secondo cui «il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ... e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda».

Ed ancora, riguardo anche ai processi a cognizione piena o alle varie specie di espropriazione forzata, per un verso si è alla presenza di testi da cui sono desumibili diverse norme (si pensi per tutte all'art. 2909 c.c. o 34 o 354 c.p.c.), nell'interpretazione delle quali occorre necessariamente ricorrere al bilanciamento di valori costituzionali (i quali sono desunti soprattutto, per un verso, dal carattere normalmente privato disponibile del diritto in contesa, per altro verso dal carattere pubblico della giurisdizione; da un lato l'interesse dell'attore a delimitare come gli sembra più opportuno l'oggetto del processo e del conseguente giudicato; dall'altro, l'interesse della giurisdizione, stante la scarsità delle risorse, alla economia dell'attività processuale e al conseguente ampliamento dei risultati del processo, ecc.).

Di qui l'inevitabile possibilità di desumere dallo stesso testo più norme anche processuali, con le altrettanto inevitabili conseguenze negative in termini di certezza, di prevedibilità, si è detto con eleganza, di calcolabilità.

3.2. - All'inizio di queste note si è partiti, quasi come vicenda normale, fisiologica, dalla possibilità almeno diacronica di desumere norme diverse dallo stesso testo.

Limitando però ora il discorso alle sole norme processuali, è da richiamare con energia l'attenzione sulla circostanza che, almeno con riferimento al nucleo forte del giusto processo, alle garanzie basilari del diritto di azione e di difesa, da sempre si è avvertita e si continua ad avvertire oggi una particolare esigenza di certezza delle regole del processo: delle regole del gioco. Questa esigenza è stata con forza più volte affermata da Virgilio Andrioli richiamandosi all'autorità di Antonio Scialoja: nei limiti sopra indicati, è meglio una regola processuale sbagliata che una regola processuale incerta. Ed è stata di recente ribadita con particolare chiarezza a seguito di un repentino mutamento di giurisprudenza delle sezioni unite (sia pure, per fortuna, in un c.d. *obiter dictum*) circa il termine perentorio entro il quale l'opponente a decreto ingiuntivo doveva costituirsi, pena l'immutabilità del decreto ingiuntivo opposto (art. 645 c.p.c., sez. un. 9 settembre 2010, n. 19246, *id.*, 2010, I, 3014; si omette per «onor di patria» di indicare il nome del primo presidente e dell'estensore).

L'emanazione di questa sentenza determinò una vera e propria ribellione degli operatori giuridici. Non tanto per l'inesattezza del mutamento giurisprudenziale, quanto per le conseguenze gravissime che esso avrebbe avuto sui processi in corso nei quali l'opponente costituendosi aveva fatto affidamento sui più ampi termini previsti dal precedente assolutamente consolidato (e come tale indiscusso) orientamento giurisprudenziale. Non a caso fu denunciata l'inammissibilità, inciviltà di un mutamento delle regole del gioco durante lo svolgimento della partita. Eppure, stante il carattere dichiarativo dell'interpretazione giurisprudenziale, era difficile escludere il suo carattere retroattivo, la sua normale applicabilità quindi ai processi in corso.

Si disse che solo la legge ha come regola efficacia non retroattiva; ma si aggiunse (v., per tutti, G. COSTANTINO, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073 ss.) che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, il legislatore non è libero nell'attribuire alla legge indiscriminatamente efficacia retroattiva, e si richiamarono le sentenze che avevano dichiarato la illegittimità costituzionale di leggi retroattive, per contrasto con il ragionevole affidamento causato dalla legge previgente. Di qui il banale rilievo secondo cui ciò che non è consentito al legislatore non può essere consentito alla giurisprudenza; e la deduzione di un «nuovo principio generale del processo» (così chi scrive, in *Foro it.*, 2011, I, 1173) secondo cui «il compimento di un atto processuale secondo le forme e i termini previsti dal 'diritto vivente' al momento in cui l'atto è compiuto, comporta la validità dell'atto stesso in caso di successivo mutamento giurisprudenziale in tema di

quelle forme e di quei termini».

Questa interpretazione ebbe poi l'autorevolissimo avallo (con ricchezza di approfondimenti concettuali) di Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144 (pres. Vittoria, est. Morelli), *ibid.*, 2254.

3.3. - Residua un solo problema. *Quid iuris* ove la nuova interpretazione della legge non costituisca un *obiter dictum*, ma sia suscettibile di essere applicata nello stesso processo. Qui la dottrina ha richiamato l'esperienza inglese del c.d. «prospective overruling», secondo cui la nuova interpretazione annunciata dalla Cassazione non si applica neanche al processo in corso, ma solo ai processi futuri (v. in tal senso, segnalatemi da Antonello Cosentino, esplicitamente Cass. 19 giugno 2014, n. 13972, Pres. F. Roselli, est. Napoletano, *id.*, 2014 I, 2467) (sempre che l'applicazione non contrasti con il principio dell'affidamento).

JUDICIALIZAÇÃO DAS REFORMAS INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE: estudo do cenário brasileiro à luz do marco conceitual de jurisprudência da austeridade

JUDICIALIZATION OF INSTITUTIONAL REFORMS OF AUSTERITY: study of the Brazilian scenario under the light of the conceptual framework of case law of austerity

Henrique Figueiredo de Lima
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva
Antonio Leonardo Silva Carneiro
Luana Angelo Leal¹

RESUMO: As reformas institucionais e os programas governamentais introduzidos no Brasil sob o impulso das políticas de austeridade, intensificados em 2016 após o *impeachment*, são apresentadas neste trabalho sob o enfoque das relações entre direito e austeridade. O artigo esquadriha o conceito de *jurisprudência de austeridade* construído por António Casimiro Ferreira para descrever o fenômeno da contestação judicial das reformas portuguesas e o comportamento do tribunal constitucional português ao apreciá-las. A partir da compreensão de que o direito e suas instituições se transformam com a construção de uma sociedade de austeridade, conforme desenvolvido pelo sociólogo português, nas obras “Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção” (2012), “Política e Sociedade: Teoria social em tempo de austeridade” (2014) e “*The Politics of Austerity as Politics of Law*” (2016) a pesquisa problematiza a aplicabilidade do conceito de jurisprudência de austeridade ao contexto nacional. A partir de tal referencial teórico o artigo examina o atual estágio da contestação judicial das políticas de austeridade no país, com o manejo das técnicas de pesquisa de levantamento bibliográfico, legislativo e de documentos, com a catalogação e análise de processos e decisões judiciais:

PALAVRAS-CHAVE: Austeridade; Políticas e Reformas Institucionais; Judicialização da política; Jurisprudência de Austeridade; Direito do Trabalho.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aportes teóricos acerca da jurisprudência de austeridade, segundo Antonio Casimiro Ferreira; 3. A judicialização das políticas de austeridade no Brasil; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

ABSTRACT: Institutional reforms and government programs introduced in Brazil under the impulses of austerity policies, intensified in 2016 after the *impeachment*, are presented in this paper under the focus of the relations between law and austerity. The paper examines the concept of *case law of austerity* created by António Casimiro Ferreira to describe the phenomenon of the judicial review of the Portuguese reforms and the behavior of the Portuguese constitutional court when appreciating them. With the comprehension that the law and its institutions

Artigo recebido em 06/09/2018.

Artigo aprovado em 22/09/2018 e 26/09/2018.

¹ Os autores são integrantes do grupo de pesquisa *Configurações Institucionais e Relações de Trabalho* - CIRT registrado no Diretório de Pesquisa do CNPq e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ). Henrique Lima é Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e advogado. Antonio Carneiro é Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e advogado. Luana Leal é bolsista de iniciação científica (PIBIC-UFRJ-CNPq) e graduanda em Direito na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, instituição na qual Sayonara Grillo Coutinho L da Silva é professora associada, membra do corpo permanente do PPGD-UFRJ e desenvolve o projeto de pesquisa *Mapeamento dos Sentidos da Reforma Trabalhista*. É Desembargadora do Trabalho e Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio.

RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p 203-221, Mai-Ago/2018

are transformed by the construction of an austerity society, as developed by the Portuguese sociologist, in his works “Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção” (2012), “Política e Sociedade: Teoria social em tempo de austeridade” (2014) and “*The Politics of Austerity as Politics of Law*” (2016) the research questions the applicability of the concept of *case law of austerity* to the national context. Based upon this theoretical reference, the article examines the current stage of the judicial review of the country’s austerity policies, by using bibliographic, legislative and document survey techniques with the cataloging and analysis of judicial processes and decisions.

KEY WORDS: Austerity; Institutional Policies and Reforms; Judicialization of Politics; Case Law of Austerity; Labor Law.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Theoretical contributions on the jurisprudence of austerity, according to Antonio Casimiro Ferreira; 3. The judicialization of austerity policies in Brazil; 4. Conclusion; 5. Bibliographic references.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em tela remonta aos trabalhos desenvolvidos pelo grupo de pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), em particular ao projeto de pesquisa intitulado “Mapeamento dos Sentidos da Reforma Trabalhista” Para a presente pesquisa será estudado o conceito de *jurisprudência de austeridade* concebido por António Casimiro Ferreira, com o intuito de averiguar a aplicabilidade desta chave analítica ao contexto Brasileiro.

Na primeira seção será estudado o conceito da *jurisprudência de austeridade* a partir da evolução do pensamento de Ferreira no decorrer dos períodos de aplicação das políticas de austeridade em Portugal, mediante breve análise dos pontos concernentes ao campo jurídico nas obras “A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção” (2011), “Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção” (2012), “Política e Sociedade: Teoria social em tempo de austeridade” (2014) e “*The Politics of Austerity as Politics of Law*” (2016). Tal preferência metodológica se faz necessária para a compreensão da relação entre o direito e a austeridade, em decorrência da evolução dos estudos do autor, que permite uma melhor compreensão do conceito em análise.

A segunda seção analisará os programas de austeridade introduzidos no Brasil, que se projetaram gradualmente em 2014, intensificando-se em 2016 após o *impeachment*. Em seguida serão catalogados processos judiciais selecionados que questionam tais programas, com a análise de seus trâmites processuais, sendo desenvolvido na conclusão o cotejamento dos resultados obtidos para a verificação da possibilidade ou não de apropriação de tal conceito ao contexto brasileiro atual. Para o presente estudo foram utilizadas as técnicas de pesquisa de

levantamento bibliográfico e legislativo, bem como pesquisa, catalogação e análise de processos judiciais envolvendo a temática objeto deste artigo.

2 APORTES TEÓRICOS ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DE AUSTERIDADE, SEGUNDO ANTONIO CASIMIRO FERREIRA

A austeridade² permanece presente nos atuais debates irrompidos nos campos político, econômico, social e jurídico. Em contexto de crise sistêmica do capitalismo é apresentada por seus articuladores³ como instrumento de superação do colapso financeiro mundial originado em 2008, enquanto seus opositores a refutam por considerá-la como política catalisadora da injustiça social a partir da análise de dados que comprovam o aumento da desigualdade social e da miséria. Não obstante careça de história intelectual extensa e baseada em comprovações empíricas de cumprimento dos objetivos a que se propõem, programas de austeridade ainda são invocados como políticas públicas econômicas.⁴

Ainda que diversos estudos tenham sido realizados a respeito dos programas austeros, para esta pesquisa serão apreendidos os conceitos desenvolvidos por António Casimiro Ferreira, em especial a *jurisprudência de austeridade*, em decorrência de seu eixo analítico traçar importantes considerações acerca do campo jurídico. Para Ferreira, compreender o direito é fundamental para um melhor aprofundamento das investigações concernentes à austeridade, haja vista que este é uma categoria sociopolítica que demanda o estudo interdisciplinar aprofundado das teorias social, política e jurídica⁵.

No entanto, antes de analisar o conceito pretendido, será realizada uma breve digressão para compreender a *sociedade de austeridade* e o papel do direito em sua implementação e

² Mark Blyth (2017, p. 22) define a austeridade como “forma de deflação voluntária em que a economia se ajusta através da redução de salários, preços e despesa pública para restabelecer a competitividade, que (supostamente) se consegue melhor cortando o orçamento do Estado, as dívidas e os déficits.”

³ Schiavone (2016), ao relacionar os liames entre austeridade e neoliberalismo preceitua alguns iniciadores de sua implementação, dentre os quais as entidades empresariais transnacionais, os organismos internacionais como o FMI e o Banco Central Europeu, universidades, centros de pesquisas, dentre outros aqui compreendidos como seus patrocinadores ou defensores. Quanto ao argumento utilizado por seus patrocinadores, Blyth (2017, p.22) explicita que o ponto central se encontra na alegação de que “inspirará a “confiança empresarial” uma vez que o governo não estará esvaziando o mercado de investimento ao sugar todo o capital disponível através da emissão de dívida, nem aumentando a já “demasiada grande” dívida da nação.”

⁴ Conforme Blyth, “a austeridade não é um conjunto de ideias e doutrina bem desenvolvido, parte integrante da teoria econômica ou de qualquer outra teoria. Antes, deriva de um conjunto mais amplo de convicções acerca do papel apropriado do Estado na economia que andam espalhadas pela teoria econômica clássica e contemporânea.” (2017, p. 42).

⁵ FERREIRA, A.C. *Política e sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Lisboa: Vida Econômica, 2014, p.297-346.

manutenção, para a melhor assimilação do leitor. Segundo Casimiro Ferreira⁶, a austeridade pode ser definida como o “processo de implementação de políticas e de medidas económicas que conduzem à disciplina, ao rigor e à contenção económica, social e cultural”. O trabalho do sociólogo visa à compreensão do fenómeno da austerização social⁷, a partir de racionalidade reconfigurada de naturalização das desigualdades sociais, no sentido da transferência aos cidadãos dos custos de recuperação económica do sistema financeiro.⁸

Tal desenho social e económico possui a sua gênese no discurso da segurança e da insegurança para o advento de um ambiente propício para a implementação das medidas de contenção legitimadas pelo *medo social* propagandeado na falsa previsão de futuro distópico que só poderá ser evitado pelo sacrifício individual, diante da divulgação da pretensa inexistência de alternativa possível⁹. Quando do advento deste momento, Ferreira analisa que os Estados já se encontram marcados pela confluência dos poderes dos eleitos e dos não-eleitos¹⁰, decorrentes da influência dos mercados e dos organismos internacionais na gestão estatal, oriundas, principalmente, das dívidas externas contraídas pelos Estados soberanos,¹¹ gerando uma “nebulosa” dos poderes que dificultam que os cidadãos verifiquem o real interessado pelas implementações das medidas promovidas pelo Estado, que não mais detém de forma plena o exercício de sua soberania, ocasionando o “*paradoxo da soberania*”, por ser encontrada dentro e fora das ordens jurídica e político nacional¹².

Neste cenário de “autossuspensão da soberania pela soberania,”¹³ verifica-se a primeira relação das medidas com o direito, diante da interpelação do Estado de direito que gera uma

⁶ Idem, *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Lisboa: Vida Económica, 2012, p. 11.

⁷ Ibidem, p. 14-15.

⁸ Ao utilizar de uma metáfora para explicitar as divisões dos custos das políticas de austeridade, Blyth narra que “transformamos o político da dívida numa moralidade que desviou a culpa dos bancos para o Estado. A austeridade é a penitência dor virtuosa após a festa imoral -, mas não vai ser uma dieta que todos partilharemos. Poucos de nós são convidados para a festa, mas nos pedem, a todos, que paguemos a conta.” (2017, p. 36).

⁹ FERREIRA, A.C. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Lisboa: Vida Económica, 2012, p. 53-64.

¹⁰ Streeck, em análise acerca das crises do capitalismo e dos mecanismos utilizados para a sua superação, conclui de forma similar, como se observa “a restrição à soberania dos Estado nacionais por parte das <<forças de mercado>> equivale a uma restrição da liberdade de decisão democrática dos seus povos e ao aumento correspondente do poder do povo do mercado, cada vez mais imprescindível para o seu financiamento. A democracia a nível nacional pressupõe a soberania dos Estados nacionais; contudo, os Estados endividados, dependentes dos mercados financeiros, dispõem cada vez menos desta soberania” (STREECK, 2012, p; 136)

¹¹ FERREIRA, A.C. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Lisboa: Vida Económica, 2012, p. 65-69. Importante compreender que a dívida não se origina no Estado, mas sim no sistema financeiro, não se tratando de uma crise da dívida soberana, mas sim de uma crise privada, melhor explicitada por Blyth (2017).

¹² FERREIRA, A.C. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Lisboa: Vida Económica, 2012, p. 69-71.

¹³ Ibidem, p. 70.

nova separação de poderes confeccionada pela intervenção supranacional no direito, configurando-se “como uma ‘metafonte’ de legitimidade em conflito com as regras da democracia representativa, tendendo a ofuscar, ou mesmo afastar, o procedimento do controlo recíproco entre os poderes legislativo, executivo e judicial”¹⁴. Destarte os tribunais podem adquirir papel crucial na subsistência das medidas de austeridade a partir do advento da jurisprudência de austeridade que será retomada adiante.

Para Casimiro Ferreira, diante da nova configuração dos poderes baseada no já mencionado discurso de segurança e insegurança, advém uma lógica típica da excepcionalidade. Neste momento, o direito adquire uma característica diferencial em sua produção e aplicação, diante do afastamento dos princípios democráticos em detrimento de uma lógica de naturalidade e tecnicidade de exceção, justificadas como resposta à crise financeira, que deve se adequar às regras do capitalismo, afastando o exercício da soberania popular e da democracia representativa.¹⁵ Neste contexto, o campo jurídico assume um caráter diferencial, que o autor denomina de temporalidade de exceção, que corresponde à aceleração do tempo jurídico, com a rapidez na tramitação e aprovação de medidas legislativas e executivas legitimadoras das políticas de austeridade ainda que rejeitadas pelos cidadãos.¹⁶

No campo trabalhista, o sociólogo debruça atenção especial, em virtude do advento do que denomina de Direito do Trabalho de Exceção¹⁷, caracterizado pelo rompimento dos pressupostos básicos do sistema jurídico trabalhista. Afasta-se, pois, a existência do conflito de interesses entre as partes da relação laboral e a necessidade de proteção do trabalhador diante a sua condição de vulnerabilidade subordinando o Direito do Trabalho às exigências do mercado¹⁸. Nesse aspecto, realça-se a institucionalização de práticas empresariais que, anteriormente, eram praticadas pelas empresas em desconformidade com a lei - diferenciando-se entre *law in books*, que são aquelas previstas no ordenamento jurídico e *law in actions*, como

¹⁴ Ibidem, p. 73. Nas exatas palavras de Ferreira (2014, p. 284) “esta reconfiguração da legitimidade e da legalidade por lógicas combinatórias entre eleitos e não eleitos inscreve as reformas em apreço num quadro de incerteza e indeterminação. Estando próximo das origens da incerteza e sendo a sua própria conduta fonte de incerteza para a situação de outros, o exercício do poder governativo encontra-se, deste modo, livre para impor um regime de exceção face à soberania e ao direito. Por outro lado, a indeterminação quanto à verdadeira fonte das reformas -os memorandos da *troika* ou os governos nacionais – gera uma unidade de medida na intervenção governamental dificilmente sujeita ao contraditório. Onde começam os requisitos da *troika* e acaba o programa neoliberal dos governos? Esta ambiguidade potencia a margem para um processo de reformas radicais do Estado e da sociedade sob o signo da austeridade sem que se enunciem os seus limites ou se clarifique sequer se há limites.”

¹⁵ FERREIRA, A.C. *Política e sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Lisboa: Vida Económica, 2014, p. 332-333.

¹⁶ Idem, *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Lisboa: Vida Económica, 2012, p. 79-84.

¹⁷ Ibidem, p. 75-77.

¹⁸ Ibidem, p. 76

as práticas empresariais em dissonância às previsões legais¹⁹. Em suma, o Direito do Trabalho adquire características que o transformam em mercadoria, legalizando-se práticas sociais ilegítimas.

Em relação a este ponto específico, Ferreira atribui particular atenção, apresentando o percurso histórico da legislação laboral, desde o Direito do Trabalho fordista, até o Direito do Trabalho de Exceção. Isto para examinar o processo da institucionalização do direito do trabalho subversivo (as referidas *law in actions*) e da suspensão da função simbólica do direito laboral²⁰, em um contexto de transferência social dos custos da crise econômica, redução de direitos e garantias e intensificação das desigualdades sociais. Desse modo, Casimiro Ferreira verifica que as políticas de austeridade são políticas de direito, sobretudo, pelo fato de o próprio afastamento da regulação Estatal nos mercados decorrer de medidas legislativas, sejam elas nacionais ou supranacionais.

Diante desta contextualização, opta-se por retomar a análise do que Ferreira denomina de *jurisprudência de austeridade*,²¹ que expressa em certa medida não apenas a questão da judicialização da política, mas uma nova dinâmica na relação entre os poderes.²²

Tal reconfiguração da separação dos poderes, segundo Ferreira, gera uma crise da democracia onde os cidadãos transferem as suas expectativas para o poder judiciário mediante as disputas de constitucionalidade dos programas de austeridade.²³ Conforme mencionado, a “judicialização da vida democrática” representa o “conservadorismo judicial enquanto contrapoder à regra da maioria e recurso ao utilitarismo constitucional como teoria da justiça”²⁴, pelo advento de um ativismo judicial que no contexto português analisado surgiu “quando se

¹⁹ Ibidem, p. 105.

²⁰ Ibidem, p. 91-93

²¹ Idem, *Política e sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Lisboa: Vida Econômica, 2014, p. 278.

²² Em que medida o processo de reforma trabalhista brasileira pode ser compreendido a partir da problematização teórica de Casimiro Ferreira como um direito do trabalho de exceção? Sobre tal aspecto, consultar GONDIM, T. P.. O discurso da austeridade no contexto da atual crise econômica brasileira e suas implicações para o direito do trabalho. In: II Encontro da RENAPEDTS, 2016, Curitiba. *Anais do II encontro RENAPEDTS: rede nacional de pesquisas e estudos em direito do trabalho e da seguridade social*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 805-823;; SILVA, S. G. C. L; GONDIM, T. P. Austericídio e Reforma Trabalhista: a gramática de exceção contida no Projeto de Lei 6787/2016. In: Gustavo Teixeira Ramos; Hugo Cavalcanti Melo Filho; José Eymard Loguercio; Wilson Ramos Filho; Fernanda Giorgi; João Gabriel Lopes; Thiago Agostinho; Valeir Ertle. (Org.). *O golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência*. 1ed.Bauru: Canal 6, 2017, v. , p. 360-366. Um estudo da dimensão da “temporalidade de exceção” no Brasil foi feita por CARNEIRO, A. L. S. *Crise econômica e direito do trabalho: o paradigma da austeridade no contexto da crise brasileira dos anos de 2015/2016*. 85 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017, p. 53-61.

²³ FERREIRA, A.C. *Política e sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Lisboa: Vida Econômica, 2014, p. 281-283.

²⁴ Ibidem, p. 282.

está perante situações em que o Estado intervém, seletivamente, na prossecução de políticas públicas.”²⁵

No que se refere à questão social, Ferreira elenca a divisão da judicialização da política em três diferentes fases, sendo a primeira relacionada à esfera penal mediante o julgamento de políticos envolvidos em alegados casos de corrupção. A segunda, com importância no desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, que envolviam os tribunais em julgamentos acerca de tal modelo político-econômico e, por fim, o momento da jurisprudência de austeridade direcionada às disputas judiciais atinentes à possibilidade jurídica de implementação de tais medidas²⁶. Tal fase da judicialização da política envolvendo a questão social é marcada pela intensidade de aplicação dos programas de austeridade associada aos debates envolvendo a necessidade de proteção dos direitos sociais dos cidadãos que, no contexto Europeu, alicerçam o Estado de Bem-Estar Social.

Ao deslocar para o judiciário a garantia (ou não) dos programas de austeridade, bem como da gradação de sua intensidade, uma maior ou menor apropriação dos discursos que normalizam a exceção, acaba por gerar uma disputa entre o que o autor em comento denomina entre o “direito de exceção” e um “direito normal”. E neste palco de novas tensões e desafios se desenrola a judicialização das políticas de austeridade, com a implicação da jurisdição, no contexto de desconstrução de direitos, e em campo de fortes disputas. Neste cenário, o Tribunal Constitucional português se configura como “o lugar institucional em que o confronto entre o constitucionalismo da excecionalidade e o constitucionalismo do Estado de direito atinge a máxima densidade argumentativa”²⁷.

Como anteriormente mencionado, o conceito de jurisprudência de austeridade é estudado e compreendido por Ferreira no que concerne à realidade Europeia e, em particular à situação de Portugal. No presente artigo, nos propomos a examinar as possibilidades e os limites de sua utilização como vetor explicativo para auxiliar na compreensão das respostas da jurisprudência brasileira às demandas decorrentes dos efeitos da adoção de programas austeros ultraliberais no Brasil, em especial no contexto de contenção orçamentária decorrente da Emenda Constitucional nº 95 e de aprovação da Lei nº 13.467/2017 que estabelece a Reforma Trabalhista. Neste sentido, para a compreensão do conceito, se faz necessária a breve menção

²⁵ Ibidem, p. 282.

²⁶ FERREIRA, A.C. *Política e sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Lisboa: Vida Econômica, 2014, p. 278-279.

²⁷ Ibidem, p. 288.

aos exemplos empíricos apresentados por António Casimiro Ferreira quanto à experiência portuguesa.

Segundo a análise de Ferreira, a maioria dos membros do poder legislativo português é composta por representantes das crenças nas potencialidades dos programas de austeridade. Por outro lado, na experiência portuguesa, a corte constitucional se torna o espaço institucional de disputa entre o modelo do contrato de bem-estar social europeu e da redução da cidadania e aumento da desigualdade e da pobreza, mediante a institucionalização da austeridade via poder judicial, diante do conflito entre as medidas parlamentares da bancada pró-austeridade, memorandos da *troika* e o modelo econômico-social estabelecido pela Constituição. Tal celeuma se reverbera na nova disputa acerca da compreensão do Estado de direito, sendo que aqueles que defendem a austeridade buscam afastar a sua relação com o Estado social e seus opositores buscam reconhecer o vínculo intrínseco entre ambos. Tais divergências encontram-se presentes inclusive no espaço público, entre os cidadãos que possuem posições acordantes ou dissonantes ao Estado social, cabendo ao Tribunal Constitucional o desempenho do papel decisório desta disputa²⁸.

O ativismo judicial da corte constitucional portuguesa é visto por Casimiro Ferreira como dividido em duas esferas diferenciadas: “*ativismo conformista de exceção*” ou “*ativismo de preservação*”²⁹.

O *ativismo conformista de exceção* se encontra atrelado às decisões perpassadas pela defesa das ideologias supranacionais decorrentes das obrigações impostas àquele país, a exemplo do julgamento da Lei do Orçamento do Estado português para 2011, que reconheceu o contexto vivenciado pelo país como justificador de cortes de gastos mediante giros interpretativos flexibilizantes “dos princípios da igualdade, da confiança, da equidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica, atendendo à fixação de limites temporais e de transitoriedade dos efeitos da medida”³⁰.

Já um *ativismo de preservação*, em via divergente, tende a agir no sentido garantista da legislação e dos princípios constitucionais, ao declarar a inconstitucionalidade de algumas medidas, como na decisão da Lei do Orçamento de Estado português para 2012, que reconheceu

²⁸ Ibidem, p. 290-291.

²⁹ Ibidem, p. 293-294.

³⁰ Ibidem, p. 293.

que as medidas ultrapassavam “os limites do aceitável em matéria social e por, ao que se depreende, minarem pilares básicos da democracia constitucional portuguesa.”³¹

Dessa forma, Ferreira³² conclui que o Tribunal Constitucional português³³, ao se tornar um espaço institucional de disputa dos sentidos do Estado e da austeridade, mediante as arguições de constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos programas promovidos pelos poderes eleitos e não-eleitos, se configura como um órgão facilitador ou obstaculizador de tais medidas, gerando uma “geometria variável da segurança constitucional.” No coração da judicialização das políticas de austeridade, estão em disputa questões relativas à própria concepção do que seja a constituição, o papel dos direitos laborais e sociais e, principalmente, do vetor da solidariedade. Conclui Ferreira:

“a questão constitucional em Portugal no contexto de austeridade reporta-se à judicialização da questão social e ao respeito e aplicação dos direitos económicos, sociais e culturais enquanto direitos fundamentais. Ao constituírem-se em limites à exploração do trabalho humano, eles tornam-se uma barreira à expansão da pura lógica mercantilista e a um modelo de sociedade organizado de acordo com o princípio do mercado. Perante a dificuldade em fazer valer, de uma forma manifesta, um processo de revisão constitucional, o Governo e a sua maioria optaram por um processo de “adequação constitucional” ao modelo da austeridade, assente na transferência para o Tribunal Constitucional das decisões políticas críticas em matérias de direitos sociais e laborais. Essa forma de legitimação da ação política transporta a perversidade de um calculismo de meios e fins. O Tribunal Constitucional torna-se num meio facilitador ou obstaculizador das “inevitáveis respostas” à crise, tendo por objetivo culpar os direitos sociais, económicos e culturais ao desígnio coletivo de encontrar uma solução para o país. A futilidade dos direitos sociais e laborais é determinada pelo racionalismo dos que fazem depender a sua sustentabilidade do cálculo dos seus custos. Neste ponto, a escola de valores políticos e éticos ganha relevância: é que, para aqueles para quem a solidariedade, o bem comum e o cuidado com os outros são valores fundamentais da democracia, não se pode entender como fatalidade os referenciais constitucionais, sabendo justamente que em momentos de crise aguda estes se constituem em padrões de segurança ontológica, jurídica e política.”³⁴

Assim sendo, é possível concluir que diante da implementação de políticas de austeridade alicerçadas na transferência dos ônus da crise financeira orçamentária para os cidadãos, mediante a institucionalização de sacrifícios individuais e coletivos para a recuperação dos mercados e do Estado soberano, é desenhada a Sociedade de Austeridade com protagonismo do campo jurídico em sua implementação.

Como consequência, o poder judiciário, diante da crise da democracia representativa e da soberania popular, possui papel decisivo, em virtude da transferência das expectativas dos cidadãos a ele mediante as disputas de sentido de constitucionalidade das medidas, com giros

³¹ Ibidem, p. 294.

³² Ibidem, p. 291-295.

³³ No caso português ainda há a particular internacionalização da judicialização constitucional da austeridade, mediante a interpelação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para se manifestar acerca dos programas de austeridade (2014, p. 285-288).

³⁴ Ibidem, p. 294-295.

interpretativos que oscilam entre a prevalência do direito de exceção e da manutenção do núcleo essencial do Estado de direito social, por intermédio da apreciação do mérito da austeridade, constituindo uma balança entre a proteção social dos indivíduos e propagação da miséria, pobreza e desigualdade social. Assim sendo, passa-se a analisar o cenário brasileiro para, posteriormente, compreender a possibilidade de utilização desta chave analítica à realidade do Brasil contemporâneo.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE AUSTERIDADE NO BRASIL

Exposto o conceito de *jurisprudência de austeridade* para Casimiro Ferreira, o artigo se debruça acerca da possibilidade de aplicação desta ferramenta analítica ao contexto vivenciado pelo Brasil, verificando o comportamento da Corte Constitucional brasileira na decisão de casos que versam sobre a institucionalização de programas austeros ultraliberais³⁵. Posteriormente, em sede de conclusão, serão apresentadas as hipóteses decorrentes da análise elaborada nesta seção, ressaltando-se que este trabalho se configura como o início de um mapeamento acerca dos processos judiciais concernentes à austeridade, não se tratando de análise exaustiva dos casos existentes, como será melhor elucidado adiante.

A austeridade se iniciou no Brasil, gradualmente no ano de 2014, através de ajustes fiscais e alterações nas normas de recebimento do seguro desemprego e benefícios previdenciários pontuais, apresentando-se como solução à crise financeira que atingiu o país mais fortemente no decorrer daquele ano.³⁶ A partir de 2016, após o impeachment, as medidas se intensificaram rapidamente, a partir do congelamento dos gastos públicos com infraestrutura, segurança e educação pelo período de vinte anos à aprovação da Lei nº 13.467 de 2017 que promoveu alterações na legislação laboral³⁷.

³⁵ O levantamento bibliográfico de António Casimiro Ferreira leva à conclusão de aplicabilidade do conceito de jurisprudência de austeridade aos casos envolvendo corte de gastos em políticas públicas econômicas, razão pela qual não se analisam as ações movidas em face Lei nº 13.467 de 2017, não obstante seja possível enquadrar parte substancial das regras decorrentes da reforma trabalhista como medidas de austeridade, embora outras explicitem uma desoneração do capital de tal intensidade que reforçam o comprometimento do orçamento público brasileiro, como por exemplo, a alteração no artigo 457 da CLT. Ainda que o sociólogo faça menção a acórdão que versa sobre políticas atinentes ao código de trabalho, é necessária a análise da decisão para a compreensão da matéria tratada, que ainda não foi realizada pelos autores até o momento da elaboração deste trabalho.

³⁶ EMERIQUE, L.B.; DANTAS, F. L. O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza. In: SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 37.

³⁷ GALVÃO, A; MARCELINO, P. O sindicalismo brasileiro diante do golpe. In: SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 93.

Em estudos desenvolvidos em contextos diferentes, Silva concluiu que enquanto o Tribunal Superior do Trabalho apresentava uma abertura às interpretações garantistas, a Suprema Corte, no tocante aos direitos sociais fundamentais aparentava uma possível tendência à recepção da ideologia liberal, após a análise dos debates acerca da prescrição trintenária do FGTS, que poderia levar à erosão da constituição do trabalho e do direito laboral³⁸. Em momento posterior concluiu pelo aumento da participação dos atores do mundo do trabalho na judicialização de conflitos constitucionais, com uma forte omissão de apreciação meritória dos processos envolvendo questões trabalhistas. As investigações no âmbito do grupo de pesquisa integrado pelos autores, entre 2008 e 2014 se concentram no debate entre flexibilização jurisprudencial versus garantismo jurisprudencial no âmbito das cortes superiores, com atuações do STF e do TST pendulares. A partir do levantamento e catalogação das ações diretas de constitucionalidade de matéria trabalhista e das teorizações de Matthew M. Taylor e Luciano Da Ros, foi observado que também na arena da judicialização das políticas para o trabalho no Brasil, esta ora se apresentou como “tática de oposição”, com demandas para declarar inconstitucionalidade de políticas governamentais laborais, ora como uma judicialização que objetivava arbitrar interesses em conflitos de atores institucionais, sejam partidos, instâncias judiciais, sindicatos, etc., para equalizar ou conter diminuição em recursos de poder. E ainda, a ocorrência da judicialização como própria estratégia governamental, de deslocar para a arena judicial a desconstrução de políticas protetivas.³⁹

Em estudo realizado em 2017 por Carneiro, no âmbito do grupo de pesquisa Configurações Institucionais Relações de Trabalho, diferentes decisões judiciais proferidas pelo STF no tocante a alterações em direitos sociais foram analisadas⁴⁰. O autor em questão realizou a análise de dez processos judiciais mediante a elaboração de quadro organizado e dividido em tabelas constando número do processo, partes, objeto impugnado, situação do processo e tese acolhida pelo colegiado da Corte Constitucional, com a posterior análise das decisões. No referido estudo, Carneiro concluiu pela atuação limitadora da corte às questões em análise, com a prevalência de interpretação constitucional negativa no que concerne aos direitos sociais, sendo que dos dez processos, sete foram julgados no mérito, enquanto três

³⁸ SILVA, S. G. C.L. Direitos Fundamentais, Garantismo e Direito do Trabalho. Brasília: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, 2011, p. 287-288.

³⁹ SILVA, S. G. C. L.; MOURA, E. K. V. O que os atores demandam perante o Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista? Londrina: *Revista do Direito Público*, v. 9, 2014, p. 121.

⁴⁰ CARNEIRO, A. L. S. *Crise econômica e direito do trabalho: o paradigma da austeridade no contexto da crise brasileira dos anos de 2015/2016*. 85 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017, p. 62-73.

foram decididos liminarmente⁴¹. Na pesquisa em questão, o autor garantiu especial atenção ao julgamento da ADIn 5468 que versava sobre o corte do orçamento público destinado à Justiça do Trabalho. Ao ter seu mérito julgado em favor da constitucionalidade da medida de austeridade, foi verificada uma aparente existência de *jurisprudência de austeridade* no contexto brasileiro⁴².

A partir da proposta de sistematização de ações adotada nos trabalhos anteriores do grupo para a construção do banco de dados de ações trabalhistas, Carneiro realizou um mapeamento de ações judiciais envolvendo as reformas de austeridade. No presente artigo, promove-se uma atualização deste levantamento de ações judiciais movidas perante o Supremo Tribunal Federal envolvendo medidas de austeridade promovidas após o afastamento de Dilma Rousseff da Presidência da República, quando tais programas foram intensificados. Foram selecionados quatro casos em particular sobre diferentes matérias, sendo elas os cortes de gastos públicos em saúde, educação e infraestrutura, a desestatização de serviços públicos, redução dos salários de servidores públicos e aumento da alíquota de contribuição social. O resultado pode ser observado no quadro a seguir:

Ações	Relator/Partes	Objeto Impugnado	Situação processual	Resultado/Tese

⁴¹ Ibidem, p. 67.

⁴² Ibidem, p. 74.

ADIn 5633	Relator: Ministra Rosa Weber; Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE; Requeridos: Presidente da República, Senado Federal e Câmara dos Deputados.	Artigos 101 a 104 do ADCT, que foram introduzidos pela Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016, também denominada de “emenda do congelamento dos gastos públicos” que, em síntese congela os gastos públicos com educação, saúde e infraestrutura por 20 (vinte) anos, os reajustando de acordo com a inflação.	Ação ajuizada em 16 de dezembro de 2016. Autos conclusos à ministra relatora em 20 de julho de 2018. As ADIns, 5643, 5658, 5680 5715, 5734, ajuizadas posteriormente, também questionam a constitucionalidade da Emenda Constitucional 95, distribuídos por prevenção à Ministra Rosa Weber diante da prevenção da Adin 5633.	Sem decisão colegiada até o momento da elaboração do artigo.
ADIn 5551	Relator: Ministro Dias Toffoli; Requerente: Partido dos Trabalhadores - PT; Requerido: Presidente da República.	Medida Provisória 727 de 12 de maio de 2016 - Dia do afastamento provisório de Dilma Rousseff - que, segundo Galvão e Marcelino (2018, p. 93) significam a desestatização, através de “parcerias entre a iniciativa privada e o Estado e de contratos de concessão relacionados à infraestrutura, estimulando a privatização de empresas estatais e dos serviços público.”	Ação ajuizada em 21 de julho de 2016, sendo reconhecida a relevância da matéria em 30 de junho de 2016, com a solicitação de brevidade na tramitação pelo Ministro Relator Dias Toffoli. Após manifestação do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, em 23 de agosto de 2017, o processo foi encaminhado para a conclusão do Relator em 23 de agosto do mesmo ano, sem decisões até o momento desta publicação. A referida medida provisória foi convertida na Lei nº 13.334 de 2016 de 13 de setembro de 2016, sem notícias de impugnações quanto à sua constitucionalidade.	Sem decisão colegiada até o momento da elaboração do artigo.

ADIn 5809	Relator: Ricardo Lewandowski; Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Requerido: Presidente da República.	Medida Provisória 805 de 2017, que objetivava a redução dos vencimentos dos servidores públicos federais com o aumento das contribuições de servidores ativos, aposentados e pensionistas.	Ação ajuizada em 08 de agosto de 2017, com decisão liminar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski em 18 de dezembro de 2017, com concessão parcial da medida mediante a suspensão da eficácia de determinados dispositivos em decorrência do princípio da irredutibilidade salarial, afastando a sua aplicação. Diante de sua não conversão em lei, a ação foi considerada prejudicada em virtude da perda de objeto, transitando em julgado em 24 de maio de 2018.	Sem decisão colegiada em virtude da perda do objeto.
STP 77	Relator: Dias Toffoli; Requerente: Estado do Rio de Janeiro e Fundo Único de Previdência; Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	Decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que suspendeu a eficácia de dispositivo legal da lei do Estado do Rio de Janeiro, suspendendo a eficácia da majoração de 11% para 14% da alíquota de contribuição previdenciária do servidor público.	No dia 25 de julho de 2018, o Ministro Dias Toffoli, em sede de decisão monocrática suspendeu a eficácia da decisão do Tribunal Estadual que limitava a alíquota da contribuição previdenciária, autorizando a sua majoração em virtude do reconhecimento da repercussão geral do ARE 875.958, razão pela qual a matéria aguarda o julgamento deste processo que encontra-se concluso ao relator desde 07 de junho de 2018.	Sem decisão colegiada até o momento da elaboração do artigo.

A análise do quadro proposto permite averiguar que as ações selecionadas envolvendo as medidas de austeridade promovidas a partir de 2016 não foram julgadas pelo Colegiado até o presente momento - notadamente o período em que as políticas de austeridade ganharam força após o impeachment.

Na análise destes casos podemos perceber uma forte distinção entre a aceleração do tempo jurídico de aprovação de medidas austeras decorrente dos momentos de exceção e a morosidade do judiciário constitucional no julgamento da austeridade que, quando se manifesta, o faz monocraticamente. Em relação a uma das principais medidas de austeridade vivenciadas pelo país, qual seja o congelamento dos gastos públicos, a ausência de manifestação do STF garante a institucionalização da medida perante o não julgamento pelo colegiado, permitindo a propagação de seus efeitos e a manutenção dos sacrifícios individuais dos cidadãos, que tem o acesso aos seus direitos básicos restringidos pela medida impugnada e não julgada.

Em relação à Medida Provisória 727 de 2017, que não foi apreciada monocraticamente, verifica-se que a ausência de manifestação por parte do Supremo culminou na sua conversão em lei que, diante da ausência de notícias quanto ao questionamento de sua constitucionalidade, foi devidamente convertida em lei. No que se refere aos casos concernentes aos servidores públicos, ainda que os elencados tenham sido apreciados monocraticamente, é possível perceber uma divergência na posição dos ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que pode significar uma possível disputa acerca da constitucionalidade da austeridade entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, que ainda não pode ser concluída nesta pesquisa. Destarte, diante da catalogação proposta, é possível analisar um retorno às respostas institucionais analisadas por Silva e Moura em 2014, vez que o STF marcadamente não se expressava enquanto Corte Constitucional, dada a ausência de julgamento do mérito das questões à época, com especial protagonismo à atuação individualizada de seus Ministros para a deliberação isolada quanto a assuntos de grande impacto social.

Neste sentido, é possível levantar a hipótese a ser aprofundada em estudos futuros. Haveria uma legitimação por omissão, que culmina na autorização para as políticas de austeridade adotadas pelo Poder Executivo em razão da ausência de deliberação colegiada do Poder Judiciário? Ingressa na agenda de pesquisas saber se a atuação do órgão que dever zelar pela proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição se aproxima da lógica do tempo de exceção pela morosidade de seu pronunciamento, ou não, e qual a relação entre ausência de decisão liminar e a própria conversão de medidas provisórias em lei.

Em relação à prevalência do discurso do momento de excepcionalidade por parte do Supremo, não se torna possível obter uma análise pelos processos elencados no quadro apresentado. No entanto, para o levantamento de hipóteses, se faz necessária a menção ao julgamento do SS 5136 - não elencado no quadro por se tratar de questionamento de decisão de 2015, ainda que tenha sido apreciado em 2016. Neste caso específico, em que o Tribunal do

Estado do Rio Grande do Sul determinou o pagamento do décimo terceiro salário aos servidores do tesouro público e profissionais e servidores da educação do Estado do Rio Grande do Sul, em virtude da inadimplência do Estado, a então Ministra presidente da corte decidiu, monocraticamente, suspender os efeitos da decisão judicial, acolhendo argumentos relacionados à situação econômica vivenciada pelo Estado para a manutenção de sua segurança e economia públicas.

Ainda que determinadas medidas de austeridade tenham sido questionadas perante o Supremo Tribunal Federal, nos limites das decisões judiciais adotadas até o momento no universo dos casos examinados, não há como afirmar a existência de *jurisprudência de austeridade*, entendendo como tal aquela adotada por julgamentos colegiados sucessivos em âmbito de jurisdição constitucional. Não obstante, há evidências que indicam uma tendência neste sentido, diante da atuação da jurisdição constitucional em outros casos, em particular a decisão colegiada proferida no julgamento do recurso extraordinário RE 958252, em conjunto com a ADPF 324, que reconheceu a licitude das práticas de terceirização de atividades finalísticas das empresas, em clara validação de políticas liberais e a desconsideração dos direitos do trabalho como direitos fundamentais. Permanecem como relevantes os argumentos das pesquisas e o necessário acompanhamento da atuação do Supremo Tribunal Federal em casos que envolvem as reformas institucionais de austeridade.

4 CONCLUSÃO

O trabalho em questão buscou compreender o conceito de *jurisprudência de austeridade* formulado por António Casimiro Ferreira e sua aplicabilidade ao contexto brasileiro contemporâneo. Na primeira seção foi realizada uma breve análise acerca da *sociedade de austeridade* para a posterior compreensão do conceito objeto de análise. Diante do levantamento teórico dos trabalhos do autor foi possível concluir que a *jurisprudência de austeridade* se consolida quando da transferência das expectativas dos cidadãos ao poder judiciário, mediante o questionamento acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos programas de austeridades implementados que, ao se posicionar colegiadamente quanto ao mérito, se configura como um órgão normalizador ou obstaculizador da austeridade. Tal conceito, até o presente momento da pesquisa, só se verifica aplicável quanto ao acionamento do judiciário constitucional para a sua manifestação acerca de políticas públicas econômicas.

Na segunda seção do trabalho foram analisadas as políticas de austeridade adotadas no Brasil, com seleção de processos judiciais contra medidas austeras movidos perante o Supremo Tribunal. A partir da análise dos casos, foi possível verificar uma possível dissociação entre o tempo de exceção e o tempo de julgamento dos processos judiciais questionando tais medidas, sendo que até o presente momento nenhum daqueles processos foi julgado pela corte quanto ao mérito.

Neste sentido, não são conclusivos os estudos sobre a existência da consolidação de uma *jurisprudência de austeridade* no Supremo Tribunal Federal até o momento. Não obstante, o trabalho contribui para o levantamento de hipóteses acerca do papel da jurisdição constitucional brasileira quanto à adoção dos programas de austeridade ultraliberais no país. Há que se indagar se a demora no julgamento por parte do colegiado do Supremo Tribunal Federal, em detrimento da aceleração do tempo jurídico de exceção, pode ser considerada como uma forma de institucionalização da austeridade pela Corte Constitucional. A manifestação monocrática dos Ministros do STF em ratificação de medidas de austeridade configura-se em uma “*jurisprudência de austeridade à brasileira*”? O contexto brasileiro pode ser explicado pela utilização da categoria *jurisprudência de austeridade* formulada por António Casimiro Ferreira?

Até o momento de publicação deste artigo tais perguntas não possuem respostas. No entanto a problematização acerca do surgimento da *jurisprudência de austeridade* formulada por António Casimiro Ferreira representa uma importante ferramenta análisa para a compreensão do desenvolvimento da sociedade de austeridade. Dessa forma, a agenda de pesquisa permanece em aberta. O acompanhamento dos processos e das ações judiciais questionando a adoção de medidas de austeridade se revela necessário para compreender o comportamento das instituições nacionais diante das novas demandas envolvendo as tensões entre direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas e a estruturação pública do Estado e as medidas de excepcionalidade e redução do orçamento público e dos direitos sociais que caracterizam as reformas institucionais nesta nova fase do neoliberalismo.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLYTH, M. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

CARNEIRO, A. L. S. *Crise econômica e direito do trabalho: o paradigma da austeridade no contexto da crise brasileira dos anos de 2015/2016*. 85 f. Trabalho de conclusão de curso

(graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

EMERIQUE, L.B.; DANTAS, F. L. O avanço da austeridade e o retrocesso na erradicação da pobreza. In: SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 32-42.

FERREIRA, A. C. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], n. 95, 2011, pp. 119-136. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4417>>.

FERREIRA, A. C. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Lisboa: Vida Econômica, 2012.

FERREIRA, A. C. *Política e sociedade: Teoria social em tempo de austeridade*. Lisboa: Vida Económica, 2014.

FERREIRA, A. C., The Politics of Austerity as Politics of Law. *Oñati Socio-legal Series*, 2016, p. 496-519.

GALVÃO, A; MARCELINO, P. O sindicalismo brasileiro diante do golpe. In: SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 85-96.

GONDIM, T. P. O discurso da austeridade no contexto da atual crise econômica brasileira e suas implicações para o direito do trabalho. In: II Encontro da RENAPEDTS, 2016, Curitiba. *Anais do II encontro RENAPEDTS: Rede Nacional de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 805-823.

SCHIAVONE, M. *Austerity and the labor movement*. Albany: State University of New York Press, 2016.

SILVA, S. G. C.L. Direitos Fundamentais, Garantismo e Direito do Trabalho. Brasília: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, 2011, p. 274-292.

SILVA, S. G. C. L. da; EMERIQUE, L. B.; BARISON, T. (Org.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, S. G. C. L; GONDIM, T. P. Austericídio e Reforma Trabalhista: a gramática de exceção contida no Projeto de Lei 6787/2016. In: RAMOS, G; MELO FILHO, H.;

LOGUÉRCIO, J. E.; RAMOS FILHO, W et al (Org.). *O golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 360-366.

SILVA, S. G. C. L; MOURA, E. K. V. O que os atores demandam perante o Supremo Tribunal Federal em matéria trabalhista? Londrina: *Revista do Direito Público*, v. 9, 2014, p. 115-133.

STREECK, W. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.