

ISSN 2526-0464

# TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

PERIÓDICO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 4 NÚMERO 1 | JANEIRO | JUNHO 2019



## MISSÃO

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA é um periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sua missão é incentivar o intercâmbio de pesquisas contemporâneas e interdisciplinares na área de Teoria Jurídica entre acadêmicos do Brasil e do exterior. A revista é publicada duas vezes ao ano (jan.-jun./jul.-dez) e em formato exclusivamente digital. Sua linha editorial está orientada para a Teoria Jurídica Contemporânea, e desdobra-se nas seguintes temáticas: Sociedade, Direitos Humanos e Arte; Teorias da Decisão, Argumentação e Justiça; Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais. Nenhuma abordagem teórica em particular é privilegiada. O periódico compõe-se de três seções: uma Seção Geral de artigos científicos recebidos em sistema de fluxo contínuo; uma Seção Especial de artigos científicos recebidos em sistema de chamada pública sob a responsabilidade de Editor(es) Convidado(s); e uma Seção Extra dedicada à publicação de resenhas, traduções e comentários de jurisprudência. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

## EQUIPE EDITORIAL

### EDITORAS CHEFES

Rachel Herdy

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Lilian Balmant Emerique

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITORES ADJUNTOS

Karina Denari Gomes de Mattos

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Luana Adriano Araújo

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITORES ASSISTENTES

Plínio Régis Baima de Almeida

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Samir Zaidan

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Elizabeth Tavares Viana

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Layana Izabel Aguiar Silva

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Isadora de Oliveira Silva

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Rafael Monnerat

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITORES ASSOCIADOS

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Cecília Caballero Lois (*in memoriam*)

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Fábio Shecaira

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Vanessa Berner

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITORES CONVIDADOS

Sayonara Grillo Coutinho da Silva

*Universidade Federal do Rio de Janeiro*

Rodrigo de Lacerda Carelli

*Universidade Federal do Rio de Janeiro*

Victoria Basualdo

*Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina*

### EDITORA DE DESIGN

Claudia Duarte

*Avellar e Duarte*

## CONSELHO EDITORIAL

**Adolfo Ceretti**

*Università de la Bicoca, Itália*

**Amalia Amaya**

*Universidad Nacional Autónoma de México, México*

**António Manuel Hespanha**

*Universidade Nova de Lisboa, Portugal*

**Armin von Bogdandy**

*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Universität Frankfurt, Alemanha*

**Giovanni Damele**

*Universidade Nova de Lisboa, Portugal*

**Inmaculada Vivas-Tesón**

*Universidade de Sevilla, Espanha*

**Jan-Michael Simon**

*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha*

**Javier de Lucas**

*Universitat de Valencia, Espanha*

**Jean-Marc Thouvenin**

*Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, França*

**Jordi Ferrer Beltrán**

*Universitat de Girona, Espanha*

**José Ribas Vieira**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Julio Gaitán**

*Universidad del Rosario, Colômbia*

**Michael Quante**

*Universität Münster, Alemanha*

**Michele Taruffo**

*Università degli Studi di Pavia, Itália*

**Noel Struchiner**

*Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil*

**Raffaele Di Giorgi**

*Università di Salento, Itália*

**Renato Zerbini Ribeiro Leão**

*Centro Universitário de Brasília, Brasil*

**Robert Alexy**

*Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha*

**Roberto Gargarella**

*Universidad Torcuato Di Tella, Argentina*

**Stanley Paulson**

*Washington University Law, Estados Unidos da América do Norte*

**Stephan Kirste**

*Universität Salzburg, Alemanha*

**Susan Haack**

*University of Miami, Estados Unidos da América do Norte*

**Thomas Gutmann**

*Uni Münster, Alemanha*

**Ulrich Sieber**

*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha*

**Wilfrid Waluchow**

*Department of Philosophy, McMaster University, Canadá*

## CONTATO

Contato Principal

Rachel Herdy

E-mail: [rachelherdy@direito.ufrj.br](mailto:rachelherdy@direito.ufrj.br)

Teoria Jurídica Contemporânea

Programa de Pós-Graduação em Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224-8904 / Ramal 219

# SUMÁRIO

## SEÇÃO GERAL

### 1. DO JUIZ HERÓI AO TRIBUNAL DEMOCRÁTICO

*Beatriz Nunes Diógenes*

*Diane Espíndola*

6

## SEÇÃO ESPECIAL

### 2. EDITORIAL

31

### 3. A REFORMA TRABALHISTA E O EMPREGADO INTERMITENTE: INSTRUMENTO DE PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

*Cláudio Jannotti da Rocha*

*Francisco Matheus Alves Melo*

34

### 4. EL NEOLIBERALISMO EN EL MUNDO Y LA PRECARIZACIÓN DEL TRABAJO: UN ESTUDIO HISTÓRICO COMPARADO EN ALEMANIA, ESPAÑA, REINO UNIDO, ITALIA, BRASIL Y MÉXICO

*Fernanda Barcellos Mathias*

*Thiago Duarte Pimentel*

62

### 5. ONZE PROPOSIÇÕES SOBRE O DIREITO DO TRABALHO DESDE A PERSPECTIVA ECOSOCIALISTA

*Gustavo Seferian*

89

### 6. LA REFUNDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO PARA GARANTIZAR LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y EL “TRABAJO DECENTE”

*Jose Luis Monereo Perez*

111

7. A RESILIÊNCIA DA INSPEÇÃO DO TRABALHO BRASILEIRA: ESTRATÉGIAS DE RECONFIGURAÇÃO (OU DESDIFERENÇA?) NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>Luiz Felipe Monsoreo de Assumpção</i>	206
8. DIREITO DO TRABALHO (DES)CONECTADO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS <i>Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</i> <i>Anne Karolline Barbosa de Assis</i> <i>Joelane Borges Costa</i>	246
9. REGULAÇÃO SOCIAL E EMPRESAS GLOBAIS. NOVOS CONCEITOS PARA VELHOS PROBLEMAS?GITAIS <i>Paola Cappellin</i>	267
10. LINEAMIENTOS BÁSICOS DE LA PROTECCIÓN PENAL ADELANTADA DE LA VIDA Y SALUD EN EL TRABAJO <i>Patricia Gallo</i>	293

## SEÇÃO EXTRA

Entrevista 11. ENTREVISTA COM CHRISTIAN LAVAL: NOVO NEOLIBERALISMO, AUTORITARISMO E OS NOVOS CAMINHOS DO SINDICALISMO <i>Victoria Basualdo, Rodrigo Carelli, Elisa Sanvicente,</i> <i>Sayonara Grillo Silva</i>	318
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

# DO JUIZ HERÓI AO TRIBUNAL DEMOCRÁTICO

**Beatriz Nunes  
Diógenes**

Mestranda em Direito  
pelo Programa de Pós-  
Graduação em Direito da  
Universidade Federal do  
Ceará, Fortaleza, Ceará,  
Brasil. beatrizndiogenes@  
hotmail.com

**Diane Espíndola**

Doutoranda em Direito  
pelo Programa de Pós-  
Graduação em Direito da  
Universidade Federal do  
Ceará, Fortaleza, Ceará,  
Brasil. diane\_espindola@  
hotmail.com

**Recebido:** março 30, 2019

**Aceito:** outubro 15, 2019

## From the Heroic Judge to the Democratic Court

### RESUMO

O objetivo deste artigo foi refletir sobre o atual papel do Poder Judiciário como porta-voz do texto constitucional e ator político em constante relação conflituosa com o legislativo. Discutiui-se sobre o ativismo judicial e a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador moral (superego da sociedade), a ideia do juiz herói e seus desdobramentos democráticos, principalmente quanto ao sistema de freios e contrapesos. Observou-se a existência de um movimento de hiperjudicialização de questões éticas e políticas, que acarreta o desequilíbrio da dinâmica institucional do modelo democrático. Conclui-se que a atuação do Poder Judiciário não deve ser marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, nem tampouco deve atuar como legislador moral e nem permitir a ausência de vinculação ao padrão normativo. Foi sugerido, para tanto, o aperfeiçoamento da dinâmica institucional brasileira através da interação permanente entre o judiciário e o legislativo, em busca da formação de uma teoria normativa da separação de poderes que promova um debate qualitativo consubstanciado na razão pública, que resguarde direitos e tonifique a dimensão deliberativa do modelo político em vigor. Utilizou-se, para tal reflexão, do método de pesquisa bibliográfico.

**Palavras-chave:** Separação de Poderes; Interpretação Constitucional; Democracia Deliberativa.

### Abstract

The purpose of this article was to reflect on the current role of the judiciary as a spokesperson for the constitutional text and political actor in constant conflicting relationship with the legislative. It was discussed about judicial activism and the performance of the Supreme Court as moral legislator (society's superego), the idea of the judge hero and its democratic repercussions, especially regarding the

system of checks and balances. The existence of a movement of hyperjudicialization of ethical and political issues was observed, which causes the imbalance of the institutional dynamics of the democratic model. It is concluded that the performance of the judiciary should not be marked by decisionism disguised as an order of values, nor should it act as a moral legislator or allow the absence of binding to the normative standard. To this end, it was suggested that the Brazilian institutional dynamics be improved through the permanent interaction between the judiciary and the legislature, seeking the formation of a normative theory of the separation of powers that promotes a qualitative debate embodied in public reason that safeguards rights and tones the deliberative dimension of the current political model. For such reflection, the bibliographic research method was used

**Keywords:** Separation of Powers; Constitutional Interpretation; Deliberative Democracy.

## INTRODUÇÃO

A controvérsia tratada neste trabalho aborda a tensão entre dois ideais político-democráticos de concretização do Direito que se apresenta na relação constantemente conflituosa entre o parlamento (representante da democracia) e o Tribunal Constitucional (representante do constitucionalismo).

A relação institucional entre Parlamento e Justiça se encontra desenhada no bojo da teoria da separação dos poderes, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático Constitucional. Esse relacionamento é continuamente marcado pelo conflito, especialmente no que concerne a demandas controvertidas acerca da realização dos direitos fundamentais. Perguntas sobre quem deveria deter a última palavra em questões constitucionais e a quem pertencia a função precípua de dizer o que é o Direito fazem parte do rol da teoria normativa contemporânea.<sup>1</sup>

Nas últimas décadas é perceptível a supervalorização do papel do Poder Judiciário<sup>2</sup>, especialmente do Supremo Tribunal Federal, mormente quanto a sua competência no que tange ao controle de constitucionalidade e, por outra via, um atrofiamiento dos demais poderes sobre questões constitucionais. Tem-se uma cultura jurídica consubstanciada no papel do STF como guardião da Constituição,

<sup>1</sup> MENDES, 2011.

<sup>2</sup> MAUS, 2000.

**O presente artigo se propõe a fazer uma breve análise acerca da cultura jurídica quanto ao atual papel do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais e porta-voz do texto constitucional.**

poder validado moral e constitucionalmente para concretizar os direitos fundamentais.

Os defensores do neoconstitucionalismo<sup>3</sup> argumentam que o Supremo Tribunal deve garantir direitos que as instituições representativas, precipuamente o Congresso Nacional, não têm conseguido concretizar. Desta forma, o papel de guardião da constituição vai além da competência de resguardá-la, mas também passa a significar a atribuição de dizer e criar o Direito na decisão do caso concreto.

O presente artigo se propõe a fazer uma breve análise acerca da cultura jurídica quanto ao atual papel do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais e porta-voz do texto constitucional. Para desenvolver o objetivo aqui traçado tem-se como principais referenciais teóricos Ingeborg Maus, Ronald Dworkin e Conrado Hübner Mendes. Subdivido em três partes, primeiramente desenvolve-se um rápido esboço da teoria do ativismo judicial, sua conceituação, surgimento e traços representativos e fundamentadores na doutrina brasileira.

Em um segundo momento, perscruta-se o papel do Supremo Tribunal Federal em uma sociedade democrática, tendo como referencial a teoria do Poder Judiciário ocupando o papel de superego da sociedade órfã, o juiz herói e seus desdobramentos democráticos, principalmente quanto ao sistema de freios e contrapesos.

No terceiro tópico, com base na tese de Conrado Hübner Mendes, analisa-se a tensão entre democracia e constitucionalismo, sendo proposta uma saída democrática para o questionamento de a quem pertenceria a última palavra quanto à interpretação e realização aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

Realizou-se o trabalho mediante pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva. A abordagem é qualitativa e o método dialético, pois busca uma maior compreensão da dinâmica entre Poder Legislativo e Poder Judiciário quanto à implementação das normas constitucionais, através de uma observação dos fenômenos jurídicos do neoconstitucionalismo e de uma nova hermenêutica constitucional.

<sup>3</sup> O ministro Luís Roberto Barroso é um dos representantes dessa corrente no Brasil, tendo várias obras publicadas sobre o tema (BARROSO, 2007).



## 1 ATIVISMO JUDICIAL E A (DES)CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A atividade jurisdicional transformou-se consideravelmente com o advento das constituições modernas, sobretudo no pós-Segunda Guerra Mundial. O papel atuante das Cortes Constitucionais na garantia de Direitos Fundamentais teve grande relevância na concretização do modelo democrático ocidental atual. Contudo, frente a essa realidade, a atuação do Poder Judiciário pode transbordar as fronteiras da construção democrática do Direito e avançar sobre o espaço da política majoritária, fenômeno cunhado pelo termo *ativismo judicial*<sup>4</sup>.

A prática do ativismo judicial está associada a um exercício da função jurisdicional de forma mais abrangente e intensa no momento da concretização dos valores e fins constitucionais, refletindo uma maior interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes<sup>5</sup>. Segundo Luís Roberto Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>6</sup>

O conceito de *ativismo judicial* surge das experiências norte-americanas decorrentes principalmente das decisões acerca dos direitos civis na década de 50<sup>7</sup>. O termo resultou de um estudo sistematizado das decisões judiciais que se fundamentaram em argumentos extraleais, criando o direito a partir do caso apresentado ao Judiciário.

A utilização do *ativismo judicial* foi primeiramente apresentada no ano de 1947 para subdividir os Juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos ao se discutir tópicos como segregação racial e direitos eleitorais<sup>8</sup>. Após a Segunda Guerra Mundial, com fundamento político-filosófico

<sup>4</sup> BARROSO, 2009.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 22.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 22.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 22.

<sup>8</sup> KOERNER, 2015.

**O ativismo judicial, posto em foco principalmente na interpretação das normas constitucionais, baseia-se em uma compreensão específica da própria estrutura das normas constitucionais.**

no neoconstitucionalismo, passou-se a inovar nas decisões judiciais sob o argumento da necessidade de corporificação de direitos individuais não previstos originalmente nas Cartas Constitucionais.

Na década de sessenta as decisões ativistas nos Estados Unidos começaram a encontrar discordâncias e “as críticas passaram a enfocar os padrões de decisão judicial, apontando-os como manifestações de preferências subjetivas dos juízes acerca de políticas públicas, quebra de precedentes e violação do sentido original da Constituição”<sup>9</sup>.

O ativismo judicial, posto em foco principalmente na interpretação das normas constitucionais, baseia-se em uma compreensão específica da própria estrutura das normas constitucionais. Sobre isso segue a passagem:

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco que uma certa tradição exegética pretende lhe dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diversas possibilidades interpretativas.<sup>10</sup>

A compreensão da moldura normativa não é algo novo trazido pela corrente neoconstitucionalista. Kelsen já defendia a possibilidade de dilação do conteúdo de uma norma dentro de um universo de compreensão gramatical da mesma, para a qual deu nome de moldura interpretativa<sup>11</sup>.

Essa alternância interpretativa das normas constitucionais fundamentou-se na teoria da uma nova hermenêutica constitucional, uma corrente interpretativa que teve como fatores impulsionadores a nova compreensão da Teoria da Norma Jurídica. Assim, a hermenêutica jurídica teve que se adaptar à baixa densidade normativa dos princípios e a consequência fundamental disto é o “reconhecimento de que o intérprete, diante da necessidade de ponderação de valores, possui uma razoável liberdade de criação argumentativa”<sup>12</sup>.

Importa esclarecer que o ativismo judicial vai além de uma prática interpretativa limitada à moldura normativa de Kelsen, posto que o juiz não se limita a escolha dentre as várias opções interpretativas

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 474.

<sup>10</sup> BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 4.

<sup>11</sup> KELSEN, 1999.

<sup>12</sup> CAMPOS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 6.

contidas em uma única norma. Defende-se uma dimensão construtivista do intérprete na tarefa de estruturação do significado da norma. A percepção da norma e sua concretude suplementa a interpretação simples da moldura normativa, decorrendo, no entendimento de Barroso<sup>13</sup>, de uma práxis política.

Na história constitucional brasileira moderna, o ativismo vem ganhando espaço na concretização de direitos, como se observa do discurso de posse do Ministro Gilmar Mendes, proferido por Celso de Mello: “práticas de ativismo judicial, desempenhadas moderadamente e em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional diante da omissão ou retardamento excessivo pelo Poder Público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição”<sup>14</sup>.

Assim, quando o poder legislativo se omite ou em decorrência de uma morosidade na construção do direito, há espaço para que o poder judiciário, albergado pelo fundamento da inafastabilidade da justiça, crie a norma no caso concreto, mesmo que para tanto tenha que inovar no plano legislativo.

A práxis política marcada pelo ativismo judicial pode ser notada também na alteração normativa para afiançar interesses políticos, a exemplo da utilização do remédio constitucional do Habeas Corpus para garantir direitos além da liberdade de locomoção como, por exemplo, a liberdade partidária.<sup>15</sup>

Nota-se, portanto, um movimento de “hiperjudicialização de questões éticas e políticas (...) o que alterou profundamente a compreensão clássica do arranjo institucional que costuma alicerçar a organização dos poderes estatais”<sup>16</sup>. Passando o Supremo a exercer um papel predominante, um protagonismo central na resolução de casos envolvendo direitos sociais.

Observa-se um movimento de migração de questões centrais envolvendo direitos fundamentais do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, criando uma tensão entre os poderes no que tange a delimitação da questão política e da questão judicial.

<sup>13</sup> BARROSO, 2007.

<sup>14</sup> Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp?servico=noticiaArtigoDiscurso>> Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 936, 1897.

<sup>16</sup> MARMELESTEIN, 2016, p. 4.

**Há uma nítida distinção procedimental e valorativa entre as tomadas de decisões do Poder Legislativo e Judiciário. Embora a teoria da separação dos poderes tenha evoluído para uma compreensão mais dinâmica e produtiva das relações institucionais, o que se observa nas últimas décadas, mormente após a redemocratização em 1988, é um alargamento da atuação do Judiciário.**

Quanto à dinâmica entre os dois poderes, Andrei Koerner afirma que “a decisão judicial e a decisão política majoritária são como dois pontos extremos de uma escala: num ponto está o governo dos juízes e no outro o majoritarismo total”<sup>17</sup>. O que se percebe é que com o ativismo judicial essa estrutura pendular estaria pendendo para uma ampliação dos poderes dos juízes em detrimento de decisões de competência eminentemente de órgãos deliberativos.

Há uma nítida distinção procedimental e valorativa entre as tomadas de decisões do Poder Legislativo e Judiciário. Embora a teoria da separação dos poderes tenha evoluído para uma compreensão mais dinâmica e produtiva das relações institucionais, o que se observa nas últimas décadas, mormente após a redemocratização em 1988, é um alargamento da atuação do Judiciário. A opinião de Koerner é a de que “as democracias contemporâneas estariam passando por um processo de expansão do Poder Judiciário, que levaria ao domínio dos juízes sobre as decisões políticas em detrimento dos representantes eleitos, presentes nas instituições majoritárias”<sup>18</sup>.

A discussão relativa ao ativismo judicial surge da tensão entre polos opostos característicos dos Poderes Judiciário e Legislativo, quais sejam: “os modelos de decisão (judicial *versus* majoritário), os princípios de decisão (segundo a razão e princípios *versus* segundo valores em conflito) e os centros, ou espaços, de decisão (cortes *versus* legislatura)”<sup>19</sup>. Nesse sentido, Neal Tate argumenta que:

Ativismo judicial significaria que os juízes deixariam de aplicar a lei, passando a promover suas concepções de políticas. A expressão tem diversos critérios, pois pode se referir ao embaralhamento de uma divisão pré-estabelecida de campos (o juiz ativista substitui os representantes eleitos), à intenção do juiz (o juiz deixa de aplicar a lei para promover as suas preferências de políticas); ou aos efeitos (a decisão judicial tem impactos sobre as políticas públicas). Outros elementos utilizados são a instabilidade da jurisprudência, e a tendência do juiz ativista de reverter uma orientação predominante, ou uma intenção política de ampliar os poderes das Cortes.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> KOERNER, 2015, p. 480.

<sup>18</sup> *Ibid*, p. 481.

<sup>19</sup> *Ibid*, p. 483.

<sup>20</sup> *Ibid*, p. 484.

Existem diversas objeções à crescente atividade de interferência do Poder Judiciário além de sua órbita de atuação, como a dificuldade de remover os componentes ideológicos ou as motivações políticas e individuais que acompanham essas espécies de decisões, bem como os riscos para a legitimidade democrática, considerando que os magistrados não são eleitos e, conseqüentemente, não são representantes do povo.

O tema do ativismo judicial vem sendo arduamente discutido nas últimas décadas, ainda não existindo um consenso<sup>21</sup>. As Cortes ativistas encontram justificativas na própria estrutura normativa constitucional para autenticar suas decisões, como por exemplo a natureza principiológica da Constituição, que permitiria uma ampliação da moldura hermenêutica para além da compreensão léxica da norma.<sup>22</sup>

Disto isso, conclui-se esse primeiro tópico com o entendimento de que existe uma tendência do Poder Judiciário de atuar de forma expansiva, adentrando questões políticas e de criação do direito, respaldado no argumento de que cabe ao Judiciário concretizar os valores constitucionais, como verdadeiro superego da sociedade moderna.

## 2 JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE E O PAPEL DO SUPREMO

Nota-se um movimento social de busca no Poder Judiciário para identificar um “herói” nacional capaz de centralizar a figura da moralidade e da justiça, como saída para a crescente instabilidade sócio-política. Ingeborg Maus<sup>23</sup> disserta em sua obra clássica sobre a ideia do Poder Judiciário como superego da sociedade moderna.

Fundamentado na teoria psicanalista de Freud, o superego é o responsável por domar ou reprimir nossos instintos primitivos, tendo como paradigma os valores morais e culturais de uma determinada época. Desta maneira, o movimento que vem se delineando nos últimos anos é um redirecionamento social à procura de uma figura – ou instituição – que ratifique os preceitos axiológicos a serem seguidos por seus membros<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Nesse sentido, VIANNA, 1999; ANGELL, 2005; SARMENTO, 2008.

<sup>22</sup> Em sentido contrário, cf. WALDRON, 1999. Bem como TUSHNET, 1999.

<sup>23</sup> MAUS, 2000.

<sup>24</sup> *Ibid.*

Através de uma digressão histórica, Maus compreende que nos estados absolutistas o superego era identificado na figura do Monarca. A autora entende que antes da revolução francesa havia uma dependência social e valorativa pelo governo absolutista, considerando que o povo, segundo Sieyès, desconhecia os direitos de liberdade, devido a uma “longa escravidão espiritual” e cultural<sup>25</sup>.

Com o advento do liberalismo e a extinção das monarquias absolutistas, Maus argui que a sociedade teria se tornado órfã de uma figura patriarcal, transferindo o desejo de proteção e direcionamento para o império das leis<sup>26</sup>.

Finda a Segunda Guerra Mundial houve um movimento histórico de fortalecimento do Poder Judiciário e uma mudança de perspectiva em relação ao seu papel na sociedade moderna. Algumas razões podem ser apontadas, como a expansão do poder interpretativo constitucional, um maior volume de ações propostas ao Poder Judiciário com o objetivo de concretizar direitos coletivos e direitos individuais, e, principalmente, uma sobreposição do Poder Judiciário em relação ao Legislativo. Além dessas questões, observa-se, também, uma ampliação das expectativas sociais voltadas ao Judiciário.

Essa transferência de expectativa ao Judiciário se dá, entre outras justificativas, devido à constatação de que as leis não tiveram êxito em proteger o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana durante os períodos de Guerra do século passado. Assim, a coletividade<sup>27</sup> passou a buscar na Justiça a salvaguarda da moral pública<sup>28</sup>.

Maus fundamenta esse movimento histórico de busca por soluções sociais no Judiciário analisando o processo jurisprudencial constitucional americano. Na jurisdição norte-americana, tem-se uma associação das resoluções do Poder Judiciário às figuras dos

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Nesse sentido Oscar Vilhena Vieira afirma que “tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.” Cf. VIEIRA, 2008.

<sup>28</sup> MAUS, 2000.

Juízes da Suprema Corte, de forma que as decisões tomadas pelos magistrados são associadas às suas biografias e traços marcantes<sup>29</sup>.

Esse traço também pode ser encontrado quando se analisa alguns ministros paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal e suas influências na construção ideológica do ativismo judicial na realidade brasileira. Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>30</sup> especifica como a realidade pós-1988 vinha sendo desenvolvida ainda com o forte aporte restritivo dos governos militares. Assim, passando o Supremo por um momento de auto reconstrução democrática, tendo a influência intelectual de Moreira Alves, a corte demonstrava um perfil autorrestritivo, de forma a preservar sua legitimidade na nova ordem constitucional.

Atualmente, nota-se, por outra via, um padrão de ativismo metodológico do Ministro Gilmar Mendes<sup>31</sup> que vem “sistematicamente apresentando propostas dotadas de uma incomparável pretensão ativista”<sup>32</sup>. Importa destacar que o Ministro Gilmar Mendes vem sendo apenas um dos defensores do ativismo no Supremo, encontrando-se outros apoiadores, como o Ministros Roberto Barroso.

A transferência do superego ao Poder Judiciário se justificaria ainda pela necessidade de centralização da consciência social na figura da Justiça, devido a uma inseparável associação entre Direito e Moral, explicada da seguinte forma por Maus:

Numa fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão, não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da ‘consciência’ social na Justiça de Dworkin – há uma inseparabilidade da construção do direito através de valores morais, mesmo quando não se encontra no texto legal, devendo orientar a atividade jurisprudencial do jurista<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> CAMPOS, 2019.

<sup>31</sup> Cf. STF – Pleno, ADI 3459/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/04/2006, p. 211; STF – Pleno, MS 24.268/MG, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004.

<sup>32</sup> CAMPOS, 2019.

<sup>33</sup> MAUS, 2000, p. 183.



**Ocorre que à medida que o Poder Judiciário incorpora o mais alto conceito social de moralidade, ele torna-se imune a um controle social mais robusto sobre sua atividade.**

Dworkin<sup>34</sup> parte do pressuposto que nenhum grupo social possui uma maior clareza de conceitos morais de argumentação que os juízes e, conseqüentemente apenas eles podem interpretar a norma considerando sua finalidade moral. Essa é justamente a ideia do Juiz Hércules, ou seja, o juiz herói dotado de superpoderes capaz de encontrar a melhor saída no caso concreto.

Ocorre que à medida que o Poder Judiciário incorpora o mais alto conceito social de moralidade, ele torna-se imune a um controle social mais robusto sobre sua atividade. Esse enfraquecimento de contrapesos constrange e desarticula a dinâmica institucional do modelo democrático, desequilibrando a necessária relação entre os Poderes consubstanciados na Constituição Federal.

Tendo por cenário essa nova estrutura institucional, importa compreender se essa dinâmica seria um regresso social, estando o Poder Judiciário assumindo ares de Poder Moderador, ou se, ao contrário, essa modificação de perspectiva seria uma consequência do desdobramento moderno de interação entre os três Poderes. Oscar Vilhena Vieira traz<sup>35</sup>:

Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. (...) Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.

O que se observa na evolução da teoria do controle constitucional brasileiro é que o Supremo Tribunal Federal atua como guardião da Constituição, tendo a competência para determinar a última palavra no que tange a interpretação e concretização da Lei. Em outras palavras, atualmente o Supremo detém o domínio de dizer o que é o Direito Constitucional no caso concreto.

<sup>34</sup> DWORKIN, 1995.

<sup>35</sup> VIEIRA, 2008, p. 445.



Por estes motivos, a legitimação subjetiva do Tribunal Constitucional passa a ser supraconstitucional, estando na Constituição apenas a legitimação procedimental para a sua tomada de decisão, argumento defendido por Maus na seguinte passagem:

O tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição<sup>36</sup>.

Percebe-se um movimento de compreensão no sentido de que controversas sobre direito pode ser mais legitimamente decidida por uma corte judicial, no nosso caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal. Pode entender essa corrente como “consequência de um processo de transição de um período autoritário para um período que se quer fazer democrático, sobretudo quando se tem um vácuo de legitimidade discursiva no terreno dos direitos”<sup>37</sup>.

Assim, consagrou-se uma teoria de supremacia dos tribunais constitucionais, o qual teria a competência para estabelecer a *última palavra* em questões de direito, tendo caráter vinculante sobre os demais poderes, nas palavras de Bercovici<sup>38</sup> o Supremo se transformaria em substituto do poder constituinte soberano.

Isto posto, compreende-se que a atuação ativista do Poder Judiciário torna-se marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, atuando não raras vezes como legislador moral – superego da sociedade – e, o que é mais grave, com uma fraca vinculação ao padrão normativo, podendo, inclusive, exorbitar de suas competências constitucionais ou até mesmo desrespeitar Direitos Fundamentais individuais e coletivos sob falsos argumentos jurídicos.

### 3 UMA SAÍDA DEMOCRÁTICA

Diante do exposto nos tópicos acima, observa-se uma série de problemas decorrentes do desequilíbrio em relação à dinâmica típica da separação dos poderes. Percebe-se uma supervalorização do

<sup>36</sup> MAUS, 2000, p. 192.

<sup>37</sup> BENVINDO, 2014, p. 78

<sup>38</sup> BERCOVICI, 2004.

**Qual a função desempenhada e esperada dos poderes legislativo e judiciário dentro da órbita político-jurídica de uma sociedade pluralista? Sob que formato institucional e sob quais justificativas é possível dizer que uma decisão coletiva foi acertada?**

papel do judiciário em contraposição a uma subvalorização da função do parlamento, o que causa um empobrecimento da experiência democrática, especialmente em sua dimensão deliberativa.

A grande questão tangenciada pelo debate do ativismo judicial e do controle de constitucionalidade reside no questionamento sobre os fundamentos de legitimidade do próprio sistema político democrático-constitucional, que se reflete, por sua vez, na justificação das decisões de alcance coletivo.

Afinal, em uma democracia constitucional formatada pela separação de poderes, a qual dos entes pertence a última palavra em matéria de direitos? Qual a função desempenhada e esperada dos poderes legislativo e judiciário dentro da órbita político-jurídica de uma sociedade pluralista? Sob que formato institucional e sob quais justificativas é possível dizer que uma decisão coletiva foi acertada?

São perguntas que fazem parte do arcabouço institucional das democracias constitucionais contemporâneas. É justamente este o ponto de partida da tese de Conrado Hübner Mendes<sup>39</sup>, que será utilizada como referencial teórico neste artigo para fundamentar uma solução democrática viável para os questionamentos lançados acima.

O autor reconhece a complexidade do tema ao elaborar a seguinte pergunta: Quem decide o que e como e quando e por que numa democracia<sup>40</sup>? É a partir deste questionamento que Mendes disserta sobre o fundamento da separação dos poderes e sobre o papel da jurisdição constitucional no sistema político democrático.

A controvérsia, segundo Mendes, gira em torno de uma tensão mais profunda entre dois ideais políticos, quais sejam a democracia e o constitucionalismo, representados respectivamente pelo parlamento e pela corte judicial. Esses dois ideais representam o embate entre dois argumentos que fundamentam o poder político e que são vistos por muitos teóricos como antagônicos: a ideia originária de democracia de que o poder pertence ao povo e a ideia de que até mesmo o poder popular deve ter limites<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> MENDES, 2011.

<sup>40</sup> MENDES, 2011, p. 21.

<sup>41</sup> *Ibid*, p. 19.

A denominação *democracia constitucional*, de acordo com Mendes<sup>42</sup>, se refere ao tipo de sistema político adotado pela maioria dos estados ocidentais depois da Segunda Guerra Mundial. Esse sistema tem como característica marcante a combinação desses dois ideais de fundamentação da legitimidade do sistema político: democracia e constitucionalismo. Apesar das variantes, esse modelo apresenta elementos básicos comuns, como uma constituição escrita, um poder legislativo eleito e uma corte constitucional<sup>43</sup>.

Ao iniciar sua digressão sobre o tema, Mendes faz uma dura crítica ao que chama de “modo convencional” de olhar para o controle de constitucionalidade, em que há uma superestima do papel do judiciário em inserir na agenda política argumentos de ordem moral, visão reafirmada pela teoria do *guardião da constituição*, ao mesmo tempo em que existe uma atrofia da responsabilidade dos demais poderes em também promover os valores constitucionais.<sup>44</sup> Na prática, a ideia de um tribunal constitucional messiânico<sup>45</sup> e de um parlamento irresponsável implicam uma distorção sobre a função da revisão judicial e provocam um empobrecimento do sistema democrático.

A fim de enfrentar esse *modo convencional* de olhar para o controle de constitucionalidade, Mendes analisa e critica as propostas de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, dois autores que protagonizam posições antagônicas desse debate contemporâneo.

A democracia constitucional para Dworkin é explicada através da diferenciação das funções do legislativo e do judiciário. Ao parlamento caberia a deliberação sobre políticas públicas (*policies*), tendo como fundamento de justificação o princípio da utilidade (no sentido utilitário do termo), e sendo a legitimidade da decisão legislativa vinculada ao procedimento majoritário. Já ao judiciário caberia a função de defesa dos direitos fundamentais, tendo como fundamento de justificação o ideal da “igual consideração e respeito”, sendo a legitimidade da decisão, por sua vez, baseada em um critério substantivo e não procedimental<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>44</sup> *Ibid*, p. 23.

<sup>45</sup> No Brasil essa ideia é defendida principalmente por Luis Roberto Barroso. Cf. BARROSO, 2007.

<sup>46</sup> DWORKIN, 1995.

Jeremy Waldron rejeita a justificação de Dworkin por compreender que a sociedade pluralista da realidade contemporânea é fundamentalmente baseada em um desacordo moral profundo. A forma mais legítima de se discutir sobre questões morais controversas seria garantir um procedimento justo, já que para ele o acordo sobre o conteúdo é impossível<sup>47</sup>. Waldron, dessa forma, se coloca numa posição pró-parlamento, por entender que é mais plausível discutir sobre a forma do que sobre o conteúdo.

Na opinião de Mendes, as justificativas de ambos autores são limitantes e travestidas de sofismas. O mais nocivo deles é a ideia de que o controle de constitucionalidade decorre da supremacia da constituição, o que poderia ser utilizado para justificar o ativismo judicial indevido, sob o argumento da defesa dos direitos fundamentais<sup>48</sup>.

Mendes, então, propõe um outro fundamento para a revisão judicial. Ele entende que “a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e estatuir” e que a constituição estabelece essa diluição de funções da soberania justamente para que os poderes se controlem mutuamente<sup>49</sup>. Significa dizer que o fundamento da revisão judicial, para Mendes, é a separação de poderes, no sentido de que cabe ao judiciário, através do veto e da inserção de bons argumentos no debate, enriquecer a qualidade argumentativa da democracia ao propiciar uma melhor *interlocução institucional*.

Importante notar que a teorização de Mendes não justifica o veto pelo seu conteúdo, mas sim por uma “razão prudencial de acautelar o sistema contra sobressaltos majoritários<sup>50</sup>”, retardando, dentro do sistema político, decisões de baixa densidade deliberativa. Nesse sentido, não seria papel da corte assegurar um mínimo ético dentro do sistema democrático (essa justificativa tenderia por reforçar a visão do Judiciário como superego da sociedade), mas sim de atuar como um controle da autoridade política. O autor, portanto, parte de uma visão bastante realista do arranjo da separação dos poderes, tratando a corte constitucional e o legislador com a mesma desconfiança, sem pender de forma tendenciosa para nenhum dos lados.

<sup>47</sup> WALDRON, 1999.

<sup>48</sup> MENDES, 2011, p. 26.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 27.

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 27.

Retomando a discussão, é possível afirmar diante mão que a saída democrática para a problemática do ativismo judicial e da tensão entre os poderes não está na supremacia legislativa ou na judicial, tendo em vista que nenhuma destas oferece soluções satisfatórias. O grande desafio, então, é buscar a conciliação democrática entre as funções dos poderes legislativo e judiciário dentro do arcabouço institucional do constitucionalismo democrático.

Com esse propósito, Mendes estabelece uma série de objetivos para sua teoria política, dentre eles, a minimização do erro nas decisões coletivas, que pode ser alcançada pela maximização da legitimidade democrática dessas decisões, através de uma interação deliberativa de melhor qualidade e da busca pelas melhores razões públicas. É nesse aspecto substancial que a teoria de Mendes se aproxima da de John Rawls<sup>51</sup>.

Nesse sentido, o autor entende que as teorias da última palavra enfraquecem o diálogo interinstitucional, na medida em que ignoram que a solução dos conflitos coletivos tem um caráter permanente e difuso. Dessa forma, elas devem ser substituídas por uma teoria do diálogo constante, que, embora não ofereça uma solução permanente, consiste em uma saída provisória para o problema<sup>52</sup>.

É nesse ponto chave que o autor apresenta duas noções fundamentais de sua teoria: as ideias de *rodada procedimental* e última palavra provisória<sup>53</sup>. A explicação para os dois termos decorre da noção de que os desacordos coletivos têm um ponto de partida e que, após alguns estágios intermediários, alcançam um determinado resultado final, que não será final no sentido extremo da palavra, mas definitivo somente dentro daquela *rodada procedimental*, que sempre poderá ser reiniciada e reformulada indefinidamente<sup>54</sup>.

Rebelando-se contra o os excessos produzidos pela teoria normativa, que , a seu ver, “produziram apoteoses da última palavra, batalhas imaginárias entre o juiz heroico e o legislador moralmente decaído, ou entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador virtuosos e exemplar<sup>55</sup>”, Mendes articula uma teoria normativa do

<sup>51</sup> Sobre o tema, conferir: RAWLS, 1971. RAWLS, 2005.

<sup>52</sup> MENDES, 2011.

<sup>53</sup> *Ibid*, p. 170.

<sup>54</sup> *Ibid*, p. 170.

<sup>55</sup> *Ibid*, p. 171.

**A pergunta pela autoridade da última palavra provisória é importante, mas não deve ofuscar a questão principal: a valorização do processo contínuo de formação da vontade política justificada por razões razoáveis, exigíveis a todos e transcrita pela linguagem dos direitos.**

diálogo, na tentativa de conciliar o diálogo permanente e a última palavra provisória. Em seus termos: “combinar a provisoriedade das decisões com a continuidade da política<sup>56</sup>”.

Seguindo com seu exame realístico sobre a dinâmica institucional brasileira, Mendes aponta alguns fatores relevantes que muitos teóricos do comportamento judicial negam ou ignoram. O fato de que juízes e cortes têm seu comportamento determinado, não raras vezes, por constrangimentos externos, dado que “a corte constitucional, nesse sentido, não está numa torre de marfim, mas no calor da política<sup>57</sup>”.

Além disso, Mendes observa que a relação entre as instituições dentro do plano da separação dos poderes é marcada fundamentalmente pelo dinamismo, por negociações gerenciadas na informalidade, por ocupações e desocupações dos espaços de poder<sup>58</sup>. Dados esses fatos e considerando que o diálogo é necessário em uma experiência democrática consubstanciada pela separação dos poderes, qual diálogo é o mais desejável em uma democracia?

Para responder a esse questionamento, Mendes concebe um critério de legitimidade das instituições e decisões, denominado por ele de *desempenho deliberativo*<sup>59</sup>. O autor defende que “parlamentos e cortes têm legitimidade para serem ativistas à medida que se engajem no diálogo<sup>60</sup>”.

Dessa forma, as decisões tomadas por certa autoridade, apesar de obrigatórias, devem ser discutidas quando couber uma melhor razão, dando a oportunidade para que o órgão seja desafiado a defendê-la ou reavaliá-la, sem, contudo, perder sua autoridade. Nesse sentido, o eventual erro de uma decisão da Corte não computaria em uma perda de autoridade.

A pergunta pela autoridade da última palavra provisória é importante, mas não deve ofuscar a questão principal: a valorização do processo contínuo de formação da vontade política justificada por razões razoáveis, exigíveis a todos e transcrita pela linguagem dos

<sup>56</sup> *Ibid*, p. 171.

<sup>57</sup> *Ibid*, p. 183-184.

<sup>58</sup> *Ibid*, p. 185.

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 192.

<sup>60</sup> *Ibid*, p. 192.

direitos<sup>61</sup>. Em síntese, o objetivo do questionamento por um sistema político legítimo e pela razão de ser da revisão constitucional deve sempre vir acompanhado de uma busca pela formação de uma cultura pública de forte densidade deliberativa.

A proposta do autor para reduzir os riscos de se pesar a balança mais para um lado ou para o outro dos dois poderes em questão é justamente desenvolver uma demanda mais forte pelo diálogo, que deve fazer-se entranhar de tal forma na prática decisória que se torne rotineira. Dessa forma, ao invés de um guardião entrincheirado, assoberbado em seu imperialismo retórico, ou de um legislativo cômodo e reverenciado, é possível construir um sistema em que ambos os poderes sejam engajados com o exercício da persuasão. “Nesse modelo ideal, não há nem um guardião entrincheirado, nem um legislador acanhado e deferente, mas dois poderes engajados no exercício da persuasão<sup>62</sup>”.

Segundo Mendes, o melhor que podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação dos poderes é que a interação entre as instituições aconteça de forma que estas busquem sempre maximizar os seus respectivos desempenhos deliberativos<sup>63</sup>. Significa dizer que a competição argumentativa insere no debate, de forma saudável, a tensão entre forma e substância.

Considerando o desempenho deliberativo como critério consequencialista de legitimidade que adiciona um grau de complexidade à separação de poderes, torna-se possível exigir das instituições uma postura de prudência e vigilância constante quanto às decisões tomadas na esfera pública. Isso se dá na medida em que a última palavra provisória é uma mera expectativa probabilística de decisões mais ou menos acertadas, fazendo com que o eventual erro de um poder possa ser legitimamente refutado pelo outro<sup>64</sup>.

Portanto, sem risco de perder sua autoridade política, os poderes decisórios são a todo instante instados a se manifestarem com prudência e razoabilidade, argumentando de forma crítica e robusta,

<sup>61</sup> MENDES, 2011.

<sup>62</sup> *Ibid*, p. 203.

<sup>63</sup> *Ibid*, p. 204.

<sup>64</sup> *Ibid*.



**Definir os limites da intervenção do judiciário em questões coletivas de demanda legislativa não é uma tarefa fácil, ainda mais se considerarmos as evidências mencionadas, como o caráter difuso e inconstante das funções dos poderes.**

pois sabem que os demais poderes estarão vigilantes e a postos a perscrutar a qualidade de suas decisões.

Definir os limites da intervenção do judiciário em questões coletivas de demanda legislativa não é uma tarefa fácil, ainda mais se considerarmos as evidências mencionadas, como o caráter difuso e inconstante das funções dos poderes. Se por um lado é necessária uma clara divisão de funções quanto à declaração de direitos, é também desejável que não se reduza o papel da corte a uma mera esfera de declaração de inconstitucionalidades. Nesse sentido, Mendes, afirma que “dizer que à corte cabe o papel negativo de declarar a inconstitucionalidade e ao legislador o propositivo passa longe de como o fenômeno efetivamente ocorre. Recorrer a velhas distinções entre criação e interpretação do direito seria insistir numa falácia<sup>65</sup>”.

A proposta de Mendes para esse problema se assemelha a de Ian Shapiro<sup>66</sup>, no sentido de que a corte deve modular intervenção e contenção a depender do desempenho do parlamento<sup>67</sup>. Se na tese de Shapiro a corte funciona somente como um *suplemento à competição*, na proposta de Conrado a corte pode ir além, dependendo do resultado de uma análise prudencial de cada caso. Ou seja, a depender de cada contexto, a corte pode optar por agir de forma mais ou menos expansiva.

A sugestão de Mendes é que “a corte module suas virtudes ativas e passivas por meio da prudência<sup>68</sup>”, buscando o meio termo e evitando tanto a timidez quanto o excesso. A fórmula do autor pode ser considerada um critério de modulação casuística, utilizado para orientar a postura discricionária do juízo de ocasião das cortes.

Segundo Mendes, dentro desse juízo casuístico, a corte deve se nortear por dois parâmetros de legitimidade: um, formal, o desempenho deliberativo e outro substancial, a razão pública. A corte tem a função de incentivar um debate mais qualificado, provocando o parlamento a enfrentar a razão pública, que nem sempre está presente nas decisões legislativas<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> *Ibid*, p. 205.

<sup>66</sup> SHAPIRO, 2006.

<sup>67</sup> *Ibid*.

<sup>68</sup> MENDES, 2011, p. 207.

<sup>69</sup> *Ibid*, p. 208.



O legislador, ao ser provocado, tem como ônus argumentativo o dever de enfrentar os questionamentos apontados pelo judiciário e apresentar seu melhor argumento. Dessa forma, o parlamento, quando aceita o desafio deliberativo, fortalece sua legitimidade democrática e, do contrário, se se nega a dialogar, enfraquece sua quota de legitimidade democrática.

Ao final, é plausível dizer que a deliberação interinstitucional tem como função reduzir o dissenso, produzir melhores decisões baseadas em argumentos de razão pública e despertar o respeito e deferência mútua entre os poderes<sup>70</sup>. Nas palavras do autor:

O interlocutor judicial pode provocar atritos e desafiar o legislador a enfrentar um tipo especial de razão que nem sempre pesa nas decisões parlamentares. À medida que o legislador se nega a fazê-lo de forma transparente, ele desperdiça a credencial eleitoral de que dispõe para inovar com responsabilidade na esfera política<sup>71</sup>.

Finalmente, para fechar o seu argumento em defesa de uma separação de poderes consubstanciada pelo princípio deliberativo, o autor visualiza o judiciário como um *catalisador deliberativo*, propulsor de debates de qualidade entre os poderes e selecionador de bons argumentos<sup>72</sup>.

A atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional, nesse sentido, ao invés de diluir ou obstruir os debates na esfera pública, acrescenta um grau qualitativo ao diálogo interinstitucional, desafiando o parlamento e demais poderes à construção de argumentos mais robustos, de forma que o modelo de democracia constitucional possa se aproximar de um regime mais justo em questões de princípios.

## CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi refletir sobre o papel do Poder Judiciário como órgão da jurisdição constitucional e como ator político em constante relação conflituosa com o Poder Legislativo. Dentro desse contexto, discutiu-se sobre o ativismo judicial e suas consequências para a democracia deliberativa.

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 208.

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 208.

<sup>72</sup> *Ibid*, p. 212.

A questão gira em torno da dinâmica da separação de poderes como elemento constitutivo das democracias constitucionais, nas quais as decisões de alcance coletivo têm dois principais centros ou espaços de decisão (a corte constitucional e o parlamento), que se diferenciam pela sua forma (majoritária e contramajoritária) e substância (questões de direitos e questões políticas).

Demonstrou-se de que forma o Poder Judiciário vem, nos últimos anos, ocupando cada vez mais o espaço das decisões políticas, *locus* pertencente ao parlamento, e decidindo para além de sua competência, adentrando na esfera do legislativo sob a justificativa de concretização dos valores e princípios constitucionais.

Nesse sentido, a análise da teoria de Ingeborg Maus sobre o Judiciário como superego da sociedade apontou como, da segunda metade do século XX aos dias atuais, houve uma considerável expansão do papel do Poder Judiciário na esfera pública, sobretudo em razão da força normativa das constituições e do crescente ressentimento da população com a classe política. O descrédito do Poder Legislativo trouxe como consequência a busca no judiciário por uma figura idônea revestida de poder legítimo para concretizar as demandas coletivas salvaguardadas pela constituição.

Nesse sentido, a análise da teoria de Ronald Dworkin a respeito do Juiz Hércules, o juiz herói dotado de superpoderes e que possui uma maior clareza sobre os conceitos morais para decidir sobre o caso concreto, corrobora a ideia manifestada por Maus de que, à medida em que o Poder Judiciário incorpora o mais alto conceito social de moralidade, ele torna-se imune a um controle social mais robusto sobre sua atividade, o que tem como consequência o enfraquecimento do sistema de contrapesos e desarticulação da dinâmica institucional do modelo democrático.

Observou-se que a visão tradicional da separação dos poderes enxerga o judiciário como guardião da constituição, único e exclusivo portador da voz sobre os valores constitucionais e ator competente para dar a última palavra sobre o sentido da Constituição.

Considerando essa problemática, foi utilizada a teoria de Conrado Hübner Mendes como uma possível solução ao impasse, em que o objetivo principal foi construir uma teoria democrática da jurisdição constitucional repensando o papel do Poder Judiciário em

**Compreende-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário não deve ser marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, nem tampouco deve atuar como legislador moral – superego da sociedade – nem permitir a ausência de vinculação ao padrão normativo.**

constante atrito com o Legislativo e refutando a ideia tradicional da Corte Constitucional como detentora da última palavra sobre o sentido da constituição.

A proposta do autor reconhece que as instituições são falíveis e que os casos de interpretação dos direitos fundamentais são controversos e que é preciso buscar um arranjo institucional da separação de poderes que, reconhecendo o desacordo quanto à substância, maximize a capacidade das instituições de produzir melhores respostas para aumentar as chances de se chegar aos resultados certos.

Dessa forma, Mendes fundamenta a revisão constitucional com base na separação dos poderes e no potencial que possui o judiciário de aperfeiçoar a qualidade dos argumentos dentro dos debates da esfera pública. A Corte Constitucional, nesse sentido, tem uma razão prudencial de ser (na medida em que usa da razão pública para qualificar o diálogo interinstitucional) e não uma razão messiânica, que apequena o fundamento da dinâmica institucional democrática e desqualifica o diálogo deliberativo sobre as melhores razões públicas.

A separação de poderes, portanto, deve ser entendida através da interação permanente entre os poderes, marcada pela finitude das rodadas procedimentais (última palavra provisória) para garantir a continuidade da mobilização política.

O judiciário deve ainda saber quanto e quando decidir, de forma a encontrar um espaço do meio que, por um lado, evite o excesso (ativismo judicial) e, por outro, promova um debate qualitativo substanciado na razão pública. A Corte Constitucional, por isso, deve resolver caso a caso, modulando suas virtudes ativas e passivas por meio da prudência.

Compreende-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário não deve ser marcada pelo decisionismo disfarçado de ordem de valores, nem tampouco deve atuar como legislador moral – superego da sociedade – nem permitir a ausência de vinculação ao padrão normativo. Ou seja, não deve exorbitar de suas competências constitucionais sob falsos argumentos jurídicos.

Conclui-se que a proposta formulada por Mendes indica uma série de parâmetros para aperfeiçoar a dinâmica institucional da

democracia constitucional brasileira, na medida em que ele contribui para a formação de uma teoria normativa da separação de poderes que se preocupa em resguardar direitos e tonificar a dimensão deliberativa do modelo político em vigor.

Finalmente, importa adicionar que a teorização de Mendes, para além de uma proposta da legitimidade política e de solução de conflitos entre os poderes, busca estruturar princípios e critérios-guia para a concretização de um modelo democrático mais robusto e íntegro, constituindo-se, assim, uma importante ferramenta teórica para a realização do ideal de autogoverno coletivo.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático*. Florianópolis: Conceito, 2013.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). *The judicialization of politics in Latin America*. Springer, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história: a nova hermenêutica constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, p. 129 – 173, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, n. 201, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil”. *Revista Lua Nova*, n. 21, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 936*, 1897.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277; ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Brito. DJ: 13/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 3459/DF*, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 07/04/2006, p. 211. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *MS 24.268/MG*, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7504689>>. Acesso em: 10 set. 2019.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da constituição. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 774-792, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v Gilmar Mendes – a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do STF*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9299634/Moreira\\_Alves\\_v\\_Gilmar\\_Mendes\\_-\\_a\\_evolu%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_dimens%C3%B5es\\_metodol%C3%B3gica\\_e\\_processual\\_do\\_ativismo\\_judicial\\_do\\_STF](https://www.academia.edu/9299634/Moreira_Alves_v_Gilmar_Mendes_-_a_evolu%C3%A7%C3%A3o_das_dimens%C3%B5es_metodol%C3%B3gica_e_processual_do_ativismo_judicial_do_STF)>. Acesso em: 10 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy, *European Journal of Philosophy*, v. 3, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.), São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOERNER, Andrei. *A Ordem Constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil*. Campinas, São Paulo: 2015.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”*. Martonio Lima (trad.), São Paulo: 2000.

MARMELSTEIN, George. Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

\_\_\_\_\_. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2008.

TATE, Nael. Why the Expansion of Judicial Power? In: C. N. V. Tate, Torbjorn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York.: New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck [et al] *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999.

VIEIRA, Oscar Villhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*, v. 4. São Paulo, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

## EDITORIAL DA SEÇÃO ESPECIAL *TRABALHO, INSTITUIÇÕES E DEMOCRACIA*

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro desenvolve em sua terceira linha de pesquisa, *Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais*, um conjunto de pesquisas voltadas a compreender o trabalho humano e suas transformações, regulações e relações com as instituições sócio-jurídicas. Diante da centralidade adquirida pelo trabalho no debate democrático atual, o periódico *Teoria Jurídica Contemporânea* dedicou a seção especial deste primeiro número do volume 4 (2019) ao tema “Trabalho, Instituições e Democracia”.

Com base na regulação das relações de trabalho a partir de diferentes níveis, em diálogo com as transformações na organização da produção das últimas décadas, o artigo “La refundación del derecho del trabajo para garantizar la plena efectividad de los derechos sociales fundamentales y el trabajo decente”, de José Luis Monereo Perez, analisa as recentes iniciativas da União Europeia para a contenção dos avanços das políticas neoliberais que resultaram na instituição de um modelo de constitucionalismo “débil”, caracterizado pela emergência do “Estado de mercado” e do “direito flexível do trabalho”. O autor propõe medidas para a efetividade dos direitos sociais fundamentais e do paradigma do “trabalho decente” que promovam a refundação do direito do trabalho a partir do desenvolvimento de um sistema multinível (internacional, europeu e nacional) de caráter garantista.

O artigo “Regulação social e empresas globais: novos conceitos para velhos problemas?”, de Paola Cappellin, por sua vez, propõe a análise

da centralidade da nova terminologia “Direitos humanos para corporações transnacionais e outras empresas”, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), e da introdução de processos de diálogo social transnacional por meio da presença direta e ativa dos sindicatos dos trabalhadores em suas diferenciadas bases (local, nacional e global), com objetivo de estudar as recentes metodologias adotadas para o controle e regulação social das empresas transnacionais.

Os novos padrões normativos de regulação das relações de trabalho também foram objeto de análise dos artigos que compõem esta seção especial. O artigo “El neoliberalismo en el mundo y la precarización del trabajo: un estudio histórico comparado en Alemania, España, Reino Unido, Italia, Brasil y México”, de Fernanda Barcellos Mathiasi e Thiago Duarte Pimentel, examina os efeitos do discurso neoliberal por meio do estudo das reformas nas leis trabalhistas realizadas em alguns países do mundo como Alemanha, Espanha, Brasil, México, Reino Unido e Itália.

Em relação especificamente ao caso brasileiro, destaca-se o artigo “A Reforma Trabalhista e o empregado intermitente: instrumento de precarização dos direitos trabalhistas”, de Cláudio Jannotti da Rocha e Francisco Matheus Alves Melo, e “A resiliência da inspeção do trabalho brasileira: estratégias de reconfiguração (ou desfiguração?) no pós-Constituição de 1988”, de Luiz Felipe Monsores Assumpção. Este último realiza um estudo sobre a inspeção do trabalho no Brasil e seu processo de reconfiguração institucional a partir das décadas que se seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988.

As transformações na organização do trabalho e o desafio trazido pelas plataformas digitais foram objeto de análise no artigo “O Direito do Trabalho (des)conectado das plataformas digitais”, de Murilo Carvalho Sampaio, Anne Karolline Barbosa de Assis e Joelane Borges Costa.

Outros artigos abordam as transformações na relação entre meio ambiente do trabalho e direito do trabalho, os papéis exercidos pela regulação e seus limites para a proteção da vida humana: o texto de Patrícia Gallo, “Lineamientos básicos de la protección penal adelantada de la vida y salud en el trabajo”; e o artigo de Gustavo Seferian sobre ecossocialismo. Neste estudo, o professor da Universidade Federal de Minas Gerais parte da premissa da ocorrência de uma crise de civilização, sustenta a necessidade de conter o “ecocídio



capitalista” e indica espaços e caminhos para a reconfiguração jus-laboral para o século XXI. “Onze proposições sobre o Direito do Trabalho desde a perspectiva ecossocialista” propõe uma reflexão teórica sobre as relações entre a ecologia, o meio ambiente, o direito do trabalho e a crítica ao capitalismo assentado em uma forma de expropriação da vida e do trabalho humano insustentável.

O novo neoliberalismo híbrido e autoritário, que desafia as instituições democráticas e do trabalho humano construídas ao longo dos últimos cem anos, é o tema da “Entrevista com Christian Laval: novo neoliberalismo, autoritarismo e os novos caminhos do sindicalismo”, realizada por Victoria Basualdo, Rodrigo Carelli, Elisa Sanvicente e Sayonara Grillo Silva. Esta entrevista encontra-se publicada na Seção Extra deste periódico.

*Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva*  
Professora Associada PPGD-UFRJ

*Rodrigo de Lacerda Carelli*  
Professor Adjunto PPGD-UFRJ

*Victoria Basualdo*  
Pesquisadora do CONICET – Argentina e da Área de Economia e Tecnologia da FLACSO

# A REFORMA TRABALHISTA E O EMPREGADO INTERMITENTE: INSTRUMENTO DE PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

**Cláudio Jannotti  
da Rocha**

Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). É coordenador e pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas, da UFES, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (RENAPEDTS). Membro

The Labor Reform and the  
intermittent employee: instrument  
of precarious labor rights

## RESUMO

Diante das mudanças da realidade do mercado de trabalho e das crises econômicas que afetaram a situação brasileira a partir de 2008/2009, pode-se ver o fortalecimento do discurso neoliberal como instrumento apto e capaz de resolver todos os problemas, como se fora uma fórmula mágica para tudo e todos, tendo como foco central as Reformas Trabalhista e Previdenciárias, prevendo a drástica redução de direitos assegurados constitucionalmente. Nesse diapasão, cresce a pressão para flexibilizar a legislação trabalhista de modo a tornar o país market friendly e superar a recessão econômica e os altos índices de desocupação. Assim, aprovou-se a Reforma Trabalhista em caráter de urgência, modificando diversas normas do sistema justa-trabalhista. Dentre estas mudanças, tivemos a incorporação de diversas modalidades empregatícias estratificadas, voltadas a precarizar a relação de emprego tradicional (prestada por pessoa física, subordinada, habitual, com direito à jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 horas semanais e remunerada). Sob o enfoque do empregado intermitente, o presente estudo analisa as normas celetistas em face da Constituição, do Direito Comparado e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. matheus.melo.mestrado@gmail.com

## Francisco Matheus Alves Melo

Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). claudiojannotti@hotmail.com

Recebido: março 01, 2019

Aceito: agosto 12, 2019

**Palavras-chave:** Reforma Trabalhista; Modalidades Empregatícias Estratificadas; Empregado Intermitente.

## Abstract

Faced with the changes in the reality of the labor market and the economic crisis of 2015, we can see the strengthening of the neoliberal discourse, as an apt instrument and savior of all problems, as if in fact it was the magic formula of everything and everyone. In this context, the pressure is growing to make labor legislation more flexible in order to make the country market friendly and to overcome the economic recession and high rates of unemployment. Thus, the Labor Reform was approved as a matter of urgency, modifying various norms of the labor system. Among these changes, we had the incorporation of several stratified employment modalities, aimed at precariousness of the traditional employment relationship (provided by individual, subordinate, habitual, entitled to a working day of eight hours a day and 44 hours a week and remunerated). Focused on the intermittent employee, this study analyses the changes in the Brazilian Labour Law compared to the Constitution, the Comparative Law and the International Human Rights Trades.

**Keywords:** Labour Law Reform; Stratified Employee Regime; Intermittent employee.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil passa atualmente por uma duradoura crise econômica, iniciada em 2008/2009 e agravada em meados de 2013. Todavia, o seu ápice ocorreu desde 2015. Nesse sentido, pode-se dizer que a crise econômica brasileira de 2015 foi provocada por uma combinação de fatores políticos, socioeconômicos e até mesmo jurídicos. E – assim como os países europeus que enfrentaram medidas de austeridade pós-crise econômica de 2008 – a mudança do cenário econômico nacional acarretou o fortalecimento do discurso neoliberal, bem como de medidas de austeridade, tal como a reforma trabalhista.

Deparamo-nos, portanto, após avanços na doutrina e jurisprudência brasileira voltadas à promoção do trabalho digno, com a retomada de alegações voltadas à redução de direitos trabalhistas para tornar o país *Market Friendly*. Em seguida, cresce a pressão para adotar medidas de austeridade, a exemplo de novas formas atípicas de contrato de trabalho. E, mais recentemente, com a aprovação das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, a legislação trabalhista é alterada e o nosso ordenamento jurídico passa a prever modalidades empregatícias estratificadas.

**[...] em apertada síntese, após o intervalo de cerca de sete meses, mais de uma centena de mudanças foram promovidas em nosso sistema justralhista. E, em face disso, a doutrina neoliberal enalteceu a reforma trabalhista como meio capaz de garantir a empregabilidade e gerar segurança jurídica.**

## 2. DA REFORMA TRABALHISTA

Como visto acima, a situação socioeconômica nacional – provocada pelo agravamento da crise econômica de 2015 – propiciou que ocorresse a reforma da direitos justralhistas. Além do mais, a questão econômica foi utilizada como subterfúgio para que houvesse um rápido processo legislativo de tramitação urgente, que deram origem às Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017.

Sob enfoque do processo legislativo da Lei nº 13.467/2017 (que foi responsável por uma reforma mais abrangente da legislação trabalhista), cabe ressaltar que ela teve início com o envio do projeto de lei nº 6.787/16 pelo governo Temer, em dezembro de 2016. Originalmente, continha a proposta de alterar apenas dez pontos acordados entre confederações patronais e centrais sindicais.

Ainda na Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi ampliado para cerca de 100 alterações da legislação trabalhista, com a aprovação por 296 votos (enquanto 177 deputados federais votaram contra). Já no Senado Federal, foi nomeado como o PLC nº 38/17, o qual foi aprovado por 50 votos a favor e 26 contra sem qualquer alteração do texto encaminhado da Câmara dos Deputados. E, por fim, o Presidente Michel Temer sancionou a Lei nº 13.467/2017 sem qualquer veto, em 13 de julho de 2017<sup>1</sup>.

Ou seja, em apertada síntese, após o intervalo de cerca de sete meses, mais de uma centena de mudanças foram promovidas em nosso sistema justralhista. E, em face disso, a doutrina neoliberal enalteceu a reforma trabalhista como meio capaz de garantir a empregabilidade e gerar segurança jurídica.

Sob essa linha de pensamento, ainda se argumentou que a reforma trabalhista no Brasil estaria consoante o contexto de mudanças nas legislações trabalhistas europeias promovidas desde a primeira década do século XXI. Nesse toada, arguiu-se que tais reformas têm como traço em comum a *flexisecurity*<sup>2-3</sup>.

<sup>1</sup> MARTINS FILHO, 2017, p. 59.

<sup>2</sup> *Flexisecurity* significa promoção da desregulamentação da relação de trabalho para prestigiar a negociação coletiva e, ao mesmo tempo, adoção de medidas de flexibilização da legislação, no intuito de prevalecer a vontade das partes, para que a proteção e segurança não dependa da rigidez da legislação.

<sup>3</sup> MARTINS FILHO, 2017, p. 55.

**Cabe destacar que após um ano da vigência da reforma trabalhista no Brasil, os resultados esperados pelo discurso neoliberal não corresponderam à realidade.**

Em suma, trata-se de discurso afirmando que a redução de direitos trabalhistas é a solução dos males da crise econômica brasileira. Mas, tal discurso não pode prevalecer. Primeiro, cabe apontar que a legislação trabalhista não é capaz de modificar a realidade do mercado de trabalho por si só. Segundo, é notória a contradição entre o discurso neoliberal de modernização das normas trabalhistas e a realidade posta pela reforma trabalhista brasileira, pois, na verdade, flexibilizou-se conquistas trabalhistas com fórmulas mirabolantes já testados (sem sucesso) em outros países<sup>4</sup>.

Assim, deve-se perceber, assim como leciona Cláudia Viegas, que:

No âmbito jurídico, a reforma trabalhista tem dividido opiniões, alguns defendem que a Lei já nasce velha, em razão da falta de diálogo social necessário; outros afirmam que, apesar de ter como fundamento a modernização, o diploma legal utiliza fórmulas mirabolantes de flexibilizações trabalhistas já experimentadas em alguns países da Europa, contudo, não tiveram bons resultados; outros vão além, e apontam inconstitucionalidades e retrocesso nas conquistas trabalhistas<sup>5</sup>.

Por fim, cabe destacar que após um ano da vigência da reforma trabalhista no Brasil, os resultados esperados pelo discurso neoliberal não corresponderam à realidade. Pelo contrário, constatou-se apenas os efeitos deletérios da reforma trabalhista, pois houve a redução da remuneração dos empregados; a queda de contratos de trabalhos típicos e aumento das contratações estratificadas; aumento da informalidade; o fechamento de sindicatos pela baixa arrecadação sindical (-86%); a redução do número de normas coletivas; a diminuição do número de reclamações trabalhistas (-36%); baixa adesão à demissão por acordo<sup>6</sup>.

### 3. DAS MODALIDADES EMPREGATÍCIAS ESTRATIFICADAS

Na atualidade, a ascensão do capitalismo financeiro e as transformações da realidade do mercado de trabalho (globalização, toyotismo e Revolução Industrial 4.0) deram margem para que o pensamento sob forte viés econômico se tornasse hegemônico. Em meio a esse cenário, a relação de trabalho – muito embora seja atividade fundamental na constituição de relações sociais – passa a ser questionada.

<sup>4</sup> SANTOS, 2017, p. 249.

<sup>5</sup> VIEGAS, 2017, p. 74.

<sup>6</sup> Notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Nesse processo, ocorre a alteração da identidade dos trabalhadores como um grupo social, a ponto de reconfigurar as formas de trabalho. Sob tal lógica, surge uma doutrina voltada à erosão da relação de emprego típica. Ou seja, passa a questionar a relação empregatícia estabelecida em um contrato de trabalho por tempo indeterminado sob a organização e direção de um único empregador bem definido.

E, seguindo esse movimento, a reforma trabalhista brasileira incorporou ao nosso ordenamento jurídico várias relações laborais atípicas. Neste sentido, Rosilene Nascimento destaca que:

A Lei 13.467/2017, que traduziu no Brasil o que se chamou de reforma trabalhista, veio na esteira do movimento, sedutoramente denominado de flexibilização das relações de trabalho, movimento esse que tem privilegiado relações laborais atípicas, através da inserção no ordenamento jurídico de formas de emprego plásticas, que se amoldam aos interesses puramente econômicos, os mais diversos<sup>7</sup>.

Portanto, o que se pode perceber é que a Lei nº 13.467/2017 almeja inverter a lógica do Direito do Trabalho, de modo a relativizar a proteção do trabalhador através da normatização de “novas” formas de trabalho e da legitimação de antigas fraudes trabalhistas<sup>8</sup>. Nesse diapasão, Coutinho defende que:

Continuará sendo o marco regulatório do capitalismo, um Direito Capitalista do Trabalho que nasceu da Revolução Industrial como pauta de modernização das condições de vida, resultado de lutas e resistência. Mas, agora, introduz um novo sistema, pois substitui o mito de fundação, de tutela e proteção do trabalhador hipossuficiente para a autonomia negocial privada individual e coletiva. Rechaça e realoca o Estado, abandonando o Bem-estar para acolher o Mínimo, agasalhando a ideologia neoliberal e abstraindo a necessidade de intervenção estatal no mercado, na economia. Substitui o projeto de uma sociedade salarial, isto é, uma universalização do assalariamento regulamentado como padrão para a economia por uma sociedade de trabalho fragmentado e precário, cuja perspectiva de renda pode ser substituída assistencialista<sup>9</sup>.

Assim, podemos falar que a erosão da relação de emprego típica chega ao ponto de agora podermos falar que a Reforma Trabalhista causou a “estratificação” da relação típica de trabalho. Inclusive, trata-se de termo que foi primeiro abordado por Mauricio Delgado e Gabriela Delgado como um fenômeno específico do trabalhador hipersuficiente, conforme o trecho a seguir:

Conforme se percebe, a Lei da Reforma Trabalhista cria segmento estratificado no universo dos empregados das instituições e empresas empregadoras, a partir de dois dados fáticos que destaca: o fato de ser o empregado portador de diploma de nível superior; o fato de esse empregado perceber salário mensal igual ou maior do que duas vezes o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 278.

<sup>8</sup> ROCHA, C. J., 2018, p. 51.

<sup>9</sup> COUTINHO, 2017, p. 119.

<sup>10</sup> DELGADO; DELGADO, 2018, p. 171.

Entretanto, aproveitando tal conceito, entendemos que, na verdade, esse processo de estratificação é um fenômeno mais amplo que o instituto do trabalhador hipersuficiente. A nosso ver, faz-se necessário levarmos em consideração como parâmetro a relação de emprego tipicamente concebida pelas normas constitucionais e celetistas (prévias às Leis nº 13.429 e 13.467/2017).

Ou seja, com base no contrato de trabalho por prazo indeterminado, subordinado diretamente ao tomador de serviços, prestado dentro da sede da empresa, com direito à jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 horas semanais, pode-se dizer que o legislador reformador inseriu modalidades de contrato de emprego atípicas, ou melhor dizendo, estratificadas.

Nesse diapasão, identificamos como modalidades de estratificação da relação de emprego brasileira adotadas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017: o empregado intermitente, o teletrabalhador, o hipersuficiente, o terceirizado na atividade-fim e o trabalho autônomo (combinado com o efeito da “pejotização”). Entretanto, optamos focar na figura do trabalhador intermitente para este trabalho científico.

#### 4. DO INTERMITENTE

O legislador reformador inseriu a figura do empregado intermitente como uma modalidade de relação de emprego atípica sob a suposta argumentação que se trata de alternativa para superação dos efeitos da crise econômica e das altas taxas de desemprego.

Nessa toada, o parágrafo 3º do artigo 443 da CLT estabelece que o contrato de trabalho intermitente é caracterizado pela alternância entre períodos de prestação de serviço e outros de inatividade, que não são considerados como tempo à disposição.

Logo, percebe-se que a própria norma deixa claro que a atividade do trabalho intermitente só é compatível com empresas que possuam demandas variáveis. Isto significa que só pode ser utilizado nas empresas que exercem atividades sazonais e não permanentes. Por conseguinte, utilizar empregado intermitente em empresa de fluxo permanente é o mesmo que tentar colocar uma bola em um quadrado: não encaixa e vai sobrar espaço.

Como se pode notar, segundo as lições de Francisco Oliveira, “o legislador se preocupou em conceituar o que seria trabalho intermitente



**Diante dessa falta de precisão sobre o que seria “tempo de inatividade”, cabe esclarecer que existem várias correntes sobre a pré-existência da figura do intermitente no Brasil.**

(...) não se preocupou em dizer como seriam considerados os intervalos da intermitência”<sup>11</sup>. Completando o raciocínio, Patrícia Maeda aponta que o legislador se atentou a definir essa forma de contratação atípica, excepcional ao contrato de trabalho por tempo indeterminado com jornada fixa integral de oito horas diárias e 44 semanais, porém o reformador não previu qualquer limitação ao seu uso<sup>12</sup>. Já Iuri Pinheiro ressalta que a legislação não previu qualquer requisito autorizativo por meio de norma coletiva<sup>13</sup>. E Sergio Queiroz sintetiza a omissão legislativa dizendo que:

(...) com permissividade legal para ser utilizado em toda e qualquer atividade econômica, sem freios ou limites (qualitativos e quantitativos), o modelo brasileiro de contrato de trabalho intermitente tem representativo potencial precarizante (...) Não há garantia de carga horária mínima para o trabalhador, e, portanto, nenhuma previsibilidade quanto ao ganho salarial, assim como não há limitações de natureza temporal ou de qualquer outra ordem para a sua utilização<sup>14</sup>.

Diante dessa falta de precisão sobre o que seria “tempo de inatividade”, cabe esclarecer que existem várias correntes sobre a pré-existência da figura do intermitente no Brasil. Nesse sentido, cabe mencionar que parte dos autores defende que a figura do intermitente seria uma prática precarizante ao incorporar o “contrato de zero horas”<sup>15</sup> ao ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, tal corrente de pensamento levou em conta a experiência europeia, na qual houve o aumento da pobreza dos empregados contratados sob essa modalidade empregatícia estratificada, principalmente nos momentos de crise econômica.

É válido mencionar uma segunda linha de pensamento, a qual se destaca a posição de Cláudia Viegas. Essa doutrinadora entende que, na verdade, o trabalho intermitente seria a incorporação do modelo toyotista do *just in time*. Afinal, tal figura cria a possibilidade de contratação de mão de obra por demanda, ao mesmo tempo em que reduz os custos de produção e sobra de investimento<sup>16</sup>. Mas, neste cenário “o próprio trabalhador é inserido no conceito de recurso produtivo, em um cenário de despersonalização e reificação do ser humano”<sup>17</sup>. Nessa toada, Viegas constata que se trata de uma

<sup>11</sup> OLIVEIRA, 2018, p. 49.

<sup>12</sup> MAEDA, 2017, p. 226.

<sup>13</sup> PINHEIRO, 2018, p. 113.

<sup>14</sup> QUEIROZ, 2018, p. 94.

<sup>15</sup> Ver mais em: MAEDA, 2017.

<sup>16</sup> VIEGAS, 2017, p. 83.

<sup>17</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 287.



prática com vantagens para o empregador, enquanto o empregado se prejudica, de modo que:

Sob a perspectiva do empregador, são inegáveis as vantagens desse tipo de contratação, sobretudo porque evita a mão de obra ociosa, circunstâncias que podem se dar por fatores triviais como casos fortuitos e eventos de natureza, por exemplo, um período chuvoso para um restaurante à beira mar, uma máquina parada para manutenção etc.

A partir da ótica do empregado, no entanto, a realidade se mostra extremamente negativa e prejudicial. Primeiro, observa-se que o novo art. 452-A da CLT não garante uma obrigatoriedade ou periodicidade mínima de convocações, evidenciando a imprevisibilidade absoluta do trabalho e da fonte de renda, fatores que prejudicarão as condições de vida do trabalhador, que não poderá programar a sua rotina, sendo praticamente impossível compatibilizar com outro emprego, estudos e obrigações familiares. Frise-se que o empregador poderá convocar com até três dias de antecedência e, somente nessa ocasião, o trabalhador terá noção da sua jornada de trabalho<sup>18</sup>.

Há ainda uma terceira vertente de quem defenda que o trabalho intermitente já existia, porém quedava na informalidade. E, assim, a Reforma Trabalhista seria mais benéfica para os intermitentes, ao assegurar a proteção das normas celetistas<sup>19</sup>. Inclusive, Camilla Rocha, filiando-se a essa corrente doutrinária, ressalta que antes da Reforma Trabalhista brasileira, o empregador utilizava-se de artifícios ilegais para contratar autônomos para laborarem em jornadas variáveis. Assim, a partir da Lei nº 13.467/2017 o empregador esquivava-se da fraude trabalhista ao institucionalizar o “bico”<sup>20</sup>.

Inclusive, nas lições de Sergio Queiroz, ele menciona que a parcela dessa terceira doutrina defende a contratação do trabalho intermitente como uma alternativa adequada sob o argumento que seria uma forma de impedir despedimentos de empregados. Sob tal lógica, sustenta-se a vantagem do trabalho intermitente porque a empresa – sujeita à demanda descontínua e instável – não teria como continuar pagando salários integrais aos seus funcionários<sup>21</sup>.

Ainda na visão da terceira corrente doutrinária, Deusmar Rodrigues *et al* sustentam que a figura do trabalhador intermitente seria compatível com a Constituição Federal de 1988, pois não haveria qualquer disposição normativa que assegurasse uma jornada de trabalho mínima. Assim, o autor aduz que:

Em análise, a discussão de afronta à Constituição verifica-se que não existe violação ao artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal, pois nem Carta Magna nem a legislação infraconstitucional preveem jornada de trabalho mínima. Também não

<sup>18</sup> VIEGAS, 2017, p. 85.

<sup>19</sup> VIEGAS, 2017, p. 74.

<sup>20</sup> ROCHA, C. H. M., 2017, p. 90.

<sup>21</sup> QUEIROZ, 2018, p. 88.

há previsão de que a jornada deva ser necessariamente invariável, ao contrário, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 142, parágrafo 1º, prevê esse tipo de atividade quando aponta o trabalho pago por hora e em jornadas variáveis<sup>22</sup>.

Todavia, entendemos que o raciocínio dessa última vertente doutrinária (a favor do trabalho intermitente) não coaduna com a lógica dos valores basilares do Direito do Trabalho. Representa ofensa ao princípio tuitivo, que rege o sistema justralhista, “na medida em que representa completa ruptura com o modelo de contrato laboral consagrado aqui, impondo uma releitura da concepção de jornada de trabalho, assim como da estreita relação entre jornada de trabalho e salário”<sup>23</sup>.

Em verdade, com fulcro nos ensinamentos de Camilla Rocha, cabe ressaltar que a proteção da pessoa do trabalhador e de sua vida digna são postos em xeque, uma vez que o prazo exíguo previsto na lei, tanto para convocar quanto para responder inviabilizam o planejamento da vida pessoal e profissional do trabalhador<sup>24</sup>.

Além do mais, é válido destacar que, no tocante à formalização do trabalho informal (“bico”), existe a possibilidade de ocorrer o efeito reverso, ou seja, transformar contratos de emprego típicos em contratos intermitentes<sup>25-26</sup>, um verdadeiro retrocesso social, jurídico e político.

Em outras palavras, assim como Mauricio Delgado e Gabriela Delgado defendem, o contrato de trabalho intermitente busca modificar dois aspectos da própria lógica dos direitos e garantias justralhistas: duração do trabalho e salário. No primeiro caso, a Lei nº 13.467/2017 teria trazido um novo conceito de tempo à disposição do empregador sem efeito jurídico. Já quanto ao salário, o legislador teria criado uma nova forma de salário variável (além daqueles por unidade de tempo, por unidade de obra ou salário-tarefa) a depender se e quando o trabalhador for convocado – medida que gera insegurança pessoal, profissional e jurídica para o empregado<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> RODRIGUES et al, 2017, p. 157.

<sup>23</sup> QUEIROZ, 2018, p. 87.

<sup>24</sup> ROCHA, C. H. M., 2017, p. 92.

<sup>25</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 287.

<sup>26</sup> Oportuno destacar as opiniões de Luri Pinheiro no sentido de que não seria possível a conversão do contrato de trabalho por prazo indeterminado em intermitente por violação ao princípio da boa-fé objetiva, além da lealdade e direito de informação (PINHEIRO, 2018, p. 112).

<sup>27</sup> DELGADO; DELGADO, 2018, p. 162-163.

**[...] é válido destacar que, no tocante à formalização do trabalho informal (“bico”), existe a possibilidade de ocorrer o efeito reverso, ou seja, transformar contratos de emprego típicos em contratos intermitentes-, um verdadeiro retrocesso social, jurídico e político.**

Nesse sentido, é válido destacar a posição de Luciane Barzotto, a qual aduz que o fato de o trabalhador intermitente estar sujeito à quebra do tempo nos períodos de inatividade acaba por aproximá-lo mais do prestador de serviço com autonomia (e, por conseguinte, afastaria os elementos fático-jurídicos típicos de uma relação de emprego). O problema é que permanece a subordinação, sem que haja contrapartida ou responsabilidade do tomador<sup>28</sup>.

De toda forma, é válido destacar outros efeitos do labor intermitente sobre a pessoa do empregado. Neste sentido, com fulcro na doutrina de Rosilene Nascimento, cabe ressaltar que o tempo de inatividade do trabalhador intermitente, na prática, não torna possível o empregado gozar de completa liberdade, já que não sabe quando irá ser convocado. O obreiro encontra-se em constante estado de sobreaviso, podendo ser chamado a qualquer momento, de modo que a sua subordinação estaria além do tempo de prestação de serviços, invadindo seu tempo de descanso e a sua vida privada<sup>29</sup>.

Corroborando com tal raciocínio, valemo-nos da doutrina de Juliana Cruz para defender que a incorporação da figura do trabalho intermitente como uma relação empregatícia gera antinomia no próprio texto da CLT.

Note-se que tal instituto é incompatível com os requisitos da relação de emprego e os conceitos de empregado e empregador (arts. 2º e 3º da CLT). Nesse sentido, até a Lei nº 13.467/2017, o trabalhador era visto como um eventual (caso não houvesse previsão de continuidade/não eventualidade dos serviços) ou empregado, tendo em vista a habitualidade, a primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego e da norma mais favorável<sup>30</sup>.

Ademais, cabe destacar que o trabalhador intermitente apenas percebe remuneração pelas horas trabalhadas é um traço marcante da transferência do risco do negócio para o obreiro. Afinal, gera “o ônus de empreender, o que definitivamente não é cabível na hipótese de relação de emprego”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> BARZOTTO, 2017, p. 143.

<sup>29</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 283-284.

<sup>30</sup> CRUZ, 2017, p. 151-152.

<sup>31</sup> CRUZ, 2017, p. 152.

Isto é, deve-se ter em mente que essa estratificação da relação de trabalho típica provocada pela figura do trabalho intermitente possui diversos pontos críticos, os quais Bruno Hazan sintetiza como:

- a) A concepção de um contrato de trabalho cuja característica central seja a intermitência parece abalar a lógica estrutural da relação de emprego, alicerçada na não-eventualidade (conforme disposto no artigo 3º da CLT, que não foi alterado). Nestes termos, a manutenção de uma estrutura justralhista com conceitos tão incompatíveis (não eventual vs intermitente) não configuraria apenas uma contradição ontológica, mas permitiria, por exemplo, vincular à relação de emprego todos os trabalhadores eventuais que possuam subordinação.
- b) Permitir que o labor seja desenvolvido sob demanda parece desvirtuar a própria concepção, inerente à figura do empregador, de alteridade, transferindo ao empregado parte dos riscos da relação empregatícia, uma vez que sua disponibilidade ficará a mercê do controle logístico empresarial.
- c) A regulamentação do trabalho intermitente possibilitará a propagação de uma estatística míope em relação à empregabilidade brasileira. Isso porque, apesar de enquadrado formalmente como “empregado”, ou seja, fora da “informalidade”, o empregado intermitente continuará sendo, em sua essência, um prestador de serviços autônomo, pois não perderá sua instabilidade salarial, já que seu labor (assim como o do trabalhador que faz “bicos”) dependerá sempre da demanda empresarial<sup>32</sup>.

É oportuno ainda apontar que a omissão do legislador – ao tratar de forma genérica sobre a figura do intermitente – provocou outros efeitos deletérios, a exemplo da representação coletiva. Pois, se de uma banda, formalmente não haja dúvida qual o sindicato o trabalhador intermitente deva se enquadrar, já que o sistema sindical brasileiro fixa a representação em função da atividade desempenhada pelo empregador. De outro lado, a possibilidade de não prestar serviços ou executar a vários empregadores reduz a solidariedade no trabalho e enfraquece a mobilização dos trabalhadores (embora a Reforma Trabalhista preze pelo “negociado sobre o legislado”)<sup>33</sup>.

Diante de situações como as citadas acima, para os fins da Reforma Trabalhista, o intermitente deve ser visto como um empregado, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT, mesmo que seja contraditória a questão do tempo de inatividade e subordinação. Mas para a superação da interpretação literal e isolada da norma, deve-se, portanto, interpretá-la a favor de condições decentes de trabalho para essa modalidade empregatícia estratificada. Para isso cabe demonstrar os efeitos deletérios do tempo de inatividade gera sobre o trabalhador e como isso prejudica sua socialização, reconhecimento, pertencimento e até mesmo o autoconhecimento.

<sup>32</sup> HAZAN, 2018, p. 58.

<sup>33</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 289-290.

Nessa toada, é válido mencionar entendimentos, como o encontrado na doutrina de Gleibe Pretti, que defendem soluções mitigadoras desses efeitos ao estabelecer que a não convocação do trabalhador intermitente por mais de um ano, a contar da última convocação, gera a rescisão de pleno direito do contrato de trabalho<sup>34</sup>.

Outra proposta de superação desses efeitos precarizantes do contrato de trabalho intermitente é feita por Mauricio Delgado e Gabriela Delgado. Eles sustentam que, independentemente de se tratar de nova forma de salário variável, deve ser garantido o salário mínimo legal mensalmente, independentemente de ter ocorrido convocação ou não.

Os autores acima citados alegam que o art. 7º, VII, da Constituição Federal de 1988 (CF) e o art. 78 da CLT preveem necessidades básicas, as quais devem ser asseguradas para subsistência do empregado, independente da variação das convocações do trabalhador intermitente. Para eles, agir de forma contrária acarretaria efeito devastador sobre o valor-trabalho na economia e na sociedade, gerando uma tendência de precarização<sup>35</sup>. E no mesmo sentido temos o enunciado aglutinado nº 5 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)<sup>36</sup>.

Sob a mesma lógica, Camilla Rocha complementa o raciocínio de Mauricio Delgado e Gabriela Delgado. A autora afirma que a interpretação da remuneração do trabalhador intermitente deve seguir a lógica do art. 78 da CLT. E tal norma deixa certo que os empregados comissionistas ou que tem direito a percentagem também fazem jus ao salário mínimo mensal caso não atinjam as comissões do mês, sendo vedado qualquer desconto no mês subsequente a título de compensação<sup>37</sup>. Ela ressalta que deixar de assegurar o salário mínimo mensal consistiria em ofensa aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais também afiançam

<sup>34</sup> PRETTI, 2018, p. 24.

<sup>35</sup> DELGADO; DELGADO, 2018, p. 164-165.

<sup>36</sup> Enunciado aglutinado nº 5 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO*. A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional.

<sup>37</sup> ROCHA, C. H. M., 2017, p. 94.

**Cabe ressaltar ainda que, embora não haja previsão expressa na lei, a convocação do trabalhador intermitente não pode ocorrer como forma de substituição de outros empregados durante o período de greve, sob pena de frustrar o exercício desse direito fundamental. O mesmo raciocínio vale para a contratação após dispensa em massa.**

remuneração e existência digna – a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXIII, “3”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º, “a”, II)<sup>38</sup>.

Após uma análise dos efeitos genéricos do instituto do trabalho intermitente e sua compatibilidade (ou não) com o nosso sistema just-trabalhista, cabe realizar um estudo das disposições normativas que regem essa modalidade contratual atípica. Destaca-se a necessidade de analisar os parágrafos do artigo 452-A da CLT, que geram celeuma jurídica; bem como demonstrar como tais dispositivos tornam o trabalho intermitente, de fato, uma modalidade de estratificação da típica relação de trabalho por prazo indeterminado.

O primeiro ponto a ser destacado é a necessidade de formalização do contrato de trabalho intermitente, conforme o *caput* do art. 452-A da CLT determina. Como visto anteriormente, é válido ressaltar que, independentemente da celeuma sobre a admissibilidade do instituto, a relação de emprego do intermitente é uma forma atípica de contratação de um empregado, fugindo da regra do contrato de trabalho típico.

Assim, entendemos que o legislador deixou certo que se faz necessário celebrar contrato por escrito, como requisito de validade, sob pena de considerado como contrato típico (em tempo integral). Logo, não se admite contrato tácito nem verbal nessa modalidade, não sendo possível alegar o princípio da primazia da realidade<sup>39</sup>.

Cabe ressaltar ainda que, embora não haja previsão expressa na lei, a convocação do trabalhador intermitente não pode ocorrer como forma de substituição de outros empregados durante o período de greve, sob pena de frustrar o exercício desse direito fundamental. O mesmo raciocínio vale para a contratação após dispensa em massa<sup>40</sup>.

Quanto à forma da convocação e da resposta do empregado, Deusmar Rodrigues *et al* defendem que o art. 452-A, §2º da CLT deixou obscuro como o aceite/recusa deve ser realizado. Assim, o empregado, por ser hipossuficiente, deverá comparecer à empresa para realizar o aceite, sob o risco de presumir sua recusa<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> ROCHA, C. H. M., 2017, p. 96.

<sup>39</sup> QUEIROZ, 2018, p. 90.

<sup>40</sup> ROCHA, C. H. M., 2017, p. 96.

<sup>41</sup> RODRIGUES, *et al*, 2017, p. 164.

Em uma posição intermediária, cabe destacar a visão Luciane Barzotto destaca que a convocação pode se realizar “por qualquer meio de comunicação (aviso, Internet via site empresarial, redes sociais, telefone, WhatsApp, e-mail, Messenger, Facebook), desde que o interessado faça uso desses meios”<sup>42</sup>.

Todavia, entendemos, assim como previsto na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA, que deve haver uma fixação expressa dos períodos de prestação de serviço<sup>43</sup>. Logo, seria interessante que o contrato estabelecesse de forma precisa quais seriam as formas de comunicação aceitas, por questão de boa-fé contratual.

Já no tocante à recusa de oferta de trabalho, o parágrafo 3º do art. 452-A da CLT deixa certo que a falta de aceitação não descaracteriza a subordinação. Note-se, como bem apontado por Luciane Barzotto, que não existe uma limitação, prevista em lei, de quantas vezes o trabalhador intermitente pode recusar as chamadas, nem o mínimo de convocações, o que leva a concluir que, a princípio, a retributividade do contrato de trabalho estaria rompida<sup>44</sup>.

Ou seja, como a autora supra mencionada destacou, essa possibilidade demonstra que, no caso do trabalhador intermitente, a noção de subordinação clássica de “seguir ordens” cede espaço para aquela de integração e estrutura da atividade econômica, diante da dependência jurídica e econômica. Há, portanto, uma nova percepção de subordinação: a “subordinação-expectativa de realização de trabalho”<sup>45</sup>.

Outro ponto que deve ser analisado é a questão da multa por falta injustificada, previsto no parágrafo 4º do artigo em análise. Assim, caso o intermitente aceite a convocação e não houver o cumprimento sem justo motivo, a norma em questão estabelece que acarretará no pagamento de multa de 50% da remuneração devida no prazo de trinta dias ou compensado em igual prazo.

<sup>42</sup> BARZOTTO, 2017, p. 141.

<sup>43</sup> Enunciado nº 2 da Comissão 6 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. CARGA HORÁRIA*. Como o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, do instrumento contratual deverão constar os períodos de prestação de serviços ou a estimativa de serviços a executar, a respeito dos quais se obriga o empregador.

<sup>44</sup> BARZOTTO, 2017, p. 141.

<sup>45</sup> BARZOTTO, 2017, p. 141.



Vólia Cassar sustenta que a redação da norma não é clara, já que não especifica qual a base de cálculo da multa; pois não se sabe qual critério deve ser levando em conta (todo o período convocado ou o valor da hora ou do dia). Diante de tal empasse, entendemos como a jurista acima; isto é, por questões de proporcionalidade e razoabilidade, deve incidir apenas sobre um dia de trabalho<sup>46</sup>.

Outrossim, vale ressaltar que, no tocante a falta de clareza da multa por descumprimento de convocação, não há normatização sobre quem está sujeito à aplicação da sanção. Entendemos, do mesmo modo que no enunciado nº 5 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA<sup>47</sup>, que a cobrança da multa do empregado intermitente configura ofensa à isonomia em relação aos demais empregados; como transferência do risco do negócio (e, assim, ofensa à função social da propriedade, valor social do trabalho e proteção do trabalhador).

Ademais, com Rosilene Nascimento<sup>48</sup> ressalta, deve-se prezar pelo afastamento de tal multa, pois, na hipótese de não ocorrer a compensação da falta injustificada, ela pode ensejar o endividamento do empregado intermitente para com o seu empregador, já que os valores devidos podem ser deduzidos da remuneração a ser paga pelo efetivo trabalho prestado. Situação agravada diante do fato que não existe definição precisa do que seria considerado “justo motivo”. De tal sorte, entendemos que essa insegurança jurídica dá margem à servidão por dívida (*truck system*) e à condição análoga à de escravo.

É oportuno destacar a visão de Iuri Pinheiro, a qual fazemos coro. Para ele, a multa pode ser aplicada também em desfavor do empregador, caso o intermitente aceite e não haja o cumprimento por conta do empregador. Para ele, a falta de disposição clara e expressa no texto da lei não é capaz de ilidir a “lógica do razoável”. Não se pode admitir que o empregador possa descumprir o contrato

<sup>46</sup> CASSAR; BORGES, 2017, p. 46.

<sup>47</sup> Enunciado no 5 da Comissão 6 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. SALÁRIO MÍNIMO E PISO PROFISSIONAL. MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE*. A multa prevista no art. 452-A, § 4o, da CLT, imposta ao trabalhador que descumprir convocação anteriormente atendida, não é compatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho, da isonomia, da proteção do trabalhador e da função social da empresa.

<sup>48</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 284.



sem nenhuma consequência se a lei fornece um prazo entre a convocação e o cumprimento<sup>49</sup>.

Ademais, o jurista argumenta que se o empregado com contrato por prazo indeterminado, que tem maior proteção, faz jus à indenização do art. 477 da CLT; não faria sentido o intermitente, que se encontra em situação de maior fragilidade, não ter direito ao pagamento da multa do art. 452-A, §4º da CLT<sup>50</sup>.

No que se refere à não exigência de exclusividade previsto no parágrafo 5º do art. 452-A da Consolidação, Juliana Miglioranzi e Raíra Habermann defendem que:

(...) deduz-se que, o empregado ficará limitado a buscar outro emprego, visto que tem que estar a disposição de seu empregador ao tempo de sua solicitação, e também penalizado caso deixar de atender ao chamado, pois o artigo acima deixa bem explícito na expressão 'a parte que sem justo motivo descumprir', ora o que é um justo motivo para um, pode não ser para outro, o que torna subjetiva a caracterização do 'justo motivo'<sup>51</sup>.

Já Luciane Barzotto ressalta que a variabilidade da jornada de trabalho a diversos tomadores pode ensejar momentos de excessiva carga de trabalho; alternados com intervalos sem labor, nem remuneração para garantir a subsistência. Assim, a autora aponta que esses dois cenários extremos podem dar causa a um dano existencial, seja pelo excesso ou pela inexistência de jornada<sup>52</sup>. E, assim, a autora conclui que:

O contrato de trabalho intermitente é um retrocesso na luta histórica da redução de jornada, uma vez que desestrutura a regulação da dimensão temporal do contrato de trabalho. Na verdade, a adoção à brasileira do contrato de trabalho intermitente gera até dúvidas que seja um contrato, dada sua unilateralidade e ausência de reciprocidade<sup>53</sup>.

Ademais, sob o mesmo raciocínio, Rosilene Nascimento destaca que o fato de o trabalhador intermitente ter que ficar em constante situação de disponibilidade pode causar uma doença mental. Inclusive, a autora menciona que no Reino Unido, a saúde mental dos intermitentes é pior que a dos desempregados<sup>54</sup>.

Diante da possibilidade de cenários extremos e danos psicossociais e existenciais, entendemos, no intuito de diminuir os efeitos deletérios sobre a subjetividade do empregado intermitente, que deve ser

<sup>49</sup> PINHEIRO, 2018, p. 115.

<sup>50</sup> PINHEIRO, 2018, p. 115.

<sup>51</sup> MIGLIORANZI; HABERMANN, 2017, p. 95.

<sup>52</sup> BARZOTTO, 2017, p. 144.

<sup>53</sup> BARZOTTO, 2017, p. 146.

<sup>54</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 288.

seguido os parâmetros estabelecidos nos enunciados nº 755 e 956 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA. Isto é, independentemente do empregado intermitente estar laborando dentro ou fora da empresa ou aguardando ordens, todas essas hipóteses devem ser consideradas como tempo à disposição.

É oportuno destacar ainda que surgem diversos problemas ao se combinar a não exclusividade com o fato do período de inatividade não significar tempo à disposição. Pois, na prática, ocorrem períodos de limbo entre vários vínculos de emprego, sem que haja uma resposta jurídica para situações da sua compatibilidade como, por exemplo, o contrato de experiência ou as garantias de emprego da gestante ou acidentária<sup>57</sup>. Nesta última hipótese, Juliana Cruz aduz que:

Há de se registrar, ademais, a enorme probabilidade de aumento dos índices de acidente de trabalho, porque a não fixação do trabalhador ao empreendimento, a ausência de conhecimento do local de trabalho e dos múltiplos riscos da atividade desenvolvida, assim como a condição psíquica do trabalhador ao desenvolver a atividade contratada com tamanha instabilidade, indiscutivelmente lhe colocam em situação de maior vulnerabilidade<sup>58</sup>.

Por isso, entendemos que o empregado intermitente, por não se encontrar necessariamente na dinâmica cotidiana da empresa, não pode exercer atividades de risco acidentário. No mesmo sentido temos o enunciado nº 6 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA<sup>59</sup>.

Outra celeuma jurídica que cabe ser mencionada decorre do parágrafo 6º do art. 452-A da Consolidação. Tal norma estabelece que ao

<sup>55</sup> Enunciado nº 7 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. PERMANÊNCIA DO TRABALHADOR DENTRO OU FORA DO ESTABELECIMENTO DO EMPREGADOR POR CONVENIÊNCIA DESTE ÚLTIMO. CÔMPUTO COMO TEMPO DE SERVIÇO*. No contrato de trabalho intermitente, a teor do artigo 452-A. § 5º, da CLT, os períodos em que o trabalhador permanecer dentro ou fora do estabelecimento do empregador para atender a interesses, conveniências ou no aguardo de instruções deste último serão computados como horas ou frações efetivamente trabalhadas.

<sup>56</sup> Enunciado nº 9 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *DIA E HORA INCERTOS PARA LABOR E RISCO EXCLUSIVO DO EMPREGADOR. TEMPO À DISPOSIÇÃO É DE EFETIVO SERVIÇO*. No contrato de trabalho intermitente, o período sem convocação pelo empregador é de tempo à sua disposição e deve ser remunerado como de efetivo serviço. Ônus das variações de demanda do empreendimento são exclusivos do empregador.

<sup>57</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 288.

<sup>58</sup> CRUZ, 2017, p. 153.

<sup>59</sup> Enunciado nº 7 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. RISCO PARA TERCEIROS*. O trabalho intermitente não poderá ser exercido em atividades que possam colocar em risco a vida, a saúde e a segurança dos próprios trabalhadores e/ou de terceiros.

final de cada período de prestação de serviço o intermitente receberá o pagamento imediato da remuneração, do décimo terceiro salário proporcional, do repouso semanal remunerado, dos adicionais legais e das férias proporcionais com acréscimo de um terço.

Nessa toada, corroborando com a posição de Patrícia Maeda, sustentamos que esse pagamento parcelado de verbas salariais a cada convocação é uma medida contrária ao caráter forfetário da remuneração, ignorando sua essencialidade para o planejamento a longo prazo. Trata-se, portanto, de uma via indireta voltada a esvaziar a finalidade social do salário como meio de subsistência e desenvolvimento social previsto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, pois no final nada restaria a receber<sup>60</sup>.

Consoante com Camilla Rocha, defendemos que essa forma de pagamento fracionado desnatura a finalidade do direito. A título exemplificativo, no caso das férias, passa-se a exigir que o trabalhador possua organização financeira (mesmo não podendo prever acerca da quantidade de horas que irá trabalhar novamente e, por conseguinte, qual será sua renda futura) para ao final do período aquisitivo tenha renda suficiente para gozar das férias. Porém, como a autora ressalta, na prática, se o intermitente não tiver essa organização mínima, o empregado irá buscar prestar serviços a outros empregadores no período reservado ao gozo das férias e, por conseguinte, acarretará o esvaziamento da finalidade do descanso anual<sup>61</sup>.

Ainda tratando sobre as férias do empregado intermitente, cabe pontuar que os períodos aquisitivo e o gozo de férias, da formam como estão previstos no art. 452-A, § 9º da CLT, também geram dúvidas na doutrina. Nesse sentido, para Rosilene Nascimento, o texto legal provoca confusão, pois a indenização prévia das férias acarretam a mais um período sem prestação de serviço e sem remuneração, que, por sua vez, assemelha-se com o próprio período de inatividade<sup>62</sup>.

No intuito de solucionar essa confusão, é oportuno destacar a solução proposta por Georgenor Franco Filho. Ele, ao interpretar de forma teleológica os §§ 6º e 9º do art. 452-A da CLT, conclui que o

<sup>60</sup> MAEDA, 2017, p. 228.

<sup>61</sup> ROCHA, C. H. M., 2017, p. 94.

<sup>62</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 285-286.

trabalhador intermitente tem direito a duas espécies de férias. As primeiras seriam as férias proporcionais indenizadas a cada prestação de serviço. As segundas seriam férias integrais a cada período aquisitivo. Isto é, o período estabelecido por lei que veda a convocação enseja o pagamento integral de férias, já que não pode gozá-la sem recursos<sup>63-64</sup>.

Inclusive, é oportuno mencionar que Mauricio Delgado e Gabriela Delgado fazem coro a essa interpretação. Veja-se:

Aparentemente, imagina a literalidade da lei que as férias podem ser gozadas sem pagamento da remuneração e do terço constitucional – em manifesto descumprimento do disposto no art. 7º, XVII, da Constituição. Não sendo essa alternativa viável, do ponto de vista jurídico (não há férias, no Direito brasileiro, sem remuneração e respectivo terço de acréscimo), tem-se que admitir que cabe, sim, o pagamento das férias de 30 dias, com o terço constitucional pertinente, assegurado o cálculo de seu montante pela média mensal dos salários nos meses componentes do período aquisitivo, *respeitado o piso do salário mínimo mensal*<sup>65</sup>.

Entretanto, seguimos a posição de Bruno Hazan. Tendo em vista que a norma não especifica se as férias/vedação à convocação serão ou não remuneradas, ele sustenta que a lógica seria dar o mesmo tratamento que é dado a qualquer outro contrato de trabalho: pagamento das férias para o gozo do descanso anual remunerado. Assim, sugere-se que o critério para o pagamento das férias integrais deve levar em conta a média salarial do período aquisitivo (com base no art. 142 da CLT)<sup>66</sup>.

Cabe salutar que a posição acima também foi acolhida pelo no enunciado nº 4 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA<sup>67</sup>.

Ainda no tocante às férias, faz-se necessário realçar que a redação do §9º do art. 452-A da CLT não deixa claro qual seria o período

<sup>63</sup> FRANCO FILHO, 2018, p. 104.

<sup>64</sup> Além disso, o autor defende que o trabalhador intermitente não poderia vender um terço de suas férias, tendo em vista que o abono de férias é incompatível com essa modalidade de contrato de trabalho. (FRANCO FILHO, 2018, p. 104)

<sup>65</sup> DELGADO; DELGADO, 2018, p. 166.

<sup>66</sup> HAZAN, 2018, p. 62.

<sup>67</sup> Enunciado nº 4 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *FÉRIAS E TRABALHO INTERMITENTE*. Diante da existência de antinomia jurídica entre o disposto no § 6º do art. 452-A da CLT e o disposto no § 9º do mesmo art. 452-A da CLT, deve-se interpretar o ordenamento jurídico de forma sistemática e utilizar o critério hierárquico para solução do conflito de normas. Assim, tendo em vista o art. 7º, XVII, da CRFB/88, que dispõe sobre o direito às férias anuais remuneradas, ou seja, pagas no momento do gozo do período de descanso (conforme também disposto no art. 452-A, §9º, CLT), o pagamento de férias proporcionais após a prestação de serviços (art. 452-A, §6º, II, CLT) não encontra aplicabilidade. Assim, no trabalho intermitente, as férias devem ser remuneradas quando da sua fruição.

**Do exposto, o que se pode perceber é que o empregado intermitente possui diversos fatores polêmicos em decorrência de inúmeras omissões (propositais ou involuntárias), expondo tal modalidade estratificada de relação de emprego a diversos fatores precarizantes.**

aquisitivo do direito de férias. Tal omissão gera celeuma para saber se o critério seriam doze meses “de trabalho efetivo” ou “de manutenção do contrato”. Para Bruno Hazan a aquisição do direito às férias seria o trabalho efetivo, pois, na sua visão, que os períodos de inatividade não são considerados como tempo à disposição (art. 452-A, §5º, da CLT) <sup>68</sup>.

Ousamos discordar, justamente por entender que o período de inatividade, como está previsto na lei, não fixa um intervalo mínimo. Assim, entendemos, que da mesma forma como o empregado intermitente tem direito a um salário mínimo, ele tem direito a um descanso anual remunerado. Inclusive, sob a mesma lógica, defendemos o gozo de férias deverá ocorrer, independentemente, do número de faltas injustificadas cometidas durante o período aquisitivo.

Por fim, cabe mencionar um último aspecto polêmico quanto ao intermitente. Nesse sentido, Luciane Barzotto ressalta que o rol de direitos previstos no art. 452-A da CLT são passíveis de ampliação pelos direitos constitucionais do trabalhador, como meio de garantir isonomia. Todavia, de outra banda, a autora alerta que os mesmos direitos estariam passíveis de negociação coletiva, com prevalência do negociado sobre o legislado, com fulcro no inciso VIII do art. 611-A da CLT<sup>69</sup>.

Do exposto, o que se pode perceber é que o empregado intermitente possui diversos fatores polêmicos em decorrência de inúmeras omissões (propositais ou involuntárias), expondo tal modalidade estratificada de relação de emprego a diversos fatores precarizantes. Nessa toada, em meio a mais variadas posições doutrinárias, procuramos nesse breve trabalho científico apontar as posições voltadas ao trabalho intermitente digno.

## **5. DO INTERMITENTE NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO**

A figura do empregado intermitente não é uma inovação do legislador brasileiro. Na verdade, ele já se encontra positivado em diversos ordenamentos jurídicos. Por conta disso, é oportuno, por ora, realizar estudo comparado da figura do trabalho intermitente para

<sup>68</sup> HAZAN, 2018, p. 62.

<sup>69</sup> BARZOTTO, 2017, p. 140.

termos uma compreensão global dos seus efeitos e aprendermos com a experiência de outros países.

Neste sentido, Sergio Queiroz esclarece que o contrato de trabalho intermitente, embora tenha ingressado no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 13.467/2017, “não pode ser tido propriamente como uma novidade no mundo jurídico”<sup>70</sup>. Pois, conforme Camilla Rocha deixa certo, trata-se de uma figura que já foi testada em outros países, mas seu resultado é duvidoso<sup>71</sup>.

Na Espanha, utiliza-se a nomenclatura de *fijo-discontinuo* (fixo-descontínuo) para tratar do intermitente. O art. 16 do *Estatuto de los Trabajadores* deixa certo que essa modalidade de emprego é marcada pela descontinuidade, isto é, a prestação de serviços fixos sem a repetição de datas certas, independentemente de o empregador ser uma empresa de temporada ou permanente com atividades cíclicas. Por isso a figura do *fijo-discontinuo* não se confunde com o contrato por obra ou serviço determinado, nem com contratos eventuais<sup>72</sup>.

Do mesmo modo que no Brasil, os intermitentes na Espanha precisam firmar um contrato de forma escrita prevendo tal modalidade, sob pena de ser considerado como um contrato de trabalho comum por tempo integral. Também não existe uma definição legal de jornada de trabalho mínima, mas – diferentemente do caso brasileiro – as convenções coletivas espanholas poderão prever a aplicação subsidiária das regras dos trabalhadores por tempo parcial<sup>73</sup>.

No tocante ao chamamento do trabalhador intermitente, a legislação hispânica prevê que a convenção coletiva fixará a ordem e a forma – não podendo, portanto, ficar ao livre arbítrio do empregador. Já para reconhecer a rescisão indireta por não cumprimento da obrigação de chamamento, cabe ao *fijo-discontinuo* comprovar a não convocação em um período concreto em que os trabalhos contratados do intermitente deveriam ser realizados<sup>74</sup>.

Na Itália, como Georgenor Franco Filho menciona, o contrato de trabalho intermitente está regulamentado pelo Decreto Legislativo

<sup>70</sup> QUEIROZ, 2018, p. 88.

<sup>71</sup> ROCHA, C. H. M., 2017, p. 89.

<sup>72</sup> VILLALÓN, 2016, p. 258.

<sup>73</sup> VILLALÓN, 2016, p. 258-259.

<sup>74</sup> VILLALÓN, 2016, p. 259-260.

nº 81/2015. Essa modalidade de contratação atípica é admitida excepcionalmente em duas situações: 1) durante períodos predeterminados da semana, mês ou ano nas hipóteses previstas em normas coletivas; 2) por trabalhadores menores de 24 anos ou mais de 55 anos. Ademais, exceto para os setores de turismo, vida pública e entretenimento, há limitação do prazo de duração do contrato intermitente. De tal sorte, o contrato de trabalho intermitente italiano só pode durar até 400 dias no intervalo de três anos, sob pena de ser convertido em contrato por prazo indeterminado<sup>75</sup>.

Em Portugal, O Código do Trabalho lusitano de 2009 estabelece duas modalidades de trabalho intermitente: a) trabalho alternado, utilizado em hipóteses que as necessidades descontínuas possam ser programadas; e b) trabalho à chamada, modalidade em que as partes estabelecem a antecedência que o empregador deve informar o início do trabalho<sup>76</sup>. Além disso, como Rosilene Nascimento destaca, a prestação mínima de serviços pelo trabalhador intermitente não pode ser inferior a seis meses por ano, com pelo menos quatro meses consecutivos de labor<sup>77</sup>. E, segundo aponta Luciane Barzotto, o sindicato tem participação obrigatória na fixação da compensação nos períodos de inatividade<sup>78</sup>.

Já na legislação alemã, presume-se que foi acordada uma jornada de dez horas por semana se ela não tiver sido fixada. Ademais, caso não tenha estabelecido a jornada, o empregador será obrigado a conceder trabalho por três horas por dia. Diante de tal cenário, “evita-se, com esse critério, a abrupta diminuição do patamar de horas de trabalho comumente prestada pelo empregado, segundo a vontade do empregador”<sup>79</sup>. Mas, como Iuri Pinheiro observa, a jurisprudência germânica tem relativizado a presunção dos limites mínimos legais nos casos de omissão se quedar caracterizada uma prestação de serviços habituais<sup>80</sup>.

No Reino Unido, com fulcro na pesquisa de Patrícia Maeda – a qual realizou o estudo comparado do empregado intermitente no Brasil

<sup>75</sup> FRANCO FILHO, 2018, p. 102.

<sup>76</sup> GIRAUDEAU, 2018, p. 71.

<sup>77</sup> NASCIMENTO, 2017, p. 286.

<sup>78</sup> BARZOTTO, 2017, p. 139.

<sup>79</sup> GIRAUDEAU, 2018, p. 71.

<sup>80</sup> PINHEIRO, 2018, p. 107.



com o *zero hour contract* ou contrato zero-hora<sup>81</sup> – cabe ressaltar que lá o intermitente é visto como uma figura precarizante, tendo em vista que:

Mascara o desemprego com a criação de subempregos flexíveis; a flexibilidade que o justifica é unilateral – em regra serve apenas ao empregador; a liberdade que lhe dá fundamento não pode ser observada diante a assimetria das partes no contrato – a discricionariedade em fornecer trabalho não corresponde à discricionariedade em aceita-lo; a falta de transparência e informação sobre o *zero hour contract* dificulta a já mitigada liberdade contratual do trabalhador; a existência de cláusula de exclusividade agrava a situação do trabalhador – ele fica alijado de qualquer possibilidade de conseguir outro trabalho, restando subjugado à conveniência do empregador, ainda que isso coloque em risco sua subsistência; a limitação da cláusula de exclusividade, porém, não altera a realidade: o trabalhador dificilmente se arrisca a manter mais de um contrato por receio de não lhe ser fornecido trabalho no caso de uma recusa sua; o trabalhador sujeita-se a condição bastante insegura – não é possível saber se terá trabalho nem salário; essa insegurança tem efeitos sobre a saúde mental e física do trabalhador, além de impossibilitar o planejamento familiar em termos de rotina e de finanças; o *zero hour contract* obsta o acesso a direitos e garantias como férias e licença-saúde; a discriminação quanto aos estatutos – os trabalhadores zero-hora, por vezes, desempenham a mesma atividade que os empregados regulares, mas recebem menos e têm menos segurança e direitos; por fim, o trabalhador zero-hora está sujeito a mais exploração e maus-tratos do que os demais<sup>82</sup>.

Inclusive, conforme Sergio Queiroz acrescenta, o trabalho intermitente na Inglaterra é visto como sinônimo de redução de custos empresariais e precarização para os trabalhadores, tendo em vista que eles recebem salários 38% menores que demais<sup>83</sup>.

Já nos Estados Unidos, temos a figura do *just-in-time scheduling*. Ivani Bramante informa que nessa modalidade de contrato a prestação de serviço, geralmente, tem pouca duração, com oscilação de horas de trabalho e conhecimento da escala de trabalho com pouca antecedência. Diante de tais características, o *just-in-time scheduling* tem sofrido críticas, a ponto de existirem leis estaduais prevendo um salário mínimo<sup>84</sup>.

Do exposto acima, em consonância com as lições de Sérgio Queiroz, constata-se, com exceção do Reino Unido e dos Estados

<sup>81</sup> Oportuno destacar que a ANAMTRA não considerada o empregado intermitente como contrato zero-hora, justamente por defender que o contrato de trabalho do intermitente deve constar uma jornada mínima. Nesse sentido temos o enunciado nº 3 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL NÃO CORRESPONDE AO ZERO-HOURS CONTRACT BRITÂNICO*. Nos contratos de trabalho intermitente, é obrigatório indicar a quantidade mínima de horas de efetiva prestação de serviços, pois não se admite contrato de trabalho com objeto indeterminado ou sujeito a condição puramente potestativa, consoante artigos 104, II, 166, II e 122 do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente à matéria, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.

<sup>82</sup> MAEDA, 2017, p. 230-231.

<sup>83</sup> QUEIROZ, 2018, p. 89.

<sup>84</sup> BRAMANTE, 2018, p. 38-39.



**Na presente pesquisa analisou-se as discussões doutrinárias da regulamentação do trabalhador intermitente no Brasil, bem como realizou-se estudo comparado com a experiência de outros países. A partir disso, pode-se dizer, portanto, que a forma como a Lei nº 13.467/2017 incorporou o trabalho intermitente ao nosso ordenamento jurídico é inconstitucional.**

Unidos, que os países europeus destacados estabelecem alguns limites e restrições para a aplicação da contratação do trabalho intermitente, sendo considerado uma situação pontual e atípica<sup>85</sup>. Situação, portanto, bem diferente da realidade brasileira, em que a figura do empregado intermitente é posta de forma genérica e sem restrições, pendente de pacificação doutrinária e jurisprudencial quanto a diversas omissões.

Assim, é oportuno dizer que, na visão da OIT, a figura do trabalho intermitente até poderia ser considerada justificável ou decente “se garantisse ao empregado um mínimo de horas a receber por mês e a certeza da informação sobre o período da convocação, com aviso e antecedências razoáveis sobre a prestação de serviços”<sup>86</sup>. Requisitos estes que destoam do caso brasileiro, já que a forma como a figura do trabalhador intermitente foi regulamentada no Brasil favorece a exploração exacerbada da força de trabalho<sup>87</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa analisou-se as discussões doutrinárias da regulamentação do trabalhador intermitente no Brasil, bem como realizou-se estudo comparado com a experiência de outros países. A partir disso, pode-se dizer, portanto, que a forma como a Lei nº 13.467/2017 incorporou o trabalho intermitente ao nosso ordenamento jurídico é inconstitucional.

Além do mais, muito embora se valha o argumento de gerar postos de trabalho, trata-se de figura voltada à precarização das relações de trabalho, de modo a colocar a perspectiva econômica na frente da humanística. Ou seja, consiste em um dos exemplos mais marcantes da incorporação do discurso neoliberal e da prevalência do raciocínio econômico sobre a lógica social.

Como se pode observar, não obstante o estudo comparado dos ordenamentos jurídicos alienígenas alertarem para as características precarizantes do trabalho intermitente, o legislador reformador optou por estratificar a relação típica de trabalho no Brasil através do intermitente. Nessa toada, estabeleceu-se, por meio de uma relação

<sup>85</sup> QUEIROZ, 2018, p. 89.

<sup>86</sup> BARZOTTO, 2017, p. 139.

<sup>87</sup> BARZOTTO, 2017, p. 139.

formal de emprego sem garantias mínimas de jornada de trabalho, a fragmentação da noção de não eventualidade como requisito da relação de emprego. Ignorou-se os efeitos psicossociais e reflexos jurídicos que o trabalho intermitente podem gerar.

Pode-se dizer, portanto, que é uma falácia a alegação que o trabalho intermitente irá gerar empregos, se não há proteção a esse trabalhador. Assim, almeja-se colocar em xeque a essência protetiva do Direito do Trabalho e o valor social do trabalho ao não estabelecer qualquer limitação quantitativa ou qualitativa do trabalho intermitente.

Todavia, emprego não pode ser confundido com subemprego e tampouco com violação as normas constitucionais. Daí nesse momento cabe enaltecer o papel interpretativo do jurista, para com base na Constituição, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e nos princípios do Direito do Trabalho, encontrar soluções para garantir o valor social do trabalho e a dignidade do trabalhador intermitente.

Sob esse raciocínio, é oportuno destacar que a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região<sup>88</sup> decidiu que a contratação do trabalho intermitente seria constitucional, desde que realizada de forma excepcional em atividades descontínuas. Entendeu-se que, na verdade, o art. 443, §3º, da CLT apenas esclarece que o contrato de trabalho intermitente depende da função desempenhada pelo empregado intermitente, quedando sujeita, na verdade, a atividade e continuidade da empresa empregadora. Inclusive, trata-se de decisão em consonância com o enunciado nº 8 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> TRT da 3ª Região. PJe 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS). Relator: José Eduardo de Resende Chaves Júnior. DJe 29 nov. 2018. Disponível em: <[https://pje-consulta.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p\\_tipo=2&p\\_grau=2&p\\_id=NIKAo2MaSLnfN5%2F5oMAY%2Bw%3D%3D&p\\_idpje=i33hvBXOR8k%3D&p\\_num=i33hvBXOR8k%3D&p\\_npag=x](https://pje-consulta.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=NIKAo2MaSLnfN5%2F5oMAY%2Bw%3D%3D&p_idpje=i33hvBXOR8k%3D&p_num=i33hvBXOR8k%3D&p_npag=x)>. Acesso em: 26 dez. 2018.

<sup>89</sup> Enunciado nº 8 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E DEMANDAS PERMANENTES*.

I – É ilícita a contratação sob a forma de trabalho intermitente para o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa.

II – É ilegal a substituição de posto de trabalho regular ou permanente pela contratação sob a forma de trabalho intermitente.

III – O empregador não pode optar pelo contrato de trabalho intermitente para, sob esse regime jurídico, adotar a escala móvel e variável da jornada.

IV – Presente a necessidade de trabalho intermitente, o empregado contratado na forma do art. 443, § 3o, da CLT tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador.

Cabe apontar que nós corroboramos com a tese adotada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Defendemos, nesse diapasão, que a contratação para desempenho de atividades típicas, permanentes e contínuas da empresa desvirtuaria a atipicidade a figura do empregado intermitente. Pois, a substituição de obreiro regular por um empregado intermitente sem garantias mínimas configura precarização dos direitos do trabalhador, bem como o *dumping* econômico e social. E nosso ordenamento jurídico não pode ser desvirtuado, para albergar a concorrência desleal através do intermitente.

Por fim, não há falar que o acórdão acima mencionado tenha criado novos requisitos (não previstos em lei) para a contratação do empregado intermitente. Entendemos que os magistrados desempenharam a árdua função judicante de construir a norma concreta para o conflito posto com base em interpretação sistemática do sistema normativo vigente – o que inclui o patamar civilizatório mínimo das normas constitucionais e internacionais. Hermenêutica desafiadora haja vista a falta de clareza do texto da Reforma Trabalhista.

## REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luciane Cardoso. *O controvertido contrato de trabalho intermitente*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRAMANTE, Ivani Contini. *Contrato intermitente*. In: MONTAL, Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (orgs.). *Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades*. São Paulo: LTr, 2018.
- BRASIL. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: tema reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017)*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

CRUZ, Juliana. *O contrato de trabalho intermitente*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. In: FIGUEIREDO, Carlos Arthur *et al* (org.). *Reforma trabalhista: novos rumos de direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Desemprego e Contrato de trabalho intermitente*. In: MONTAL, Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (org.). *Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades*. São Paulo: LTr, 2018.

HAZAN, Bruno Ferraz. *A “reforma” trabalhista esquematizada: uma análise objetiva e comparada das mudanças e repercussões jurídicas decorrentes da lei nº 13.467 de 2017 e da medida provisória nº 808 de 2017*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

MAEDA, Patrícia. Contrato de trabalho intermitente: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MENDES, Márcia Cristina Sampaio (coord.). *Reforma Trabalhista*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A reforma trabalhista no Brasil*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. *Comentários à Reforma Trabalhista*. Leme: Habermann, 2017.

NASCIMENTO, Rosilene. *Contrato intermitente: trabalho humano just in time*. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MENDES, Márcia Cristina Sampaio (coord.). *Reforma Trabalhista*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista: comentários à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, vigência em 11.11.2017*. São Paulo: LTr, 2018.

PINHEIRO, Iuri Pereira. *Contrato de trabalho intermitente*. In: FIGUEIREDO, Carlos Arthur *et al* (org.). *Reforma trabalhista: novos rumos de direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo, LTr, 2018.

PRETTI, Gleibe. *Trabalho intermitente na prática: conforme a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018.

QUEIROZ, Sergio Roberto de Mello. *A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e o Contrato de Trabalho Intermitente: Breve Considerações*. In: FIGUEIREDO, Carlos Arthur et al (org.). *Reforma trabalhista: novos rumos de direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo, LTr, 2018.

ROCHA, Camilla Holanda Mendes da. *Contrato de trabalho intermitente*. In: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza et al. *Reforma Trabalhista Interpretada*. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. *Reflexões temporais acerca do Direito do Trabalho brasileiro e do seu constitucionalismo: a obrigatoriedade do controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade da reforma trabalhista*. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Jannotti da (org.). *Trabalho: diálogos e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

RODRIGUES, Deusmar José (coord.). *Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo*. Leme: JH Mizumo, 2017.

SANTOS, José Aparecido. Reformas trabalhistas na Itália: breve análise histórica e comparativa. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 249-271, out./dez. 2017.

TRT da 3ª Região. PJe 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS). Relator: José Eduardo de Resende Chaves Júnior. DJe 29 nov. 2018. Disponível em: <[https://pje-consulta.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p\\_tipo=2&p\\_grau=2&p\\_id=NIKAO2MaSLnfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p\\_idpje=i33hvBXOR8k%3D&p\\_num=i33hvBXOR8k%3D&p\\_npag=x](https://pje-consulta.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=NIKAO2MaSLnfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=i33hvBXOR8k%3D&p_num=i33hvBXOR8k%3D&p_npag=x)>. Acesso em: 26 dez. 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Reforma rabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela lei 13.467/2017*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VILLALÓN, Jesús Cruz et al (orgs.). *Comentarios al estatuto de los trabajadores*. 4. ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2016.

# EL NEOLIBERALISMO EN EL MUNDO Y LA PRECARIZACIÓN DEL TRABAJO: UN ESTUDIO HISTÓRICO COMPARADO EN ALEMANIA, ESPAÑA, REINO UNIDO, ITALIA, BRASIL Y MÉXICO

**Fernanda Barcellos Mathiasi**

Doutoranda em Ciências Sociais pela Universidade Autônoma de Sinaloa, México, e Universidade Federal de Juiz de fora, pela modalidade de Cotutela. Juiz de Fora, Minas Gerais Brasil. fernandabarcellosmathiasi@gmail.com

**Thiago Duarte Pimentel**

Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG, Brasil. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG, Brasil. E-mail: Thiago.pimentel@ich.ufjf.br

## O neoliberalismo no mundo e a precarização do trabalho: um estudo comparado entre Alemanha, Espanha, Reino Unido, Itália, Brasil e México

### RESUMEN

El objetivo de este artículo científico es comprender y debatir los efectos del discurso neoliberal que llevaron a reformas en las leyes laborales en algunos países del mundo como Alemania, España, Brasil, México, Reino Unido e Italia, desde la década de 1980 hasta los días actuales, en un análisis bibliográfica de artículos científicos que presentan las características del mercado laboral en cada país y las razones que fundamentar un cambio legislativo de menos garantías y derechos a los trabajadores, relacionando así los objetivos legales y los efectos reales en el mercado de trabajo. La pregunta de investigación es: ¿Que tipo de impacto en el mercado laboral ha generado las reformas en las leyes laborales en Alemania, España, Reino Unido, Italia, Brasil y México? ¿Cuáles fueron los resultados de las reformas laborales en estos países en términos de los criterios de considerados por Kallenberg (2009) para la precariedad laboral? Un especial enfoque al caso de la Reforma Laboral de 2012 en México y 2017 en Brasil de los indicadores de precarización del trabajo

Recebido: abril, 2019

Aceito: agosto, 2019

de la OIT. Particularmente, se vale aquí de fuentes secundarias bibliográficas con estadísticas nacionales y datos históricos para fines de identificar los cambios hechos y la precarización del trabajo.

**Palabras-clave:** Neoliberalismo; Crisis del Estado de Bienestar Social; Precarización del Trabajo; Reforma Laboral

## Resumo

O objetivo deste artigo científico é compreender e debater os efeitos do discurso neoliberal por meio de reformas nas leis trabalhistas em alguns países do mundo como Alemanha, Espanha, Brasil, México, Reino Unido e Itália, desde a década de 1980 até os dias atuais, em uma análise bibliográfica de artigos científicos que apresentam as características do mercado de trabalho em cada país, e as razões que fundamentaram uma mudança legislativa de menos garantias e direitos aos trabalhadores, assim, relacionando os objetivos legais e os efeitos reais no mercado trabalho. Um especial enfoque ao caso da Reforma Trabalhista de 2012 no México e 2017 no Brasil e dos indicadores de precarização do trabalho da OIT (Organização Internacional do Trabalho). A pergunta de investigação é: Que tipo de impacto no mercado de trabalho a reforma nas leis trabalhistas geraram na Alemanha, Espanha, Reino Unido, Itália, Brasil y México? Quais foram os resultados da reforma trabalhista nestes países segundo os considerados por Kallenberg (2009) para a precariedade laboral? Em particular, utiliza fontes bibliográficas secundárias com estatísticas nacionais e dados históricos com o objetivo de identificar as mudanças realizadas e a precariedade do trabalho.

**Palavras-chave:** Neoliberalismo; Crise do Estado de Bem-Estar Social; Precarização do Trabalho; Reforma Trabalhista.

## Abstract

Abstract: The purpose of this scientific article is to understand and debate the effects of neoliberal discourse through labor law reforms in some countries of the world such as Germany, Spain, Brazil, Mexico, the United Kingdom and Italy, from the 1980s to the present day, in a bibliographical analysis of scientific articles that present the characteristics of the labor market in each country and the reasons that underlie a legislative change of less guarantees and rights to the workers, thus, relating the legal objectives and the real effects in the labor market. A special focus on the case of the 2012 Labor Reform in Mexico and 2017 in Brazil and the ILO (International Labor Organization) labor precariousness indicators. The research question is: What kind of impact on the labor market has labor law reform generated in Germany, Spain, the United Kingdom, Italy, Brazil and Mexico? What were the results of labor reform in these countries according to those considered by Kallenberg (2009) for labor precariousness? In particular, it uses secondary bibliographic sources with national statistics and historical data to identify changes made and the precariousness of work.

**Palavras-chave:** Neoliberalism; Social Welfare State Crisis; Labor Precarization; Labor Reform.



**Nuestro argumento central es que dichas reformas hacen parte de un movimiento más amplio de reestructuración del capital, en lo que respecta a la geopolítica crítica y la nueva división internacional del trabajo, en las sociedades contemporáneas, configurando así una verdadera “ola”, en que ha ascendido la agenda neoliberal [...]**

## INTRODUCCIÓN

El mundo antes de los años 90 tenía como característica el espacio estable, en que había seguridad en las relaciones sociales y laborales no es el mismo del mundo contemporáneo<sup>1</sup>. Hoy el elemento central en el mercado laboral es la inestabilidad, inseguridad generalizada, que afecta las relaciones entre trabajadores, entre trabajadores y el empresario, los salarios, el medio ambiente laboral, las horas laboradas. La sociedad, la vida y las conductas individuales perdieron sus referencias a la tradición y pasan a ser consideradas como un proyecto, en el sentido experimental, en que cada uno debe buscar la respuesta única para sus cuestiones. No hay referencias anteriores válidas que sirvan de guía para la acción<sup>2</sup>. En el ámbito pragmático, una cuestión está en los derechos garantizados en las constituciones del mundo otro hecho es la efectividad de los derechos y otra cuestión es la realidad, con veces a impiden el desarrollo de los derechos<sup>3</sup>.

Nuestro argumento central es que dichas reformas hacen parte de un movimiento más amplio de reestructuración del capital, en lo que respecta a la geopolítica crítica y la nueva división internacional del trabajo, en las sociedades contemporáneas, configurando así una verdadera “ola”, en que ha ascendido la agenda neoliberal, con efectos directos en las condiciones de vida de las poblaciones atingidas, en lo particular, en sus formas de trabajo, generando una disminución de su calidad, lo que ha sido identificado por la literatura especializada como “trabajo precario”.

Ese ensayo académico se justifica pues el neoliberalismo, con teorías que acercan el sentido común, como la disminución del Estado, así como de los derechos de los trabajadores, para generar empleo, ya empiezan a producir efectos en el mercado laboral de los países donde fueran hechas esas reformas y es importante identificar la eficacia o no de ese argumento, para observar si el argumento generó mejoras sociales a los trabajadores, como más empleo, o si en la verdad el interés económico empresarial he obtenido mejores resultados. Un ejemplo, de esto se refiere al estado penal, cuya función en el contexto contemporáneo es de oprimir y punir de forma cerrada a la pobreza y a los socialmente marginados<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> HOBBSAWM, 1995.

<sup>2</sup> BECK, 2011.

<sup>3</sup> DE SOUZA SANTOS, 2004.

<sup>4</sup> WACQUANT, 2008; 2014; PAULA, 2017.



Ese debate se hace importante, pues es una discusión, según datos colectados en órganos internacionales, sobre la flexibilización en la legislación laboral que es un discurso muy actual y que no siempre viene con datos, explicaciones y la realidad sobre el mercado laboral después de la aprobación del marco legal. El discurso ganador es que los cambios generan más empleos, posibilidad de que el trabajador tenga más empleos, pueda negociar directamente el contrato laboral y sus derechos con el empleador. Pero en la realidad y después de la aprobación de ese marco legislativo en algunos de esos países esta política pública no obtuvo estos resultados, si no, un aumento del empleo informal, menos horas laboradas, menor salario, por lo tanto, peores condiciones laborales, la llamada precarización laboral y más distante de los derechos humanos y sociales reales<sup>5</sup> del trabajo decente<sup>6</sup>.

Además de eso, es casi un consenso en la literatura de la sociología de trabajo y de los especialistas en derecho laboral la identificación del mercado laboral con un empeoramiento de las condiciones vividas por los trabajadores. Eso es, todavía, mayor consenso cuando la investigación trata el espacio en la América Latina, inclusive con la creación del concepto de “brasileñización”<sup>7</sup>, del mercado laboral como característica de un trabajo inseguro, insalubre, malo.

Este artículo dedica atención precisamente abordar la cuestión de las malas condiciones laborales o la llamada precarización del trabajo generadas por las leyes de reforma laboral que, intencionalmente o no, generan estos resultados de inestabilidad, inseguridad. Por tanto, la categoría de análisis en ese ensayo, la *precarización laboral* y su producto el *trabajo precario*, es una mirada según indicadores de la OIT y el neoliberalismo. Para desarrollo del concepto del se va partir de siete puntos descritos por el sociólogo<sup>8</sup> Arne Kallenberg, según la Organización Internacional del Trabajo, que tiene la inseguridad como eje central: 1) *la incertidumbre en el mercado de trabajo* (falta de oportunidades de empleo); 2) *la incertidumbre del trabajo* (protección inadecuada contra la pérdida de empleo o despido arbitrario); 3) *la inseguridad laboral* (incapacidad para continuar en una

<sup>5</sup> PAULA, 2017.

<sup>6</sup> GHAI, 2003

<sup>7</sup> BECK, 2000.

<sup>8</sup> KALLENBERG, 2009 y 2011.

**El término “precario”, “trabajo precario”, entre otros sinónimos se han utilizado para describir las transformaciones que el “mundo del trabajo” ha estado sufriendo durante toda la legislación mundial, en contexto reciente, en países en desarrollo como por ejemplo México y en Brasil, con una retirada de las políticas de Estado y de avance y agendas de mercado**

ocupación en particular debido a la falta de límites de artesanía y calificaciones de trabajo); 4) *la inseguridad seguridad y salud* (malas condiciones de seguridad y salud ocupacional); 5) *la experiencia de reproducción de incertidumbre* (falta de acceso a la educación básica y la formación profesional); 6) *la inseguridad de ingresos* (ingresos insuficientes; sin pago garantizado o la expectativa de un nivel adecuado de ingresos actuales y futuros); 7) *la representación de la inseguridad* (falta de derechos individuales en las leyes y los derechos colectivos para negociar)<sup>9</sup>.

La idea, por lo tanto, es presentar un estudio histórico comparado entre Alemania, España, Reino Unido, Italia, y principalmente México y Brasil, para evaluar el efecto de reforma laboral y el cumplimiento del Estado de Bienestar Social, logo, derechos sociales de los trabajadores, teniendo en vista los indicadores de precarización del trabajo de acuerdo con la OIT (Organización Internacional del Trabajo). Dentro de estos hechos sociales que se propone el problema de la investigación: ¿Que tipo de impacto en el mercado laboral ha generado las reformas en las leyes laborales en Alemania, España, Reino Unido, Italia, Brasil y México sobre las condiciones de trabajo? ¿Cuáles fueron los resultados de las reformas laborales en estos países en términos de los criterios de considerados por Kallenberg para la precarización del trabajo?

### 1. ¿QUÉ ES EL TRABAJO PRECARIO?

El término “precario”, “trabajo precario”, entre otros sinónimos se han utilizado para describir las transformaciones que el “mundo del trabajo” ha estado sufriendo durante toda la legislación mundial, en contexto reciente, en países en desarrollo como por ejemplo México y en Brasil, con una retirada de las políticas de Estado y de avance y agendas de mercado<sup>10</sup>.

El término “precariedad”, “precarización”, “trabajo precario”, entre otros sinónimos se han utilizado para describir las transformaciones que el “mundo del trabajo” ha estado sufriendo durante toda la legislación mundial, con una retirada de las políticas de Estado y de avance y agendas de mercado<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> KALLENBERG, 2009, p. 25 – itálicos añadidos.

<sup>10</sup> STANDING, 2014.

<sup>11</sup> STANDING, 2014.

La labor, como precario ha causado inseguridad para los trabajadores, que es un problema también en la concepción subjetiva, es decir, a las relaciones interpersonales, ya sea en el aspecto familiar, o incluso en las relaciones entre los trabajadores mismos no son más de amistad y afinidad en lugar de la competencia, y, además, la relación objetiva con la inestabilidad política establece relación laboral.

Para el sociólogo Kallenberg, el aumento del trabajo precario en el mundo es el resultado de la globalización, la interdependencia económica y la expansión del neoliberalismo. En Brasil y en México el trabajo precario surgirá con el aumento de la privatización, la desregulación del mercado, el avance del neoliberalismo en la década de 1990.<sup>12</sup>

Un de los teóricos que tiene una teoría nueva sobre el trabajo precario es el economista Guy Standing. En su nuevo libro *El Precariado: una nueva clase perigosa* trata de hablar del trabajo precario, pero más que caracterizarlo, introducir la idea de que es tan grande esa categoría social que ya es una nueva clase social. Según el autor<sup>13</sup> el concepto marxista del proletariado no es suficiente para contener todas las categorías sociales y las características del trabajo globalizado contemporáneo.

Para el sociólogo André Gorz<sup>14</sup> los atributos de la clase social marxista: identidad ocupacional, tomada del poder por la revolución, minoría alienada al sistema de empleo, pero con seguridad y bien remunerada, compromiso histórico con la revolución y los cambios.

El *precariado* es una facción social que se diferencia del proletariado pues ese tiene derechos garantizados por leyes, sindicatos que los representan, seguridad y beneficios sociales, son reconocidos por los trabajos o funciones que ejercen; ya el primer, precariado, no trabaja en la función que está capacitado, si tiene capacitación, es una clase políticamente conservadora, no tiene sindicatos que los representa, ni tampoco derechos que les garantizan empleo, despido arbitrario, no tienen horas fijas de trabajo, ni sueldo garantizado, siguen sin identidad ocupacional<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> KALLENBERG, 2009.

<sup>13</sup> STANDING, 2015.

<sup>14</sup> GORZ, 1995.

<sup>15</sup> STANDING, 2015.

Los hechos sociales que afectan esa nueva clase social son: 1) *flexibilización del trabajo*; 2) *no hay identidad ocupacional*; 3) *no pueden realizarse en una carrera profesional*; 4) *protección laboral insuficiente*; 5) *derechos sociales y laborales siempre reduciendo o sobre ataques*; 6) *migración*.

En ese punto es que la teoría del precariado de Standing ha recibido muchas críticas, pues él pone la migración como un factor que genera el trabajo precario y el migrante como trabajador precarizado. Pero en el contexto de Europa y Estados Unidos, la cuestión de la migración es muy fuerte y genera impactos en el mercado laboral, pero en el contexto de América Latina, espacio de estudio de la presente tesis, la migración no es un factor tan importante, aunque tengamos un mercado laboral bastante precarizado<sup>16</sup>.

Así que están surgiendo algunos teóricos para tratar una porción de la población que están trabajando o no, más como peores garantías de empleo, trabajo y leyes de seguridad social no les dan estabilidad. A pesar de la diversidad de teorías, que algunos se mostrarán aquí, se pretende una conceptualización del término analíticamente usando los autores Arne Kallenberg (2009) y Erik Olin Wright (2015).

Por lo tanto, el trabajo adquiere en la contemporaneidad la característica de la inseguridad para los trabajadores, que es un problema en la concepción subjetiva, es decir, a las relaciones interpersonales, ya sea en el aspecto familiar, o incluso en las relaciones entre los trabajadores mismos no son más de amistad y afinidad en lugar de la competencia, y además, la relación objetiva con la inestabilidad política establecen relación laboral. Arne Kalleberg<sup>17</sup> pone de manifiesto que la OIT, Organización Internacional del Trabajo, distingue siete cualidades de la precariedad del trabajo, es decir, hay rasgos que caracterizan a una obra tan precaria. Más bien, hay que señalar que el autor identifica la similitud entre la precariedad y la inseguridad, como sinónimos. Las siete características se definen como sigue:

1. la incertidumbre en el mercado de trabajo (falta de oportunidades de empleo)
2. la incertidumbre del trabajo (protección inadecuada contra la pérdida de empleo o despido arbitrario)

<sup>16</sup> WRIGHT, 2015.

<sup>17</sup> KALLENBERG, 2009.

**El avance de las fuerzas conservadoras en el mundo, con la creación e implementación de la agenda neoliberal hace con que las constituciones sean más progresistas y que detengan una base de los derechos mínimos civiles, políticos y sociales.**

3. La inseguridad laboral (incapacidad para continuar en una ocupación en particular debido a la falta de límites de artesanía y calificaciones de trabajo)
4. la inseguridad seguridad y salud (malas condiciones de seguridad y salud ocupacional)
5. experiencia de reproducción de incertidumbre (falta de acceso a la educación básica y la formación profesional)
6. La inseguridad de ingresos (ingresos insuficientes; sin pago garantizado o la expectativa de un nivel adecuado de ingresos actuales y futuros)
7. la representación de la inseguridad (falta de derechos individuales en las leyes y los derechos colectivos para negociar).<sup>18</sup>

## **2. EL CONTEXTO INTERNACIONAL DEL NEOLIBERALISMO Y LAS REFORMAS LABORALES EN ALGUNOS PAÍSES DEL MUNDO**

El mundo antes de los años 90 fue caracterizado como un espacio estable<sup>19</sup>, en que había seguridad en las relaciones sociales y laborales no es el mismo del mundo contemporáneo. Hoy el elemento central en el mercado laboral es la inestabilidad, inseguridad generalizada, que afecta las relaciones entre trabajadores, entre trabajadores y el empresario, los salarios, el medio ambiente laboral, las horas laboradas<sup>20</sup>. Una cuestión está en los derechos garantizados en las constituciones del mundo otro hecho es la efectividad de los derechos (que genera la legitimidad) e otra cuestión es la realidad fáctica, con veces a impiden el desarrollo de los derechos<sup>21</sup>.

El avance de las fuerzas conservadoras en el mundo, con la creación e implementación de la agenda neoliberal hace con que las constituciones sean más progresistas y que detengan una base de los derechos mínimos civiles, políticos y sociales<sup>22</sup>. Así es que las agendas sociales contemporáneas dejan de ser un *cambio estructural en la sociedad* para buscar apenas la efectividad de algunos derechos y de constitución, incluso siendo esa una crítica a los partidos de izquierda del mundo<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> KALLENBERG, 2009, p. 25.

<sup>19</sup> BAUMAN, 2004; BECK, 2000.

<sup>20</sup> MASCARO, 2015.

<sup>21</sup> MASCARO, 2015.

<sup>22</sup> MASCARO, 2015.

<sup>23</sup> SANTOS, 2004.

---

## **CUADRO 1: REFORMAS LABORALES Y SUS EFECTOS: ALEMANIA**

### **Cambios de la Reforma Laboral**

El caso de la Alemania, que empezó con las reformas laborales en los años 2000 las principales alteraciones que cambiarán el mercado laboral de allá fueran: posibilidad de contratación temporaria de empleados, la contratación puede ser por hasta 18 meses, en cualquier trabajo o sector, exenciones fiscales para los trabajadores que tiene baja renta los beneficios sociales perdieran fuerza y relevancia, con dificultades para alcanzarlos, necesidad del desempleado acepte el primero empleo propuesto (independiente de salario, condiciones, horas, funciones y capacitación) para salir del sistema de apoyo del gobierno, además de disminuir en tiempo del seguro desempleo<sup>24</sup>.

### **Efectos de la Reforma Laboral**

Los resultados de la reforma laboral en la Alemania fueran la disminución del desempleo, pero con 60% de los empleos criados en los años 2000 hasta 2015 como temporarios, con plazo fijo, 20 horas semanales<sup>25</sup>; otro punto que contribuyo para aumento del empleo fue los contratos laborales de tiempo parcial con una tasa de 3,4 millones entre los años 2000 y 2015, además de eso 80% de estos empleos fue para las mujeres<sup>26</sup>.

Según Jaehling<sup>27</sup> no hay dudas de que las reformas laborales disminuirán la protección legal de los trabajadores, cambiando el mercado laboral para que los trabajadores a aceptar cualquier empleo, incluso los más precarizados, temporarios, parcial, bajos salarios, por la inseguridad del mercado y de la inexistencia de protección social del Estado.

En la investigación de Jaehrling<sup>28</sup> se afirma que el mercado laboral alemán podría tener desarrollado más y más fuerte si los salarios tuvieran crecido junto con la productividad y la inflación.

---

<sup>24</sup> JAEHLING, 2017.

<sup>25</sup> JAEHLING, 2017.

<sup>26</sup> JAEHLING, 2017.

<sup>27</sup> JAEHLING, 2017.

<sup>28</sup> JAEHLING, 2017.

---

## ESPAÑA

### Cambios de la Reforma Laboral

En la España las leyes de reforma laboral ya empezaran desde los años 80, con más de 50 cambios legislativos<sup>29</sup>.

En crisis de 2008 todavía ha habido más reformas en el mercado laboral español, como: arreglo para facilitar los cambios en el contrato laboral (jornada, salario, pagamento, funciones, movilidad), facilitar la despedida por motivaciones económicas de la empresa, disminución de la indemnización por la despedida sin justificación, aumento de las horas laborales en los contratos de tiempos parciales, facilidad para despedidas colectivas de trabajadores, congelamiento de los salarios mínimos<sup>30</sup>

### Efectos de la Reforma Laboral

Bustillo y Pinto<sup>31</sup> hicieron estudio reciente del mercado laboral en España y concluyeron que los contratos temporarios son de corta duración, por ejemplo, en 2014, 25% de los contratos tienen siete días de duración, apenas 0,4% con tiempo mayor que un año. Otro punto que afirman es el aumento del trabajo autónomo, o sea, la contratación por el empleador del empleado como si fuera empresa, prestador de servicio autónomo, pero 13% de ellos trabajan para un único empresario<sup>32</sup>; además, los trabajos del tiempo parcial crecieron de 11% en 2008 para 16% en 2015<sup>33</sup>

Después de la crisis de 2008, las junciones de dos factores fueron muy importantes para el aumento del poder de negociación de los empresarios, cuáles sean: desempleo masivo y menor oferta de beneficios sociales por el Estado. Así es que todavía con una recuperación del nivel del empleo en España, eso hubo por razón del aumento<sup>34</sup> de un trabajo precario. Ese impacto fue tan fuerte que las organizaciones internacionales como la OCDE y el Banco Central Europea clamaron por un aumento o políticas de valoración<sup>35</sup> del salario para mejorar la economía española.

---

<sup>29</sup> SALAS Y PERNÍAS, 2017.

<sup>30</sup> BUSTILLOS E PINTO, 2016.

<sup>31</sup> BUSTILLOS E PINTO, 2016.

<sup>32</sup> BUSTILLOS E ESTEVE, 2017.

<sup>33</sup> BUSTILLOS E ESTEVE, 2017.

<sup>34</sup> SALAS Y PERNÍAS, 2017.

<sup>35</sup> BUSTILLO E ESTEVE, 2017.



---

## REINO UNIDO

### Cambios de la Reforma Laboral

En El Reino Unido, las reformas laborales fueran más fuertes y es reconocido como el mercado laboral más flexible y liberal de la EE. UU.<sup>36</sup>. Tiene dos características que la diferencia de los otros países, que son la baja protección al empleo o trabajador y la influencia del mercado para regular las relaciones laborales<sup>37</sup>. Históricamente, las reformas empezadas en los años 80 por Margaret Thatcher trataran de reducir el poder de los sindicatos en los espacios del trabajo y en el mercado laboral, disminuir el empleo público y disminuir la protección del empleado, en el seguro social.<sup>38</sup>

### Efectos de la Reforma Laboral

Según las investigaciones de Grimshaw *et al*<sup>39</sup> los empleos de bajos y medianos salarios no tienen relación o conexión con el costo de la vida, empeorando las cuestiones y índices de pobreza; otra cuestión del empleo en Reino Unido es el empeoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores, los empleos del tiempo integral disminuirán, los derechos de los trabajadores, la remuneración, con aumento del empleo temporario.

En resumen, la tasa que se concluye del mercado laboral en el Reino Unido son 2,07 millones de empleos creados en los años de 2008-2017, casi 50% son los autónomos y casi 30% son empleos temporales, así es que 80% de los empleos que surgieron en estos 9 años están en una forma atípica de contratación, sin contratos, sin seguridad, sin beneficios sociales, sin las garantías legales criados no período son formas de empleo atípicas.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> BARBIERE Y CUTULI, 2015.

<sup>37</sup> BARBIERE Y CUTULI, 2015.

<sup>38</sup> ADISSON Y SIEBERT, 2000.

<sup>39</sup> GRIMSHAW *et al*, 2017.

<sup>40</sup> GRIMSHAW *et al*, 2017.

---

## ITALIA

### Cambios de la Reforma Laboral

En Italia hay una fuerte crisis de la falta del empleo, con disminución del potencial productivo y producción que empeoran<sup>41</sup> con la crisis de 2008. De 2009 hasta 2015 la tasa de desempleo subió de 6,7% para 11,9% y entre los jóvenes de 21,2% para 40,3%<sup>42</sup>. Algunas de las medidas de la reforma laboral en Italia, en 2014, para disminuir el desempleo fue: posibilidad de *voucher* como pago de salario (es una forma de pago que no tiene contribuciones sociales y impuestos involucrados, disminuir la protección al trabajador), contratos laborales más flexibles a despedidas, contratos laborales de tiempo parcial y temporales<sup>43</sup>.

### Efectos de la Reforma Laboral

La conclusión a que se llegaron los autores Fana, Guarascio y Cirillo<sup>44</sup> es que el mercado laboral también en Italia tuvo un empeoramiento de las condiciones laborales, pasando la inseguridad del mercado y el riesgo de la empresa para los trabajadores, que reciben sin garantías de las contribuciones sociales, con contratos flexibles y trabajos temporales y parciales sin un aumento de la tasa de desempleo.

---

## BRASIL

### Cambios de la Reforma Laboral

En Brasil la Ley 13.467/17 de Reforma Laboral que empezó la vigencia en noviembre de 2017 todavía sigue con poco tiempo para analizar sus efectos, pero en el Ministerio del Trabajo y la institución CAGED, *Cadastro Geral de Empregados e Desempregados*, divulgaron una investigación con algunos de los impactos de la nueva ley en el mercado laboral.

### Efectos de la Reforma Laboral

Hubo un decrecimiento de 12.292 vacancias de trabajo formal, con una tasa de 1.124.090 demisiones en noviembre, según el velatorio una retracción del empleo formal<sup>45</sup>. El cambio se presentó con algunas

<sup>41</sup> FANA, GUARASCIO, CIRILLO, 2017.

<sup>42</sup> FANA, GUARASCIO, CIRILLO, 2017.

<sup>43</sup> FANA, GUARASCIO, CIRILLO, 2017.

<sup>44</sup> FANA, GUARASCIO, CIRILLO, 2017.

<sup>45</sup> BRASIL, 2017.

categorías de la ley nueva, como la posibilidad de contratación del empleado por tiempo parcial o temporario, teniendo fuerte influencia el empleo en comercio por razones de las fiestas de final del año<sup>46</sup>.

En el trabajo de tiempo parcial el sector de comercio tuvo una participación de 55%, después el sector de servicio con 37%<sup>47</sup>. Analizando el perfil de los trabajadores tenemos 57% de mujeres de até 29 años, graduadas (66%)<sup>48</sup>. O sea, la modalidad de tiempo parcial, con menores salarios mensuales sin beneficios sociales son cumplidas por las mujeres jóvenes y cualificadas.

Desde noviembre de 2017 que, en los clasificados de periódicos grandes corporativos de empresarios como redes de supermercados internacionales, de *fast food*, divulgaran plazas de empleo temporario con salarios bien abajo del sueldo mínimo en el país semanales<sup>49</sup>. El salario mínimo actual en Brasil es de R\$ 937,00 reales o U\$ 291,94 dólares, por 8 horas laborales o 44 semanales. Hay empresas ofreciendo salarios de R\$ 115 reales por 4 horas laboradas, U\$ 35,00 dólares<sup>50</sup>.

Así es que aun con poco tiempo de la reforma laboral, los impactos el mercado laboral empiezan, con disminución de los salarios en 8.34 veces, contrataciones con jornadas laborales reducidas, sin los beneficios sociales como la seguridad social.

---

## MÉXICO

### Cambios de la Reforma Laboral

En México, así como en toda América Latina, han sufrido cambios en las leyes desde del avance neoliberal de los años 90, pero la reforma de 2012 fue una de las grandes transformaciones que impactaran fuerte en el mercado laboral<sup>51</sup>.

Hay más de 38 cambios en la Ley Federal del Trabajo, pero los puntos más relevantes son: la posibilidad de contratación sazonal, temporal, outsourcing, parcial; antigüedad del empleado pasa a no ser relevante para mantener la contratación; la posibilidad del trabaja-

<sup>46</sup> BRASIL, 2017.

<sup>47</sup> BRASIL, 2017.

<sup>48</sup> BRASIL, 2017.

<sup>49</sup> RAMOS, 2017.

<sup>50</sup> RAMOS, 2017.

<sup>51</sup> RAMOS, 2017.

dor tener más tareas de que sola la prevista en su función o contrato laboral; tercerizaciones o “cuaterizaciones” (outsourcing); salario por hora; los salarios atrasados solo serán pagados por un plazo máximo de doce meses<sup>52</sup>.

Esos cambios tienen como objetivo no la mejora del empleo o de las condiciones laborales para el trabajador, pero la flexibilidad y más beneficios al empleador<sup>53</sup>.

### **Efectos de la Reforma Laboral**

Según datos de la Comisión Económica para la América Latina<sup>54</sup>(2016) presentan que la riqueza en el México aumentó 7,9% de 2004 hasta 2014, pero la economía creció 2,6%, además de eso, el 10% de las familias mexicanas más ricas representa  $\frac{2}{3}$  de los activos financieros<sup>55</sup>

Otro dato importante de la economía y desarrollo del empleo en México es que después de la reforma laboral de 2012, 51% de los empleos generados en el mercado laboral fueron por microempresas, con menos de diez empleados, siendo que, en 2016, 82,2%<sup>56</sup> de los empleados en esas empresas no tenían contrato laboral.

El mercado laboral mexicano convive con el problema grande de la deterioración de la renta del trabajador, que de 2005 era de U\$ 479 dólares, cambiando en 2016 para U\$ 262 dólares<sup>57</sup>

Es muy importante analizar además de los datos del empleo y desempleo, o sea, si aumentarán o disminuirán con la reforma de 2012, pero también es importante analizar qué tipo, cualificaciones, funciones, horas, tienen esos empleos generados, pues al que parece, aunque la tasa del desempleo disminuyó un poco, las características del empleo creado no fueran las mejores. Es decir, que generarán una masa de trabajadores empobrecidos malas condiciones laborales, que, aunque trabajen, no salen de la condición de pobreza.

Fuente: elaboración propia según datos de diversos artículos<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> JUÁREZ, 2018.

<sup>53</sup> JUÁREZ, 2018; SALAS Y PERNÍAS, 2017.

<sup>54</sup> SALAS Y PERNÍAS, 2017.

<sup>55</sup> SALAS Y PERNÍAS, 2017.

JUÁREZ, 2018; SALAS Y PERNÍAS, 2017.

<sup>57</sup> JUÁREZ, 2018; SALAS Y PERNÍAS, 2017.

<sup>58</sup> SALAS Y PERNÍAS, 2017; RAMOS, 2017; BRASIL, 2017; FANA *et al*, 2017; GRIMSHAW *et al*, 2017; BARBIERO Y CUTULI, 2015; ADISSON Y SIEBERT, 2000; JAEHRLING, 2017.

### 3. LA REFORMA LABORAL EN EL MUNDO: CASO MÉXICO Y BRASIL

#### 3.1. El contexto mundial

Más recientemente, en 2017 fue divulgado el “Relatorio Global sobre Salarios” pela OIT, Organización Internacional del Trabajo, que afirma que desde 2012 los crecimientos de los salarios reales a nivel global, sacando China que tuvo aumento, tuvieron una disminución porcentual de 1,6% en 2012 para 0,9% en 2015 del valor.

En 2015 los salarios reales cayeron cerca de 1,3 por ciento en la América Latina y Caribe (sobre todo debido a la baja de los salarios en Brasil), y 5,2 por ciento en la Europa de Leste (debido a la baja de los salarios en la Federación Rusia y Ucrania)<sup>59</sup>

Pero en los países desarrolladas, del G20, por ejemplo, los salarios tuvieron un aumento, pasarán de los 0,2% en 2012 para 1,7% en 2015, la tasa más elevada de los últimos 10 años. En el año de 2015 en los Estados Unidos el crecimiento real de los salarios tuvo un aumento de 2,1%; 1,5% en la Europa del Norte, del Sur, y 1,9% en los países de la Unión Europea (EE. UU.). ¿Pero, por qué estos resultados? Según la OIT (2017),

Este hecho debe probablemente a una combinación de factores incluida la globalizada, competencias orientadas para a tecnología, la debilidad de las instituciones de mercado del trabajo, y la creciente presión de los mercados financieros para transferir para os inversiones los excedentes generados por grandes empresas<sup>60</sup>

De acuerdo con el estudio la desigualdad salarial es mayor entre los sueldos más altos. Por ejemplo, en la Europa los 10% que reciben los más altos salarios, obtienen el mismo que 25,5% de los salarios de todos los trabajadores<sup>61</sup>. Eso cambia y agrava en países en desarrollo como en Brasil que la diferencia está en 35%, India con 42,7% y África del Sur con 49,2% (OIT, 2017).

Otro dato interesante de la investigación es acerca de la diferencia salarial entre hombres y mujeres que se acentúa con la mejor calificación y los mejores puestos de trabajo, es decir, cuanto más elevada el *estatus* profesional, las funciones, más topo de la

<sup>59</sup> OIT, 2017, p.1, traducción libre.

<sup>60</sup> OIT, 2017, p. 2.

<sup>61</sup> OIT, 2017.

**La estagnación de los salarios por la cuestión social, la diferenciación entre el crecimiento económico y el no crecimiento de los salarios, implica en una insatisfacción de la sociedad, pues el trabajador no percibe mejoras en su vida y de su familia.**

pirámide del empleo, más hay diferencia salarial entre hombres y mujeres (OIT, 2017).

Más una conclusión que alcanza el trabajo es que la cuestión del salario es fundamental para una integración económica y también social (OIT, 2017). La estagnación de los salarios por la cuestión social, la diferenciación entre el crecimiento económico y el no crecimiento de los salarios, implica en una insatisfacción de la sociedad, pues el trabajador no percibe mejoras en su vida y de su familia (OIT, 2017). Además de eso, en la cuestión económica, no aumentar los salarios es decir que los trabajadores van a consumir menos, disminuir el crecimiento económico (OIT, 2017).

El informe se concluye con apuntes acerca de políticas públicas para intentar disminuir las diferencias salariales entre los trabajadores de funciones, género, etnia, capacidad distintos, pero sobre todo la idea es central en la importancia de la regulación estatal además de que los países observen también las regulaciones y propuestas hechas por la OIT en las temáticas laborales y de disminución de la desigualdad.

### 3.2. El caso de Brasil

El discurso neoliberal de flexibilidad laboral en Brasil ha estado presente desde los años 90 con el presidente Fernando Collor, Itamar Franco y Fernando Henrique Cardoso. Algunas reformas, sobre todo, la Reforma Laboral no habían tomado fuerza, pues la movilizaciones y manifestaciones populares trataban de bloquear cambios normativos que miraban hacia a la “flexibilidad” laboral. Pero a partir de 2015 con una serie de crisis económicas y políticas, así como un cambio de gobierno y agenda política, con la salida de la presidenta electa Dilma Rousseff para el presidente Michel Temer, el contexto social de crisis favoreció la aprobación de la Reforma Laboral en 2017<sup>62</sup>.

La ley cambió hechos importantes en el mercado laboral brasileño, que ya es reconocido como precarizado<sup>63</sup>, con la posibilidad de que la negociación colectiva tenga que ser aplicada en los juzgados,

<sup>62</sup> TEIXEIRA et al, 2017.

<sup>63</sup> BECK, 2000.

aunque no este de acuerdo con los derechos constitucionales, humanos y laborales, también contratación de trabajadores autónomos (como si fuera prestaciones de servicios, pero exclusivos del empleador), posibilitando tercerizaciones y fragilizando conceptos legales, los cuales dificulta la actuación de los inspectores, fiscalía del trabajo<sup>64</sup>.

Sobre esta reforma laboral hecha en Brasil, aprobada en julio de 2017, y la cuestión de los trabajadores subcontratados y sus salarios, hay un reciente estudio de economistas Stein *et al* (2017) sobre las subcontrataciones (autorizadas de manera general para cualquier profesión, a partir de la reforma de Julio) y sus ganancias financieros o sueldos. Antes de la reforma solo se podría hacer la tercerización u outsourcing en casos que la función desempeñada no fuera la finalidad de la empresa o también en los casos de limpieza, conservación y vigilancia<sup>65</sup>

Como todavía la tercerización<sup>66</sup> u outsourcing en Brasil solo era posible en los casos descritos arriba, la investigación empírica de Stein *et al*<sup>67</sup> se basa en esas profesiones o funciones. Es importante decir que en los datos encontrados en la investigación<sup>68</sup> (sacados del RAIS-MTE, en los años de 2007-2014), hecha por Stein *et al* (2017), se observa que las mujeres están ocupando más los empleos tercerizados; aún, los blancos ocupan más los empleos propios; los empleos tercerizados tienen una mano de obra en

<sup>64</sup> TEIXEIRA *et al*, 2017.

<sup>65</sup> STEIN *et al*, 2017.

<sup>66</sup> “Inicialmente, notamos que os trabalhadores terceirizados ganham, em média, menos do que os trabalhadores próprios. As demais estatísticas mostram, porém, que a comparação dos salários médios desses dois grupos de empregados deve ser feita com cautela, uma vez que há diferenças nos valores médios de variáveis importantes para a determinação da remuneração do trabalhador. Por exemplo, os terceirizados são, em média, três anos mais novos e ficam menos tempo no emprego. Há também diferenças significativas na proporção de mulheres e de trabalhadores brancos entre os grupos” (Stein *et al*, 2017, p.3).

<sup>67</sup> STEIN *et al*, 2017.

<sup>68</sup> “O maior diferencial nos salários foi encontrado para os trabalhadores de *Telemarketing* que transitam entre as duas formas de contratação com -9% no salário mensal. Trabalhadores de *Limpeza e conservação, Montagem e manutenção de equipamentos e TI* também apresentam um diferencial negativo, todos entre -5,5% e -6%. Já os trabalhadores envolvidos em atividades de P&D tem um diferencial médio próximo a -2,5%. Por outro lado, os trabalhadores das atividades de *Segurança/vigilância* recebem, em média, 4,9% a mais quando são terceirizados. O exercício com as ocupações evidencia que existe uma considerável heterogeneidade no diferencial de salário entre empregados terceirizados e próprios conforme as ocupações consideradas. O efeito médio, incondicional a ocupações, é negativo e relativamente pequeno, mas dentro dele encontram-se desde efeitos negativos relativamente mais altos (*Telemarketing*) até efeitos positivos, como no caso das ocupações de *Segurança/Vigilância*” (STEIN *et al*, 2017, p.5)



media 3 años más joven además de no quedaren mucho tiempo en el empleo.

Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, un año después de la aprobación de la subcontratación, hay 22% de los trabajadores formales <sup>69</sup>bajo esa condición laboral.

El argumento para aprobación de la subcontratación en Brasil es de que existe en la realidad y para dar seguridad jurídica para el trabajador es importante los derechos expresos en ley. Pero eso es una gran falacia, pues se en la sociedad se busca mejorar las condiciones laborales, proporcionar una vida digna a los trabajadores, de acuerdo con normas nacionales e internacionales de derechos humanos, no es razonable que se haga legal algo que no genera salario, jornada laboral, prestaciones, condiciones de salud y higiene laboral, dignos, o sea, el trabajo decente.

### 3.3. El caso de México

En la constitución de México de 1917<sup>70</sup>, hay expresas garantías al trabajo digno y decente, como un objetivo del Estado, garantizar el trabajo humanizado y para el crecimiento del individuo y de la economía.

En México, así como en toda América Latina, ha sufrido cambios en las leyes desde del avance neoliberal de los años 90<sup>71</sup>, pero la reforma de 2012 fue una de las grandes transformaciones que impactan fuerte en el mercado laboral.

Hay más de 38 cambios en la Ley Federal del Trabajo, pero los puntos más relevantes son<sup>72</sup>: la posibilidad de contratación sazonal, temporal, outsourcing, parcial; antigüedad del empleado pasa a no ser relevante para mantener la contratación; la posibilidad del trabajador tener más tareas do que sola la prevista en su función o contrato laboral; tercerizaciones o “cauterizaciones” (outsourcing); salario por hora; los salarios atrasados solo serán pagado por un plazo máximo de doce meses.

<sup>69</sup> Dino. Divulgacao de notícias. Terceirização abrange 22% da mão de obra formal com boas perspectivas de crescimento. Revista *EXAME*, São Paulo, 17 jul 2018.

<sup>70</sup> Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley

<sup>71</sup> DE SOUZA SANTOS, 2004.

<sup>72</sup> JUÁREZ, 2018; SALAS Y PERNÍAS, 2017.

Esos cambios tienen como objetivo no la mejora del empleo o de las condiciones laborales para el trabajador, pero la flexibilidad y más beneficios al empleador.

Según datos de la Comisión Económica para la América Latina (2016) presentan que la riqueza en el México aumentó 7,9% de 2004 hasta 2014, pero la economía creció 2,6%, además de eso, el 10% de las familias mexicanas más ricas representa  $\frac{1}{3}$  de los activos financieros<sup>73</sup>.

Otro dato importante de la economía y desarrollo del empleo en México es que después de la reforma laboral de 2012, 51% de los empleos generados en el mercado laboral fueran por microempresas, con menos de diez empleados, siendo que, en 2016, 82,2% de los empleados en esas empresas no tenían contrato laboral. A su vez, el mercado laboral mexicano convive con el problema grande de la deterioración de la renta del trabajador, que de 2005 era de U\$ 479 dólares, cambiando en 2016 para U\$ 262 dólares.

Es muy importante analizar además de los datos del empleo y desempleo, o sea, si aumentarán o disminuirán con la reforma de 2012, pero también es importante analizar qué tipo, cualificaciones, funciones, horas, tienen esos empleos generados, pues al que parece, aunque la tasa del desempleo disminuyó un poco, las características del empleo <sup>74</sup>creado no fueran las mejores. Es decir, que generarán una masa de trabajadores empobrecidos malas condiciones laborales, que, aunque trabajen, no salen de la condición de pobreza.

Según un análisis comparada de investigación, hecha para este trabajo científico, de antes y después de la Reforma Laboral de 2012 se puede observar los 22 puntos más importantes de la reforma y que impactaron directa o indirectamente en el mercado laboral mexicano:

1. La cuestión del “trabajo digno y decente” como un concepto y un objetivo a seguir por el Estado Mexicano.
2. Han fortalecido mucho la cuestión de la Conciliación entre las partes, trabajador y empresario, también para disminuir los procesos en la justicia y los tiempos del trámite.

<sup>73</sup> SALAS Y PERNÍAS, 2017.

<sup>74</sup> JUÁREZ, 2018.

3. Otras modalidades de contratación de empleado, “a prueba”, por capacitación inicial, temporada, por obra, por estacionalidad y garantizar la seguridad social.
4. Otros criterios para ocupar vacantes no solo por la antigüedad como también por capacitación.
5. Define y incluye el concepto de productividad.
6. Creación de comisiones mixtas de capacitación.
7. Posibilidad de pedir las cuentas a sindicatos, sin sanciones a los trabajadores.
8. Elección de la directiva sindical.
9. Publicitar las informaciones de los contratos colectivos y documentos sindicales.
10. Tornar crimen contratar menores para trabajar, tipificación del trabajo infantil.
11. La retirada del artículo que habla de la prohibición del trabajo nocturno para los menores de 14 a 16 años.
12. Licencia del trabajo para los padres, incluso en casos de adopción.
13. Posibilidad de subcontrataciones/tercerizaciones o “outsourcing”, que no puede ser de la actividad principal de la empresa.
14. Posibilidad de responsabilizarse al contratante de la subcontratación por los débitos en la legislación laboral si probado la ilegalidad de la contratación.
15. Autorización a la autoridad laboral para restringir el acceso al trabajo cuando exista peligro inminente para la salud y la vida de los trabajadores.
16. Instalaciones laborales de acceso a personas con discapacidad.
17. Las sanciones también fue un punto de cambio, aumentando el valor de la multa para el empresario que no la cumpla de 315 a 5 mil veces el salario mínimo general.
18. Sanciones al acoso u hostigamiento en el trabajo.
19. Medidas protectoras a las mujeres madres trabajadoras.
20. Prohibición de discriminación por género, acoso o hostigamiento, así como pedido de comprobación de embarazo.

21. Distribución del descanso pre y postnatal y licencia maternidad y paternidad.

22. Protección de derechos laborales a grupos vulnerables como trabajadores de minas, rurales y domésticos.

Aún con todos estos cambios normativos y el objetivo de disminución de las demandas judiciales, por priorizar altas multas por los empresarios no cumplieren la ley o aún por fortalecimiento de la conciliación en la justicia, de 1995 hasta 2015 hubo un aumento de 132%<sup>75</sup> en procesos judiciales en pleitos laborales.

Primer sobre la cuestión del desempleo en México, que era uno de los objetivos de la ley, según Rafael Juárez, *de diciembre de 2012 a febrero de 2017, se observó la creación de 2 559 035 nuevos puestos de trabajo afiliados entre IMSS, de los cuales más de 40% han sido mujeres, 25% para jóvenes de entre 15 y 29 años, además, 80% son permanentes*<sup>76</sup>.

Sobre las diferentes formas de contratación tratadas por la LFT, *de acuerdo con el Módulo de Trayectorias Laborales del INEGI, en 2015 un 6.5% de los empleos formales estaban contratados bajo la modalidad de periodo de prueba y otro 6.7% bajo la de capacitación inicial*<sup>77</sup>.

En estos puntos es importante una reflexión crítica sobre los empleos, pues, aunque muchos trabajadores salieron del mercado informal para ingresar como trabajadores formalizados, hay que observar bajo cuales condiciones están trabajando, principalmente, si este trabajo es digno y está generando la posibilidad de salida de la pobreza.

Según Rodríguez<sup>78</sup> la ENOE presenta datos de 2017 que la tasa de informalidad laboral en México ha sabido para 57,3% de toda la población ocupada en el país. Eso es un dato muy importante, pues es reconocer que más de la mitad de los trabajadores mexicanos no están recibiendo un amparo de la ley de protección con contrato laboral, prestaciones de ley, aguinaldo, vacaciones o amparo de las instituciones laborales.

<sup>75</sup> MÉXICO, Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México. Disponible en: <<http://www.juntalocal.cdmx.gob.mx/>>.

<sup>76</sup> JUÁREZ, 2017, p. 61.

<sup>77</sup> JUÁREZ, 2017, p.62.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ, 2017.

En la temática de los salarios después de la Reforma Laboral de 2012, dice Rodríguez en sus resultados que,

Un ejercicio practicado por el Centro de Análisis Multidisciplinario de la Universidad Nacional Autónoma de México enfocado a examinar el poder adquisitivo del salario en el marco de la política laboral de los últimos años ha establecido que la pérdida de la capacidad de compra de los ingresos laborales en México es de tal magnitud, que en caso de llegar a autorizarse en el futuro incrementos salariales semejantes a los otorgados a partir del 1 de enero de 2017 (3.9% anual), sería necesario llegar hasta el año de 2044 para que un trabajador, con salario mínimo, logre adquirir una Canasta Alimentaria Recomendable<sup>79</sup>.

Por tanto, el salario mínimo en el actual momento está muy debajo de las condiciones mínimas de dignidad y pobreza. Aún, con la Reforma hubo cambio en el poder de compra del mexicano, bajando el salario mínimo por hora en las estadísticas de OCDE:

En los hechos se dio un abaratamiento de la fuerza de trabajo de tal magnitud que, de acuerdo con el *ranking* de salarios mínimos por hora de la OCDE, desde 2013 a 2015, México permanece como el país con el salario real más bajo de los países que conforman dicha organización con apenas 1.01 dólares por hora(...) <sup>80</sup>.

Sobre la subcontratación, esta forma de ya estaba en uso en México, según muchos expertos del tema<sup>81</sup>, pero de manera ilegal. La ley por lo tanto legalizó una práctica del mercado laboral<sup>82</sup>. El punto es que en el discurso oficial los trabajadores estaban trabajando con esa modalidad de contratación y con eso la ley debería apenas legalizarla, así como el discurso para aprobarla en Brasil. Lo que no es la finalidad social de apenas generar trabajo o cualquier tipo de trabajo, si no un trabajo con salario, jornada laboral, prestaciones, condiciones de salud y higiene laboral, dignos, con derechos individuales y colectivos democráticos y de seguridad a los trabajadores, o sea, la promoción del trabajo decente<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ, 2017, p.5.

<sup>80</sup> GAYTÁN, 2016, p. 99.

<sup>81</sup> JUÁREZ, 2017; GAYTÁN, 2016; FERNÁNDEZ, 2009.

<sup>82</sup> JUÁREZ, 2017.

<sup>83</sup> GHAI, 2003; OIT, 2017.

**La conclusión inicial de esa investigación es que la disminución de la tasa de desempleo no genera la disminución de la pobreza, por el hecho de que las plazas de trabajo no son bien pagadas o son de pocas horas laboradas al día, con salarios abajo del mínimo, no más garantizando una vida digna al trabajador.**

## CONCLUSIÓN

Considerando el objetivo de este artículo, a saber: analizar los impactos generados en los mercados laborales tras las reformas constitucionales, en general, y la aprobación de leyes laborales “más flexibles”, en diferentes países en el mundo (en Alemania, España, Reino Unido, Italia), a partir de la década de los 1990, y, en lo particular, discutiendo en detalle el caso de Brasil y México, se puede considerar que:

### 1. en cuanto al contexto macro:

La conclusión inicial de esa investigación es que la disminución de la tasa de desempleo no genera la disminución de la pobreza, por el hecho de que las plazas de trabajo no son bien pagadas o son de pocas horas laboradas al día, con salarios abajo del mínimo, no más garantizando una vida digna al trabajador.

Los datos nos informan que la idea inicial de las reformas laborales en todos los países analizados era de flexibilidad en la ley, con objetivo de generar más empleo, formalizarlos o aún tornar hechos ilegales, como la subcontratación, un tipo de empleo legal y formal. En Alemania se hubo un aumento en los empleos formales, pero 60% de ellos son temporales con apenas 20 horas semanales, y 80% de las mujeres más afectadas por estos empleos precarizados por la inseguridad en la contratación temporal y pocas horas laboradas lo que muchas veces reflejan en pocos ingresos, además del aumento de la desigualdad salarial<sup>84</sup>. En España los empleos de tiempo parcial crecieron, la contratación de trabajadores autónomos, congelamiento de los salarios y la facilidad del despido, son características actuales del mercado laboral español. En Reino Unido, el mercado más flexible, con 2,07 millones de empleos creados en los años de 2008-2017, casi 50% son los autónomos y casi 30% son empleos temporales, así es que 80% de los empleos que surgieron en estos 9 años están en una forma atípica de contratación, sin contratos, sin seguridad, sin beneficios sociales, sin las garantías legales criados no período son formas de empleo atípicas. En Italia, hubo el aumento de los contratos temporales y flexibles, con bajos ingresos y inseguridad en la contratación.

<sup>84</sup> CARD, HEINING, KLINE, 2013; FELBEMAYR, BAUMGARTEN, LEHWALD, 2015.

Así que en algunos de los países ha generado un aumento en la oferta de empleo, pero con contrataciones atípicas, inseguras, con bajos salarios, sin prestaciones y de tiempo parcial o temporario, o sea, la disminución en la tasa de desempleo no ha generado, en ninguno de los países, una oferta de empleos decente, con condiciones dignas de vida y de consumo, apenas ha ampliado la precarización laboral, sobre todo, en la cuestión de la inseguridad en los derechos, en la contratación y seguridad social, en los ingresos y jornada laboral.

2. en cuanto a los casos de Brasil e México:

Sobre los casos de Brasil y México, los objetivos de las leyes también era disminución de la tasa de desempleo y una fuerza especial para aprobación de la subcontratación que ya existía en estos dos países, pero era una modalidad ilegal de contratación.

Como resultado, se puede observar que no hubo aumento de los salarios para los trabajadores en ninguno de estos dos países, la disminución de la tasa de desempleo fue resultado de aumento de empleos temporales, sin seguridad para una contratación formal, y el aumento significativo de la subcontratación u *outsourcing*.

La flexibilidad en los contratos laborales no reflejó en creación de trabajos decentes si no apenas en aumento de concentración de riqueza, bajos salarios y contrataciones sin seguridad laboral, o sea, los empleos generados no son capaces de enfrentar la cuestión de disminución de la pobreza, de la desigualdad social y laboral, apenas desarrollaron un mercado laboral, también en México y en Brasil, más precarizado.

Resta decir que esta es una investigación científica aún en analice y en búsqueda de más datos, sobre todo los demás puntos del trabajo precario. Pero, desde de ese momento la idea es empezar a hablar de los cambios en el mercado laboral en los dos países, Brasil y México, en los aspectos de formas de contratación precarizada (sin contrato formal de trabajo), la jornada del trabajo, rebaja en los salarios, debilidad sindical y flexibilización en los derechos y en la negociación colectiva.



## REFERÊNCIAS

RODRIGUEZ, Carlos Acevedo. Precarización laboral y legitimación del modelo económico y político: Iquique-Chile, como caso de estudio. *Gaceta Laboral*, Maracaibo, v. 17, n. 1, p. 31-61, 2011.

ADISSON, J. T; SIEBERT, W. S. Labor market reform in the United Kingdom: from thatcher to Blair. *Journal of private enterprise*, 2000, v. 15, issue spring 2000, 1-34

ANTUNES, R. A nova morfologia do trabalho. *Conselho*, 2013, 93.

BARBIERI, P.; CUTULI, G. Employment protection legislation, labour market dualism, and inequality in Europe, *European sociological Review*, 32 (4), 2015, 501- 516.

BARBOSA, Rosangela Nair de Carvalho. As reformas trabalhistas neoliberais na América Latina: o caso do México. *Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social* 16.1. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Editorial Gedisa, 2000.

BECK, U. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Paidós, 2007.

BENSUSÁN, Graciela; ALCALDE, Arturo. *El sistema de justicia laboral en México: situación actual y perspectivas*. 2013.

BRAGA, Ruy. *A Política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo. 2012.

BUSTILLO, R. M.; PINTO, F. H. Reducing precarious work in Europe through social dialogue: precarious employment in Spain, Brussels. 2016. Disponível em: <<http://www.research.mbs.ac.uk/>>.

BUSTILLO, R. M; ESTEVE, F. The neverending story. labour market deregulation and the performance of the spanish labour market. In. PIASNA, A; MYANT, M. *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*. Brussels. ETUI. 2017.

CARD D.; HEINING J.; KLINE P. Workplace heterogeneity and the rise of german wage inequality, *Quarterly journal of economics*, 128 (3), 967-101,2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar la democracia: reinventar el Estado*. Editorial Abya Yala, 2004.

DINO. Divulgação de notícias. Terceirização abrange 22% da mão de obra formal com boas perspectivas de crescimento. *Revista EXAME*, São Paulo, 17 jul 2018.

FANA, M; GUARASCIO, D; CIRILLO, V. The crisis and labour Market reform in Italy: a regional analysis of the job act. In. PIASNA, A; MYANT, M. *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*. Brussels. ETUI. 2017

GHAI, D. Trabajo decente. Concepto e indicadores. *Revista internacional del trabajo*, 122(2), 125-160. 2003.

GRIMSHAW, D; JOHNSON, M; KEIZER, A; RUBERY, J. The governance of employment protection in the UK: how the state and employers are undermining decent standards. In. PIASNA, A; MYANT, M. *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*. Brussels. ETUI. 2017.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. Companhia das Letras, 1995.

JAEHRLING, K. The atypical and gendered 'employment miracle' in Germany: a result of employment protection reforms or long term structural changes? In. PIASNA, A; MYANT, M. *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*. Brussels. ETUI. 2017.

KALLEBERG, Arne L. *Good jobs, bad jobs: The rise of polarized and precarious employment systems in the United States, 1970s-2000s*. Russell Sage Foundation, 2011.

KALLENBERG, Arne. O crescimento do trabalho precário: um desafio global. *Rev. bras. Ci. Soc.*, São Paulo, v. 24, n. 69, p. 21, 2009.

MASCARO, A. L. *Estado e forma política*. Boitempo Editorial. 2015.

MAY, Tim. *Pesquisa social*. Questões, métodos e processos, v. 3. 2014.

OIT. *El trabajo en el mundo: la situación mundial dei empleo*. Ginebra. 1994.

OIT. *Relatório Global sobre os Salários 2016/17*. 2017. Disponible en: <[conricyt.mx.ezproxy.conricyt.org/Buscador/Conricyttback/index.php?c=3&i=52](http://conricyt.mx.ezproxy.conricyt.org/Buscador/Conricyttback/index.php?c=3&i=52)>.

PAULA, S. C. *Entre el Leviatán y la bestia colosal: la violencia estatal en México como fenómeno de la ola punitiva*. 1. ed. Buenos Aires: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

RODRIGUEZ, J.J.G. *Reforma laboral: um panorama de 3 años de su promulgación*. Câmara de Diputados de México: Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. 2016.

ROMERO, Luis Quintana; ACEVEDO, Blanca E. Garza. La reforma laboral em México y sua efectos econômicos. *Revista do TST*, v. 83, nº3, Jul/set, São Paulo: Lex Editora, 2017.

SALAS, C., PERNIAS, Tomas. Experiências internacionais; projeto de pesquisa Subsídios para a discussão sobre a reforma trabalhista no Brasil. Textos de discussão n. 2. Campinas: Unicamp/Cesit, 2017.

SALAS, Carlos. Labour, income and social programmes in contemporary Mexico. In: United Nations Development Programme, *Social Protection, Growth and Employment: Evidence from India, Kenya, Malawi, Mexico, Peru and Tajikistan*, UNDP, New York, 2013: 201-230.

STANDING, Guy. O precariado e a luta de classes. [Online], 103 | 2014, colocado online no dia 26 maio 2014, criado a 29 maio 2015. URL: <<http://rccs.revues.org/5521> ; DOI : 10.4000/rccs.5521>.

STANDING, Guy. O precariado: *A nova classe perigosa*. 1. Ed. Belo Horizonte. Autêntica Editora. 2014.

STANDING, Guy. The Precariat and Class Struggle. *RCCS Annual Review* [Online], 7 | 2015, Online since 01 October 2015, connection on 29 January 2016. Disponível em: <<http://rccsar.revues.org/585>>; DOI: 10.4000/rccsar.585.

TEIXEIRA, M. O. *et al. Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas: UNICAMP, 2017.

TEIXEIRA, M. O.; KREIN, J. D.; BIAVASCHI, M. B.; GALVAO, A.; ALMEIDA, P. F.; ANDRADE, H. R. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas: UNICAMP, 2017.

WACQUANT, L. J. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* (V. 6). Freitas Bastos Editora. 2001.

WACQUANT, L. Os subúrbios populares em tempos de marginalidade avançada. *Revista PPCAAM Minas*, 1(1), 11. 2008.

WRIGTH, Erik Olin. *Understanding Class (Is the Precariat a Class)*. Ed. University of Wisconsin. Madison. 2015.

# ONZE PROPOSIÇÕES SOBRE O DIREITO DO TRABALHO DESDE A PERSPECTIVA ECOSSOCIALISTA

**Gustavo Seferian**

Professor da Universidade  
Federal de Minas Gerais  
(UFMG), Belo Horizonte/  
MG, Brasil.

E-mail: seferian@ufmg.br

## Eleven Proposals on Labor Law from the Ecosocialist Perspective

### RESUMO

Recebido: março 31, 2019.

Aceito: outubro 28, 2019.

O presente artigo propõe onze sugestões à reflexão e prática do Direito do Trabalho pautadas no ecosocialismo. De caráter ensaístico, o texto elucida as principais características do ecosocialismo enquanto linha teórico-política, e partindo da premissa que vivemos uma crise de civilização – da qual o meio ambiente e o Direito do Trabalho são parte –, indica espaços e caminhos à disputas à recomposição juslaboral para o século XXI, sempre pautado na perspectiva da proteção das trabalhadoras e trabalhadores e na urgência de articulação de esforços para contenção tática do ecocídio capitalista.

**Palavras-chave:** Ecosocialismo; Direito do Trabalho; Crise de civilização; Tática; Estratégia.

### Abstract

This article proposes eleven suggestions to the reflection and practice of Labor Law based on the ecosocialism. The text elucidates the main features of ecosocialism as a theoretical-political program, and based on the premise that we are experiencing a crisis of civilization- of which the environment and Labor Law are a part-, indicates spaces and paths to disputes the Labor Law recomposition for the XXI century, always based on the perspective of the protection of workers and the urgency to take efforts for a tactical containment of capitalist ecocide.

**Keywords:** Ecosocialism; Labor Law; Crisis of civilization; Tactics; Strategy.

And some have sailed from a distant shore  
And the company takes what the company wants  
And nothing's as precious, as a hole in the ground

Who's gonna save me?  
I pray that sense and reason brings us in  
Who's gonna save me?  
We've got nothing to fear

In the end the rain comes down  
Washes clean, the streets of a blue sky town

- *Blue sky mine*, Midnight Oil

**O presente texto traz sínteses propositivas acerca de tema que há algum tempo se localiza em nosso horizonte de reflexão e prática: a urgência da leitura do Direito do Trabalho não só a partir de uma perspectiva político-tática, mas sobremaneira afinada às perspectivas estratégico-revolucionárias ecossocialistas.**

## **1. POUCO MAIS QUE PROPOSIÇÕES INICIAIS**

O presente texto traz sínteses propositivas acerca de tema que há algum tempo se localiza em nosso horizonte de reflexão e prática: a urgência da leitura do Direito do Trabalho não só a partir de uma perspectiva político-tática<sup>1</sup>, mas sobremaneira afinada às perspectivas estratégico-revolucionárias ecossocialistas.

Tais proposições intentam apenas pavimentar algumas sendas que o debate – bastante amplo – pode sugerir. Parte delas já foram trabalhadas e melhor assentadas na forma do registro desenvolvido em outros escritos. Outras, porém, guardam natureza apenas embrionária, reclamando aprofundamento reflexivo e maior adensamento crítico, a ser futuramente por nós conduzido, ou ainda por outras pessoas que, imbuídas das mesmas percepções políticas, possam fazê-lo em prol da realização juslaboral em favor das mais urgentes demandas das classes trabalhadoras.

Dessa forma, o presente escrito se resume a pouco mais que pequenas teses. Aliás, chamar estas breves linhas de teses já seria bastante exagerado, ainda mais quando comparadas com outras 11 que há 170 anos conduzem nossa práxis. Um firmar de alicerces necessários para pensar um Direito do Trabalho novo, social, política e ecologicamente interessado desde a visão social de mundo das trabalhadoras e trabalhadores.

<sup>1</sup> SEFERIAN, 2017.

## 2. AFINAL, O QUE É ECOSSOCIALISMO?

Uma questão precede nosso lançar de proposições: como voltar-se ao Direito do Trabalho desde as lentes ecossocialistas sem compreender, propriamente, o que é o ecossocialismo? Daí a necessidade de firmarmos uma definição prévia.

Podemos dizer que o ecossocialismo se coloca como uma alternativa político-estratégica afirmada por um conjunto de lutas sociais ao redor de todo globo e expresso em um corpo teórico que nutre profundas raízes no campo do marxismo e da ecologia crítica. Tais lutas sociais servem de subsídio constitutivo necessário destes marcos teóricos, a elas ligados dialeticamente enquanto *indutoras condicionadas*.

A simples remissão ao “socialista” na expressão já induziria a compreensão do caráter anticapitalista do projeto estratégico ecossocialista. Ou seja, se volta contra a lógica capitalista como um todo, bem como contra as leituras da questão ambiental – militantes ou não – que fazem vistas grossas ou compactuam diretamente com a continuidade da relação social do capital.

Tal leitura não se coloca apenas como antípoda das expressões do trato ambiental nas mais diversas formas de gestão políticas capitalistas – como as de caráter liberal, social-democrata, “Verde” e fascistas –, atentando contra a toda forma de “capitalismo verde”, por impossível<sup>2</sup>, mas também como *“uma crítica profunda, uma crítica radical das experiências e das concepções tecnocráticas, burocráticas e não ecológicas de construção do socialismo”*, o que *“nos exige (...) uma reflexão crítica sobre a herança marxista, o pensamento e a tradição marxista, sobre a questão do meio ambiente”*. Afinal, *“o objetivo do socialismo, explica Marx, não é produzir uma quantidade infinita de bens”*, como se arvorava a prometéica intencionalidade soviética pós-degeneração burocrática, *“mas sim, reduzir a jornada de trabalho, dar ao trabalhador tempo livre para participar da vida política, estudar, jogar, amar”*<sup>3</sup>.

Esta crítica a uma leitura “oficializada” do marxismo, cartilhesca e vulgarizada, passa necessariamente pelo enfrentamento a uma

2 TANURO, 2010.

3 LÖWY, 2013, p. 82.

costumeira abordagem das forças produtivas como se neutras fossem. Assumindo que o direcionamento das forças produtivas está imbuído de necessária carga política, afirma o sociólogo e militante que:

“Esta crítica poderia inspirar-se (...) nas observações de Marx sobre a Comuna de Paris: os trabalhadores não podem se apoderar do aparelho do Estado capitalista e pô-lo a funcionar a seu serviço. Eles devem ‘despedaçá-lo’ e substituí-lo por um outro, de natureza completamente distinta, uma forma não governamental e democrática de poder político. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, ao aparelho produtivo: por sua natureza, e sua estrutura, ele não é neutro, mas está a serviço da acumulação de capital e da expansão ilimitada do mercado. Opõe-se aos imperativos de defesa do meio ambiente e da saúde da força de trabalho. É preciso então fazer com que passe por uma ‘revolução’, que o transformará radicalmente. Isto pode significar que certos ramos da produção — as centrais nucleares, por exemplo — deverão ser ‘feitos em pedaços’. Em todo caso, as próprias forças produtivas devem ser profundamente modificadas. Evidentemente, muitos conhecimentos científicos e tecnológicos do passado são preciosos, porém o conjunto do sistema produtivo deve ser questionado do ponto de vista de sua compatibilidade com as exigências vitais de preservação do equilíbrio ecológico.”<sup>4</sup>

Trata-se, pois, de uma proposição revolucionária, anticapitalista, a reclamar um novo arranjo produtivo<sup>5</sup> e que não admite clivagens entre teoria e prática, não assentando seus principais cânones na ossificação acadêmica – em que pese guarde uma dimensão teórica proeminente – ou de qualquer outra oficialidade institucional – mesmo sabendo que reclame, transicional e taticamente, engendramento também na institucionalidade. Em síntese, assim, podemos afirmar – sempre baseados em Löwy – que

<sup>4</sup> LÖWY, 2010, p. 690.

<sup>5</sup> “Uma reorganização do conjunto do modo de produção e de consumo é necessária, baseada em critérios exteriores ao mercado capitalista: as necessidades reais da população e a defesa do equilíbrio ecológico. Isto significa uma economia de transição ao socialismo, na qual a própria população – e não as ‘leis do mercado’ ou um Comitê Político autoritário – decide, num processo de planificação democrática, as prioridades e os investimentos. Esta transição conduziria, não só a um novo modo de produção e a uma sociedade mais igualitária, mais solidária e mais democrática, mas, também, a um modo de vida alternativo, uma nova civilização, ecossocialista, mais além do reino do dinheiro, dos hábitos de consumo artificialmente induzidos pela publicidade e da produção ao infinito de mercadorias inúteis” (LÖWY, 2013, p. 83).



“o ecosocialismo tem como objetivo fornecer uma alternativa de civilização radical àquilo que Marx chamava de ‘o progresso destrutivo’ do capitalismo [também encetada na lógica produtiva pós-capitalista dos estados operários burocraticamente degenerados, G.S.]. É uma escolha que propõe uma política econômica visando às necessidades sociais e ao equilíbrio ecológico e, portanto, fundada em critérios não-monetários e extra-econômicos.”<sup>6</sup>

Superada essa etapa, e delineadas as principais referências ecosocialistas, passemos ao anunciar de nossas proposições.

## PROPOSIÇÃO I: CRISES ECOLÓGICA E JUSLABORAL SÃO EXPRESSÕES DE UMA CRISE DE CIVILIZAÇÃO

A primeira das nossas elaborações se pauta em um diagnóstico comum a diversos teóricos e militantes no sentido de que vivemos uma crise de civilização<sup>7</sup>. Tal crise não se afirma única e exclusivamente desde uma referência econômica, mas guarda também dimensões éticas, morais, familiares, e, de forma evidente, um componente ecológico gravíssimo.

Esse conjunto de componentes constituem, em conformação e arranjo particulares, os pilares de sustentação da sociedade capitalista industrial moderna, dominante no ocidente, que tem não só na exploração do homem pelo homem, conduzida pela lógica de assalariamento e produção de mais-valor, seu sustentáculo, mas também na apropriação crescente das reservas naturais. Esta última se dá pela expansão quantitativa do consumo, marcada pela opulência, desperdício e estímulo ao descarte de bens materiais produzidos – naquilo que se convencionou chamar de obsolescência programada –, mas também dentro de uma dimensão qualitativa, mormente expressa pela criação de novas necessidades humanas - em regra, para usar uma das expressões que inauguram *O Capital*, de Karl Marx<sup>8</sup>, forjadas na ampliação da dominância mercantil pela criação de anseios não no plano de nossos estômagos, mas sim de nossa imaginação.

<sup>6</sup> LÖWY, 2009, p.35-36.

<sup>7</sup> Para nos esgotar em apenas duas principais referências, o já mencionado LÖWY, 2010, e BENSÁID, 1999b, p.431-495.

<sup>8</sup> MARX, 2013, p. 113.

Essa gana expansiva e predatória do capital, que a tudo se volta com dedos de Midas, encontra, tal qual encontrou o rei da Frígia, contradições e barreiras insuperáveis para a sua reprodução. Ocorre que, ao contrário do mito grego, o capital não interrompe seu moto por razões de ordem ética, moral ou familiar, ou mesmo ante a urgência de atenção às suas mais vitais necessidades reprodutivas. O faz ante barreiras materiais – estruturais, dirá Mészáros<sup>9</sup> – postas em seu horizonte. Aqui, aquele intransponível obstáculo de lastro ecológico assume vulto, tanto no que tange as consequências daninhas que o avanço da produção e da submissão da natureza ao modelo de produção industrial moderno (tanto capitalista, como estatista-burocrático) produzem, expressos pelo aquecimento global e uma miríade de desastres deliberadamente encampados pela lógica de predação, como também pela impossibilidade de ampliar as fronteiras da apropriação mercantil (e aqui tratamos especificamente da particularidade capitalista), haja vista nosso planeta ser finito em suas reservas e potencialidades naturais.

E o que o Direito do Trabalho tem com isso?

Explicamos partindo de Ernest Mandel<sup>10</sup>. O economista e militante belga afirmou que “*uma crise em um setor [da sociedade capitalista, G.S.] repercute em todos os demais setores*” da ordem produtiva. E não seria de se espantar, pois, que o Direito do Trabalho também se visse abalado por tal cataclismo sistêmico. Historicamente assentado como uma resposta institucional burguesa no campo jurídico-político às demandas revolucionárias das classes trabalhadoras, serve de apaziguador de tal conflituosidade social por meio de garantias protetivas à força de trabalho – isso no que concerne aos tempos de trabalho, renda, condições de saúde, higiene e segurança etc. Isso ao mesmo tempo que em alguma medida impede, ou traz empecilhos, para que o capitalista individual dê azo ao seu ímpeto exploratório sem peias, garantindo renda e possibilidade de consumo às pessoas que trabalham, contra restando a queda tendencial da taxa de lucro, fatal contradição interna do capital.

O cenário da crise civilizatória, fundamentalmente pelos reflexos oriundos da barreira ecológica, coloca as dinâmicas de reprodução

<sup>9</sup> MÉSZÁROS, 2009.

<sup>10</sup> MANDEL, 1977, p.51.

**A alternativa estratégica ecossocialista, desse modo, se coloca como proposição a enfrentar, de forma também comum, estas diversas expressões da crise, que reclama mais do que nunca, ante as bifurcações da história, a saída de uma nova civilização ecossocialista frente a barbárie.**

e exploração do capital em um outro patamar. Não sendo possível avançar a dominância mercantil, ao menos sem riscos cataclísmicos, junto ao *front* posto pela natureza que nos é externa – o que convencionalmente tratamos por meio ambiente –, passa a ampliação da exploração da força de trabalho a ser o direcionamento ofensivo capitalista em busca de alguma sobrevida. O Direito do Trabalho como conhecemos – capitalista que é – deixa de ser funcional à ordem burguesa e por ela é rifado. Não é por outra razão que a contrarrevolução preventiva de matiz neoliberal coloca em sua agenda prioritária a flexibilização precarizadora do Direito do Trabalho, o que se dá em praticamente todos os rincões do globo.

A crise juslaboral guarda uma raiz comum e um laço de unidade com a crise civilizacional burguesa. A alternativa estratégica ecossocialista, desse modo, se coloca como proposição a enfrentar, de forma também comum, estas diversas expressões da crise, que reclama mais do que nunca, ante as bifurcações da história, a saída de uma nova civilização ecossocialista frente a barbárie.

## **PROPOSIÇÃO II: A REVOLUÇÃO DO SÉCULO XXI RECLAMA UM NOVO E TRANSICIONAL DIREITO DO TRABALHO**

Que então reconstruamos o Direito do Trabalho! Mas a partir de quais balizas entraremos nesta dividida?

Recompôr o Direito do Trabalho desde a chave estratégica ecossocialista nos leva, reconhecida a crise que se instala na seara juslaboral, ter em conta ser esse conjunto normativo, politicamente forjado, o substrato material do qual este derivará. E, sim, a juridicidade expressa-se, como Pachukanis<sup>11</sup> nos ensina, não só em sua conformação ideológica, mas também desde as relações materiais. Logo, o Direito do Trabalho pautado pelo ecossocialismo não deve fazer tábula rasa do Direito do Trabalho em sua acepção clássica, senão o tomará, em suas contradições e potenciais minadores colocados pela ofensiva burguesa, como referência e objeto de disputa e inflexões.

O Direito do Trabalho ecossocialista é a suprassunção do Direito do Trabalho classicamente assentado, destinando sua proteção não só à individualidade obreira e de suas organizações coletivas, mas

<sup>11</sup> PACHUKANIS, 2017.

também ao conjunto de trabalhadores e trabalhadoras do planeta, desta geração e das futuras.

Esta tomada de rédeas atenta à perspectiva ecossocialista deve passar pela abertura de funcionalidades juslaborais. Se estas, tradicionalmente, servem à proteção do trabalhador e da trabalhadora, mas também a contrarrestar a queda tendencial da taxa de lucro – ou seja, cumprindo contraditória finalidade –, parece-nos indispensável que a dimensão de proteção seja politicamente priorizada, assumindo não só os marcos historicamente assentados (quais sejam, ligados ao tripé tempo do trabalho-renda-saúde, segurança e higiene no labor<sup>12</sup>), mas também a outras tarefas, sendo as principais delas as interditoras das propensões ecocidas do capital.

Um Direito do Trabalho como o de outrora, assentado no bojo de uma sociedade em que o risco ecológico ou não existia, ou, como preferimos compreender, não se via evidenciado, não atende aos desafios políticos das trabalhadoras e trabalhadores de hoje. Os apegos ao supracitado tripé, a todo custo e desatentos às tarefas ecossocialistas, deve ser revisto.

Coragem! Sem nostalgia do fordismo, das imagens prometeicas ou das amarras predadoras do emprego, o fundamental para os nossos dias é recompor a proteção para atender aos nossos radicais anseios hodiernos.

### **PROPOSIÇÃO III: REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO COMO PREMISSA ANTIPRODUTIVISTA**

Tem-se ordinariamente o trato da redução da jornada de trabalho (sem redução remuneratória) como uma das principais pautas históricas do movimento de trabalhadoras e trabalhadores, seja diante de suas disposições de ampliação de tempo livre, seja ante as demonstradas propriedades de harmonização com as políticas de redução de desemprego.

Todavia, a abordagem ecossocialista da redução da jornada de trabalho coloca a tal registro normativo uma outra disposição política. Esta caminha como contraface do dilaceramento das necessidades fictas de homens e mulheres que, subjugados pela lógica de dominância

<sup>12</sup> SEFERIAN, 2017.

do capital, trabalham cada vez mais, ainda que seu trabalho socialmente necessário à atenção das suas necessidades reprodutivas seja dia após dia menor. Ou seja, como necessário entrave à produção de excedentes, substância fundamental do mais-valor e da predação desmedida e insustentável do meio-ambiente.

Dessa forma, a redução da jornada de trabalho deve se colocar, como pauta política, como indutora e consequência de uma inflexão política da lógica de consumo, sem, claro, referendar qualquer forma de redução da qualidade de vida de quem trabalha, mas como efetivadora de uma partilha igualitária do produto social pautado pelo decrescimento econômico, e não pelo fetiche de um crescimento sem fim propugnado pela lógica do capital como *deus ex machina* das mais diversas mazelas socioambientais, desde o desemprego à própria carência de bens materiais.

Tudo isso só se faz possível, pensamos, tomada a radical preocupação de recomposição do trabalho reprodutivo, suas marcas pautadas pela divisão sexual do trabalho, daí reclamar o Direito do Trabalho ecossocialista uma direta conexão com o a perspectiva ecofeminista.

#### **PROPOSIÇÃO IV: SOBRE A NECESSIDADE DO CONTROLE E DA DECISÃO DAS TRABALHADORAS E TRABALHADORES QUANTO AOS DESTINOS DA PRODUÇÃO**

Nada disso parece soar passível de algum saldo positivo se a empreita de orientação ecossocialista não for guiada pelo próprio conjunto de trabalhadores e trabalhadoras, cômicos da relevância da pauta e da indispensabilidade de romper com a aparente segurança do imediato, visando a aposta melancólica – para nos utilizarmos da expressão pascaliana de Daniel Bensaïd<sup>13</sup> – que projeta em um futuro, tão próximo e tão distante, uma afirmação plena e liberta da humanidade.

Dessa forma, deve o Direito do Trabalho ecossocialista se colocar como artífice político-normativo dos mecanismos mais amplos e basais de construção da autogestão operária, sem recair em qualquer desvio “participativo” de baixo calibre, como o da comissão de empresas de papel formal ou a fantasiosa Participação nos Lucros e Resultados.

<sup>13</sup> BENSÄID, 2007.

Por certo, e aqui nos baseamos uma vez mais em Mandel<sup>14</sup> em diálogo com nossas perspectivas ecossocialistas, os desafios sociais colocados para o controle da produção pelas trabalhadoras e trabalhadores, ou da planificação econômica, são diversos. É possível que as escolhas, tão logo esse novo arranjo de gestão da produção passe a se implementar, não se pautem em uma racionalidade ecossocialista, e até mesmo aprofundem o caráter ecocida posto em marcha. Vejamos, por exemplo, como seria difícil romper, tratando do ideário do conjunto das classes trabalhadoras, com a necessidade de se produzir automóveis particulares em massa e não fomentar a produção do transporte coletivo, ao menos na imediata assunção dos meios de produção. Por certo, se tal opção fosse tomada, logo o despropósito de tal escolha se revelaria – tanto no gasto de insumos, na incapacidade das malhas urbanas em suportar a ampliação de automóveis, da manutenção de longas horas de trabalho para produção de bens que, feitas outras escolhas produtivas não determinadas pelo capital, com muito menos trabalho despendido, atenderiam às mesmas necessidades – e tenderia a cumprir papel propriamente pedagógico na inflexão ecossocialista buscada.

Subverter a lógica empresarial, pautada na dominância e hierárquica verticalizada pelo proprietário dos meios de produção, é pré-condição para que, aqueles e aquelas mais suscetíveis às mazelas ambientais – ou seja, como reiteradamente o Papa Francisco<sup>15</sup> lançou em sua Encíclica *Laudato Si*, os mais pobres da sociedade, e que, completamos desde os clamores do movimento por justiça ambiental, devem ser tomados desde o registro da racialização social – possam conduzir as transformações para uma vivência mais harmônica entre a humanidade e o restante do planeta.

## **PROPOSIÇÃO V: ABANDONAR A MONETIZAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS COMO QUESTÃO URGENTE**

Ainda que possa parecer a proposição sacrílega, parece-nos que uma abordagem ecossocialista do Direito do Trabalho reclamaria um desapego às saídas monetizadoras como garantidoras da salvaguarda jurídica juslaboral, reclamando sejam as medidas coercitivas

<sup>14</sup> MANDEL, 1995.

<sup>15</sup> PAPA FRANCISCO, 2015.

– ou seja, politicamente sustentadas – que conferem eficácia concreta aos direitos de quem trabalha se coloquem como prioritárias.

Não se está aqui a falar no abandono das compensações materiais de quem trabalha e tem seus Direitos Trabalhistas frustrados, mas sim de uma alteração de condutas de todo o conjunto de atores sociais envolvidos com as relações de trabalho e com o Direito do Trabalho propriamente dito, visando inverter a regra posta na lida com a matéria juslaboral (de caráter reparatório) para assumir aquela que é sua exceção (a assecuratória de cumprimento de direitos).

De um lado, isso reclama uma recomposição de posturas da advocacia, do Ministério Público do Trabalho, dos órgãos do Judiciário. Não podemos aqui tratar da fiscalização laboral, haja vista que reputar à praticamente finada instituição responsabilidade algo deveras inadequado, já que historicamente cumpriu tal mister, sendo sua reestruturação indispensável para cumprimento deste novo e distinto *habitus* dos operadores institucionais do Direito do Trabalho.

Principal inflexão caberá à advocacia obreira, que monetiza sua prestação de serviços e por vezes, estranha aos interesses genuínos de seus clientes, prefere também uma contraprestação financeira que inibir a conduta ilícita do empregador antes que esta se operacionalize.

A mudança de postura, por óbvio, também recai na constituição material do Direito do Trabalho – ou seja, no processo de luta de classe encampado pelas trabalhadoras e trabalhadores, por meio de suas entidades de representação de classe –, visando a garantia da implementação continuada de garantias materiais, e não uma tardia reparação pecuniária.

De outro lado, e sem aqui recair em qualquer apologia ao punitivismo ou ao populismo encarcerador, coloca-se como possível saída para tal impasse o aprofundamento das sanções nos casos de descumprimento da legislação trabalhista. Essas punições, de forma alguma, se associam ao cárcere. Afinal, ninguém merece ser preso, nem mesmo o mais inescrupuloso dos empregadores, que com o ardid frio da contabilidade empresarial e ao deixar de pagar direitos trabalhistas, ceifa tantas vidas, dissolve tantas famílias, interdita tantos sonhos quanto outros socialmente carimbados como “criminosos”, ainda que ao burguês devedor tal alcunha acabe por não recair. O que se está aqui a falar é a aplicação da sanção mais gravosa aos proprietários dos



**Para o bem do próprio capital – claro, para além do conjunto das classes trabalhadoras –, ao mal capitalista, que desrespeita direitos sociais e ambientais, e joga com os planos de contingência e riscos de judicialização a pretensa possibilidade de se desresponsabilizar pela simples reparação monetizada dos danos por si causados, não se deve conferir tal prerrogativa social do gozo do lucro (isso porquanto esse existir).**

meios de produção: a expropriação. Já viabilizada em nosso ordenamento jurídico pelo art. 243, da Constituição da República, aplica-se apenas aos casos em que se verifica que a propriedade foi utilizada para fins de plantio de plantas psicotrópicas ilícitas, ou então como *locus* em que se constata redução de trabalhadoras e trabalhadores a condições análogas à de escravo (na forma do art. 149, do Código Penal, ainda que sigam os setores da burguesia esperneando para restringir tal possibilidade<sup>16</sup>, não posta em prática até o momento). O que resta é aprofundar e simplificar os meios da sua viabilização, isso aos proprietários privados (ou seja, os proprietários dos meios de produção), ampliando o espectro de danos sociais e ambientais que devem ser socialmente reparados – na mesma medida sócio-ambientalmente – por meio da destituição indene da propriedade.

Para o bem do próprio capital – claro, para além do conjunto das classes trabalhadoras –, ao mal capitalista, que desrespeita direitos sociais e ambientais, e joga com os planos de contingência e riscos de judicialização a pretensa possibilidade de se desresponsabilizar pela simples reparação monetizada dos danos por si causados, não se deve conferir tal prerrogativa social do gozo do lucro (isso porquanto esse existir).

O importante, em outras palavras, é prevenir, antes de remediar.

#### **PROPOSIÇÃO VI: SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA NO AMBIENTE DE TRABALHO COMO UMA QUESTÃO COLETIVA QUE ATINGE TODA HUMANIDADE, E NÃO APENAS AQUELES E AQUELAS QUE SE COLOCAM DIRETAMENTE NA RELAÇÃO DE TRABALHO**

As discussões quanto a reparação material e monetizada de eventuais danos ensejados aos trabalhadores e trabalhadoras invariavelmente leva a recair em saídas individualistas de incidência jurídica ou, quando não, coletivas, dada a natureza individual homogênea, a que diversos trabalhadores e trabalhadoras de uma mesma unidade produtiva podem estar sujeitos. São situações frequentes aquelas que envolvem questões de saúde, segurança e higiene do trabalho.

<sup>16</sup> SEFERIAN, 2018.

Ocorre que estas questões, quando alcançadas por ilícito praticado pelo empregador – ou mesmo ante práticas lícitas, cujas consequências mediatas ou imediatas se desconhecem na saúde de quem trabalha e ao meio ambiente –, gerando riscos ou danos aos empregados e empregadas, em muitas circunstâncias transbordam os efeitos adstritos a esse conjunto de trabalhadoras e trabalhadores. Os recentes episódios ocorridos por força de ações e omissões da Samarco, em Mariana-MG, e da Vale, em Brumadinho-MG, trazem para próximas situações que remetem à memória dos jovens há mais tempo, como as atrocidades cometidas pela UnionCarbide, em Bhopal, Índia (1984), pela ICMESA, em Seveso, Itália (1976), e pela Chisso, em Minamata, Japão, os acidentes nucleares de Chernobyl (1986) e Fukushima (2011), e os naufrágios das plataformas P-36 da Petrobrás (2001) e Deepwater Horizon, da British Petroleum (2010), estes três últimos fatos cronologicamente mais próximos a nós.

A leitura dentro dos marcos da juridicidade burguesa, mesmo progressista, que consideraria tais danos transindividuais ou difusos, é insuficiente, e a abordagem do tema desde a perspectiva tático-transicional ecossocialista reclama a ampliação da compreensão dos efeitos de tais atividades econômicas, isso a fim do reconhecimento do *impacto sócio-ambiental objetivo* existente na prática de tais empresas.

Tal reconhecimento deve por certo implicar não só em interdições jurídicas ao exercício de certas atividades econômicas – a produção de energia nuclear, a indústria armamentista, a produção de venenos para o agronegócio, entre outras –, como também passar pela compreensão que tais formas de atividade são prejudiciais à totalidade da humanidade, carregando em si mais marcas da barbárie e regresso humanístico do que suposto progresso técnico que possam acarretar. Só assim, com esse enfeixar de consciências, se poderá compor os indutores políticos à mobilização coletiva das trabalhadoras e trabalhadores para que tais ramos de atividade deixem de existir na prática.

Claro que tal fim só poderá ser alcançado com a articulação de outras salvaguardas sociais de transição e ampliação dos marcos de empregabilidade em outros setores de atividade econômica (que a redução da jornada de trabalho, por exemplo, poderia ser um bom

motivador), até em razão de um número substancial de postos de trabalho virem a ser extintos em tais. Até em razão de que, na sociedade do capital, porquanto esta durar, a dependência dos despossuídos e despossuídas pela venda da sua força de trabalho seguirá estrutural e necessária.

Quanto a estes aspectos, os limites do direito burguês ainda se tornam mais perversos quando a tutela é dada pelo judiciário e suas modulações de efeitos decisórios. Para tratar do tema de forma exemplificada, que demonstra cabalmente tais limites da juridicidade burguesa, citemos um caso emblemático: no processo TST-ARR-22200-28.2007.5.15.0126, foram condenadas as multinacionais BASF<sup>17</sup> e SHELL a reparar individual e coletivamente trabalhadores e trabalhadoras que, no município de Paulínia-SP, se viram expostos por décadas aos venenos – como era o caso dos “drins” – produzidos pelas empresas para uso pelo agronegócio. O desfecho do processo teve um desembocar duplice: a pactuação do maior acordo já realizado na Justiça do Trabalho brasileira e, de outro, a permanência em completo desamparo de uma série de vítimas da violência socioambiental burguesa – que vão desde o conjunto de trabalhadoras e trabalhadores terceirizados também expostos a tais males, que lá laboravam e não foram representados pelo sindicato proponente da ação em razão das mazelas da organização sindical de Estado brasileira; às vítimas diretas, em Paulínia-SP, que nunca trabalharam na empresa, bem como aquelas e aqueles que sofreram com o uso de tais produtos ao aplicar ou consumir os frutos do agronegócio.

A modulação da tutela jurídica burguesa não cabe aos olhos de atenção totalizante ecossocialistas. E é a essa paisagem que o novo Direito do Trabalho deve mirar seus olhos.

## **PROPOSIÇÃO VII: PENSAR TATICAMENTE O DIREITO DO TRABALHO DESDE O DIREITO AMBIENTAL**

É fundamental, no mais, repensar o Direito do Trabalho desde a perspectiva daquele ramo jurídico que, ainda mais novo que o juslaboral, conta tanta conexão com a proteção jurídica das tra-

<sup>17</sup> Empresa fruto da dissolução da IG Farben – produtora do Zyklon B, gás utilizado nos campos de concentração nazistas –, após a derrocada nazista na Alemanha.

balhadoras e trabalhadores: o Direito Ambiental, tomado em sentido estrito.

Fruto de um processo histórico de todo interessante, decorrente de tomada de consciência quanto a indispensabilidade de proteção do meio ambiente e estruturado desde lutas sociais ecológicas, o Direito Ambiental guarda todo um complexo arcabouço de normas e princípios úteis à compreensão juslaboral. Quanto a estes últimos, uma série deles – o da precaução, da prevenção, do equilíbrio, da capacidade de suporte, entre outros – podem servir de lentes heurísticas para abordagem da matéria protetiva das trabalhadoras e trabalhadores, visando lhe conferir qualidades a enfrentar suas mais urgentes tarefas.

No mais disso, a constituição das fontes materiais do Direito do Trabalho – este que deve ser compreendido em sua unidade processual histórica e textual-normativo –, mormente o processo de lutas sociais, devem incorporar os desígnios de proteção ambiental e articular suas lutas também amparadas nesses registros, animando dentro das “pautas corporativas”, também aquelas constitutivas do Direito Ambiental. Os instrumentos e métodos de luta das trabalhadoras e trabalhadores deve, pois, se voltar também a tais interesses, em que pese saibamos a dificuldade de admissibilidade jurídica de medidas de tal natureza. Como imaginar, em condições conjunturais como as atuais, ter a admissão de greves por razões ambientais por nossos tribunais? Mas, enfim, já não sabemos que esse direito e essa institucionalidade não nos servem? Devemos distender seus limites ao máximo.

O tema é espinhoso e chama atenção até mesmo para que possamos olhar de forma crítica, ainda que reconhecida a importância de tais processos, para novas dinâmicas de organização e luta classista, a exemplo das articulações dos caminhoneiros brasileiro e dos *Gilet Jaunes* franceses, ambos despontando em 2018 e que tiveram, ao menos de início, sua motivação principal de luta política pautada pelo direito ao uso de combustíveis fósseis a preços mais baixos (ou seja, potencialmente ampliados), pouco ou nada tocando em temas concernentes ao meio ambiente. Melhor dizendo, caminhando ao revés das lutas ambientalista, estimulando diretamente aspectos dos mais daninhos da política energética gerida pelo capital.

**Fruto de um processo histórico de todo interessante, decorrente de tomada de consciência quanto a indispensabilidade de proteção do meio ambiente e estruturado desde lutas sociais ecológicas, o Direito Ambiental guarda todo um complexo arcabouço de normas e princípios úteis à compreensão juslaboral.**

Assim, Direito do Trabalho e Direito Ambiental devem se articular, combinar e complementar, haja vista que as demandas sociais e ambientais, em sua busca por solução, possuem raízes comuns e atentam contra males estruturalmente convergentes.

### **PROPOSIÇÃO VIII: DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO DIMENSÃO DE NECESSÁRIA AFIRMAÇÃO**

Outro campo que merece ser recomposto e fortalecido desde a perspectiva ecossocialista é o do Direito Internacional do Trabalho.

Em que pese saibamos da importância da dimensão nacional das lutas sociais no bojo da modernidade, questão deveras trabalhada no *Manifesto Comunista* de Marx e Engels<sup>18</sup>, esta não exclui as dimensões internacionais da luta de classe e da revolução. Muito pelo contrário. Nesse processo complexo, dialeticamente, as lutas nacionais e internacionais devem necessariamente se articular. O temário ecológico traz um novo tempero ao trato da revolução permanente e das interdições estratégicas do “socialismo em um só país” e suas variações: a emergência da crise ambiental que nos assola nos faz lembrar, a todo tempo, que as agressões ao meio ambiente – bem como seus ricochetes, cada vez mais imprevisíveis e arrebatadores – não respeitam as fronteiras artificiais da política humana, em que pese, pela natureza das agressões sociais e ambientais, algumas parcelas do planeta sejam mais diretamente afetadas.

Desse modo, uma articulação que recomponha o Direito do Trabalho dentro de um registro ecossocialista deve também – ou melhor, deve fundamentalmente – passar pela esfera internacional. De modo algum isso sinaliza uma crença ingênua na Organização Internacional do Trabalho ou no Direito Internacional como hoje concebido – também objeto da crise civilizacional, em suas diversas manifestações<sup>19</sup> –, mas apenas um apelo que este seja da mesma forma tocado taticamente na perspectiva de construção da revolução internacional.

<sup>18</sup> MARX, ENGLES, 2010.

<sup>19</sup> BENSÄID, 1999a e 1999c.

Exsurge como chave fundamental desse novo Direito Internacional do Trabalho a imprescindibilidade de se desamparar dos cânones universalizantes burgueses em que se assenta o direito internacional, de modo geral. As políticas de implementação de políticas sócio ecológicas pautadas nesse conjunto normativo recomposto deve se atentar não só ao desenvolvimento desigual e combinado do capital em todo globo, como à *dívida histórica constituída, econômica e ecologicamente, pelos países do Norte para com os do Sul global*. Dessa forma, deverão ser mais profundas e contundentes, transicionalmente, as medidas de constrangimento sócio ecológico aos países centrais da ordem do capital, quando comparados com os países periféricos, isso com vistas de fomentar seu real desenvolvimento, que por certo não se confunde com um Progresso iniciado com maiúscula ou com as perspectivas daninhas de crescimento econômico. Da mesma sorte, parece-nos que este conjunto de medidas deve contemplar toda uma série de novas questões sociais que reclamam respostas não particularizadas, mas internacionalmente articuladas, e que emergem contemporaneamente, afetando diretamente os arranjos do mundo do trabalho e o gozo de Direitos Sociais, como é o caso do trato das migrações por motivos climáticos, a resultar na cada vez maior existência dos chamados “refugiados climáticos” em todo globo.

### **PROPOSIÇÃO IX: UNIÃO XIFÓPAGA ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E A CIDADE**

Tema não discutido no campo da história do Direito do Trabalho é o da comum trajetória existente entre a estruturação da urbe moderna e a proteção jurídica das trabalhadoras e trabalhadores.

O mesmo *Manifesto*, já citado, sinaliza a tendência posta na sociedade capitalista de concentração das trabalhadoras e trabalhadores em razão das necessidades da crescente industrialização, dominância mercantil e aprofundamento da divisão social do trabalho. Trata-se, pois, de uma necessidade estrutural do capitalismo, e dessa forma mercado e cidade caminham conjuntamente em seu moderno forjar. Nesse processo, agudizam as contradições sociais da ordem capitalista (nascente, em desenvolvimento ou já madura), ao proporcionar que o conjunto das pessoas que trabalham, ao viver

**Não nutrimos qualquer crença que o direito burguês – e, logo, o Direito do Trabalho, enquanto seu ramo particular – terá existência *ad eterna*. Assim como o direito, não obstante a cientificidade burguesa assim pretenda pintar a coisa, tem historicidade particular, e não existe desde sempre.**

e compartilhar de espaços e momentos de forma mais intensa (seja na habitação, seja no próprio labor ou outros espaços de sociabilidade, mercado incluso), compartilham suas agruras, compreendem o papel de atuação unitária na busca de suas conquistas políticas, conduzem o necessário enfrentamento de classe nas mais diversas dimensões da sua vida – seja no trato de pautas consideradas “corporativas” ou imediatas, seja no processo de transformação radical e revolucionário da sociedade, de natureza anticapitalista –, ensinando, como uma das respostas paliativas burguesas a tais conflitos classistas, visando “*entregar os anéis para não perder os dedos*”<sup>20</sup> e buscar a “paz social”, na estruturação do Direito do Trabalho.

### **PROPOSIÇÃO X: TAREFAS PARA O FENECIMENTO COMUM DO DIREITO DO TRABALHO E DA CIDADE**

O esquema apresentado acima, bastante simplista e até mesmo perigosamente mecânico, denota alguns traços da indissociável conexão entre o Direito do Trabalho e a cidade, considerando-os construtos sociais da modernidade capitalista. Tais traços remetem a outra conexão, que da mesma forma enfeixa tal liame a partir de dinâmicas históricas: a da comum dissolução do Direito do Trabalho e da organização urbana como conhecemos.

Não nutrimos qualquer crença que o direito burguês – e, logo, o Direito do Trabalho, enquanto seu ramo particular – terá existência *ad eterna*. Assim como o direito, não obstante a cientificidade burguesa assim pretenda pintar a coisa, tem historicidade particular, e não existe desde sempre. O brocardo *ubi societas ibi ius* por certo é insustentável material e historicamente. A forma jurídica, e o Direito do Trabalho, tão logo deixem de existir as necessidades de regulamentação social funcionais à existência e reprodução do capital, terão idêntico destino.

Logo, acabarão.

Esse processo por certo não é imediato, e reclamará toda uma série de processos, mais ou menos acelerados, articulados com as bases e resquícios materiais da própria sociedade burguesa, que colocarão o que podre está em fenecimento.

<sup>20</sup> RAMOS FILHO, 2012.



Dessa forma, um Direito do Trabalho voltado à perspectiva ecossocialista deve, em suas tarefas transicionais, da mesma forma fomentar e indicar, de forma articulada com outros campos jurídico em fenecimento e com as práticas políticas que o sustentam, a dissolução das distinções entre campo e cidade, a decomposição das estruturas funcionais ao capital na organização dos territórios e buscar a recomposição dos espaços de vida dentro de uma outra racionalidade que não a da toxicidade mercantil. Isso ao mesmo tempo que estrutura o seu comum extinguir junto a toda juridicidade, junto à ordem do capital.

O Direito do Trabalho ecossocialista não intenta sua eternização. Cômico de seu papel tático, deve direcionar seus fins à sua própria ruína. Que é a ruína da sociedade do capital.

## **PROPOSIÇÃO XI: DIREITO À CIDADE E DIREITO DO TRABALHO**

Não só na construção e fenecimento históricos da cidade que o Direito do Trabalho se articula com a urbe. Certamente, porquanto o Direito do Trabalho existir, mesmo que com pouco impacto ou trazendo pouco ruído à lógica de exploração capitalista, sintomaticamente há muito já se verificam articulações dialéticas entre a regulamentação da contratação da força de trabalho e a gestão territorial do capital. Daí as reflexões que envolvem o trato de questões atinentes a tais pontos merecerem também um enfoque ecossocialista.

É um exemplo disso o trato dos aspectos relacionados à transferência de trabalhadoras e trabalhadores (tocados pelo nosso ordenamento de forma monetizada, como expusemos na proposição V) e à interpelação juslaboral ao transporte urbano. Quanto a esse último tema, diversas questões podem ser levantadas, como por exemplo o instituto do Vale-Transporte – previsto na Lei n. 7.418/1985 –, os ressarcimentos com combustíveis conferidos a trabalhadores e trabalhadoras e os descontos salariais resultantes de atrasos por falhas do transporte público.

Desde logo, e até que essa ordem tenha seu termo, o Direito do Trabalho deve se colocar como estimulador primeiro do fomento ao transporte público, à permanência do trabalhador e da trabalhadora

junto ao seu local de labor – desde que isso não acarrete o aprofundamento de injustiças ambientais –, da impossibilidade de que quem trabalha seja responsabilizado por atos de terceiros resultantes da caótica organização urbana (caos compartilhado com o capital), bem como interditor da afirmação do transporte privado e individual como solução aos dilemas de gozo ao Direito à Cidade.

Deve ser, pois, também acessório à efetivação de um relacionamento pautado pelo bem-viver entre homens e mulheres e o território.

**Com estas breves onze proposições, intentamos lançar inquietações, pistas e indicativos para uma reflexão e construção juslaboral ecossocialistas.**

## RENOVADAS INCONCLUSÕES

Com estas breves onze proposições, intentamos lançar inquietações, pistas e indicativos para uma reflexão e construção juslaboral ecossocialistas. Por certo, esta não pode e jamais poderá ser pautada desde a teoria, desde um texto, desde as proposições intelectuais de um agente individual, por mais que inserido em processos coletivos específicos de luta social – que é muito mais ampla e plural do que qualquer agente isolado (ou coletivo) pode vir a alcançar, a contemplar.

A estruturação tática de um Direito do Trabalho ecossocialista, por mais que possa nessas proposições ser amparado, jamais deixará de tomar reflexões como *induções condicionadas*, com as quais se articula dialeticamente, influenciando em sua conformação.

Logo, não será a teoria ou a intervenção divina a nos salvar. Seremos salvos da barbárie ecocida capitalista pela transformação social revolucionária capitaneada pelas exploradas e explorados, pelas oprimidas e oprimidos da história. Desde que, claro, imbuída de tais valores ecossocialistas.

A compreensão de políticas antipatriarcais, antirracistas, da dependência, da colonialidade, das críticas à ideologia do progresso e do desenvolvimento, do desenvolvimento desigual e combinado do capitalismo, do internacionalismo operário, do bem-viver se imbricam e devem se imbricar nessa construção, que por ora é apenas inaugurada.

Ainda que pequenas, estão nossas proposições marcadas pela mais profunda esperança que nosso futuro será triunfante e harmônico com o todo natural, ainda que para que tal se dê necessitemos em

muito lutar. A conjuntura é das piores que já pudemos imaginar ou viver. Mas não temos o que temer. O moto unidirecional capitalista e seu Progresso não nos levará à libertação, e nossa destruição desponta como, senão imediata, muito próxima. Que com nossa coragem transformadora, questionadora e ativa, também possamos não temer os componentes químicos que cairão junto à chuva que limpará nossa terra de toda forma de exploração e opressão.

## REFERÊNCIAS

BENSAÏD, Daniel. *Contes et legendes de la guerre éthique*. Paris: Textuel, 1999a.

\_\_\_\_\_. *La pari mélancolique: métamorphose de la politique, politique des métamorphoses*. Paris: Fayard, 2007.

\_\_\_\_\_. *Marx, o Intempestivo: grandezas e misérias de uma aventura crítica*. Trad. Luiz Cavalcanti de M. Guerra. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1999b.

\_\_\_\_\_. *Qui est le juge?: Pour en finir avec le tribunal de l’Histoire*. Paris: Fayard, 1999c.

FRANCISCO, Papa. *Carta Encíclica Laudato Si’*: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulinas, 2015.

LÖWY, Michael. “Cenários do pior e alternativa ecossocialista”. In: *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 104, p. 681-694, out/dez 2010.

\_\_\_\_\_. “Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista”. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, 67, p. 79-86, Jan./Abr.2013.

\_\_\_\_\_. “Ecosocialismo e planejamento democrático”. In: *Crítica Marxista*, n.28, p.35-50, 2009,

MANDEL, Ernest. *From class society to communism: an introduction to marxism*. Trad. Louisa Sadler. Londres: Ink Link, 1977.

\_\_\_\_\_. *Socialismo x Mercado*. 2a ed., Trad. José Almeida de Souza Júnior. São Paulo: Ensaio, 1995.

MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

\_\_\_\_\_. ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*, Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2010.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. Trad. Paulo Sérgio Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2009.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

SEFERIAN Scheffer Machado, Gustavo. *Direito do Trabalho como barricada: sobre o uso tático da proteção jurídica dos trabalhadores*. Tese (doutorado) defendida junto à Faculdade de Direito da FDUSP, 2017.

\_\_\_\_. “Hoje, és nevoeiro...”: linhas sobre o conteúdo e sentido do trabalho escravo contemporâneo. In: *Revista Videre (On line)*, v. 10, p. 263-268, 2018.

TANURO, Daniel. *L'impossible capitalisme vert*. Paris: La decouverte, 2010.

# LA REFUNDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO PARA GARANTIZAR LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y EL “TRABAJO DECENTE”

José Luis  
Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Aesss), Granada, Granada, Espanha. [jmonereo@ugr.es](mailto:jmonereo@ugr.es)

Recebido: maio, 2019

Aceito: agosto, 2019

## A refunção do Direito do Trabalho para garantir a plena efetividade dos direitos sociais fundamentais e o “trabalho decente”

### RESUMEN

Con base en las políticas neoliberales impuestas por las instituciones de gobernanza de la Unión Europea a los estados miembros que han resultado en el establecimiento de un modelo de constitucionalismo “débil” caracterizado por el surgimiento del “estado de mercado” y del “derecho flexible del trabajo”, el artículo analiza las recientes iniciativas de la propia Unión Europea para la contención de los avances desenfrenados e incontrolados del proceso de integración económica frente a las diversas crisis vividas y propone una serie de medidas para la efectividad de los derechos sociales fundamentales y el paradigma del “trabajo decente” que promueve la refundación del derecho del trabajo a partir del desarrollo de un sistema multinivel (internacional, europeo y nacional) de carácter garantista.

**Palabras-clave:** Derecho Laboral; Derechos Sociales Fundamentales; Unión Europea; Neoliberalismo; Garantismo.

## Resumo

Com base nas políticas neoliberais impostas pelas instituições de governança da União Europeia aos estados-membros que resultaram na instituição de um modelo de constitucionalismo “débil” caracterizado pela emergência do “Estado de mercado” e do “direito flexível do trabalho”, o artigo analisa as recentes iniciativas da própria União Europeia para a contenção dos avanços desmedidos e descontrolados do processo de integração econômica diante das diversas crises vivenciadas e propõe uma série de medidas para a efetividade dos direitos sociais fundamentais e do paradigma do “trabalho decente” que promovam a refundação do direito do trabalho a partir do desenvolvimento de um sistema multinível (internacional, europeu e nacional) de caráter garantista.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho; Direitos Sociais Fundamentais; União Europeia; Neoliberalismo; Garantismo.

## Abstract

Abstract: Based on the neoliberal policies imposed by the governance institutions of the European Union on the member states that resulted in the establishment of a “weak” constitutional model characterized by the emergence of the “market state” and the “flexible labor law”, the article analyzes the recent initiatives of the European Union itself to contain the unbridled and uncontrolled advances of the process of economic integration in the face of the various crises experienced and proposes a series of measures for the effectiveness of fundamental social rights and the “decent work” paradigm that promote the refounding labor law through the development of a multi-level (international, European and national) guaranteeing system.

**Palavras-chave:** Labor Law; Fundamental social rights; European Union; Neoliberalism; Guarantee.

El Estado constitucional presupone que las personas, es decir, los ciudadanos, tienen un interés en la “búsqueda de la verdad”; donde el interés por la verdad es ya la meta a alcanzar.

*P. Häberle*

[...] Ya exhalamos nuestro aliento. Pero mientras tanto, cuando aún lo volvemos a aspirar, cuando vivimos entre los hombres, practiquemos la humanidad [...].

*L. A. Seneca.*

## 1. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES SE ENMARCAN EN EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN DEL PRINCIPIO CIVILIZATORIO DE “JUSTICIA SOCIAL”

Hablamos de refundar y modernizar el Derecho del Trabajo. Pues bien, la primera interrogante que hay que plantear es ¿Modernizar para qué? A este interrogante se le puede dar una respuesta neoliberal que no parte de la garantía de los derechos fundamentales (más bien se puede decir que es ajena al lenguaje de los derechos), sino ante todo de establecer la creación de mercados de trabajo flexibles neutralizando o dejando en un segundo plano la finalidad fundamental del ordenamiento laboral de reducir la desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral y empoderar a los trabajadores a través de la reconocimiento del papel sociopolítico de las organizaciones sindicales de identidad colectiva del trabajo<sup>1</sup>. Pero cabe otro tipo de respuesta radicalmente diferente, partiendo de que ese interrogante incorpora un fin<sup>2</sup>, que en el constitucionalismo con Estado Social de Derecho ser otra que la de garantizar la efectividad plan de los derechos sociales fundamentales y para que el Derecho del Trabajo sea una rama del ordenamiento jurídico que garantice un doble equilibrio: entre la racionalidad económica y la racionalidad social, por un lado, y por otro, un equilibrio de los poderes sindicales y empresariales en el ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

La eficacia real de los derechos fundamentales, como en el fondo la de todos los derechos que se tengan por tales mirados desde el punto de vista del sistema jurídico, depende íntimamente de la concurrencia de determinados presupuestos objetivos, de entre los cuales interesa aquí señalar los que revisten un carácter estrictamente jurídico (factores jurídicos determinantes de la existencia de los derechos sociales fundamentales). La existencia como realidad jurídica de un derecho *social* fundamental requiere de la actualización de dos tipos de requisitos interdependientes, a saber: el supuesto técnico-jurídico general de “positividad” y un sistema de garantías jurídicas e institucionales a través de determinadas técnicas específicas de organización jurídica.

<sup>1</sup> Esta es la propuesta subyacente a la Documento de la COMISIÓN EUROPEA, 2006, p. 708 final.

<sup>2</sup> IHERING, 2011 e 2008.



No hay inconvenientes técnicamente relevantes para afirmar la existencia, desde el punto de vista filosófico o axiológico, de derechos humanos sociales (“valores humanos”) cuya protección reclama la sociedad de los poderes públicos constituidos. Ahora bien, se convenirá que para que tales derechos humanos tengan la consideración de derechos subjetivos, alegables o simplemente apreciables para su protección como tales frente a (o por) los Tribunales de Justicia, deben ser reconocidos e incorporados al orden jurídico. Y, aun así, esta “recepción” de los principios o valores de carácter socio-económico al ordenamiento jurídico-laboral se puede producir, como es bien sabido, en virtud de distintos “niveles” de reconocimiento perfectamente diferenciados: o bien como principios o “valores fundamentales” de alcance programático; o como normas de organización sin aplicabilidad directa e inmediata y sin que, en consecuencia se atribuyan a sus titulares destinatarios verdaderos derechos subjetivos plenamente alegables, y apreciables en cuanto tales, ante los Tribunales; o bien, en su más perfecta “normatividad” jurídica, es decir, que esos valores sean garantizados en reglas positivas de las que deriven el reconocimiento de derechos subjetivos fundamentales de eficacia jurídica bilateral. En realidad, el tránsito de los valores humanos social y políticamente relevantes a los valores superiores positivados (es decir, situados en el marco de un sistema jurídico-positivo) o a los derechos en sentido estrictamente jurídico – con la atribución de los poderes jurídicos correspondientes – sólo se produce en el momento de su normatividad, y en puridad con su normación positiva al más alto nivel al otorgarles, ya sea en el plano nacional como en el internacional, un rango superior o de supralegalidad que permita la conformación del contenido esencial del derecho mediante su institucionalización jurídico-constitucional, sustrayéndolo a la disponibilidad del legislador ordinario; es decir, los derechos fundamentales han de ser dotados y formar parte de las garantías institucionales de la Constitución o instrumento jurídico fundamental de un determinado ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Conviene matizar la cualidad-condición iuris como derechos subjetivos de los derechos fundamentales en la forma típica de garantía de los mismos. En una perspectiva general y comparada, se puede decir que tales derechos no necesariamente tienen que ser configurados como derechos subjetivos propiamente dichos; pueden ser estructurados a través de otras situaciones jurídicas subjetivas activas, como señaladamente, los intereses legítimos, poderes, facultades, cargas, etc. Aparte de que, como se verá inmediatamente, es pertinente tener en cuenta el posible reconocimiento constitucional de principios jurídico-laborales en normas de organización, definitorias de los fines a perseguir por los poderes públicos.

**Los derechos sociales fundamentales son derechos frente al Estado o poder público en demanda de acciones fácticas positivas; son derechos que en caso de desatención son justiciables o exigibles por vía judicial.**

El segundo de los supuestos jurídicos determinantes del reconocimiento de los derechos fundamentales consiste en que estos derechos sean organizados con arreglo a las técnicas específicas que más se correspondan con su naturaleza y funcionalidad intrínseca. Es pertinente recordar, en particular, que los llamados derechos de carácter económico-social (y asimismo los de contenido “cultural”) exigen normalmente técnicas de protección y de garantía singulares debido a su especial naturaleza y funcionalidad, comportando, en general, una acción positiva de los poderes públicos constituidos en orden, según los casos, a promover las condiciones necesarias para su efectividad (en cuanto libertad preordenada a conseguir una mayor igualdad y emancipación social de los trabajadores); o, en un plano diverso, a programar y organizar determinadas actuaciones positivas de prestación pública, tratándose, en éste último caso, de normas positivas determinantes, que prefijan y conforman los fines sociales que han de ser alcanzados por los poderes públicos (La elaboración conceptual de este tipo de garantías es ante todo tributaria de las aportaciones de la dogmática constitucional alemana). Los derechos sociales fundamentales son derechos frente al Estado o poder público en demanda de acciones fácticas positivas; son derechos que en caso de desatención son justiciables o exigibles por vía judicial. En realidad, la positivación de los derechos humanos de contenido social adquiere una *concretización garantista múltiple*, según su particular forma de positividad en el ordenamiento como derechos subjetivos, su formulación más acabada, o principios de política social (“normas de fin”), expresándose jurídicamente en una amplia gama de situaciones jurídicas subjetivas, que van desde la mera expectativa o interés simple hasta el derecho subjetivo.

Estamos, pues, ante dos modos de organización jurídica de los derechos sociales que presentan en común una premisa sustancial: La conveniencia político-jurídica, previa a la precisa opción técnica concreta determinante de su organización, de que dichos derechos sociales exigen *más principalmente que otros derechos*, incluidos los considerados fundamentales<sup>4</sup>, una acción positiva que los promueva removiendo todos aquellos obstáculos que impidan su efectividad,

<sup>4</sup> Aunque difícilmente encontrará hoy una objeción sobre el hecho de que operativamente todos los derechos fundamentales exigen, en cierto modo, y en cierta medida, algún tipo de acción positiva del poder público de cara a garantizar la plena efectividad de los derechos facilitando sus condiciones de realización.

y que los garantice, con frecuencia, mediante una acción prestacional de carácter público, con la finalidad de hacer valer los componentes igualitarios de tales derechos sociales. Este distinto modo de organización jurídica depende de la concreta voluntad política (“política de derechos fundamentales”, se así se quiere llamar) que esté llamada a decidir sobre la oportunidad de positivizar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizado jurídicamente en la Constitución.

Ciertamente, para que singularmente los derechos sociales puedan entenderse tutelados no basta que sean reconocidos y sea declarada meramente su virtual existencia, necesitan ser garantizados de modo específico y apropiado. Efectivamente, la protección de los derechos sociales exige técnicas específicas de organización jurídica, porque operativamente los derechos de contenido socio-económico *no se organizan por sí mismos* constituyendo simples límites de la acción estatal, como se ha venido afirmando, no sin cierta inexactitud, respecto a los derechos de libertad clásicos, reconocedores de una esfera de acción autónoma al ciudadano considerado en su máxima individualidad, ante todo, frente al Estado. Los derechos sociales adquieren la matizada naturaleza, según el tipo de derecho de que se trate en cada caso, de libertades de emancipación y participación, individual y colectiva, y derechos a prestaciones públicas, acentuando con ello los componentes igualitarios de los derechos de libertad tradicionales. Es atendiendo a esta naturaleza singular de los derechos sociales (tanto los de pura libertad como los de contenido prestacional) por lo que se requiere de mecanismos especiales de promoción y de garantía pública que permitan su real disfrute. A este respecto, las garantías liberales negativas (propias del Estado de derecho liberal) se matizan y complementan mediante la instrumentación de garantías sociales positivas (correspondientes al Estado de derecho social corrector de los elementos desviantes del sistema liberal), que para ello requieren, con suma frecuencia, de prestaciones positivas de los poderes públicos en beneficio de los ciudadanos. Es, por otra parte, ese *garantismo social* la base de la democracia sustancial (democracia social, a secas) sobre el que se cimenta el sistema político del Estado social moderno, constituyendo así este garantismo una condición para la realización del principio democrático. La democracia sustancial introduce un tipo de

legitimación sustancial complementaria de la legitimación formal. La democracia constitucional refleja un *modelo pluridimensional* de democracia, que unifica en un todo las dimensiones formal y sustancial del sistema democrático. La democracia constitucional se basa en razones sociales (democracia social) y, a su servicio, el Estado Social se convierte en su instrumento privilegiado de realización efectiva. Ha de realizarse que la democracia constitucional – la democracia propia del constitucionalismo social – es un sistema político complejo, basado (fundado) sobre los límites y sobre vinculados jurídicos impuestos a todos los poderes existentes, públicos y privados, estatales y supraestatales, para la tutela de la paz y de los derechos fundamentales de todos<sup>5</sup>. Se comprende así que “la democracia, el desarrollo y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente (...) La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, y el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero”<sup>6</sup>. Se realiza “que se dé prioridad a la adopción de medidas nacionales e internacionales con el fin de promover la democracia, el desarrollo y los derechos humanos”<sup>7</sup>.

El constitucionalismo social ha transformado profundamente la naturaleza del Derecho y de la democracia moderna, imponiendo a la política límites y vínculos sustanciales, la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, de manera que actualmente el entero edificio de la democracia constitucional se cimienta sobre esa doble dimensión procedimental y sustancial (que remite a valores superiores y derechos fundamentales garantizados como base de la convivencia en una sistema democrático que merezca la condición de tal). Desde esta perspectiva, la Constitución o norma de valor fundamental adquiere no sólo una dimensión formal o estructural, sino también una dimensión axiológica o valorativa. Los derechos fundamentales son fuente de legitimación del proceso constituyente europeo. Esa dimensión social de la democracia se

<sup>5</sup> FERRAJOLI, 2011a, Prefacio, y el desarrollo de esta idea en el cap. 11, contraponiendo los derechos fundamentales a los derechos meramente patrimoniales.

<sup>6</sup> Párrafo 8 de la Declaración de los Derechos Humanos de Viena, de 1993, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, el 25 de junio de 1993.

<sup>7</sup> Párrafo 66 de la Declaración de los Derechos Humanos de Viena, de 1993, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, el 25 de junio de 1993.

añade a la formal propia del Estado de Derecho clásico, y permite condicionar las decisiones formalmente democráticas al obligado respecto de los contenidos que se impone deducir de los derechos fundamentales. De este modo, se introduce un principio de legitimidad material sobreañadido a la estricta legitimidad formal y procedimental del Estado democrático. La garantía de los derechos fundamentales es inherente al Estado democrático contemporáneo, existiendo una relación de condicionamiento mutuo entre los derechos fundamentales y la democracia: la unidad de la democracia y “*rule of law*”. Precisamente el Estado social ha tratado de introducir limitaciones y amortiguadores a los efectos perversos de la economía de mercado y los procesos de acumulación del capital, garantizando cierta efectividad de los derechos fundamentales. En el lado inverso la protección de los derechos humanos en su dimensión social tiende a percibirse en la coyuntura actual como un obstáculo para el funcionamiento eficiente del mercado.

Algunos instrumentos jurídicos internacionales se ocupan de delimitar (como sí lo hace paradigmáticamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea de Turín de 1961, revisada en 1996, dotando a los derechos de un contenido esencial y de obligaciones de respeto y promoción impuestas a los poderes públicos) un “contenido esencial” (tan sólo podría tenerse “por referencia” a la Convención Europea y a las tradiciones y prácticas de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales; referencia a las “prácticas” que en la que subyace la idea de que la realidad del Derecho no se agota en las normas, pues comprende la práctica y la experiencia jurídica). Esta falta de delimitación del contenido esencial en el propio instrumento de garantía podría comprometer su carácter conformador de los derechos fundamentales que instituye. El “contenido esencial” de los derechos fundamentales constituye en sí mismo una garantía sustancial de los derechos fundamentales, a modo de una zona resistente e infranqueable (siempre difusa, ya en sí partiendo del dato jurídico de que el “contenido esencial” es típicamente un *concepto jurídicamente indeterminado* de difícil precisión) del derecho impuesta a las normas europeas y a las legislaciones de los países miembros. En caso de conflicto, al orden jurisdiccional competente la tarea de precisar dicho “contenido esencial”. La mejor

doctrina ha tratado de atenuar el rigorismo de la contraposición de las teorías absoluta (lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídica fundamental) y relativa (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de pragmática integración de los elementos teóricos operantes, bajo el prisma de la ponderación de bienes y componentes absolutos no relativizables. De manera que el “contenido esencial” no es tanto algo limitable y limitado en términos de “parte del derecho”, cuanto algo a confirmar por el legislador<sup>8</sup>.

La garantía del contenido esencial refuerza la protección de los derechos fundamentales frente a posibles actuaciones lesivas de los poderes públicos. Refleja el “arte del compromiso” y la base de adecuación de las reglas al cambio social. Los derechos fundamentales deben ser garantizados por los poderes públicos. Y respetando ese contenido esencial sólo podrán introducirse limitaciones al “ejercicio de los derechos y libertades” reconocidos en la Carta, dentro del principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – CDFUE). El principio de proporcionalidad exige que haya una ponderación de los fines y bienes jurídicos tutelados, pero de tal manera que la identidad de fines y valores del derecho fundamental de que se trate – y que lo hacen reconocible como tal- no se encuentre afectada en sí por ninguna restricción o limitación jurídica.

Pero en la tradición del constitucionalismo democrático-social se encuentra decididamente en crisis, con la ruptura del paradigma garantista de los derechos fundamentales y señaladamente de los derechos sociales, y, en definitiva, con el cuestionamiento permanente de la misma dimensión sustancial de la democracia. Sirve también para la Constitución social y la institucionalización de los derechos el aserto según el cual “la constitución y los derechos valen lo que valen sus garantías”. Estas son realmente incompletas, por el momento. Ello implica que se produce *una ruptura con el paradigma*

<sup>8</sup> HÄBERLE, 2003; RODRÍGUEZ-ARMAS, 1996.

**Se están produciendo reformas anómalas de la Constitución (Norma Fundamental), con perfiles de ilegitimidad, a modo de un proceso deconstituyente.**

*garantista*. Los derechos exigen posibilidades de garantía y desarrollo legislativo comunes y, especialmente, una acción jurisdiccional eficiente (el derecho de acción judicial forma parte del derecho en sentido técnico-jurídico, no es un elemento propiamente externo, sino interno al derecho mismo). La constitución social por valores o principios no opera como norma condicionante de la legislación infraconstitucional y de las prácticas de los actores (aunque no carece de esa fuerza normativa vinculante bilateral que es propia de una constitución normativa o garantista o, en nuestro caso de valor constitucional).

Lo que está cristalizando es la definición de una constitución liberalizante en sus pilares fundamentales: una constitución flexible del trabajo que es lo que ya se está configurando actualmente en las prácticas de los sistemas nacionales. La nueva versión de esa constitución flexible del trabajo son las políticas de flexiseguridad liberal impulsadas por las instancias políticas de la Unión, que muchos países traducen como una ruptura del respecto al modelo del garantismo jurídico-social (Estado garantista) propio del Derecho del Trabajo Clásico. Resulta significativo el proceso de construcción europea. El modelo social que cristaliza en el Sistema de los Tratados de la UE – tras la reforma realizada por el Tratado de Lisboa – supone una respuesta en gran medida insuficiente respecto de la lógica que sería propia a un modelo garantista de derechos fundamentales socio-económicos en el marco de un proceso “constituyente” de un sistema político-democrático avanzado. Desde luego, no se corresponde con una opción maximalista que supondría el reforzamiento de los poderes decisoriales de la Unión, ampliando sus competencias al ámbito de las políticas del *welfare* y generalizando la regla de la mayoría para tales decisiones. Así pues, el reconocimiento de derechos sociales fundamentales, que no se sostengan sobre políticas e instituciones europeas coherentes, se expone al riesgo de erigirse simplemente en una especie de *soft law* al máximo nivel.

Se están produciendo reformas anómalas de la Constitución (Norma Fundamental), con perfiles de ilegitimidad, a modo de un proceso deconstituyente<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Puede consultarse, FERRAJOLI, 2011b, pág. 52; PÉREZ, 2013a, pp. 17-62; PÉREZ, 2015a, p. 508 y sigs. (“El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”), y 522 y sigs. (“El paulatino desplazamiento del constitucionalismo Europeo por el constitucionalismo débil



Se trata de un modelo de “constitucionalismo débil” o debilitado, no reconducible al constitucionalismo social “garantista”; formas “blandas” de orden constitucional. Ese modelo de constitución “débil” supone la pérdida en gran medida de la función garantista; es, ésta, una concepción que constituye la base constitucional del nuevo Derecho Flexible del Trabajo. No hay un “garante” de los derechos constitucionales en la medida que el desarrollo de los derechos fundamentales a través de las políticas concretas comunitarias se somete a un régimen de reglas competenciales que permanecen inalteradas, lo que relativiza que estemos ante un hipotético hito “revolucionario” en la perspectiva de la construcción de la unidad europea. Paradigmáticamente, el Sistema de los Tratados de la UE es una constitución débil – un instrumento débil –, no en el sentido de que no tenga valor normativo (que lo tiene), sino en el sentido más específico de que consagra en muchos aspectos (especialmente los relativos a los derechos sociales) un grado de vinculación débil respecto del legislador comunitario y nacional. La “Constitución social europea” como constitución débil se limita a consagrar un conjunto de valores, principios y derechos abstractamente formulados, sin contenidos garantistas seguros y prefiguradores de la actividad legislativa pública. La “Constitución Social débil” se convierte en una suerte de centro de referencia jurídico-político flexible de las prácticas de los actores en conflicto, perdiendo su cualidad de prefiguración de un orden económico social concreto. La Constitución Social Europea se caracteriza por la proliferación de fórmulas coactivas “blandas” (*soft law*). De este modo la Constitución débil es una Constitución jurídica mínima y flexible. Casi todo es plenamente disponible por la política legislativa. Es suficiente reparar en el “informador” y “persuasivo” del “Libro Verde” de la Comisión Europea para comprobar que “modernización” sinónimo de “liberalización” y reducción de garantías y derechos sociales<sup>10</sup>. Este enfoque del “Libro Verde”, que deja en un segundo plano la garantía de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, sólo puede conducir a una suerte de “modernización regresiva y restringida”, con una generalización del trabajo precario, esto es, un mercado de trabajo más desigual, en el que hay más precariedad, y una sociedad más fragmentada y

---

neoliberal. La ruptura del paradigma de democracia sustancial”).

<sup>10</sup> COMISIÓN EUROPEA, 2006, p. 708 final; y COMISIÓN EUROPEA, 2007, p. 359 final.

**Conforme más se desregulan y flexibilizan las relaciones laborales y la generalización de la incertidumbre e inseguridad social endémica, más rápidamente se avanza de una sociedad del trabajo con garantías a otra de riesgos incalculables tanto desde el punto de vista de las personas como del Estado.**

más individualista e insolidaria. Un crecimiento económico que no se hace acompañar de progreso y cohesión social<sup>11</sup>. Conforme más se desregulan y flexibilizan las relaciones laborales y la generalización de la incertidumbre e inseguridad social endémica, más rápidamente se avanza de una sociedad del trabajo con garantías a otra de riesgos incalculables tanto desde el punto de vista de las personas como del Estado. Por ello, ante la emergencia del “Estado de mercado”, deberían buscarse nuevas vías para domesticar el mercado y evitar la remercantilización del trabajo como uno de los principales factores de inseguridad social. Corresponde a los sistemas públicos de regulación imponer – para lograr la cohesión social – el predominio del interés general sobre la competencia concurrente de los intereses privados. En este sentido, el Derecho Social (del Trabajo y de la Seguridad Social) debe constituir un garante mínimo de la dignidad, de la libertad y del derecho a la existencia de las personas (trabajo decente y protecciones sociales). Es así que puede contribuir a civilizar las relaciones sociales domesticando el mercado y articulando un conjunto de protecciones sociales y de derechos de “desmercantilización”, que otorgan o confieren poderes y posiciones activas de ventaja a los trabajadores o a las personas en general, que reducen su dependencia respecto del mercado en cuanto instancia de provisión selectiva del bienestar social.

Por el contrario, la “Constitución Económica Europea” – configurada en el Sistema de los Tratados de la UE – es una Constitución “fuerte” aunque incompleta por la inexistencia de una gobernanza integral de la Unión, que garantiza las bases constitutivas (derechos y libertades fundamentales de los agentes económicos, las reglas de juego indispensables para su funcionamiento; esto es, la constitución económica refiere al marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica) de un sistema económico de libertad de empresa en el marco de la economía del mercado interior comunitario. De este modo, por decirlo en esto con Carl Schmitt, la Constitución incorpora una decisión política fundamental sobre el modelo económico construido sobre la reafirmación de la primacía absoluta de la iniciativa empresarial y del principio de competitividad económica impulsada activamente por la nueva forma de “Estado-mercado”. Todo lo cual refleja la

<sup>11</sup> NACHTWEY, 2017. El fenómeno ha sido objeto de análisis y reflexión crítica, BECK, 2000; PÉREZ, 2011; PÉREZ, 2017a.

**El Derecho del Trabajo aparece por momentos regulativos como un Derecho “invertido” respecto a las previsiones constitucionales y de las normas internacionales, sin que formalmente se haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional, ni se hayan operados revisiones de los textos internacionales.**

opción por la subordinación del Derecho social (razón jurídico-social) al Derecho de la economía (razón jurídico-económica). La Constitución Social Europea “flexible” materializa un status de ciudadanía subordinado del trabajador y un gobierno global de la economía más liberado de limitación y cargas derivadas de las garantías sociales imperativas propias del constitucionalismo social clásico. Con todo, la constitución económica europea es una constitución “fuerte” y *definidora de un orden económico concreto* y determinado, destinarse a imponerse a la pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales. La disolución de los valores esenciales de la sociedad del trabajo regulada, con la ruptura de un vínculo histórico entre capitalismo, Estado del Bienestar y democracia. Así se renuncia a un tipo de legitimidad democrática para desplegar la utopía neoliberal de un mercado autorregulado<sup>12</sup> con apoyo del Estado intervencionista de mercado (Estado de mercado). Y entretanto la “flexibilidad del mercado de trabajo” se convierte en la nueva letanía política (dogma acrítico e indiscutido de “idea política”), que pone en guardia a las estrategias defensivas clásicas. Flexibilidad también significa que el Estado y la economía trasladan los riesgos al individuo. Ahora los trabajos que se ofrecen son precarios<sup>13</sup>. En este contexto el Derecho Flexible del Trabajo (formalizador de la constitución flexible del trabajo) supone una ruptura del Derecho Social del Trabajo Clásico garantista (la constitución del trabajo) del Estado social. El modelo se consolida con las reformas legales del mercado de trabajo de las últimas décadas. Estas reformas suponen un cambio de modelo normativo de Derecho del Trabajo, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo. El Derecho del Trabajo aparece por momentos regulativos como un Derecho “invertido” respecto a las previsiones constitucionales y de las normas internacionales, sin que formalmente se haya procedido a una reforma constitucional en los términos previstos en el propio texto constitucional, ni se hayan operados revisiones de los textos internacionales. El Derecho del Trabajo se hace más unilateral y desequilibrado, en la medida en que se subraya más su condición de instrumento regulador del mercado respecto a su papel de garante de derechos sociales de la ciudadanía.

<sup>12</sup> POLANYI, 1989.

<sup>13</sup> Paradigmática, BECK, 1998, p. 175 y sigs.; BECK, 2007.

En el cambio de paradigma de la constitución garantista a la constitución débil emerge la idea de una constitución por valores o principios. Su efecto es la pérdida de fuerza normativa conformadora del texto constitucional, que supone que la Constitución pierde sensiblemente parte de su espacio regulador y delimitador de las materias que ordena a favor de la mayor libertad de libre configuración del legislador infraconstitucional. De este modo se ve afectada la relación interfuente entre texto fundamental o Constitución y legislación ordinaria, pues ésta pueda actuar con mayor margen de discrecionalidad con el único límite de atenerse al sistema de valores o principios consagrados en el texto fundamental –que sólo formalmente sigue operando como “norma fundamental” del ordenamiento jurídico nacional o europeo-. Ello pone de relieve *el carácter tendencialmente indecisorio* de los nuevos textos constitucionales o de valor constitucional que se orientan hacia esa constitución flexible por valores o principios, siempre marcados por un cierto relativismo (Ello evoca lejanamente la idea de “constitución sin decisión” de Otto Kirchheimer<sup>14</sup>, aunque aquí adquiere un carácter singularmente más matizado, pues de lo que se trata es también de cuestionar el constitucionalismo social –el garantismo social– en sí sobre el cual se ha construido la forma política del Estado Social contemporáneo).

La idea de una “des-materialización” de los textos constitucionales conduce a reforzar su condición de “constituciones procedimentales”, delimitadoras de las reglas del juego en la que se mueven los actores del sistema político y social en el marco del pluralismo. Esta idea de Constitución tiende, pues, a contraponerse a la concepción de Constitución defendida por el constitucionalismo democrático-social, se trataba de combinar el juego de las racionalidades concurrentes (racionalidad formal, racionalidad material y racionalidad reflexiva u horizontal). Este es el sentido político-jurídico del paulatino desplazamiento de la constitución normativa fuerte (constitución garantista) a la constitución jurídica débil o debilitada en su fuerza conformadora de la sociedad que organiza. La pérdida de autonomía y fuerza decisoria de los textos constitucionales flexibles o débiles está servida. Y tras de ese desplazamiento se produce lentamente un nuevo desplazamiento del Estado Social garantista

<sup>14</sup> Véase KIRCHHEIMER, 2001.

al Estado de competencia económica”, que es una forma estatal fuertemente comprometida con el apoyo al mercado y las fuerzas económicas operantes en dicho espacio económico. El Estado de competencia económica y su emergente proyección paradigmática a la Unión Europea como Unión de Competencia económica o de Unión de Mercado supone subordinar el modelo social al modelo económico, esto es las protecciones sociales a las necesidades de flexibilización del mercado en la transformación constante del capitalismo como exigencia de supervivencia. En la nueva forma del Estado de competencia, éste aparece como una condensación política de las relaciones socio-económica nacionales e internacionales, poniéndose al servicio de la competitividad de las empresas. En este sentido se cerraría el círculo abierto con la gran transformación de la modernización industrial, en el sentido de que verdaderamente la economía de mercado se convierte en una “sociedad de mercado” (una sociedad “para” el mercado). Se ha podido hablar de Estado competitivo schumpeteriano<sup>15</sup> (o, mejor por ser más exacto, de “Estado Mercado”), forma de Estado (expresión contemporánea de una condensación institucionalmente mediada del equilibrio de fuerzas en la lucha política) que tiene como función principal el fomento de las condiciones económicas y extraeconómicas necesarias para garantizar el crecimiento económico, el buen funcionamiento de la economía y la acumulación rentable del capital. Tiene como prioridad la búsqueda de estrategias encaminadas a crear, reestructurar y reforzar las ventajas competitivas de su territorio, población, medio ambiente, instituciones y actores económicos. El Estado competitivo otorga una especial atención el cambio tecnológico, la innovación empresarial y el desarrollo de nuevas técnicas de gobierno y gobernanza. Se presentan como promotores proactivos de la competitividad en sus espacios económicos ante el recrudescimiento de la competitividad internacional y regional. La tendencia es a subordinar los sistemas extraeconómicos y del mundo de la vida a las exigencias de la competitividad predeterminadas en la fase actual de globalización económica que requiere políticas económicas de escala. Por lo demás, el contexto de la globalización económica neoliberal está incidiendo negativamente en la *efectividad social real* de los derechos humanos. Para ello resulta necesario reducir la distancia entre

<sup>15</sup> Así, JESSOP, 2009 (2 ed., 2017), capítulos 8, 9 y 10; PÉREZ, 2015a.

**Con las dificultades de gobernabilidad del Estado nación de ciertos procesos se expande la racionalidad del mercado a espacios no exclusivamente económico, con una cierta dilución de las fronteras entre lo público y lo privado, haciéndose prevalecer los criterios de eficiencia, productividad y competitividad sobre costes de los criterios sociales políticamente consensuados en las formas de democracia representativa.**

normatividad y efectividad. Con las dificultades de gobernabilidad del Estado nación de ciertos procesos se expande la racionalidad del mercado a espacios no exclusivamente económico, con una cierta dilución de las fronteras entre lo público y lo privado, haciéndose prevalecer los criterios de eficiencia, productividad y competitividad sobre costes de los criterios sociales políticamente consensuados en las formas de democracia representativa. En todo caso, interesa realzar que la Carta (ahora con fuerza normativa vinculante) inserta en un único texto jurídico, por primera vez en la Unión Europea, el conjunto de los derechos fundamentales (de primera, segunda y tercera generación).

Atendiendo al razonamiento que precede se puede afirmar, en una perspectiva de conjunto, que en el Sistema de los Tratados fundacionales se consagra un orden político post-hobesiano, con lo que ello tiene de re-definición de la categoría “constitucional”, esto es, de la Constitución –norma fundamental- como categoría jurídico-política de la modernidad tardía. Se consagra, por otra parte, un orden económico del capitalismo desarrollado, calificado como “economía social de mercado”. Y, por último, cristaliza un orden social tendencialmente “post-garantista”, que no alcanza a ser “post-social”, porque “lo social” penetra en la textura del Sistema de los Tratados, pero con un cambio de modelo de regulación en una orientación propia del constitucionalismo democrático-social flexible y débil. Las numerosas excepciones admitidas por el Tratado de Lisboa refuerzan esa idea de una constitución minimamente decisoria (en cuanto “indecisoria” en muchos aspectos fundamentales en el ámbito social). Pero precisamente la centralidad de la Unión Europea en otorgar preferencia a la eliminación de las trabas al libre comercio (libre circulación de mercancías, capitales y tecnología) ha permitido justificar la contracción del Estado social y al dominio imperial de las grandes fuerzas económicas que operan en los mercados globales.

Ahora bien: esta deriva tendencialmente “post-social” no sólo muestra que en la Unión Europea existe un marco jurídico insuficiente para garantizar los derechos sociales fundamentales<sup>16</sup>, sino que también pone de manifiesto su contraste respecto al sistema

<sup>16</sup> PÉREZ, 2013a.



de garantía multinivel internacional, europeo y nacional de garantía de los derechos sociales fundamentales<sup>17</sup>. Y en esa dirección, se opone abiertamente a la acción de política del Derecho Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) encaminada a garantizar el trabajo decente. El trabajo decente es el trabajo con respeto al conjunto de derechos fundamentales de la persona que trabaja. La OIT define al trabajo decente de un modo extensivo al entenderlo como aquel *trabajo productivo desarrollado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad*, fórmula que es completada con la necesaria existencia de un marco tuitivo que permita que los derechos laborales sean efectivamente protegidos y los trabajadores obtengan una adecuada remuneración y protección social. Este concepto intrinca directamente con el conjunto de valores y principios inspiradores de la acción de este organismo supranacional, el problema se suscita cuando las condiciones laborales en muchos rincones del planeta se alejan de este marco programático. Afrontar doctrinalmente el incumplimiento sistemático y global de los más básicos principios iuslaborales, nos pone frente a los grandes retos de la gobernanza democrática en la era de la globalización, entendida como aquel conjunto de prácticas económicas, políticas, jurídicas y sociales que operan a escala global, cuya base material son las redes, tanto materiales como inmateriales de comunicación, y cuyo sustento es la capacidad de incorporar a la producción de valor económico todos los aspectos de la producción y la reproducción social. En una coyuntura difícil, el Derecho Social busca maneras de implementar las normas laborales y mejorar las condiciones de trabajo en aquellos lugares donde, o bien no existen, o bien no se materializan. La importante acción de la OIT en este sentido, pretende crear una base normativa armonizadora en torno a sus principios rectores pero también positivista, con el objeto de dotar de aplicabilidad y mecanismos de control a estos instrumentos jurídicos<sup>18</sup>. Frente al discurso argumental del neoliberalismo y del neoconservadurismo de la ingobernabilidad de las democracias (debido a la sobrecarga de demandas que conduciría a la ruptura del equilibrio precario entre capitalismo y democracia organizada bajo la forma política de Estado Social de Derecho) debe imponerse el principio axial del

<sup>17</sup> VV.AA., 2014; VV.AA., 2017; VV.AA., 2012.

<sup>18</sup> PÉREZ; QUESADA, 2018, p. 3-15; GRAU, 2016, p. 299 y sigs.; PÉREZ; QUESADA, 2016.



orden político de la democracia constitucional, a saber: la legitimidad a través de la legalidad basada en la garantía plena de los derechos y libertades fundamentales (democracia sustancial). La reorientación del intervencionismo hacia la tutela unilateral de los intereses de las fuerzas dominantes del mercado y la liberalización del trabajo como mercancía en el libre mercado (“remercantilización”) conduce a una des-democratización del sistema político. Y es que, en el fondo, los derechos sociales garantizan posiciones de ventaja que las relaciones de mercado por sí mismas son incapaces de garantizar. Es el exponente del humanismo en las relaciones de trabajo. Precisamente el trabajo decente –en el lenguaje de los derechos y poderes en el trabajo- es la estrategia de política del Derecho social encaminada a *recuperar* la función transaccional y de equilibrio del Derecho *Social* del Trabajo en las condiciones del sistema económico actual.

Por lo demás, la globalización más que “dada” es ante todo “construida”, pues no se trata de un simple despliegue de tendencias que impulsan el desarrollo del capitalismo, sino un diferenciado proyecto histórico de intensificación del proceso de mundialización modelado e impulsado por las grandes potencias internacionales. En el marco de una estrecha vinculación entre las esferas política y económica del capitalismo, los Estados fuertes han tenido un papel determinante en la construcción del capitalismo global. Por ello mismo es una equivocación asumir una irresoluble contradicción entre el espacio internacional de acumulación del capital en el tiempo y en el espacio, y el espacio nacional de la organización específica de los Estados (especialmente de las grandes potencias a escala mundial). En particular Estados Unidos – como Gran Potencia- ha sido un Estado activo y promocional en ese proceso de construcción de los mercados globales (v.gr., abandono, ruptura y desmantelamiento de los acuerdos de Bretton Woods). Y esa integración del capitalismo global se produjo, en gran medida, bajo el manto ideológico político, jurídico y económico del neoliberalismo, que postula una forma de Estado comprometido activamente en ampliar la esfera del libre comercio, de manera que se incrementara progresivamente el espacio de mercantilización de aspectos de la vida en los movimientos de capital internacional. Las decisiones económicas y la nueva regulación de los mercados ponían de manifiesto que no había una retirada del Estado, sino más bien una reestructuración y expansión

de los vínculos de los vínculos entre los Estados más fuertes y los mercados “libres” internacionalizados, pues estos Estados promovían y se involucraban en la globalización económica. Resulta, pues, que la soberanía de los Estados más poderosos (las grandes potencias como Estados Unidos) no desaparece dentro de una modelo de globalización que se basa, ante todo, en la recuperación de la rentabilidad empresarial y la creciente financiarización del capitalismo global al servicio de un sistema neoliberal que incrementa extraordinariamente las desigualdades y reduce los poderes sindicales –y en general de las organizaciones de defensa de las clases subalternas- y su capacidad de presión (a pesar de la búsqueda de nuevas formas de acción colectiva) y de negociación. Quizás por ello mismo – y pese a lo que suele afirmarse – es posible incidir una transformación del mundo tomando democráticamente el poder político en los Estados artífices y constructores de la globalización neoliberal<sup>19</sup>. De este modo, la supervivencia del Estado Social de Derecho tiene que pasar por la democratización de las diferentes instancias de poder político tanto a nivel nacional como a escala supranacional<sup>20</sup>. Las políticas de democratización e integración social van indisolublemente unidas, pues de lo contrario la falta de cohesión e inclusión social hará renacer las situaciones marginación y desarraigo que propician “Las uvas de la ira”, como se describían en la extraordinaria novela de John Steinbeck<sup>21</sup>, creando un clima de ira e indignación colectiva proyectada al mismo tiempo en el plano de las luchas sociales y directamente en la esfera de lo político.

La OIT ha pretendido desarrollar mecanismos homogeneizadores con el objeto de crear un compromiso político jurídico mínimo de los Estados en torno al cumplimiento de cuatro principios básicos, como son la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la creación de empresas y el desarrollo social sostenible, con cierta iniciativa positivizadora de los Derechos Laborales Fundamentales. En este sentido, la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1998 relativa a los principios y

<sup>19</sup> Véase PANITCH; GINDIN, 2015; PÉREZ, 2015a; y un amplio recorrido histórico en la larga duración, PÉREZ, 2001a. Y en otras perspectivas, HARVEY, 2004; HARVEY, 2007; SASSEN, 2010.

<sup>20</sup> En el caso de la Unión Europea por la construcción de una Unión Social Europea, donde se amplió el estándar de derechos de las personas y se fomenta la creación de un espacio público para una ciudadanía activa empoderada política y sindicalmente.

<sup>21</sup> Véase, al respecto, PÉREZ, 2018c.

derechos fundamentales en el trabajo va a representar un hito histórico. Incluye una declaración formal de aplicabilidad de los Derechos Fundamentales en el trabajo a todos los países pertenecientes a la OIT, materializados a través de la jerarquización de siete convenios fundamentales<sup>22</sup> que pretenden asegurar elementos tan básicos como la libertad de asociación y negociación colectiva, la erradicación del trabajo forzoso, la prohibición de la discriminación y la abolición del trabajo infantil, y que configuran un marco normativo universal básico aplicable globalmente, independientemente de la ratificación formal por parte de los Estados. Si bien esta declaración se acompañó de mecanismos débiles de control, reforzó el carácter estratégico de estos Convenios internacionales y tuvo como consecuencia bilateral el aumento significativo de las ratificaciones de dichos convenios. La OIT ha incorporado en los últimos tiempos dos ámbitos novedosos a su estrategia de promoción del trabajo decente, por una parte, la necesaria normalización del trabajo informal, y por otro, el trabajo decente como instrumento apropiado de superación de crisis originadas por conflictos de distinta naturaleza o catástrofes naturales, a través de las Recomendaciones OIT 204 *sobre la transición de la economía informal a la formal*, y 205 *sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia*.

Se podría pensar que el instrumento utilizado para ello – la Recomendación frente al Convenio – desplaza a un segundo lugar la importancia de estas materias para la OIT, en especial por la distinta repercusión jurídica que cada uno de estos mecanismos tiene. Téngase en cuenta que el artículo 19 de la Constitución de la OIT reserva la aplicación de Recomendaciones a aquellas cuestiones que no se presten – en dicho momento concreto – a la adopción de un Convenio específico. Pero si bien la forma jurídica de la Recomendación evita la necesidad de ratificación por parte de los Estados miembros y orienta las obligaciones de éstos al deber de informar sobre su actuación en estas materias, sin que por ello sea un texto vinculante normativamente, su naturaleza de Recomendación autónoma no supeditada a la concreción o

<sup>22</sup> Convenio nº 29 sobre el trabajo forzoso de 1930; Convenio nº 87 sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación de 1948; Convenio nº 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva de 1949; Convenio nº 100 sobre igualdad de remuneración de 1951; Convenio nº 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957; Convenio nº 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, y el Convenio nº 138 sobre la edad mínima para el empleo de 1973.

desarrollo de un Convenio específico, unida al procedimiento normativo de doble discusión, – propio, en todo caso, de ambos instrumentos –, los sitúan en un espacio destacado, como materia transversal y clave para el progreso social y económico sostenible. La importancia de estos instrumentos no se deriva necesariamente del grado de operatividad de la medida, sino, fundamentalmente, de su carácter histórico. La OIT establece un primer conjunto de orientaciones a partir el cual se consolide una estrategia común especialmente útil en cuanto a la identificación de un problema multifactorial que se sitúa, en la mayoría de los casos, como fundamento o base de importantes violaciones de los derechos laborales más básicos. En este sentido, dichas Recomendaciones pretenden identificar buenas prácticas y diseñar acciones y estrategias – en un *modus operandi* muy cercano al llevado a cabo por la Unión Europea, que desde el año 2014 adopta políticas de coordinación a través del método abierto de coordinación previsto en el artículo 153.2 a) de lo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –, vinculando su contenido al cumplimiento y desarrollo de los principios básicos recogidos en los Convenios fundamentales de la OIT.

En este sentido la OIT insiste en realizar una política de pleno empleo de calidad (no solo la cantidad) para todos e impulsarla para hacerla realidad en los mercados de trabajo; esto es el empleo con plenos derechos laborales y de Seguridad Social (que incluye el debate sobre la protección social universal y el la renta básica). La OIT hace notar que los tiempos actuales son difíciles para las políticas macroeconómicas destinadas a lograr el pleno empleo. Y ello es así porque se constata que el empleo de mala calidad continua siendo una cuestión fundamental (precariedad en el empleo en sus diversas manifestaciones, trabajo informal, utilización disfuncional de la figura de los trabajadores autónomos, etcétera) y prioritaria a resolver. En los últimos años han aumentado las preocupaciones sobre la calidad del empleo, debido en gran medida a la incidencia generalizada de las llamadas formas atípicas de empleo, acompañada de desigualdades de los ingresos y en el acceso a los instrumentos de protección social pública, como señaladamente las prestaciones de Seguridad Social. Pues bien, en ese contexto de una cuarta revolución industrial y de recrudescimiento de la competitividad en una economía global, la aprobación de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para

**Pero el futuro de la gobernanza democrática del trabajo estará también determinado por el futuro del sistema de relaciones laborales, el diálogo social y tripartismo.**

una globalización equitativa (aprobada en 2008) supone un esfuerzo para ayudar a los Estados Miembros a alcanzar el progreso y la justicia social en la era de la globalización. Precisamente el mandato de la OIT establecido en distintos instrumentos se asienta sobre la convicción de que el trabajo debe permitir al individuo satisfacer no solo las necesidades materiales sino también las relativas a su desarrollo personal y al deseo de contribuir a un proyecto más grande que uno mismo o la familia<sup>23</sup>. Todo ese enfoque se nuclea entorno a la idea-fuerza de que no se trata sólo de reconocer un derecho a trabajar como esfera de libertad personal regulada por únicamente por los agentes del mercado laboral, sino de garantizar un derecho al trabajo entendido como derecho a un empleo libre, remunerado y con dotación de derechos, es decir, sometido al reglas jurídicas para garantizar los derechos sociales de “desmercantilización” específicos vinculados al trabajo y el conjunto de derechos fundamentales generales e inespecíficos del trabajador como ciudadano trabajador (“constitución democrático-social del trabajo”). El antónimo de este trabajo decente (trabajo digno con derechos y protecciones sociales) es el trabajo precario y el trabajo informal o irregular<sup>24</sup>.

Al tiempo se reivindica que el principio de justicia social fundamental de que “el trabajo no es una mercancía”. Ahí reside la función garantista típica de las normas sociales internacionales del trabajo que presentan un lugar preeminente en el sistema de gobernanza de un trabajo decente junto con su regulación jurídica mediante la negociación colectiva<sup>25</sup>. Pero el futuro de la gobernanza democrática del trabajo estará también determinado por el futuro del sistema de relaciones laborales, el diálogo social y tripartismo. Se trata de reforzar la legitimidad representativa real de las organizaciones profesionales y, en relación a ello el tripartismo como piedra angular de la gobernanza, esto es, el tripartismo como un modelo pertinente y eficaz de gobernanza bajo el soporte de una ordenación normativa de orden público laboral<sup>26</sup>. Entender el presente –del orden establecido- y atisbar el futuro de manera no conformista respecto de las situaciones injustas y naturalizadoras de lo existente pasa por la defensa de una democracia

<sup>23</sup> OIT, 2017a, p. 5 y sigs., y 17 y sigs.; OIT, 2017a; OIT, 2015; OIT, 2016a; OIT, 2016b.

<sup>24</sup> PÉREZ, 2012a; PÉREZ, 2017b. También en la perspectiva de género, BAAMONDE, 2017; INSUA, 2017.

<sup>25</sup> OIT, 2017a, p. 35 y sigs.

<sup>26</sup> OIT, 2017a, p. 49 y sigs. Su centralidad en RODGERS, 2009.

participativa que vuelva a confiar en la razón ilustrada y en la creación de un orden social comprometido con la “justicia social”. Desde esa perspectiva el crecimiento económico no debe ser el objetivo fundamental de la sociedad, sino que el verdadero objetivo debería ser el progreso social, aunque exige el sometimiento del orden económico a las necesidades sociales (la razón de la sociedad)<sup>27</sup>.

Resulta significativo que la acción institucional de gobernanza para la garantía del trabajo decente y de los principios básicos de la OIT relativos a la plasmación de la justicia social (pleno empleo de calidad para todos; mejora y sostenibilidad de los sistemas de protección social, igualdad de género como acción transversal en todas las instituciones del Derecho del Trabajo y la protección social<sup>28</sup>, fomento del diálogo y la concertación social, tripartismo...) han sido asumidos igualmente como elementos centrales de la “Nueva Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

## **2. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y EL “PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES”**

Cabría interrogarse sobre un posible retorno a una política social basada en los derechos en la Unión Europea a propósito de la iniciativa relativa a la construcción de un “Pilar Europeo de Derechos Sociales”. Antes de hacer esta valoración interesa hacer una referencia sucinta a la edificación del proyecto de unión europea.

Como es sabido, la construcción del proyecto de la Unión Europea ha sido compleja transitando de la unilateralidad del mercado común europeo a la dimensión social del mercado; para pasar lenta y contradictoriamente a una fase inconclusa de creación de un espacio jurídico-social europeo basado en la apuesta por la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales<sup>29</sup>. Esa evolución es un exponente del carácter diacrónico del proceso de institucionalización de la política y del Derecho social de la Unión Europea.

<sup>27</sup> POLANYI, 1989; NUSSBAUM, 2010.

<sup>28</sup> OIT, 2009.

<sup>29</sup> Una perspectiva de conjunto sobre el proceso de evolución en materia social, en BOTO, 2009.

El proceso de esa institucionalización alcanzó su cénit con la atribución de rango normativo equiparable a los tratados fundacionales de la Unión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (originariamente en 2000 desprovista de fuerza normativa; y con ese rango normativo en virtud del Tratado de Lisboa de 2007)<sup>30</sup>. Hasta aquí se puede decir que la dimensión social en el marco europeo se ha ido consolidando en un proceso lento pero progresivo. Sin embargo, a partir de la crisis económico-financiera que se inicia en el 2008, las medidas en este ámbito dejan de adoptarse y se van asentando dos fenómenos contradictorios (que cabe situar en un horizonte anterior) y no exentos de polémica, a saber: de un lado, se ha producido una transformación del trabajo a partir de cambios cualitativos vinculados a las nuevas formas de organización de las empresas, lo que ha favorecido su flexibilidad y la extensión de la precariedad laboral; y, de otro, el Derecho Social del Trabajo, nacido al calor y amparo del constitucionalismo democrático-social en los Estados sociales avanzados, impulsado a partir de la Segunda Postguerra Mundial, y que permitió el control político de la economía y la garantía efectiva de los derechos sociales de la ciudadanía y bienes públicos, está siendo desplazado radicalmente –aunque paulatinamente para hacerlo más asumible y aceptable por la sociedad- por un constitucionalismo débil de tipo neoliberal (post-social); Derecho Flexible del trabajo que subordina la constitución social (los derechos sociales) a las exigencias maximalistas de la constitución económica<sup>31</sup>. Es obvio que no debe confundirse la flexibilidad de adaptación a los cambios que tiene que tener toda forma e institución jurídica<sup>32</sup> con un Derecho flexible del trabajo de tipo neoliberal contrapuesto al sistema de equilibrios de intereses contrapuestos propio del garantismo o constitucionalismo social<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Artículo 6.1 (antiguo art. 6 TUE) del TUE Versión Consolidada de 26.10.2012. Diario Oficial de la Unión Europea C 326/13, a cuyo tenor: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados...”. Un estudio completo y exhaustivo de este instrumento normativo de Derecho de la Unión Europea, en VV.AA, 2012.

<sup>31</sup> Ampliamente sobre este proceso, vid., PÉREZ, 2016; y en relación al momento político de la gestación y aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales, PÉREZ; BERNAT, 2017.

<sup>32</sup> CARBONNIER, 1974.

<sup>33</sup> PÉREZ, 1996; PÉREZ, 2003.



**En una perspectiva más amplia los ajustes económicos y sociolaborales impuestos por las instituciones políticas y financieras internacionales y europeas han supuesto en numerosas ocasiones una violación por parte de los Estados afectados del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional del trabajo.**

Este proceso transformador es el que ha sido asumido por las instituciones europeas y se ha visto impulsado en los últimos años a partir de decisiones políticas adoptadas en el contexto de la austeridad. La asunción de la austeridad como credo, como única alternativa viable, ha llevado a incumplir los sucesivos compromisos que se había contraído en los tratados europeos en materia de mejora de los niveles de vida y de inclusión social<sup>34</sup>. Se trata de medidas que se han visto facilitadas sin duda por el persistente déficit democrático de la Unión<sup>35</sup> (que está en la base la crisis de la democracia constitucional en Europa), de un lado, y, en relación a ello, por un marco normativo y político insuficiente para la garantía de los derechos sociales. Todo ello ha favorecido el predominio de la “constitución económica” dentro del sistema de los Tratados de la Unión, de manera que el principio de mercado ha prevalecido sobre el principio de comunidad. Este proceso ha favorecido la realidad existencial de una Europa de los mercados en detrimento de una Europa de los derechos. Con ello se produce un incumplimiento de hacer realidad viva la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En una perspectiva más amplia los ajustes económicos y sociolaborales impuestos por las instituciones políticas y financieras internacionales y europeas han supuesto en numerosas ocasiones una violación por parte de los Estados afectados del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional del trabajo. Las medidas regresivas de derechos sociales deben de estar motivadas, ser la última medida a adoptar, ser proporcionales y tener un carácter efectivamente excepcional, de manera que tengan un carácter temporal o transitorio hasta que se supere la situación crítica. Además, incumbe la carga de la prueba al Estado sobre la necesidad de establecer con carácter transitorio y excepcional medidas regresivas de derechos sociales<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> HOLLAND, 2016, p. 19.

<sup>35</sup> Se ha subrayado que en la base de la crisis de la Unión Europea existe un déficit de democracia, al ser todavía la UE un ordenamiento jurídico y política amorfo, carente de los dos requisitos del constitucionalismo democrático, a saber: la representatividad políticas de las fuentes comunitarias, de las que directa o indirectamente proviene la mayor parte de la legislación de los países de la Unión, y la subordinación de sus decisiones a controles de validez claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales. Cfr. FERRAJOLI, 2015, p. 161.

<sup>36</sup> Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General núm. 23 (2016), sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, párrafo 52. Véase, al respecto, PÉREZ; INSUA, 2014; PÉREZ, 2017. Una valoración crítica de conjunto, atendiendo a datos empíricos, sobre los efectos perjudiciales para los derechos humanos –y derechos sociales en particular– de las políticas de autoridad de ajustes económicos y laborales, en BOHOSLAVSKY; EBERT, 2018.

Esta deriva se ha explicado a partir del propio modelo de ingeniería social que de forma un tanto primitiva ha seguido la Unión Europea: se pensaba que la integración social se iba a producir a continuación de forma automática a partir de que tuviera lugar la integración por el mercado. Nada más lejos de la realidad ya que no sólo no se ha producido la integración social a partir de ese automatismo sino que determinadas decisiones de las instituciones europeas han favorecido el avance del mercado común sin una paralela política social redistributiva. Pero, junto a factores internos, como el que se acaba de enunciar, se deben señalar otros elementos que explican el devenir de la política social europea. Nos referimos al contexto problemático de la globalización y la presente coyuntura de crisis económica estructural, en la época actual de capitalismo desorganizado. Este aspecto ha terminado por impactar en la acción política y de regulación jurídica de las instituciones de la Unión Europea. Esta centralidad del mercado ha puesto en cuestión la constitución material de las sociedades europeas y un determinado la crisis de la dimensión sustancial de la democracia, generando una suerte de “des-sustancialización” de la democracia con Estado Social de Derecho.

Estas políticas liberalizadoras (impulsoras de la “remercantilización” y reducción de los derechos sociales)<sup>37</sup> plantean un problema de legitimidad democrática de la Unión, es decir, el proyecto de una construcción de una Europa democrática y cohesionada social y económicamente. Y es que en una democracia constitucional con Estado Social de Derecho, la legitimidad no es exclusivamente formal y procedimental, sino también de carácter eminentemente sustancial. Lo cual se traduce en el lenguaje de los derechos sociales fundamentales en la obligación de los poderes democráticos instituidos de instaurar un eficiente sistema de garantías de protección de tales derechos en el espacio geopolítico europeo<sup>38</sup>. Pero también

<sup>37</sup> La desmercantilización relativa del trabajo y más ampliamente de las necesidades fundamentales de las personas y de los “bienes comunes” ha sido la base de la construcción la dimensión social de la democracia en la tradición del constitucionalismo democrático-social. Respecto a la configuración de los derechos sociales como derechos de “desmercantilización”, véase PÉREZ, 1996b, p. 27 y sigs., y 45 y sigs. La tendencia a la mercantilización de todas las cosas bajo las condiciones de ordenación del capitalismo (mercantilizando expansiva y crecientemente ámbitos hasta entonces cerrados al mercado) había sido subrayada por MARX, 2000, p. 265 y sigs.; MARX, 2007; y retomada posteriormente por autores como POLANYI, 1989, o última e incisivamente por HARVEY, 2004; SUPLOT, 2011; PÉREZ, 2015a.

<sup>38</sup> Véase FERRAJOLI, 2011a; PÉREZ, 2013b, espec., Capítulo 5. IV (“La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y “nuevas” formas de soberanía”), pp. 388-470.

esos derechos permiten empoderar a la personas estableciendo los presupuestos de una ciudadanía activa, entendida como ciudadanía de los poderes basados en derechos en sentido jurídico<sup>39</sup>. Lo que remite también a la necesidad de resistir y defenderse frente al poder económico e ideológico, pues en la sociedad contemporánea el poder político no es el exclusivo poder por excelencia, sino un subsistema de un sistema global en el que el control del primero no comporta de hecho el control del segundo<sup>40</sup>. Ello es tanto más necesario cuanto se constata que los poderes del capitalismo actual se hacen más invisibles e irresponsables, y en el que el Estado tiene a otorgar primacía a la razón económica, a estar al servicio del poder económico y de las grandes corporaciones empresariales<sup>41</sup>; con el consiguiente vaciamiento de los principios y derechos constitucionales formalmente consagrados en las constituciones situadas en la tradición del constitucionalismo democrático-social. El presente y el futuro de cada país europeo dependen cada vez menos de la política interna y más de las decisiones de las instancias políticas de la Unión Europea. La que emerge es una forma de “Estado de mercado”, al servicio preferente de la competitividad de la economía<sup>42</sup>.

Las iniciativas acometidas por las instituciones políticas de la Unión Europea no sólo no han sido eficaces en términos de resultados sociales, sino que además han sido claramente favorecedoras de la consolidación del mercado común en detrimento de la garantía efectiva de los derechos sociales. Las iniciativas que han puesto en cuestión el constitucionalismo social no han provenido de gobiernos nacionales, sino ante todo de decisiones políticas imperativas de instituciones de gobernanza económica de la Unión Europea<sup>43</sup>. Es la autoridad política supranacional la que, aduciendo la defensa del modelo económico comunitario (presidido actualmente por la centralidad del mercado interior y de sus exigencias de funcionamiento), procede a realizar

<sup>39</sup> Para esa distinción y complementación entre la “ciudadanía de los derechos” y la “ciudadanía de los poderes”, puede consultarse PÉREZ, 1996b, espec., Capítulo III.1. (“Una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía”), p. 166 y sigs.

<sup>40</sup> Véase VITALE, 2012, p. 63 y sigs.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, 2011b.

<sup>42</sup> Véase PÉREZ, 2001b; PÉREZ, 2018b. En una perspectiva más amplia, consúltese JESSOP, 2008.

<sup>43</sup> Sería suficiente reparar en el Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo y otros instrumentos como comunicaciones o recomendaciones sobre control del gasto público social (señaladamente, en materia de pensiones) sin fuerza normativa, pero que han acabado aplicándose en la década de la austeridad.

supuestas reformas modernizadoras y racionalizadoras del autodenominado modelo social europeo que en un sentido, paradójico sin duda, entrañan la redefinición de la forma política del Estado social de Derecho hacia la forma Estado de competencia económica o Estado mercado (un Estado que hace prevalecer la lógica económica sobre la lógica social) y la re-mercantilización de los derechos sociales.

Esta situación, descrita brevemente y con pinceladas, ha llevado a que en los últimos años y a partir de las diversas crisis que vive la Unión Europea –de los refugiados, del brexit, del euro- se produzca un proceso de cuestionamiento parcial del devenir del proyecto europeo. Parecería que en las instituciones europeas ha emergido una cierta culpa al constatar el hecho de que la Unión Europea no es capaz de embridar las dinámicas económicas que se han desatado con la liberalización de los mercados y que las propias instituciones han potenciado. Por ello, y ante los riesgos que la situación económica ha terminado por emerger, se ha optado por recuperar el discurso de lo social en aras de adoptar una serie de iniciativas que traten de reconciliar la racionalidad económica y la racionalidad política. Entre estas medidas se encuentra un plan “estrella” consistente en construir un pilar europeo de los derechos sociales el cual actuaría como muro de contención de los avances desmedidos y descontrolados del proceso de integración económica. Al análisis de esta propuesta nos dedicamos en las próximas páginas con el objetivo de comprobar hasta qué punto esta iniciativa representa un intento desesperado por rescatar el Estado del bienestar en Europa.

Es en este contexto crítico donde se retorna hacia una cierta introducción de la política social basada en los derechos en la agenda social europea. Y ello se realiza con la propuesta de un Pilar Europeo de derechos sociales, que evitara los abusos y el riesgo de dumping social<sup>44</sup>, que no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión en materia de Seguridad Social tal como se definen en los Tratados, pero que, pese a ello, trata de reforzar el principio de legitimidad democrática de la Unión.

Pero lo que se plasmó fue en una “Recomendación”<sup>45</sup>, instrumento jurídico sin fuerza normativa vinculante, que sólo proclama principios

<sup>44</sup> Para su gestación y el debate suscitado, puede consultarse PÉREZ; BERNAT, 2017.

<sup>45</sup> Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, DOUE (L 113/56).

y valores que sirvan de complemento e impulso a los ya reconocidos (con alguna innovación mínima) a los reconocidos en el marco jurídico existente en los países miembros de la Unión. Esta idea subyacente de proclamar e impulsar se contrapone –ya en términos de principio- a la lógica del garantismo jurídico fuerte postulado en la Carta Social Europea Revisada de 1996, y en los Convenios y Recomendaciones de la OIT. Pero también a la posición mantenida por el Parlamento Europeo, que subraya igualmente que debería irse más allá de los mecanismos de coordinación para establecer garantías mínimas de derechos sociales a nivel de la Unión y de sus instrumentos normativos<sup>46</sup>. El contenido del pilar se materializa en tres grandes apartados: a) igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo (Capítulo I); b) condiciones de trabajo justas (Capítulo II) y c) protección e inclusión social, antes protección social adecuada y sostenible (Capítulo III)<sup>47</sup>. En esa lógica del garantismo y del principio de indivisibilidad de todos los derechos fundamentales sería asimismo necesaria la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea revisada de 1996<sup>48</sup>, convirtiéndola en Derecho positivo aplicable en el ordenamiento jurídico de la Unión, siendo las normas que garantizan derechos sociales eficaces y dotadas de justiciabilidad en el sentido de ser aplicadas por el TJUE (apertura de la competencia del este Tribunal Comunitario), como ya resultan aplicables por los jueces y tribunales nacionales de aquellos Estados que la han ratificado (v.gr., art. 96 de la Constitución Española). En apariencia parecería que se trataría de desarrollar débilmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, pero a través preferentemente de la acción normativa de los Estados miembros, eso sí, con el impulso de la Unión que no excluye, en términos de

<sup>46</sup> ILO, *Building a social pillar for European convergence*, International Labour Office, Geneva, 2016: Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales [2016/2095(INI)].

<sup>47</sup> Para el análisis general de cada uno de los capítulos, véase PÉREZ; BERNAT, 2017.

<sup>48</sup> En el Tratado de la Unión Europea (Versión Consolidada, “Diario Oficial de la Unión Europea”, 7.6.2016. C 202/13; TUE) solo se prevé expresamente la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de los Derechos Humanos (aprobado por el Consejo de Europa en 1950); mandato incumplido por el momento, aunque los derechos fundamentales que se garantizan en dicho Convenio Europeo formarán parte, en todo caso, del Derecho de la Unión como principios generales. Cfr. Art. 6 del TUE, conforme al cual: “2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Véase PÉREZ, 2012b, p. 1301 y sigs., y 1341 y sigs., y 1397 y sigs.

principio y respetando el principio de subsidiariedad, la utilización de instrumentos normativos flexibles dentro de los límites competencias imperantes actualmente en el Derecho Social Comunitario. Pero precisamente estos instrumentos de Derecho comunitario son los que permitirían abrir la competencia directa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido armonizador el exponente más significativo de este tipo de instrumentación comunitaria de apoyo y fomento de los procesos de convergencia en materia social viene constituido por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, de 21.12.2017. Básicamente, se puede decir, que se aborda la centralidad de la información en el marco de la relación de trabajo, tanto en materia laboral como en las conexas vinculadas a la Seguridad Social.

Esta Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles es un primer paso en el desarrollo *normativo comunitario* del conocido como Pilar Europeo de los Derechos Sociales (PEDS). Representa un intento loable de mejorar el acervo social existente, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de actualizar los derechos reconocidos en la Directiva 91/533/CEE, incidiendo en aspectos como la redefinición del ámbito de aplicación personal de la norma anterior, la ampliación del contenido informativo a entregar al trabajador y los requisitos establecidos respecto a trabajos desempeñados con un calendario variable. Son avances significativos, junto con otros, que evidencian un giro protector de las instituciones comunitarias con el objetivo de reforzar la dimensión social europea. Pero, al mismo tiempo, quedan fuera muchos elementos que hubieran merecido un tratamiento en esta o en otra norma, los cuales resulta absolutamente necesario abordar si lo que se quiere es revertir la espiral de precariedad laboral<sup>49</sup>. Conforme a ella, los Estados miembros velarán por que se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral (art. 1). Esa información se concreta en un abanico que va desde la identidad de las partes de la relación laboral [art. 3.a)] a “las *instituciones de Seguridad Social* que reciben las cotizaciones derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de Seguridad Social ofrecida por el empleador” [art. 3.n)].

<sup>49</sup> PÉREZ; BERNAT, 2018.

La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles parte de un contexto que la Comisión describe en primer lugar. Subraya dicho órgano que el entorno laboral ha cambiado de forma significativa desde la aprobación de la Directiva 91/533/CEE relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, («Directiva sobre la obligación de informar por escrito»), que la nueva Directiva pretende derogar. A juicio de la Comisión se trata de una evolución con resultados ambivalentes. De un lado, se ha asistido a una creciente flexibilización del mercado de trabajo, lo que ha favorecido el crecimiento del empleo y la aparición de nuevas formas de inserción laboral, destacándose la capacidad de adaptación de estas nuevas formas de empleo “a los cambios en el contexto económico”, lo que ha supuesto “el desarrollo de nuevos modelos empresariales, incluida la economía colaborativa, y ha ofrecido la entrada al mercado laboral a personas que antes habrían quedado excluidas”. Pero, junto a estos aspectos (aparentemente) positivos, la Comisión subraya los efectos negativos que estas tendencias están provocando. De un lado, “inestabilidad y una mayor falta de previsibilidad en determinadas relaciones laborales, especialmente para los trabajadores y las trabajadoras que se encuentran en una situación más precaria”. Pero también, una inadecuación de los marcos jurídicos nacionales que exponen a los trabajadores con empleos no convencionales<sup>50</sup> a prácticas poco claras o desleales, dificultando el cumplimiento de sus derechos.

<sup>50</sup> Las formas no convencionales de empleo en el sentido del Pilar Europeo y de la Propuesta de Directiva sobre el acceso a la protección social hace referencia a los contratos temporales o de corta duración, el trabajo a tiempo parcial y el trabajo según demanda, así como las relaciones laborales entre más de dos partes, se consideran habitualmente formas de empleo no convencionales, en contraposición con una relación de trabajo clásica que normalmente implica un trabajo a tiempo completo con un contrato indefinido. Dentro de estas categorías puede observarse una gran variedad de formatos, como el trabajo ocasional (es decir, los contratos de cero horas para trabajos como reponer mercancías en un supermercado, que solo se necesitan cuando hay mucha demanda), el trabajo mediante agencias de trabajo temporal o el trabajo a través de plataformas (plataformas digitales, cuyos empleados no tienen un lugar de trabajo fijo). A efectos de estas iniciativas se maneja una definición internacionalmente amplia, para incluir también categorías emergentes o futuros de trabajo no convencional. Los mercados laborales cambian con rapidez, y las tecnologías dan lugar a formas de empleo nuevas y diferentes que aún son desconocidas o están por descubrir o desarrollarse. El enfoque que adopta la Comisión garantiza que las reformas estén preparadas para el futuro, a fin de sacar el máximo partido de la evolución del mundo laboral.



La forma de dar respuesta a estos desafíos por parte de los Estados miembros tampoco está ayudando a resolver de forma adecuada los mismos. Como deja constancia la Comisión Europea, se está favoreciendo una mayor diversificación del sistema normativo europeo aumentándose el “riesgo de una competencia basada en recortar los estándares sociales, con las consiguientes consecuencias perjudiciales, también para los empleadores, sujetos a una presión competitiva insostenible, y para los Estados miembros, que se privan de ingresos fiscales y cotizaciones a la seguridad social”. Las soluciones ofrecidas parece que no son capaces de conjugar de forma satisfactoria esa doble tendencia apuntada de incrementar la competitividad de la UE pero al mismo tiempo garantizar una adecuada protección a todos los trabajadores.

A partir de esta constatación, la propuesta de Directiva pretende ser un instrumento que ayude a revertir en parte esta situación, enmarcándose en el conjunto de iniciativas posibles a adoptar en el marco del PEDS. Se trataría de una medida que se relaciona con otras que la Comisión ya está adoptando como forma de convertir el PEDS en acciones concretas. Así, se podrían señalar, de un lado, la iniciativa sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional; de otro, esta propuesta de Directiva y, finalmente, el futuro paquete de equidad social. Además, habría que añadir que en los principales documentos del Semestre se deben integrar los principios y prioridades del PEDS. En particular, el proyecto de informe conjunto sobre el empleo incluye el nuevo cuadro de indicadores sociales, cuyo objetivo es supervisar los progresos en varios ámbitos clave cubiertos por el pilar, como el porcentaje de abandono escolar prematuro, la tasa de desempleo juvenil o el impacto de las transferencias sociales en la reducción de la pobreza. La propuesta de Directiva, por tanto, se constituye en un desarrollo del PEDS. De forma más concreta, atiende al mandato contenido en los Principios 5 y 7 de dicho pilar, referidos en el primer caso al “Empleo seguro y adaptable” y en el segundo a la “Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> No serían los únicos principios implicados, la propia propuesta de Directiva alude a otros, como son el Principio 1 dedicado a la “Educación, formación y aprendizaje permanente”; el Principio 2, relativo a la “Igualdad de género” y el Principio 8 que lleva por título “Diálogo social y participación de los trabajadores”.

### 3. LA PROPUESTA DE UN ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: UN DERECHO EUROPEO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional<sup>52</sup>.

En este contexto de replanteamiento de la política comunitaria del Derecho Social se elabora la “Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia” (Estrasburgo, 13.3.2018. COM (2018) 132 final). En términos generales se puede afirmar que el objetivo de esta Recomendación sería establecer un estándar europeo de derechos de protección social (ante todo de Seguridad Social) en el espacio jurídico-social europeo. La Recomendación sobre el Pilar Europeo de derechos sociales de 2017, establece en su principio núm. 12 que “con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada”. El objetivo de esta iniciativa de política de protección social es poner en práctica este principio, en conjunción todas las diversas referencias a prestaciones de Seguridad Social referidas en la Recomendación sobre el PEDS<sup>53</sup>.

En esta materia no estamos ante un Derecho fuerte de la Unión Europea, sino ante el reclamo de “derecho blando” o *soft law* comunitario.

En la Exposición de Motivos de la Recomendación se parte de la idea de “ofrecer acceso a la protección social es de capital importancia para la seguridad económica y social de la mano de obra y para unos mercados de trabajo que funcionen adecuadamente y que creen puestos de trabajo y un crecimiento sostenible. Sin embargo, existe un número cada vez mayor de personas que, debido a su tipo de

<sup>52</sup> Tratado de la Unión Europea, artículo 21.1.

<sup>53</sup> PÉREZ, 2018a.

relación laboral o su forma de trabajo por cuenta propia, se quedan sin un acceso suficiente a la protección social”. Los sistemas de protección social son distintos en los países de la Unión, como reflejo de las tradiciones nacionales, preferencias políticas y presupuestos asignados. Sin embargo, se enfrentan a retos similares y transformaciones de envergadura. Existen numerosas desigualdades en el acceso a la protección social vinculadas a las nuevas estructuras sociales y a las nuevas formas de trabajo. Por ello, la iniciativa “Acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores *no convencionales* que, debido a su tipo de contrato o su situación en el mercado laboral, no están suficientemente protegidos por los regímenes de protección social en lo que respecta al desempleo, la enfermedad, la maternidad o la paternidad, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la discapacidad y la vejez.

Importa hacer notar la conexión de la Recomendación europea con la Recomendación de la OIT, núm. 202 (2012), sobre los niveles mínimos de protección social de la OIT: se basa en ella y la complementa. Hay un avance –dentro de la continuidad sustancial- de la Recomendación respecto a las políticas comunitarias en el ámbito de la protección social. Las orientaciones existentes de la UE en el ámbito del acceso a la protección social<sup>54</sup> en el contexto del Semestre Europeo, y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social, han creado un consenso entre los Estados miembros y las instituciones de la UE sobre la necesidad de modernizar los sistemas de protección social<sup>55</sup>. En este contexto, se han elaborado orientaciones estratégicas en ramas consideradas clave de la protección social (pensiones, seguro de desempleo, etc.). Por lo tanto, esta iniciativa

<sup>54</sup> Recomendación del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (92/442/CEE), DO L 245 de 26.8.1992, p. 49, Recomendación de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (C(2008) 5737), DO L 307 de 18.11.2008, p. 11, Comunicación de la Comisión «Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la ejecución del Fondo Social Europeo» 2014-2020, COM(2013) 83, «Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social», COM(2008) 418 final; Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo, de 5 de octubre de 2015, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, DO L 268 de 15.10.2015, y recomendaciones específicas por país.

<sup>55</sup> Que viene de lejos, Comunicación de la Comisión: “Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea”, COM(97) 102 final, de 12 de marzo de 1997.

complementaría la cooperación en curso en materia de protección social al examinar la situación de los *trabajadores por cuenta propia y de los trabajadores no convencionales* en las diferentes ramas de la protección social.

Por otra parte, la iniciativa que se plasma en la Recomendación es coherente con la Comunicación de la Comisión sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», en la que se ponía de relieve que la cuestión de si existe una relación de empleo o no entre una plataforma y el prestador del servicio subyacente debe determinarse en función de cada caso, basándose acumulativamente, en particular, en si el prestador de servicios actúa bajo la dirección de la plataforma que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones de trabajo; si el prestador de servicios recibe una remuneración; y la naturaleza del trabajo<sup>56</sup>.

Adviértase ya inicialmente el instrumento jurídico elegido para “desarrollar” el PEDS: la Recomendación no figura en el cuadro del sistema de fuentes del Derecho de la UE. No tiene típicamente fuerza normativa vinculante para los Estados miembros. De ahí sus límites, pero también su “adecuación” técnica para los objetivos perseguidos de una convergencia no armonizadora de las regulaciones básicas de los derechos de Seguridad Social en los ordenamientos nacionales. Se afirma, por un lado, que “la presente Recomendación tiene por objetivo facilitar el acceso a una protección social adecuada para todos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia en los Estados miembros” (Apartado 1). Por otro lado, a tal efecto: la Recomendación “tiene por objeto *establecer normas mínimas* en el ámbito de la protección social de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia. La protección social puede prestarse a través de una combinación de regímenes, incluidos los públicos, los profesionales y los privados, y puede implicar cotizaciones, de conformidad con los principios fundamentales de los sistemas de protección social nacionales. *Los Estados miembros son competentes para definir el nivel de la cotizaciones y decidir qué combinación de regímenes resulta apropiada, de conformidad con el art. 153, apartado 4 del TFUE*”. (Apartado 2).

<sup>56</sup> COM(2016) 356.

Reténgase que según el art. 153.4 del TFUE “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c) (art. 153.1 TFUE). Añadiendo inmediatamente que: “A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: a) podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, *con exclusión de toda armonización* de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”<sup>57</sup>.

Del art. 153.4 del TFUE se infiere los siguientes elementos que configuran y delimitan la iniciativa y acción comunitaria en esta materia:

**1ª.** La Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros, pero, en principio, con exclusión formal de las medidas armonizadoras en materia de Seguridad Social.

<sup>57</sup> En cuanto al Tratado de la Unión Europea, el art. 3 establece que los objetivos de la Unión son, entre otras cosas, promover el bienestar de sus pueblos y trabajar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. En cuanto al Tratado de Funcionamiento de la UE, se hace mención a los arts. 9, 151 y 152. Pero también se alude a la libre circulación de los trabajadores (artículos 45 a 48), el derecho de establecimiento (artículos 49 a 55), la política social (artículos 151 a 161), el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales (artículo 154), incluidos los acuerdos celebrados y aplicados a escala de la Unión (artículo 155), la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo (artículo 157), la contribución al desarrollo de una educación de calidad y a la formación profesional (artículos 165 y 166), la acción de la Unión que complementa las políticas nacionales y fomenta la cooperación en el ámbito de la salud (artículo 168), la cohesión económica, social y territorial (artículos 174 a 178), la elaboración y la supervisión de la aplicación de las orientaciones generales de las políticas económicas (artículo 121), la elaboración y el examen de la aplicación de las orientaciones para el empleo (artículo 148) y, de manera más general, la aproximación de las legislaciones (artículos 114 a 117). De igual modo, se toma en cuenta, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, que protege y promueve una serie de principios fundamentales que son esenciales para el modelo social europeo. Sobre la misma, en un análisis exhaustivo de los derechos reconocidos, se puede consultar VV.AA., 2012. DOUE (C 67/1).

2ª. Completará la acción de los Estados miembros con al arreglo al principio de subsidiariedad, que es un principio de eficacia bilateral, a saber: a). Delimita las competencias de la UE; b). Delimita el ámbito de competencias propias de los Estados miembros. La consagración es explícita en la norma, cuando afirma que *“Los Estados miembros son competentes para definir el nivel de las cotizaciones y decidir qué combinación de regímenes resulta apropiada, de conformidad con el art. 153, apartado 4 del TFUE”*. (Apartado 2 de la Propuesta de Directiva).

En este sentido el art. 153.4 TFUE es de una contundencia inequívoca, cuando establece que *“las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: \*no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste; \*no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”*.

La misma Exposición de Motivos y el Preámbulo de la Recomendación sobre acceso a la protección social hacen notar:

En primer lugar, la base jurídica que la sustenta, a saber: la iniciativa se apoya en los objetivos de la Unión reconocidos en el art. 3 TUE: promover el bienestar de sus pueblos y el desarrollo sostenible de Europa con el objetivo del pleno empleo y el progreso social, pero también el objetivo de fomentar la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres y la solidaridad entre las generaciones. De conformidad con el art. 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.

La Recomendación del Consejo se basaría en el art. 292 del TFUE en combinación con los artículos 153, apartado 1, letra c) y 153, apartado 2, tercer párrafo, así como en el art. 352 del TFUE. El artículo 153, apartado 1, letra c), y apartado 2, del TFUE permite la adopción por el legislador de la UE de medidas en el ámbito de la seguridad social

**Se subraya que los sistemas de protección social son *la piedra angular del modelo social de la UE y de un buen funcionamiento de la economía social de mercado.***

y la protección social de los trabajadores en la medida en que i) se evite establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas, ii) no afecte a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de seguridad social, y iii) no afecte de modo sensible al equilibrio financiero de estos sistemas. Esta base jurídica podría utilizarse para abordar los retos que representa el acceso a la protección social para las personas con un empleo no convencional. El Consejo está obligado a actuar por unanimidad. El artículo 352 del TFUE puede constituir la base jurídica de una iniciativa relacionada con los retos del acceso a la protección social para las personas en diferentes formas de empleo por cuenta propia. En este caso, el Consejo también está obligado a actuar por unanimidad.

Por su parte, el Principio nº. 12 del PEDS establece que, con independencia del tipo y la duración de su relación de trabajo, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada.

Se subraya que los sistemas de protección social son *la piedra angular del modelo social de la UE y de un buen funcionamiento de la economía social de mercado.* La función clave de la protección social es proteger a las personas contra las implicaciones financieras de los riesgos sociales, tales como la enfermedad, la vejez, los accidentes de trabajo o la pérdida del puesto de trabajo, así como prevenir y aliviar la pobreza y mantener un nivel de vida digno. Unos sistemas de protección social bien diseñados *pueden también facilitar la participación en el mercado de trabajo apoyando la transición* en el mercado de trabajo de las personas que cambian de puesto de trabajo, se ponen a trabajar o dejan de hacerlo, o bien crean una empresa o la cierran. Contribuyen a la competitividad y el crecimiento sostenible, en la medida en que apoyan la inversión en capital humano y pueden contribuir a la reasignación de recursos humanos hacia sectores emergentes y dinámicos de la economía. También tienen un papel que desempeñar como estabilizadores automáticos suavizando las fluctuaciones del consumo a lo largo del ciclo económico.



La iniciativa comunitaria trata de garantizar que los sistemas nacionales de Seguridad Social avancen en la misma dirección y al mismo tiempo. De esta manera se pretende fomentar la convergencia para conseguir mejores condiciones de vida y de trabajo, en consonancia con el objetivo del PEDS, y esto será beneficioso para la economía y la sociedad de la Unión Europea en su conjunto.

Con ello se realiza la compatibilidad e incluso exigencia mutua entre la racionalidad social (protección social) y la racionalidad económica (dinámica de funcionamiento de la económica y de los mercados de trabajo). Se trata de buscar una conciliación y equilibrios—siempre complejos y difíciles de alcanzar— entre la lógica del mercado y la “justicia social”.

Subyace a la Recomendación relativa a la protección social europea las transformaciones cualitativas en curso. *La globalización, los avances tecnológicos, los cambios en las preferencias individuales y el envejecimiento de la población han impulsado los cambios en los mercados de trabajo europeos* durante los dos últimos decenios, y seguirán haciéndolo en el futuro. El empleo será cada vez más diverso y las carreras profesionales serán cada vez menos lineales: -Los mercados laborales de la Unión contienen diferentes relaciones laborales y formas de empleo por cuenta propia junto con los contratos de trabajo indefinidos a tiempo completo. Algunos tipos de trabajo ya se conocían en el mercado laboral desde hace mucho tiempo (por ejemplo, duración determinada, temporales, a tiempo parcial, trabajo doméstico o períodos de prácticas); mientras que otros se han desarrollado más recientemente y han ido ganando en importancia desde la década de 2000: el trabajo según demanda, el trabajo basado en vales, el trabajo a través de plataformas, etcétera. -En particular, los trabajadores por cuenta propia también forman un grupo heterogéneo. La mayor parte de las personas que eligen convertirse en trabajadores por cuenta propia lo hacen voluntariamente, con o sin asalariados, asumiendo el riesgo de convertirse en empresarios, mientras que uno de cada cinco trabajadores por cuenta propia lo es debido a que no puede encontrar un trabajo por cuenta ajena<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Datos del módulo 2017 sobre la actividad por cuenta propia de la Encuesta de Población Activa (ECA) del Instituto Nacional de Estadísticas (INA).

**Solamente algunos Estados miembros han iniciado reformas para adaptar los sistemas de protección social a la naturaleza cambiante del trabajo a fin de proteger mejor a los trabajadores afectados y a los trabajadores por cuenta propia. Las mejoras no han sido uniformes entre los países y entre las ramas de la protección social.**

Dada la conexión de los sistemas de protección social con el sistema de necesidades de las personas y con el desarrollo de los mercados de trabajo es estrictamente necesaria una *coevolución sistémica* entre estos ámbitos o esferas de la vida social. Es así, que *a medida que los mercados de trabajo evolucionan, también deben evolucionar los sistemas de protección social* a fin de garantizar que el modelo social europeo esté preparado para el futuro y permita a las sociedades y economías de la Unión aprovechar al máximo el mundo del trabajo en el futuro. Debe atenderse al ciclo de vida de las personas<sup>59</sup>. Sin embargo, en la mayoría de los Estados miembros, las normas que rigen las cotizaciones y los derechos de los regímenes de protección social todavía se basan en gran medida en los contratos indefinidos a tiempo completo entre un trabajador y un empleador único, mientras que la cobertura de otros grupos de trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia ha sido más marginal. Los datos recogidos muestran que algunos trabajadores no convencionales y algunos trabajadores por cuenta propia no tienen un acceso suficiente a las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación en el mercado laboral o el tipo de relación laboral. Solamente algunos Estados miembros han iniciado reformas para adaptar los sistemas de protección social a la naturaleza cambiante del trabajo a fin de proteger mejor a los trabajadores afectados y a los trabajadores por cuenta propia. Las mejoras no han sido uniformes entre los países y entre las ramas de la protección social. Es más, a largo plazo, las diferencias en el acceso a la protección social pueden poner en peligro el bienestar y la salud de las personas, contribuir al incremento de la inseguridad económica, el riesgo de pobreza y las desigualdades, y también pueden dar lugar a una inversión subóptima en capital humano, reducir la confianza en las instituciones y limitar un crecimiento económico inclusivo.

Y es que, se realza significativamente que las diferencias en el acceso a la protección social pueden tener *efectos perjudiciales*, en términos de repercusiones económicas y fiscales, que se perciban en toda la Unión. Son una *cuestión de interés común* para los Estados miembros, y pueden presentar obstáculos para la consecución

<sup>59</sup> Para ese enfoque de ciclo vital en la planificación de las políticas de Seguridad Social, puede consultarse PÉREZ, 2008.

de los objetivos clave de la Unión (Preámbulo de la Recomendación). En este sentido la Recomendación 92/442/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, identificó objetivos comunes en el ámbito de la protección social e invitó a los Estados miembros a «examinar la posibilidad de instaurar y/o desarrollar una protección social apropiada para los trabajadores por cuenta propia». Estos objetivos definidos en común han creado un cierto margen para el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social, un instrumento esencial para apoyar la definición, la ejecución y la evaluación de los marcos nacionales de protección social y fomentar la cooperación mutua de los Estados miembros en este ámbito. En el marco del Semestre Europeo, el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento de 2018 recuerda que la mejora de la adecuación y la cobertura de la protección social es de capital importancia para prevenir la exclusión social, mientras que, en las orientaciones para las políticas de empleo de 2018, se invita a los Estados miembros a modernizar sus sistemas de protección social.

En segundo lugar, se respeta el principio de subsidiariedad (en el caso de competencia no exclusiva). El punto de partida es nítido, a saber: Las políticas de empleo y de protección social siguen siendo básicamente una responsabilidad de los Estados miembros. Pero el problema práctico es el del acceso insuficiente a la protección social para un número cada vez mayor de personas en el mercado de trabajo y sus consecuencias negativas para la cohesión social. En tal sentido, la actuación de la UE también puede reducir los obstáculos que plantea este problema para la consecución de los objetivos de la Unión. Al reforzar la convergencia hacia unas instituciones del mercado de trabajo sólidas, la actuación de la UE puede facilitar una estructura económica resiliente y fomentar la cohesión social en la Unión. Las medidas propuestas en la presente Recomendación tienen como objetivo central eliminar o reducir los obstáculos que impiden que los sistemas de protección social proporcionen una adecuada protección social a las personas, con independencia del tipo de relación laboral o de situación en el mercado laboral que tengan, respetando al mismo tiempo las competencias de los Estados miembros a la hora de diseñar sus sistemas de protección social.

Se dejan una serie de opciones a la discreción de los Estados miembros, en particular: i) el nivel de protección proporcionado, ii) si se amplía la cobertura en el marco de los regímenes existentes o mediante la creación de nuevos regímenes, iii) la manera de financiar la protección, y iv) las combinaciones de regímenes que van a utilizarse (públicos, profesionales o privados). Estas cuestiones quedan fuera del alcance de la presente iniciativa. Los Estados miembros son los mejor situados para decidir acerca de estas dimensiones a fin de garantizar una protección efectiva de la forma más eficiente, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas de protección social existentes en la Unión.

Se pretende respetar plenamente el principio de proporcionalidad, porque *el ámbito de aplicación de la propuesta se limita a garantizar unas normas mínimas en el acceso a la protección social*. Además, la propuesta da a los Estados miembros la posibilidad de mantener o establecer disposiciones más favorables y de tener en cuenta las características específicas de sus situaciones nacionales. Por consiguiente, deja espacio a la flexibilidad por lo que se refiere a la elección político-jurídica de las medidas concretas de aplicación.

La proporcionalidad también desempeña un papel fundamental a la hora de orientar la elección del instrumento jurídico. El instrumento preferido para la iniciativa es una recomendación del Consejo, *que proporciona orientaciones y pautas a los Estados miembros sobre la manera de conseguir el acceso a la protección social para todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia*.

La Comisión ha entendido que una recomendación del Consejo es el instrumento jurídico más proporcionado en este momento para que una acción de la UE aborde los retos relacionados con el acceso a la protección social. En comparación con una directiva, que impondría unos resultados vinculantes, una recomendación permite a la UE y a los Estados miembros seguir trabajando juntos para abordar las diferentes dimensiones del problema y prever cómo van a evolucionar, lo que incluye sus implicaciones a nivel nacional y los posibles efectos inducidos en el mercado interior, así como para estimular y orientar las reformas nacionales y garantizar que el progreso no sea parcial o desigual entre los diferentes grupos destinatarios y ramas de la protección social. Una recomendación responde a la necesidad

de actuar a nivel de la UE, teniendo en cuenta al mismo tiempo la falta de consenso político, en este momento, en cuanto a la orientación de las reformas normativas a llevar a cabo por los países miembros. En efecto, las consultas con las partes interesadas muestran una importante divergencia sobre el mejor instrumento, así como acerca de la dirección de las reformas. Además, puede apoyar los esfuerzos dirigidos a reforzar la base estadística y de conocimientos necesaria para realizar un seguimiento de la situación a nivel del espacio geopolítico de la Unión.

Por tanto, el principal valor añadido de una recomendación es crear un impulso que apoye y complemente los debates y las reformas nacionales, orientar a los Estados miembros en sus esfuerzos y crear un consenso sobre las mejores opciones de reforma, lo cual también permitiría orientar la posición de la UE y de sus Estados miembros en todos los foros internacionales pertinentes. Una recomendación del Consejo también permite a la UE dejar un margen de flexibilidad a los Estados miembros sobre la manera de alcanzar los objetivos, dependiendo del punto de partida y la historia y las prácticas nacionales.

Reálcese que igualmente que una recomendación del Consejo independiente tiene un importante valor añadido si se compara con abordar la cuestión únicamente a través de los procesos existentes, como el Semestre Europeo o el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social. Se necesita un enfoque específico para dar a esta cuestión la necesaria visibilidad política, aumentar la sensibilización al respecto y generar un impulso. Asimismo, se necesitan esfuerzos de todos los Estados miembros de manera coherente y en cierta medida coordinada para despejar las dudas sobre las posibles desventajas de dar el primer paso.

Este impulso de la Unión en orden a la aplicación y el seguimiento de esta Recomendación *puede integrarse plenamente en los procesos en curso del programa de acción Europeo y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social*. Puede promoverse la aceptación de la Recomendación mediante una serie de medidas de acompañamiento, especialmente a través de programas de aprendizaje mutuo y financiación de experimentos de apoyo y de reformas en los Estados miembros. (Exposición de Motivos, pp. 9-10).

**Respecto a la adecuación regulatoria y sus efectos positivos previsibles la se indica que los principales efectos previstos como consecuencia de la mejora de la protección serían un incremento de la mutualización del riesgo y el aumento de la seguridad de los ingresos, lo que tendría como resultado una menor precariedad y pobreza de las personas.**

Respecto a la adecuación regulatoria y sus efectos positivos previsibles la se indica que los principales efectos previstos como consecuencia de la mejora de la protección serían un incremento de la mutualización del riesgo y el aumento de la seguridad de los ingresos, lo que tendría como resultado una menor precariedad y pobreza de las personas. También se espera que la iniciativa contribuya a aumentar el dinamismo del mercado laboral y a una mejor asignación de los recursos, así como a reforzar el papel clave que se ha demostrado que tienen los estabilizadores automáticos de la protección social, reduciendo las fluctuaciones del ciclo económico. Las empresas también se beneficiarán de un mercado laboral que funcione adecuadamente y de estructuras económicas resilientes.

En opinión de la Comisión las empresas podrían beneficiarse de un incremento de la productividad de las personas en formas de empleo que pasarían a estar protegidas, de una *menor competencia desleal y de los efectos positivos de los sistemas de protección social en los mercados de trabajo y en la demanda interna*. En función de las diferentes posibilidades de financiación, se espera que las empresas experimenten un incremento en el coste que representa gestionar las fluctuaciones de la producción, junto con algún aumento de los costes en relación con el empleo no convencional y el trabajo por cuenta propia.

Hay que tener en cuenta que la iniciativa se aplicará a todos los empleadores. Sin embargo, afectará en especial a todos los empleadores de trabajadores no convencionales y, en una cierta menor medida, a las empresas que trabajan con trabajadores por cuenta propia. Los datos que se presentan en la evaluación de impacto permiten determinar en qué medida las empresas utilizan estos tipos de contratos. Los trabajadores por cuenta propia con y sin empleados trabajan sobre todo con microempresas (de 1 a 9 trabajadores), y mucho menos con pymes y grandes empresas. Por lo tanto, la exención de las microempresas reduciría indebidamente la eficacia de la iniciativa. Los trabajadores no convencionales trabajan especialmente en la administración pública (28 %) y en pymes, y en menor medida también en grandes empresas y en microempresas.

Se realza, por lo demás, la conexión jurídica de esta iniciativa con el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, toda

vez que la iniciativa promueve el derecho a las prestaciones de seguridad social y que los servicios sociales proporcionen protección en casos tales como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo (Exposición de Motivos, p. 15).

3ª. En cuanto al procedimiento de aprobación de instrumentos reguladores las dificultades son ciertamente enormes, toda vez que se indica que “El Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

En los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités.

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1” (Art. 153. 2 TFUE).

4º. En relación al catálogo de prestaciones se asume por remisión el establecido en el Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece los mecanismos de coordinación comunitaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Al efecto, se indica que se entenderá por “Régimen de protección social” un marco de normas diferenciado para proporcionar prestaciones a los beneficiarios con derecho a ellas. Dichas normas especifican el ámbito de aplicación personal del programa, las condiciones para tener derecho a las prestaciones, el tipo de prestaciones, los importes de las prestaciones, la duración de las prestaciones y otras características, así como la financiación (cotizaciones, impuestos generales y otras fuentes), la gobernanza y la gestión del programa. *Las ramas de protección a que se hace referencia en el apartado 5 de la Recomendación se definen de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento y del Consejo*”. (Apartado 7.e) de la Propuesta de Directiva).

En la Directiva, apartado 5, se enumera escuetamente ese catálogo de prestaciones. Se indica que se incluyen en la Recomendación “las ramas siguientes de la protección social, en la medida en que existan en los Estados miembros: a) prestaciones de desempleo;



b) prestaciones por enfermedad y de asistencia sanitaria; c) prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; d) Prestaciones de invalidez; e) prestaciones de vejez; f) prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.” Se echa en falta en esta enumeración la referencia a las prestaciones familiares que, sin embargo, si están incluidas expresamente en el art. 3.1. j) las prestaciones familiares del Reglamento Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

5ª. Se trata de garantizar “derechos” a través del impulso de la Unión: “La presente Recomendación cubre el derecho a partir en un régimen, así como la adquisición de derechos y el acceso a los mismos. Tiene por objeto, en particular, garantizar los siguientes para todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia: a) una cobertura formal de protección social; b) una cobertura efectiva y a la adecuación y la transferibilidad de la protección social; c) la transparencia de los derechos de protección social.

6º. En cuanto al ámbito subjetivo, las acciones que se comprenden en la Recomendación tiene un amplio alcance, se aplica a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, incluidas las personas que transitan entre estas dos situaciones o que se encuentran en las dos, así como a las personas cuyo trabajo se ve interrumpido debido a la aparición de los riesgos cubiertos por la protección social (Apartado 4). Se puede apreciar algo más: que se contemplan las trayectorias discontinúas de trabajadores atípicos y precarios y las transiciones de situaciones de trabajo asalariado y trabajo autónomo. Sobre esta cuestión se incide en el Preámbulo y justificación de la Propuesta de Directiva.

7º. Se consagran una serie de principios fundamentales de los sistemas de protección social, indicando que “Los principios de accesibilidad, transferibilidad, adecuación y transparencia definidos en la presente Recomendación se aplican a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, si bien se reconoce que pueden aplicarse normas distintas a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia” (Apartado 6 de la Propuesta de Directiva).

A) Cobertura formal (Apartados 8 y 9). La preocupación central de la Recomendación parece residir en garantizar que todos los

trabajadores incluidos los precarios o con continuas transiciones laborales y los trabajadores autónomos tengan una *cobertura real* y no sólo formal con carácter obligatorio. Es criticable que la cobertura de los trabajadores autónomos no se garantice con carácter obligatorio, sino voluntario para las prestaciones de desempleo. Hay que tener en cuenta las dificultades actuales de diferenciar con contornos y fronteras nítidas las distintas formas de trabajo, con una espiritualización y flexibilización de las nociones de subordinación y autonomía del trabajador; y la constatación de una multiplicidad de fórmulas jurídicas –diferenciadas e indiferenciadas– de regulación de las relaciones de trabajo (del trabajo profesional)<sup>60</sup>. Y es que atendiendo a las nuevas formas de trabajo y el constante aumento del trabajo autónomo o por cuenta propia, cada vez más en condiciones de vulnerabilidad o de dependencia económica, el Derecho del Trabajo tendrá que expandir subjetivamente la atribución del sistema de garantías y derechos sociales que dispensa hacia todas las personas que trabajan; y en esa lógica de expansión de su ámbito de aplicación, llegado el caso, graduando las tutelas que confiere.

Precisamente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario<sup>61</sup>, sitúa en el marco de la iniciativa en favor del trabajo digno el abordar las condiciones de trabajo y el empleo precario, el pedir a los Estados miembros que tengan en cuenta un conjunto de indicadores de la OIT para determinar la existencia de una relación laboral: el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; debe ser ejecutado personalmente por el trabajador; se lleva a cabo dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; es de cierta duración y tiene cierta continuidad; requiere la disponibilidad del trabajador o implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; se paga una

<sup>60</sup> De ello da cuenta la OIT: La relación de trabajo: una visión comparada, Resumen Ejecutivo, Casale, G. (Dir.), Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. 2 y sigs.; Recomendación OIT, n. 198, 2006, sobre la relación de trabajo (Cap. II. Determinación de la existencia de una relación laboral); Recomendación OIT, n. 184, 1996, sobre el trabajo a domicilio.

<sup>61</sup> [(2016/2221(INI)) (2018/C 334/09)]. Diario Oficial de la UE. 19.9.2018.

remuneración periódica al trabajador que constituye su única o principal fuente de ingreso, y también pueden estar previstos pagos en especie tales como alimentación, vivienda o transporte; se reconocen al trabajador derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales. Pero adicionalmente da un paso más en la delimitación e identificación conceptual cuando señala, en primer lugar, que el trabajo atípico se refiere a las relaciones de trabajo no conformes con el modelo estándar o típico de empleo a tiempo completo, regular y de duración indeterminada con un único empleador a lo largo de un período largo de tiempo, de manera que los términos “atípico” y “precario” no pueden usarse como sinónimos (aunque observa que algunas formas de empleo atípico entrañan mayores riesgos de precariedad o inseguridad, por ejemplo, el trabajo no voluntario a tiempo parcial o con contrato de duración determinada, los contratos de cero horas y los períodos de prácticas no retribuidos). En segundo lugar, el trabajo precario hace referencia a las formas de empleo que no cumplen las normas y leyes nacionales, internacionales y de la Unión o que *no ofrecen recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuadas*.

Con este enfoque delimitador la Resolución del Parlamento Europeo apuesta por el trabajo decente y por un modelo de competitividad en la UE basado en la calidad del trabajo y de la producción: la flexibilidad en el mercado laboral –afirma– no consiste en reducir los derechos de los trabajadores a cambio de productividad y competitividad, sino en equilibrar satisfactoriamente la protección de los trabajadores con la posibilidad de que trabajadores y empleadores acuerden formas de trabajo que se adecuen a las necesidades de ambos. En esta lógica de equilibrio entre racionalidades sociales y económicas, asume como propia la estrategia del trabajo decente de la OIT, partiendo de la definición según la cual éste “significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”<sup>62</sup>; pero también alienta a la OIT que vaya más allá,

<sup>62</sup> Informe de la OIT, 2016b.

**La digitalización y la automatización están contribuyendo a que se produzca una transformación de la naturaleza y de las formas de trabajo, incluido el aumento de las nuevas formas de empleo.**

incluyen el salario digno a esa definición (Resolución del Parlamento Europeo, 2018, 92). Es así que Programa de Trabajo Decente de la OIT, se dirige fundamental y específicamente a garantizar la creación de empleo, los derechos en el trabajo, la protección social y el diálogo social, así como la igualdad de género. Por tanto, el *trabajo digno* debe cubrir concretamente: un salario mínimo vital, que también garantice el derecho a la libertad de asociación; convenios colectivos, con arreglo a las prácticas de los Estados miembros; la participación de los trabajadores en los asuntos de la empresa, con arreglo a las prácticas de los Estados miembros; el respeto de la negociación colectiva; la igualdad de trato de los trabajadores en el mismo lugar de trabajo; la salud y seguridad en el trabajo; la protección social de los trabajadores y las personas a su cargo; disposiciones sobre tiempo de trabajo y de descanso; la protección contra el despido; el acceso a la formación y el aprendizaje permanente; el apoyo al equilibrio entre vida privada y vida laboral de todos los trabajadores, subrayando que para garantizar estos derechos es esencial mejorar la aplicación y efectividad de la legislación social y laboral.

La digitalización y la automatización están contribuyendo a que se produzca una transformación de la naturaleza y de las formas de trabajo, incluido el aumento de las nuevas formas de empleo<sup>63</sup>. Ello puede requerir nuevas normas sociales de trabajo, proporcionadas y que respondan a los cambios, para conseguir que todas formas de empleo estén cubiertas<sup>64</sup>. Ahora bien, es necesario precisar que las nuevas tecnologías condicionan las decisiones económicas, organizativas y las formas de empleo, pero no hay un determinismo tecnológico que pueda ser aducido sin más para justificar imperativos irresolubles de las políticas laborales. La tecnología y el conjunto de las fuerzas productivas de la sociedad en cada etapa histórica han incluido de manera significativa en el desarrollo del Derecho (hoy estamos ante una cuarta revolución industrial), pero es manifiesto que las respuestas del sistema jurídico han tenido un amplio margen de configuración y de decisión sobre su incidencia en todas las dimensiones. En el fondo como señalara Gény el

<sup>63</sup> Puede consultarse GAUTHIER, 2016. La estrategia para hacer frente a estos cambios, RITTICH, 2015. También TREU, 2016.

<sup>64</sup> Resolución del Parlamento Europeo, 2018, p. 94.

Derecho es en parte “*dado*” y en parte “*construido*”<sup>65</sup>. En identificación de la relación laboral a efectos del sistema jurídico refleja que en situaciones dadas se operan respuestas autorreflexivas “construidas” (Es así que se puede comprender que existan, por ejemplo, exclusiones no sólo declarativas sino también de carácter constitutivo, las cuales de no haberse producido no podrían entenderse excluidas del ordenamiento jurídico: transportistas con vehículo propio al amparado de autorización administrativa ex art. 1.3, último párrafo; exclusión del ámbito laboral de los trabajadores autónomos económicamente dependientes –TRADE- en virtud de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, artículos 1.2.d) y 11-18; RD. 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del TRADE).

B) Cobertura efectiva y transferibilidad<sup>66</sup> (Apartados 10, 11 y 12). En primer lugar, los Estados miembros en sus respectivas legislaciones nacionales deben garantizar una cobertura efectiva de todos los trabajadores asalariados y los trabajadores autónomos, con arreglo a las condiciones establecidas en los 7 y 8 de la Recomendación, preservando al mismo tiempo la sostenibilidad del sistema y la aplicación de salvaguardias para evitar abusos. Recomienda a los Estados miembros que garanticen una cobertura efectiva, con independencia del tipo de relación laboral y de la situación en el mercado laboral, revisando las normas que rigen las cotizaciones y los derechos. En segundo lugar, los Estados miembros en sus respectivas legislaciones (y de conformidad con las disposiciones nacionales en materia de diálogo social), los Estados miembros deben garantizar que los derechos, tanto si se adquieren a través de regímenes obligatorios como de regímenes voluntarios, se acumulen, conserven y transfieran a través de todos los tipos de empleo y de situaciones de trabajo por cuenta propia, y de todos los sectores económicos.

En lo que respecta a la transferibilidad, no existe ningún requisito en la legislación de la UE para garantizar la transferibilidad de los

<sup>65</sup> GÉNY, 2000.

<sup>66</sup> La transferibilidad es definida en el apartado 7 (Definiciones), letra m) de la Propuesta de Directiva: “La posibilidad de i) transferir los derechos acumulados a otro régimen, ii) hacer que los períodos de carencia en una situación del mercado laboral anterior (o en situaciones de mercado laboral concomitantes) se contabilicen a efectos de los períodos de carencia en la nueva situación”.

derechos de pensiones de empleo, pero la Directiva 2014/50/EU sobre la portabilidad de los derechos complementarios de pensión, alienta a los Estados miembros a mejorarla y, de hecho, todos los Estados miembros han optado por extender el mismo tratamiento jurídico a todos los trabajadores (la Directiva no se aplica a los trabajadores por cuenta propia) que hayan abandonado un plan de pensiones de empleo.

C) Adecuación (Apartados 12, 13, 14 y 15). Lo que persigue es garantizar un nivel adecuado de protección de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, esto es, que sea *suficiente* y se produzca en el momento oportuno para *mantener el nivel de vida y ofrecer un grado adecuado de sustitución de ingresos*, evitando en todos los casos que estos miembros caigan en la pobreza. Por otra parte, se establece una serie de previsiones que garantizan la efectividad y proporcionalidad de las cotizaciones en atención a su incidencia en los derechos de protección social de todo tipo de trabajadores. Se alienta a los Estados miembros a garantizar la adecuación de la protección social y a concebir mejor los sistemas en función de la situación específica de los beneficiarios.

De ello se deja constancia, en cierto sentido, en el Preámbulo de la Recomendación cuando se indica que “La protección social se considera adecuada cuando permite que las personas mantengan un nivel de vida digno, sustituyan su pérdida de ingresos de manera razonable y vivan con dignidad, y evita que caigan en la pobreza”. *Las prestaciones pueden ser inadecuadas, es decir, insuficientes o a destiempo para mantener el nivel de vida, vivir con dignidad y evitar que las personas caigan en la pobreza o en situaciones de exclusión social.* En este caso, puede haber margen para mejorar la adecuación y, al mismo tiempo, prestar atención a las medidas que permitan una facilitación de la vuelta al trabajo. Las normas que rigen las cotizaciones pueden distorsionar las condiciones de competencia equitativas e ir en detrimento de algunas categorías de trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena. Por ejemplo, las cotizaciones de protección social para los trabajadores por cuenta propia pueden incluir unas aportaciones independientes de los ingresos, o establecerse a partir de ingresos del pasado o de estimaciones sobre futuros ingresos. Esto puede crear problemas

***Los derechos de protección social no siempre se conservan y se transfieren cuando las personas transitan entre diferentes situaciones en el mercado laboral, por ejemplo cuando se pasa del trabajo por cuenta ajena al trabajo por cuenta propia o a estar en paro, cuando se combina el trabajo por cuenta ajena con el trabajo por cuenta propia, o cuando se pone en marcha o se cierra una empresa.***

de flujo de efectivo para el individuo cuando sus ingresos descienden por debajo de las estimaciones. Además, la progresividad y las reducciones en las cotizaciones sociales para los grupos con bajos ingresos podrían aplicarse de manera más equitativa a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, garantizando al mismo tiempo que estas exenciones no induzcan a una infradeclaración de los ingresos.

Las normas que rigen los derechos a prestaciones pueden jugar en contra de los trabajadores no convencionales y de los trabajadores por cuenta ajena. En particular, los ingresos y los umbrales temporales (los períodos de carencia, los períodos de espera, los períodos mínimos de trabajo y la duración de las prestaciones) pueden constituir un obstáculo indebidamente elevado para que algunos grupos de trabajadores no convencionales y por cuenta propia puedan acceder a la protección social. En general, se ha determinado la existencia de dos grupos de cuestiones: en primer lugar, las diferencias existentes en las normas aplicables a los trabajadores convencionales y a las personas con empleos no convencionales o que trabajan por cuenta propia pueden penalizar innecesariamente a un grupo; en segundo lugar, la aplicación de las mismas normas a todos los grupos puede tener como consecuencia unos resultados peores para las personas que se encuentran fuera del empleo convencional y puede no estar adaptada a la situación de los trabajadores por cuenta propia. En ambos casos, puede haber margen para adaptar mejor las normas a la situación de los grupos específicos manteniendo al mismo tiempo un principio general de universalidad, de manera que no quede nadie sin cobertura en el mercado laboral en el momento de la materialización de un riesgo social. Pueden necesitarse medidas específicas para evitar que las personas coticen en regímenes que se solapen.

*Los derechos de protección social no siempre se conservan y se transfieren cuando las personas transitan entre diferentes situaciones en el mercado laboral, por ejemplo cuando se pasa del trabajo por cuenta ajena al trabajo por cuenta propia o a estar en paro, cuando se combina el trabajo por cuenta ajena con el trabajo por cuenta propia, o cuando se pone en marcha o se cierra una empresa. Es asimismo de capital importancia la transferibilidad de los derechos entre los distintos regímenes y su totalización a fin de permitir que las personas que*



combinan trabajos o cambian de trabajo, o que pasan de ser un trabajador por cuenta ajena a uno por cuenta propia, y viceversa, accedan efectivamente a las prestaciones de los regímenes contributivos y dispongan de una cobertura adecuada, y también para fomentar su participación en caso de regímenes de protección social voluntarios.

La referencia como base a los instrumentos de la OIT es harto significativa dentro del garantismo multinivel flexible que se postula. En su Recomendación sobre los niveles mínimos de protección social de 2012, la Organización Internacional del Trabajo recomienda a sus miembros, con arreglo a las circunstancias nacionales, que establezcan lo más rápidamente posible y que mantengan sus niveles mínimos de protección social, incluidas las garantías básicas de protección social.

Pero no lo es menos la referencia a los principios que inspiran el sistema de los tratados fundacionales en el marco del diálogo social. La Comisión ha puesto en marcha una consulta en dos etapas con los interlocutores sociales sobre el acceso a la protección social para las personas con cualquier forma de empleo, de conformidad con el artículo 154, apartado 2, del TFUE. El procedimiento del artículo 154, apartado 2, del TFUE no es aplicable, como tal, a la actuación de la Unión para abordar los desafíos relacionados con el trabajo por cuenta propia tomando como base el artículo 352 del TFUE. La Comisión invitó a los interlocutores sociales a que compartieran sus puntos de vista en lo que respecta a las personas que trabajan por cuenta propia de forma voluntaria (Preámbulo de la Recomendación).

Se busca un estándar de garantías de mínimos de protección social. De ahí que la implementación de la Recomendación no debería utilizarse para disminuir los derechos existentes establecidos en la legislación vigente de la Unión en este ámbito, ni debería constituir un motivo válido para reducir el nivel de protección general del que gozan los trabajadores en el ámbito cubierto por la presente Recomendación. Y en este sentido respetando el principio de subsidiariedad, se advierte que la Recomendación debe entenderse sin perjuicio de las facultades de los Estados miembros para organizar sus sistemas de protección social. La competencia exclusiva de los Estados miembros por lo que se refiere a la organización de sus sistemas de protección social

incluye, entre otras cosas, las decisiones sobre la creación, la financiación y la gestión de tales sistemas y de sus correspondientes instituciones, así como sobre el contenido y la concesión de las prestaciones, el nivel de las cotizaciones y las condiciones de acceso. Se consagra el principio de regulación más favorable en los Derechos nacionales: La Recomendación no debería impedir a los Estados miembros mantener o establecer disposiciones sobre la protección social más avanzadas que las que se recomiendan en ella (Apartados 31 y 35).

Y es que, como se indicó también en la Exposición de Motivos, el Preámbulo de la Recomendación destaca que la presente Recomendación debería cumplir, reforzar y realzar debidamente los derechos fundamentales, en particular los establecidos en los artículos 29 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Apartado 36).

Ahora bien, se trata de implantar sistemas con garantías de sostenibilidad financiera, esto es, viables para alcanzar los objetivos perseguibles: La sostenibilidad financiera de los regímenes de protección social es esencial para la resiliencia, la eficiencia y la eficacia de los mismos. La aplicación de la presente Recomendación no debería afectar de manera significativa al equilibrio financiero de los sistemas de protección social de los Estados miembros (Apartado 37). La viabilidad de los sistemas y la idea fuerza subyacente (y criticable por la unilateralidad) parece ser la del equilibrio interno de los sistemas, aunque es evidente que estamos ante una Recomendación de débil obligatoriedad jurídica y que los Estados miembros pueden establecer sistemas de financiación externos al sistema de equilibrio financiero interno de los propios sistemas de protección social para alcanzar esa exigencia de mantenimiento y de sostenibilidad financiera (En el sentido que se impone deducir del art. 12 de la Carta Social Europea Revisada, a cuya ordenación y contenido esencial debe imperativamente interpretarse el derecho a la Seguridad Social garantizado en el art. 41 CE en relación con el art. 10.2 CE).

D) Transparencia<sup>67</sup> (Apartados 16 y 17). La finalidad es doble, aunque interrelacionada: por un lado, los Estados miembros deben garantizar

<sup>67</sup> La transparencia es definida como “la transmisión de información disponible, accesible, exhaustiva y claramente comprensible al público en general, a los potenciales miembros del régimen y a los miembros y los beneficiarios del régimen sobre las normas del mismo y/o las obligaciones y los derechos individuales” [Apartado 7. Definiciones, letra n)]

que las condiciones y las normas de todos los regímenes sociales sean transparentes y que las personas reciban información gratuita periódicamente actualizada, exhaustiva, accesible, fácil de utilizar y claramente comprensible sobre sus derechos y obligaciones individuales; y por otro, los Estados miembros deben simplificar los requisitos administrativos de los regímenes de protección social de todos los trabajadores y los empleadores, en especial las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.

Existen ya varias iniciativas recientes de la UE que contribuirán a abordar el problema de la transparencia. En primer lugar, esto afecta a las prestaciones de vejez en el contexto de las pensiones de empleo. Esto se abordará en la Directiva relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión<sup>68</sup> (Directiva sobre portabilidad) y en la Directiva refundida relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (Directiva FPE)<sup>69</sup>. Ambas directivas mejoran la transmisión de información sobre los regímenes de pensiones. La Directiva sobre portabilidad también incluye la protección de los derechos de pensión tras el cese de la relación laboral<sup>70</sup>. Estas dos directivas deben transponerse a la legislación nacional a más tardar el 21 de mayo de 2018 y el 13 de enero de 2019, respectivamente.

También hay que tomar en consideración el factor de complejidad y de transparencia de los sistemas jurídicos de protección social, pues como señala el Preámbulo de la Recomendación la actual complejidad normativa y la falta de transparencia en lo que respecta a las normas de protección social en muchos Estados miembros impiden que las personas conozcan sus derechos y obligaciones, así como sus posibilidades de ejercerlos. También pueden contribuir a una baja tasa de

<sup>68</sup> Directiva 2014/50/UE relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. En el artículo 6 se exige a los Estados miembros que garanticen que los afiliados activos puedan obtener, previa petición, información sobre las consecuencias que un cese de la relación laboral tendría sobre sus derechos complementarios de pensión.

<sup>69</sup> Directiva 2016/2341/UE relativa a las actividades y la supervisión de *fondos de pensiones de empleo* (FPE).

<sup>70</sup> El artículo 37, apartado 1, letra j), de la Directiva 2016/2341, sobre información general sobre el plan de pensiones, contiene una disposición sobre transferibilidad. En caso de que un partícipe tenga derecho a transferir sus derechos de pensión, debe proporcionarse información adicional sobre las condiciones de dicha transferencia.

utilización, o a una baja participación en los regímenes de protección social, en especial en el caso de los regímenes voluntarios.

8º. En relación a las obligaciones de los Estados miembros y la Comisión Europea relativas a las garantías de aplicación, información y evaluación (Apartados 18 a 22 de la Recomendación), su alcance es el siguiente:

a) Los Estados y la Comisión deberá recopilar y publicar estadísticas nacionales fiables sobre el acceso a las diferentes formas de protección social desglosadas por situación en el mercado de trabajo para todo tipo de trabajadores.

b) Bajo la supervisión de la Comisión y del Comité de Protección Social debe realizarse una evaluación comparativa y desarrollar indicadores cuantitativos y cualitativos comunes acordados para supervisar la aplicación de la Recomendación y que permitan su evaluación.

c) Los Estados miembros deben aplicar los principios establecidos en la Recomendación y establecer planes de acción, bajo la supervisión multilateral en consonancia con el Semestre Europeo y el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social.

d) Corresponde a la Comisión Europea evaluar los avances realizados en la aplicación de la Recomendación, teniendo en cuenta también el impacto en las pequeñas y medianas empresas, en cooperación con los Estados miembros y previa consulta a las partes interesadas, informando al Consejo. A partir de los resultados de la revisión, la Comisión podrá estudiar la posibilidad de realizar nuevas propuestas. La Comisión asume aquí una doble función de control e impulso en la materialización de los objetivos de la Recomendación.

No se debe olvidar la Propuesta de Reglamento por el que se crea una Autoridad Laboral Europea. La propuesta de Reglamento, elaborada por la Comisión, por la que se crea la Autoridad Laboral Europea, fue presentada dentro del paquete de equidad social el 13 de marzo de 2018<sup>71</sup>. Esta propuesta también *forma parte del despliegue del Pilar*

<sup>71</sup>Propuesta de la Comisión Europea de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, Estrasburgo, 13.3.2018 COM(2018) 131 final/2018/0064(COD). Conforme al art. 2 (“Objetivos”): “El objetivo de la Autoridad será contribuir a garantizar una movilidad laboral equitativa en el mercado interior. Con este fin, la Comisión: a) facilitará el acceso de las personas y los empleadores a la información sobre sus derechos y obligaciones, así como a los servicios pertinentes; b) reforzará la cooperación entre los Estados miembros en la aplicación transfronteriza de la legislación pertinente de la Unión, incluida la facilitación de las inspecciones conjuntas; c) mediará y facilitará una solución en caso de litigios

*Europeo* de los Derechos Sociales, cuya finalidad es lograr más coherencia hacia unas mejores condiciones de vida y de trabajo.

e) La Unión se compromete a establecer medidas financieras de apoyo, cuando sea preciso. Al efecto, la Comisión debe garantizar que la aplicación de la Recomendación se base en acciones financiadas por los programas de la Unión pertinentes.

Sería oportuno retener aquí las propuestas del Parlamento Europeo en la citada Resolución de 4 de julio de 2017, que parte de pedir el compromiso de la Comisión y los Estados miembros que actúen contra el empleo precario, incluido el trabajo no declarado y el trabajo autónomo ficticio, a fin de garantizar que todos los tipos de contratos ofrezcan condiciones de trabajo dignas con una cobertura adecuada de Seguridad Social con el Programa de Trabajo Decente de la OIT, el art. 9 del TFUE, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la Carta Social Europea<sup>72</sup>. Para ello considera necesario que se lleve a cabo una revisión de la normativa europea que garantice los derechos de los trabajadores en un contexto profundamente cambiado. Se trata tanto de la garantía de los derechos como de las capacidades humanas<sup>73</sup>. Derechos y capacidades deben garantizarse a las personas que se encuentren en cualquier tipo de relación laboral y los trabajadores autónomos. Y ello no es otra cosa que establecer las *reglas de juego* de orden público en aras de la justicia social a nivel mundial, limitando la hegemonía de los mercados<sup>74</sup>. Eso significa “tomarse los derechos en serio”<sup>75</sup> y corregir el modelo antropológico del individualismo propietario<sup>76</sup> a través de juridificación

---

transfronterizas entre las autoridades nacionales o de perturbaciones del mercado laboral”.

<sup>72</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, cit., apartado 39, p. 95.

<sup>73</sup> El Parlamento pide a la Comisión una “Garantía de capacidad que constituya un nuevo derecho para todos en virtud del cual, en cada etapa de la vida, se puedan adquirir capacidades fundamentales para el siglo XXI, entre las que se incluyen la alfabetización, el cálculo, la alfabetización digital y mediática, el pensamiento crítico, las destrezas sociales y las capacidades pertinentes que requiere la economía ecológica y circular, teniendo presentes las industrias emergentes y los principales sectores de crecimiento y garantizando el pleno acceso a las personas que se encuentran en una situación desfavorecida, incluidas las personas con discapacidad, los solicitantes de asilo, los desempleados de larga duración y otros grupos infrarrepresentados; destaca que los sistemas educativos deben ser incluyentes, ofrecer enseñanza de buena calidad a toda la población, capacitar a las personas para ser ciudadanos europeos activos, prepararles para que puedan aprender y adaptarse a lo largo de sus vidas, y responder a las necesidades de la sociedad y del mercado laboral. Cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, cit., pág. 96. Sobre el enfoque de las capacidades puede consultarse NUSSBAUM, 2012; NUSSBAUM, 2007; SEN, 2010.

<sup>74</sup> OIT, 2014a; OIT, 2011; OIT, 2012a.

<sup>75</sup> DWORKIN, 1965.

<sup>76</sup> MENGONI, 1985, p. 127. Para una crítica del individualismo propietario, véase BARCELONA, 1996.

en términos de derechos del principio de la dignidad humana y del derecho a la existencia digna (art. 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)<sup>77</sup>. Y señala que el uso de la por parte de la Comisión y de los Estados miembros del concepto de la OIT de “trabajador” en lugar del concepto de “empleado”, definido en términos más estrictos, podría contribuir a una mejor aplicación y comprensión de los principios y derechos fundamentales en el ámbito laboral<sup>78</sup>.

#### **4. DERECHO FLEXIBLE DEL TRABAJO Y DEBILITAMIENTO DE LA FUERZA NORMATIVA CONFORMADORA DE LAS CONSTITUCIONES SOCIALES: LA PRETENSIÓN DE “DESCONSTITUCIONALIZAR” POR CAUCES EXTRA CONSTITUCIONALES LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Siempre ha existido una impronta constitucional del Derecho del Trabajo desde su mismo origen<sup>79</sup>. El Derecho del Trabajo nace en el marco de la redefinición de los sistemas políticos y jurídicos del liberalismo individualista. Redefinición que se refleja en el desplazamiento de las constitucionalismo liberal por el constitucionalismo democrático-social con Estado Social y Democrático de Derecho, por un lado, y por otro y en relación a ello, con la fundación de un orden internacional preordenado a crear un Derecho Internacional capaz de acoger un Derecho Internacional del Trabajo.

Esto lo supieron ver autores con Anton Menger, Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer, Ernst Fraenkel, Karl Korsch, Franz Neuman y Hermann Heller, pero también otros eminentes pensadores como George Gurvitch o Harold J. Laski, cuando defendía la instauración de una forma de Estado democrático social del trabajo construido sobre la idea social y el principio de justicia social<sup>80</sup>. En cuyo marco la Constitución –Norma Fundamental– impone a los poderes públicos la garantía efectiva de los derechos sociales

<sup>77</sup> PÉREZ, 2012c.

<sup>78</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, cit., apartados 49 y 53, p. 97. Véase también OIT, 2017b; OIT, 2017c; y anteriormente, OIT, 2012b; OIT, 2014a.

<sup>79</sup> PÉREZ, 1996b, espec., p. 45 y sigs.

<sup>80</sup> PÉREZ, 1999a, espec., p. 79 y sigs., 191 y sigs.; PÉREZ, 1998; PÉREZ, 2001; PÉREZ, 2009a; MONEREO PÉREZ, 2004; PÉREZ, 2001; VV.AA., 1982.

y promueve la ciudadanía activa sobre la base de los valores, principios y normas de garantía en ella consagrados.

El Derecho del Trabajo moderno nació con el Constitucionalismo Social con Estado Social de Derecho y precisamente en el marco de la lucha y defensa por la instauración de esta forma política de la Democracia avanzada. Una forma de democracia “sustancial” en cuanto que no se concibe sólo como formal o procedimental, sino también como jurídico-material, es decir, comprometida con los principios y valores superiores y la garantía efectiva de los derechos fundamentales de la persona desde la afirmación del principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales<sup>81</sup>. Los derechos fundamentales son precondiciones de la democracia constitucional y han de ser protegidos contra todo poder que pueda atentar contra ellos (incluidos los derechos sociales como precondiciones sociales del sistema democrático de los cuales, por lo demás, depende el ejercicio efectivo de los demás derechos y libertades).

El Derecho del Trabajo es especificación de los principios y valores insertos en las Normas Constitucionales y en los instrumentos de valor constitucional o superior en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal como lo conocemos, depende inescindiblemente de la subsistencia de la Democracia constitucional y del Estado constitucional. De manera que el cuestionamiento de esta supone un cuestionamiento del propio Derecho Social del Trabajo garantista. La inserción de las instituciones y normas laborales (la “legalización de la clase trabajadora” antes situada en la periferia del sistema establecido) en la Constitución determinó aceptar la lógica de los equilibrios constitucionales entre la constitución económica y la constitución social. De este modo el constitucionalismo del Estado social recibiría una contradicción en el pacto constitucional, entre las libertades económicas de los empresarios y las libertades y derechos de los trabajadores. Por ello mismo este constitucionalismo del Estado social asume la lógica de las contradicciones que son inherentes a la realidad constitucional –y acaso al propio régimen de una democracia abierta y pluralista- que sirve de base a la actual forma de organización social. La realidad constitucional es compleja y esa realidad se expresa en la Norma Fundamental.

<sup>81</sup>Véase FERRAJOLI, 2011a; FERRAJOLI, 2001.



La tendencia actual a hacer de la Constitución un texto programático, sin fuerza vinculante conformadora, supone una des-sustancialización y desnaturalización de la democracia constitucional. En el plano de los derechos comporta una suerte de *desconstitucionalización jurídico-material*. Es una estrategia de hacer irrelevante a la Norma Fundamental, la cual puede quedar formalmente vigente, pero inoperante frente a mutaciones (que eluden a la reforma constitucional cuando las cuestiones objeto de revisión legislativa lo exigirían en puridad) y reformas realizadas por leyes que no se ajustan a los procedimientos internos previstos imperativamente en la Constitución jurídica para su reforma y revisión.

Pero una Constitución devaluada a lo “irrelevante” y cuestionada en su normatividad efectiva (inefectiva jurídico-práctica en su fuerza normativa conformadora del orden de convivencia) es incapaz de mantener un Derecho Social del Trabajo Garantista, comprometido con el Estado Social de Derecho, puesto que lo deja al albur del legislador en cada momento y facilita la instauración de un Derecho flexible neoliberal del trabajo<sup>82</sup>. Pero, consecuentemente, supone un agravamiento de la crisis orgánica-institucional, y de identidad del Derecho Social del Trabajo es que una de las expresiones más significativas y relevantes del Constitucionalismo Social.

Igualmente facilita que en la práctica se imponga una forma política de “Estado de mercado” o “Estado postsocial”.

En todo ello también influye en el Modelo de Jurista:

A). El jurista formalista que pretende una neutralidad valorativa y actúa como un simple ingeniero técnico asumiendo, sin embargo, la teoría más regresiva del análisis económico del Derecho y del formalismo jurídico. Y que lo convierte en un exégeta de la norma y de la doctrina cambiante jurisprudencial.

B). *El jurista crítico del normativismo o realismo normativista* que sobre la base de la técnica jurídica no puede pretender una neutralidad respecto de los valores y principios *consagrados* –positivados- en la Norma Constitucional y en el sistema garantista multinivel

<sup>82</sup> PÉREZ, 2017a, Capítulo II, p. 29 y sigs.

**La defensa de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales pasa, pues, no sólo por la “normatividad” de los derechos y sus garantías, sino también por el compromiso activo de los actores o agentes que están llamados a hacerla valer como realidad jurídica existencial –esto es, como realidad de Derecho vivo– en la praxis y en la experiencia jurídica.**

de los derechos fundamentales. Un jurista para el cual no puede ser irrelevante la imperatividad de su compromiso activo con estos principios y valores constitucionales y del garantismo multinivel. Un modelo de jurista que ha de realizar siempre una *aplicación e interpretación forme a la Constitución y a las normas fundamentales internacionales* que conjuntamente forman y conforman el garantismo multinivel de los derechos fundamentales (incluidos, evidentemente, los derechos sociales).

No es solo que se “sienta” subjetivamente comprometido (que también), sino que se considere “obligado” por el mandato categórico que se impone deducir del carácter normativo de todo el texto constitucional (v.gr., artículos 1, 9.2, en relación necesaria con el art. 10.2 CE, que es la cláusula interpretativa de apertura al garantismo multinivel de los derechos fundamentales en el sentido amplio que a esta expresión le confiere las normas internacionales, incluida expresamente en su misma denominación, la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”).

La defensa de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales pasa, pues, no sólo por la “normatividad” de los derechos y sus garantías, sino también por el compromiso activo de los actores o agentes que están llamados a hacerla valer como realidad jurídica existencial –esto es, como realidad de Derecho vivo– en la praxis y en la experiencia jurídica. He aquí el papel del jurista crítico en el marco del *Constitucionalismo con Estado Social del Derecho* y en particular del jurista del trabajo (que lo es respecto a su proyección en la búsqueda de un equilibrio entre la justicia social y los poderes inherentes al ejercicio de las libertades económicas. Equilibrio, pues, entre racionalidad económica y racionalidad social). Esto es también “defenderse” de los poderes privados<sup>83</sup> y de los intentos de devaluar los textos constitucionales (y en definitiva la pretensión decidida del pensamiento neoliberal de *desconstitucionalizar los derechos sociales*), haciendo valer la vigencia no sólo formal, sino también sustancial –operativa– de las normas, principios y valores constitucionales.

<sup>83</sup> Véase VITALE, 2012.

## 5. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” PLENA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SISTEMA DE LOS TRATADOS DE LA UNIÓN

Y en épocas en que la defensa de las pretensiones de libertad ya logradas y la lucha por las aún incumplidas nada necesitaría más intensamente que una vida pública comprometida y transnacional, no queda más esperanza de que sobre el sustrato de esta conciencia histórica se pueda desarrollar una cultura europea de atenciones compartidas y solidaridades ampliadas<sup>84</sup>.

En términos de política del Derecho Social la instauración de un Pilar europeo de los derechos sociales merece, sin duda, una valoración positiva por diversas razones<sup>85</sup>. En primer lugar, ha permitido que la dimensión social vuelva a cobrar cierto protagonismo en el marco europeo en una época donde la misma parecía estar relegada a un segundo plano. En segundo lugar, puede llegar a servir de palanca de promoción del acervo social existente en la Unión y su aplicación plena y adecuada. Por último, es un buen intento de sistematización e *impulso* y de visibilización coherente de los principios y derechos sociales existentes. A todo lo anterior, habría que añadir la creación de una nueva ilusión democrática que contribuye a la legitimidad democrática de la Unión tras un período de dominio de la ideología y políticas neoliberales.

Ello no obstante, y pese a la valoración positiva señalada, lo cierto es que frente a los retos que vive Europa y en un momento de cierta recuperación económica lo más oportuno hubiera sido iniciar un debate de mayor alcance para llegar a adoptar un mecanismo más reforzado en términos jurídicos o directamente proceder a conseguir una constitucionalización social fuerte de los derechos. Poco se podrá hacer a través del mecanismo del pilar europeo de los derechos sociales porque a día de hoy la constitución económica (garantista de las libertades económicas de los empresarios) se impone de manera determinante al constitucionalismo social. Tal y como está configurado dicho instrumento, resulta insuficiente para proteger o tutelar los derechos sociales fundamentales. De ahí la insuficiencia de un instrumento del PEDS desde la lógica propia del garantismo

<sup>84</sup> HONNETH, 2014, p. 446.

<sup>85</sup> En este sentido, PÉREZ; BERNAT, 2017.

jurídico. El anhelo de un sistema multinivel europeo de derechos sociales estructurado desde el sistema de los Tratados queda insatisfecho. La Unión Europea como comunidad política y de valores y derechos es lo que se afirma en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando afirma: “La Unión se funda en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad”.

Como se ha demostrado en otro momento<sup>86</sup>, el Sistema de los Tratados y la Carta de la Unión Europea subordinan lo social a lo económico y no sólo no alcanza un equilibrio entre ambas lógicas, sino que tampoco logra establecer una verdadera garantía eficaz en una perspectiva compleja. En primer lugar, desde el punto de vista de la iniciativa de las instituciones políticas de la Unión, debe señalarse que no protege a los derechos sociales frente al primado de la razón económica. La Constitución económica europea condiciona y absorbe las Constituciones económico-sociales de los Estados sociales nacionales, conformando una realidad constitucional que oponiéndose a las bases de la tradición del constitucionalismo social tiende a establecer la nueva forma política del Estado de competencia económica o Estado-mercado, poniendo la política al servicio del mercado. Esto supone, por decirlo expresivamente, poner el sistema democrático al servicio de intereses particularistas, no hacia la dirección coherente de la satisfacción preferente de intereses generales o públicos en beneficio de todos los ciudadanos<sup>87</sup>.

Ciertamente, la Constitución social europea es una Constitución débil, subordinada a la Constitución económica europea. Y, en esa condición, sobre ella prima la centralidad del mercado y el sistema de libertades económicas garantizadas. Todo lo cual se refleja también en la subalternidad de la regulación en materia social (con límites competenciales, que permite excluir materias sociales fundamentales; y con sometimiento generalizado de la regla de la unanimidad decisional para la aprobación de instrumentos normativos europeos en el caso de las materias donde se ejerce competencia; y por último, gran parte de las materias sociolaborales continúan siendo reservadas para los Estados nacionales y tan sólo sometidas

<sup>86</sup> PÉREZ, 2009b, p. 190-200; PÉREZ, 2013c; ATIENZA; PÉREZ, 2017, *passim*.

<sup>87</sup> Puede consultarse PÉREZ, 2013b, p. 359 y sigs.

a mecanismos de colaboración y al método abierto de coordinación europea). Esta Constitución social europea débil no es equiparable a la Constitución social de la tradición jurídica de los Estados sociales miembros de la Unión, pero ésta resulta poderosa y decisivamente condicionada por una Constitución económica europea fuerte y absorbente en su lógica de imperatividad en la maximización de la competitividad y rentabilidad del capital en todo el espacio político de la Unión.

Es más, desde el punto de vista de la iniciativa de los Estados, cabe decir que no hay protección adecuada frente a las agresiones a los derechos sociales realizadas directamente por los gobiernos políticos nacionales, porque precisamente éstos se amparan en las indicaciones de gobernanza económica europea y en el predominio de la Constitución material de la Unión para realizarlas. Las llamadas “políticas de austeridad” y de contención del gasto público social (gasto social que de forma nunca bien explicitada y justificada es siempre el principalmente destinado a ser recortado en el conjunto de las partidas de gasto público), junto con las políticas de flexibilidad o flexiseguridad laboral neoliberal, están pulverizando literalmente los derechos de ciudadanía social. Es decir, no se ha protegido, blindado, la garantía efectiva de los derechos sociales frente a la agresión de las políticas neoliberales, frente a los Poderes económicos, más o menos institucionalizados, más o menos salvajes. El problema es que gran parte de los derechos fundamentales reconocidos –especialmente los de carácter social– pueden (y de hecho ya lo están) adolecer de ineffectividad estructural por la falta de las correspondientes normas jurídicas de actuación, no sólo de garantías (primarias y secundarias), sino también de imposición de obligaciones jurídicas de actuación por parte de los poderes públicos (lo que en el caso del diseño del pilar europeo es manifiesto)<sup>88</sup>.

Por lo demás, con base a los ámbitos de soberanía cedida por los Estados miembros en materia económica, se ha condicionado y subordinado, en todos los órdenes, la política social a las orientaciones imperativas de las políticas económicas de la Unión. Esto está suponiendo una re-mercantilización de los derechos fundamentales sociales ya consagrados en los textos constitucionales

<sup>88</sup> PÉREZ, 2014a. Para un detenido estudio de la estrategia de “flexiseguridad”, véase VIDA, 2010.

nacionales. Su resultado visible no es otro que una suerte de política social europea negativa, en un marco jurídico-institucional sin tutela efectiva, pero donde sí se interviene para condicionar y dismantelar el constitucionalismo social y su forma política, el Estado Social de Derecho. Un proceso, éste, que ha sido impulsado y condicionado desde el Derecho de la economía y de la competencia de la Unión.

En base a todo lo anterior, y frente al mecanismo insuficiente del pilar europeo de los derechos sociales, la acción más urgente sería resolver un problema previo relativo a la consagración del principio de equiparación en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias. Es a partir de esta base de equiparación constitucional cuando se puede –y debe– abordarse la problemática de la coexistencia, articulación y posible colisión entre esos derechos sociales y libertades económicas, pero ya en el marco de un mismo sistema de derechos. Mientras esa equiparación en la norma fundamental de la Unión no se consiga toda ponderación se realizará en condiciones de desventaja para la tutela efectiva y el respeto de los derechos sociales fundamentales. Porque el problema de fondo es que la garantía formal de los derechos fundamentales (y en particular de los derechos sociales) en la Carta de la Unión, tal como están conformadas actualmente las reglas de juego en el sistema de los Tratados está destinada a la ineffectividad estructural por la carencia de no sólo de leyes de actuación (faltan suficientes garantías, tanto primarias como secundarias, de los derechos proclamados en la Carta -Norma-garantía-), sino también por compromisos directivos impuestos a los poderes públicos para hacerlos valer (Norma-directiva fundamental).

Es lo cierto que las iniciativas plasmadas en Directivas tienen la virtualidad de buscar una armonización comunitaria de mínimos de las legislaciones nacionales. Es el caso de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (Bruselas, 21.12.2017/SWC(2017) 489 final), que trata de establecer una regulación comunitaria de mínimos en lo relativo a la garantía de derechos de información en sentido amplios en el marco de las

relaciones laborales; la cual va más allá de una simple actualización (más bien sería modernización) de los derechos garantizados en la Directiva 91/533/CEE<sup>89</sup>.

Pero no es el caso de la Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia (Bruselas, 13.3.2018/COM(2018) 132 final), más allá de su innegable importancia ante las estrictas limitaciones de la intervención jurídica de la Unión en materia de protección social y en particular de Seguridad Social. Es verdad que no se limita a la actuación propia de los reglamentos de coordinación, sino que trata de impulsar el establecimiento por los Derechos nacionales de un estándar mínimo europeo de derechos de protección social en el espacio jurídico-social europeo. Pero su punto de debilidad es que es una normativa promocional que no persigue (aunque no se excluye abiertamente) una armonización comunitaria de ciertas prestaciones de Seguridad Social (por ejemplo, Directivas sobre prestaciones de desempleo, pensiones, prestaciones sanitarias, rentas mínimas, etcétera). Lo cual sería necesario ante el desbordamiento funcional visible de los mecanismos de coordinación en los reglamentos comunitarios de la Seguridad Social.

En realidad, la construcción de un auténtico espacio jurídico-social europeo exigiría del reclamo de instrumentos normativos de regulación, y no de simples instrumentos jurídicos de Derecho débil *soft law*, sin la fuerza normativa vinculante reforzada propia del *Hard Law*. Cabría interrogarse sobre la supuesta suficiencia de estos mecanismos ante la exigencia de la construcción de una Europa de los Derechos. Para ello sería preciso constitucionalizar la CDFUE, imponiendo un mandato de garantía de desarrollo en la Unión Europa, por un lado, y por otro, de obligado impulso de actuación de política del Derecho por parte de los poderes públicos de la Unión. Esto es, trasladar al sistema de los Tratados fundacionales de la Unión la tradición y cultural del constitucionalismo democrático-social de los Estados miembros de referencia en la Unión. No puede mantenerse en términos de legitimidad democrática una disociación completa entre las constituciones sociales de los Estados miembros y la constitución social débil que se consagra en el sistema de los Trata-

<sup>89</sup> PÉREZ; BERNAT, 2018.



dos fundacionales, con una CDFUE importante, pero condicionada en su eficacia a las previsiones del Derechos de la Unión (En este sentido, art. 51 CDFUE)<sup>90</sup>. Con ello se evitaría la retórica de proclamar derechos sin plena garantías de efectividad.

El Sistema de los Tratados (sin que lo impida los límites aplicativos de la Carta de la Unión Europea) acaba por subordinar lo social a lo económico y no sólo no alcanza un equilibrio entre ambas lógicas, sino que tampoco logra establecer una verdadera garantía eficaz en una doble perspectiva. En primer lugar, desde el punto de vista de la iniciativa de las instituciones políticas de la Unión, debe señalarse que no protege a los derechos sociales frente al primado de la razón económica. La Constitución económica europea condiciona y absorbe las Constituciones económico-sociales de los Estados sociales nacionales, conformando una realidad constitucional que oponiéndose a las bases de la tradición del constitucionalismo social tiende a establecer la nueva forma política del Estado de competencia económica o Estado de mercado, poniendo la política al servicio del mercado y de los poderes económicos que dominan las decisiones que lo gobiernan<sup>91</sup>.

El garantismo social débil que se consagra en el Sistema de los Tratados no es capaz de tutelar los derechos sociales en el espacio europeo, lo cual exigiría un zócalo mínimo de derechos. Pero tampoco protege a los ciudadanos europeos frente a la des-constitucionalización material y la remercantilización de los derechos sociales. Los cuales se ven neutralizados por las políticas neoliberales de las instituciones políticas de la Unión y por una despiadada lógica de *dumping social y normativo*, toda vez que la carencia de estas normas sociales europeas permite una lucha por las ventajas competitivas entre los Estados miembros. Un *dumping social* que lo es también “empresarial” (la competitividad por la elección de la mejor oferta social: las ventajas sociales) a través de un *dumping jurídico* (Derecho flexible del Trabajo, modelo de protección y Seguridad Social residual o neoliberal de contención social). Y con ello se hace posible la “localización” y “deslocalización” de las grandes empresas que operan en el mercado interior europeo, las cuales pueden elegir la mejor oferta social para instalarse o mantenerse dentro de un determinado territorio nacional.

<sup>90</sup> Ampliamente, PÉREZ, 2012d.

<sup>91</sup> PÉREZ, 2017a.

En estas coordenadas de política del Derecho, la propuesta del PEDS –aun siendo importante en sí misma- se antoja visiblemente insuficiente, porque lo más urgente sería resolver un problema previo *en la fuente*, relativo a la consagración del principio de equiparación en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias. Es a partir de esta base de equiparación constitucional cuando se puede –y debe– abordarse la problemática de la coexistencia, articulación y posible colisión entre esos derechos sociales y libertades económicas, pero ya en el marco de un mismo sistema de derechos. Mientras esa equiparación en la norma fundamental de la Unión no se consiga toda ponderación se realizará en condiciones de desventaja para la tutela efectiva y el respeto de los derechos sociales fundamentales. Porque el problema de fondo es que la garantía formal de los derechos fundamentales (y en particular de los derechos sociales) en la Carta de la Unión, tal como están conformadas actualmente las reglas de juego en el sistema de los Tratados está destinada a la ineffectividad estructural por la carencia de no sólo de leyes de actuación (faltan suficientes garantías, tanto primarias como secundarias, de los derechos proclamados en la Carta -Norma-garantía-), sino también por compromisos directivos impuestos a los poderes públicos para hacerlos valer (Norma-directiva fundamental). Esto no significativa devaluar en absoluto la extraordinaria relevancia *normativa* y de política del Derecho de la CDFUE, sino poner de manifiesto sus límites, los cuales se hacen explícitos en el Título VII, relativo al ámbito de aplicación, artículos 51 a 54; aparte de que se ha rehusado incluirla, como parte declarativa de derechos en el sistema normativo interno de los Tratados fundacionales<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Por otra parte, las limitaciones intrínsecas de la CDFUE se reafirman en el mismo artículo 6 (antiguo artículo 6 TUE): “1 (...) Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”. Véase ampliamente, PÉREZ, 2012e. Significativamente, conforme al art. 51 (Ámbito de aplicación): “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

Por lo demás, el PEDS parece ignorar que la correlación entre espacio europeo y ciudadanía social exige vinculada los derechos a la persona que trabaja y a su familia. Hay que tener en cuenta que actualmente predomina una integración negativa frente a una integración positiva (es decir, a través de los derechos) de las personas migrantes. No se puede construir una Unión Europea democrática desde esa lógica excluyente. Esto es especialmente relevante no sólo ante la mal llamada “crisis migratoria”, que divide profundamente a los países europeos e impulsa las ideologías y gobiernos autoritarios, y sino ante el carácter estructural que tiene y tendrán los movimientos migratorios en el seno de la Unión. De aquí debe plantearse la universalidad de los derechos y la armonización del derecho de inmigración, refugio y asilo, sin perjuicio de un control de las fronteras respetuoso con los derechos fundamentales de todas las personas<sup>93</sup>. No debe olvidarse que los derechos de Seguridad Social son derechos de solidaridad vinculados a la dignidad y condición humana. En este sentido debe traerse a colación la Recomendación OIT, núm. 205, de 16 de junio de 2017, sobre el Empleo y el Trabajo Decente para la paz y la resiliencia. Revisión de la Recomendación sobre la organización del empleo, en cuyo Título X, incide sobre la situación social y jurídica de los migrantes, apostando por la inclusión de los migrantes y la garantía de sus derechos sociales<sup>94</sup>.

La OIT ha defendido la refundación del orden internacional a través de un contrato social –un nuevo pacto social-<sup>95</sup>renovado para el siglo XXI: un acuerdo social que permita enfrentar los desafíos del siglo XXI. Es probable, se afirma, que las transformaciones sociales, económicas y de empleo, afecten a la base del contrato social sobre la que se ha construido y se construirá la estabilidad de las sociedades. Este contrato social renovado tendría la virtualidad de evitar *una competencia perniciosa hacia niveles mínimos en el contexto de la globalización y la financiarización de la economía*. Pero lo importante es garantizar una neutralización de las desigualdades intolerables y garantizar una distribución justa de los recursos. En la lógica del

<sup>93</sup> PÉREZ, 2013d; PÉREZ; INSUA, 2015.

<sup>94</sup> Véase BAENA; SANZ, 2018.

<sup>95</sup> La relevancia del Pacto Social y de la Concertación en el Derecho del Trabajo ha sido realizada en VIDA, 1989; PÉREZ, 1999b; VV.AA., 2016.

trabajo decente es necesario defender un modelo de desarrollo social<sup>96</sup>: una eficacia y competitividad (un modelo) no basado en la competitividad a través de la reducción de los costes del trabajo, sino en la innovación, la calidad del producto y de los servicios y la calidad del empleo y la protección social. En definitiva: un modelo de Estado social de Derecho en continua adaptación de sus instituciones y medidas para garantizar el bienestar y los derechos sociales y generales de las personas. Por otra parte, se evitaría las situaciones de exclusión y vulnerabilidad social, pues la falta del disfrute realmente existente de los derechos de las personas migrantes determinaría una condensación de la cuestión social y de la racial. Es lo que define a un Estado democrático como Estado material de Derecho conciliando la “justicia social” y el crecimiento económico sostenible.

En definitiva, si se quiere evitar el *dumping social*<sup>97</sup> y empresarial en el mismo espacio económico y social europeo, la única forma es garantizar unos mínimos sociales en el Derecho Social de la Unión. Se evitarían así las “presiones” competitivas (y la puja por la oferta de las ventajas “sociales”, o, mejor, “asociales”); y se evitaría legitimar la estrategia de búsqueda por las grandes empresas transnacionales de las ventajas competitivas en la confrontación del tratamiento peyorativo de los derechos laborales y de protección social.

La respuesta no puede ser sino matizada, abordándola desde una doble perspectiva *de lege data* y *de lege ferenda*.

1ª) En la perspectiva *de lege data*, se dispone de un marco normativo que, con ciertas reservas, podría posibilitar una intervención más incisiva (y no tanto armonizadora) de la Unión en la regulación de prestaciones de Seguridad Social. Pese a que el Pilar Europeo de los Derechos Sociales parece apostar más por impulsar un estándar mínimo de prestaciones a través de las legislaciones nacionales y no tanto mediante el reclamo de la técnica armonizadora (paradigmáticamente, a través de Directivas sociales europeas). Uno de los grandes inconvenientes de esta opción de política del

<sup>96</sup> PÉREZ, 2014b, con la fundamentación y defensa del derecho humano al desarrollo en una concepción integral y omnicomprensiva (que comprende la “justicia social” y el “trabajo decente”) y su entronque con la tradición del constitucionalismo democrático-social.

<sup>97</sup> Algo que no ha pasado desapercibido al Parlamento Europeo. Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre el *dumping social* en la Unión Europea (Textos Aprobados, P8\_TA (2016) 0346); Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221(INI)).

Derecho es la insuficiencia desde el garantismo social y también la segura falta de generalidad de las garantías de los derechos de Seguridad Social, dada la heterogeneidad y niveles de desarrollo social de los países miembros y la realidad (no corregida) de una Unión Europea a dos velocidades, precisamente en el campo social. Por ello, esta opción o permite proteger a las personas de los Estados más débiles; ni impide la práctica extendida del *dumping social a través de las ventajas normativas peyorativas* ofrecidas por las legislaciones “sociales” de los diversos países en el espacio geopolítico europeo. Pero el establecer un estándar comunitario de derechos de Seguridad Social no es imposible, sino que depende de la decisión política sobre la garantía efectiva de tales derechos en el Derecho de la Unión.

En primer lugar, existen numerosos preceptos de la CDFUE que pretenden garantizar los derechos de Seguridad Social (señaladamente, art. 34 y concordantes). Bien es cierto, que su aplicación en el espacio jurídico de la Unión queda condicionada por la regulación de esta materia en el Derecho de la UE (art. 51 y siguientes de la CDFUE)<sup>98</sup>. Y no es baladí hacer notar que en el mismo Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se expresa solemnemente que:

La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las *Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa*, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados

<sup>98</sup> El tenor del artículo 51 (“Ámbito de aplicación”) de la CDFUE, es nítido, al realizar una doble precisión delimitadora del ámbito de aplicación de este Tratado de la Unión Europea (cfr. Artículo 6.1 TUE): “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.

La Carta Social Europea Revisada (Estrasburgo, 3.V. 1996), aprobada en el marco del Consejo de Europa, no se limita a reconocer abstractamente el derecho a la Seguridad Social, sino que va más allá al garantizar un *contenido esencial* de los derechos específicos de Seguridad Social por remisión y sometimiento explícito al estándar o ideal de cobertura consagrado dinámicamente en el Código Europeo de la Seguridad Social (que supera en su nivel de cobertura al Convenio OIT, núm. 102, Norma Mínima de Seguridad Social, al cual se hacía alusión en la versión originaria de la Carta Social Europea de 1961, Turín el 18 de octubre de 1961). En su Preámbulo se indica que “es conveniente establecer un Código Europeo de Seguridad Social a un *nivel más elevado* que la norma mínima definida en el Convenio Internacional del Trabajo número 102”<sup>99</sup>. De este modo el estándar mínimo esencial de la Seguridad Social queda remitido tanto al Código Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa (expresión jurídica del Derecho Internacional Regional Europeo) como al Convenio OIT, núm. 102 (manifestación jurídica del Derecho Internacional General Uniforme). Esta estándar mínimo internacional general y europeo acaban por definir un modelo normativo ideal típico de Seguridad Social; modelo, éste, hay que destacar, que en calidad de tal dota a los derechos de Seguridad Social de un verdadero “contenido esencial”, que los hace reconocibles en su historicidad jurídica en permanente evolución.

En segundo lugar, en el sistema de los Tratados fundacionales (que integra el núcleo del Derecho de la Unión de efectiva aplicación, con la consiguiente apertura del control del TJUE), sería una posible competencia compartida bajo el prisma del principio de subsidiariedad. Ahora bien, conforme al art. 153.4 del TFUE, parece que en materia de Seguridad Social y protección social de los trabajadores parece

<sup>99</sup> Conforme al art. 12 (“Derecho a la Seguridad Social”) de la Carta Social Europea Revisada, “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: 1 a establecer o mantener un régimen de seguridad social; 2 a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social...”. Al respecto, PÉREZ, 2017c.

relegar (cuando menos a un segundo plano). Aunque es discutible que por este sólo dato normativo no sea posible llevar a cabo políticas armonizadoras de Seguridad Social, sobre todo con fundamento en el principio de subsidiariedad consagrado en los Tratados Fundacionales y que tiene el carácter de “fundamentalidad” del complejo sistema jurídico pluriordinamental de la Unión. En efecto, expresa dicha disposición que:

1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (...) c) la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c). (Artículo 153.1 TFUE).

Añadiendo inmediatamente que:

A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: a) podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, *con exclusión de toda armonización* de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

Centralidad actual de la legislación de coordinación y rechazo de la regulación armonizadora de las prestaciones de Seguridad Social. La intervención comunitaria en Seguridad Social se ha limitado a la coordinación reglamentaria de los sistemas nacionales de Seguridad Social como dimensión social del mercado interior comunitario. No se dispone actualmente de normas armonizadoras (Directivas) jurídicamente vinculantes. Pero sí existen condicionamientos de las prestaciones de Seguridad Social en los ordenamientos nacionales (v.gr., pensiones) a través de la política del Derecho de la Economía. Lo cual ha acontecido con las políticas de control del gasto público social durante el



predominio de las políticas de “austeridad”. El grupo normativo regulador “fuerte” de las libertades económicas opera como constitución jurídico-material de la UE, y se impone al grupo normativo regulador “débil” de los derechos sociales en el sistema de los Tratados.

No sería imposible apostar por una regulación armonizadora de mínimos, dado el desbordamiento institucional y las insuficiencias detectadas en los mecanismos de coordinación comunitaria. Lo cual puede convertirse en una relativa necesidad. El Pilar Europeo de Derechos Sociales no parece que sea un instrumento suficiente, pues en él domina la convergencia por objetivos de proximidad con la Directiva de acceso a la protección social. Y esto desde luego no va a funcionar para la mitad de los países de la Unión (señaladamente, los países del Este con Estados del Bienestar menos desarrollados o raquíuticos).

La idea de avanzar en esa dirección armonizadora no es una utopía aplazable (ni menos aún irrealizable), porque se trata de una regulación de mínimos que respetaría las culturas jurídicas de Seguridad Social de los países miembros y el principio de subsidiariedad, de manera que los Estados miembros podría hacer valer sus estándares más favorables en materia de prestaciones de Seguridad Social y de protección social. No se trata de perseguir la uniformidad de los sistemas nacionales de Seguridad Social –que presentan una gran diversidad técnica y de cultura jurídica-, pero sí de aproximarlos y darles una cierta homogeneidad en los estándares mínimos de prestaciones básicas.

2ª) En la perspectiva *de lege ferenda* sería conveniente reformar los Tratados de la UE incorporando normas sustantivas que garantizaran los derechos fundamentales a prestaciones de la Seguridad Social; y asimismo que a través del derecho derivado se desarrollen a través de Directivas de garantías de mínimos para todos los países miembros de la Unión. Aparte de la exigencia de introducir en el sistema de los Tratados la CDFUE, el PEDS debería estar formalizado en una Directiva-Marco, dotado de fuerza normativa vinculada para todos los Estados miembros.

Es trasladar a este nivel la garantía multinivel de los derechos de Seguridad Social (nivel internacional, nivel europeo y europeo y niveles nacionales. Ya se ha indicado aquí que ello es una

necesidad por el desbordamiento de los mecanismos de coordinación comunitaria de la Seguridad Social, y ante todo por la asimetría en la garantía de mínimos prestacionales existente entre los sistemas nacionales de Seguridad Social y protección social en general. Por consiguiente es una necesidad, asimismo, como garantía “constitucional” europea (el sistema de los Tratados como Norma Fundamental de la Unión) de los derechos de Seguridad Social como derechos de la persona. Desde esa garantía en la fuente (en el sistema de los Tratados Fundacionales) debería desplegarse el Derecho derivado, el cual ha de estar fundado y sometido el originario.

En este sentido, el mismo PEDS debería materializarse en una Directiva-Marco sobre los derechos de Seguridad Social, que sería “desarrollada” en numerosas Directivas específicas sobre ramas concretas de Seguridad Social (pensiones, desempleo, sanidad, rentas mínimas, dependencia, etcétera).

Y todo ello en el marco integral de la construcción de un auténtico y completo Derecho Social de la UE, que garantice garantías mínimas y permite una convergencia jurídica hacia el alza de las legislaciones de los ordenamientos jurídicos internos. Y ello, al tiempo, sólo podrá alcanzarse a través del reclamo de normas sociales armonizadoras europeas, siendo insuficiente –como la experiencia ha hecho visible– los instrumentos de derecho débil (*soft law*) comunitario como base de regulación de los derechos laborales y de Seguridad Social. Estos instrumentos de derecho blando no han impedido la expansión del *dumping social* (la lucha darwinista por las ventajas “sociales” (sic.) competitivas que ofertan las legislaciones de los países miembros de la Unión) en detrimento de las garantías del constitucionalismo social formalmente vigentes en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión. La falta de una auténtica constitución social europea ha permitido esa consagración del principio de supremacía de la constitución económica diseñada y garantizada en el sistema de los Tratados fundacionales sobre las constituciones sociales garantizadas formalmente en las Constituciones jurídicas de los Estados miembros<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> Resultan harto significativas las sentencias del TJUE que han hecho prevalecer las libertades económicas sobre los derechos sociales. Así, paradigmáticamente, SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, *Vilking*, C-438/05; 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05; y 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06.

El carácter subalterno del Derecho Social se hace palpable ante la falta de armonización comunitaria de la mayoría de las instituciones y materias propias del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social tal como está formalizado y conformado en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión.

No es baladí hacer notar que esta garantía básica de los derechos de Seguridad Social no genera costes directos para la UE, sino para los Estados en coherencia con la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, que sólo es comprensible y explicable a través de la búsqueda de un equilibrio –siempre inestable- en la racionalidad jurídico-social y la racionalidad jurídico-económica; un equilibrio objeto de disolución y ruptura en virtud de la puesta en práctica de las políticas económicas e ideologías jurídicas neoliberales<sup>101</sup>. Recuperar y reforzar ese equilibrio entre justicia social y libertades económicas de mercado es unas de las tareas fundamentales y más imperiosas de los sistemas de democracia constitucional que se legitiman no sólo a través de los procedimientos de toma de decisiones políticas, sino también, e inescindiblemente, a través de la garantía *efectiva* de los derechos fundamentales de todos. El futuro no está escrito, sino que reside en el poder de las personas que forman parte de la comunidad política (incluida la comunidad política de la Unión). De manera que el desmantelamiento del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, y su desplazamiento por una suerte de Estado de mercado no resulta inevitable, porque no se trata de un proceso “natural” y espontáneo que pretendidamente este fuera del alcance y del dominio de las decisiones políticas democráticamente formuladas. No se

<sup>101</sup> Para las bases ideológico-jurídicas de las mutaciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, puede consultarse, PÉREZ, 2017a, espec., p. 54 y sigs., con referencia a los autores harto significativos e influyentes como Friedrich A. Hayek. Pero también la crítica al enfoque del liberalismo económico sustentado por FRIEDMAN; MILTON; ROSE, 1988, o la propuesta neoliberal de base constitucional desde la elección pública realizada por BUCHANAN, 1984; BUCHANAN, 1993; y sobre todo, BUCHANAN; TULLOCK, 1993, donde se eleva el individualismo metodológico a método analítico y como sistema de orden social (p. 357 y sigs.) y se entiende que a nivel de elección constitucional última “las alternativas no son las de la regla de la mayoría o de la regla de la minoría. Una de las ventajas del enfoque esencialmente económico para la acción colectiva estriba en el reconocimiento implícito de que el “intercambio político”, en todos los niveles, es básicamente equivalente al intercambio económico” (Ibid., p. 288). Es éste el enfoque de “Public choice” (de la “cosa pública”). En esa perspectiva plantea “la colectivización mínima” (Ibid., p. 73). En la teoría de la elección pública el proceso democrático es restringido. Al Estado mínimo de mercado se añade la concepción de una democracia cínica. En este sentido, TULLOCK, 1987, p. 27, nota 1; BUCHANAN, 1987; BUCHANAN, 1996. Una crítica de las políticas neoliberales, HARVEY, 2007.

puede olvidar que esta forma política de Estado Social y su Derecho social específico es un fenómeno histórico de civilización jurídica y política. Su reducción o desaparición (a través de procesos “deconstituyentes” explícitos o de mutaciones “deconstituyentes” fácticas) pueda conducir a nuevas formas de barbarie y de mercantilización y explotación de las personas. El proceso de desconstitucionalización de los derechos sociales (que entraña una “des-sustancialización” de la democracia constitucional, que entraña una des-sustancialización-formalización de la Constitución y una limitación de la garantía de los derechos fundamentales) es un proyecto político-ideológico de consecuencias imprevisibles, pues deja a las fuerzas dominantes del mercado el gobierno de la sociedad, es decir, una sociedad al servicio del mercado<sup>102</sup>. En el fondo se opera un cambio constitucional implícito (por contraposición a una reforma constitucional explícita y a través de los procedimientos previstos en la misma Norma Fundamental) desde el *status quo* determinado por una realidad constitucional. Y es que los derechos fundamentales realizan el principio de la dignidad humana y constituyen el fundamento funcional e integrador en la forma de Estado democrático y social de Derecho.

Este constitucionalismo garantista como modelo jurídico y proyecto político impediría el darwinismo normativo, esto es, la búsqueda por la mejor oferta de reducción de costes sociales en las legislaciones nacionales, lo que tiende a presionar hacia la baja el sistema de derechos de Seguridad Social. Y es que las grandes empresas que operan en el espacio de la Unión se ubican y se deslocalizan en el mismo interior del espacio geopolítico de la UE. Las empresas de dimensión comunitaria o transnacional no podrán jugar con las ventajas competitivas de costes sociolaborales más reducidos (costes salariales; cotizaciones sociales; sistemas de responsabilidad menos garantistas, etcétera) para ubicarse/localizarse y llegado el caso para “deslocalizarse” a su antojo y en razón exclusiva de los costes asociados al trabajo. Ante este desafío la propuesta de un PEDS, encaminado a la convergencia *por objetivos y sin armonización mínima de los derechos* –y por lo que aquí más interesa de los derechos de Seguridad Social- se muestra manifiestamente insuficiente y deficiente, tanto por la eficacia jurídica del instrumento (típicamente manifestación del *soft law*, olvidando la máxima o brocardo que los derechos valen

<sup>102</sup> Como había observado POLANYI, 1989.

lo que valen sus garantías que sólo se pueden obtener con instrumentos fuerte, *hard law*) como lo limitado de los objetivos: convergencia en la accesibilidad de los derechos prestacionales y guía para su instauración en los Estados miembros. Por el contrario, la lógica del garantismo jurídico de los derechos impondría de suyo que sea el propio sistema de los Tratados fundacionales que introdujera ese reconocimiento como parte del Derecho de la Unión, y su desarrollo a través de una Directiva-Marco y Directivas específicas relativas a la ramas prestaciones concretas de Seguridad Social. La Europa Social, no puede dejar de ser una Europa de los Derechos; una Unión como comunidad política y jurídica; una UE con sustancia política y garante de los derechos fundamentales en un sistema de “constitucionalismo multinivel” que le sirve de fundamentación legitimadora en la perspectiva jurídica y política (el sistema de los Tratados fundacionales/Constitución asentado en un constructo de naturaleza jurídico-política, donde entra en juego la legitimación a través de la garantía de los derechos dotados de fuerza constituyente y eficacia normativa; un sistema de los Tratados materialmente constitucional que serviría de colofón al proceso de constitucionalización de los derechos sociales y con ellos del derecho social europeo). De esta manera, la CDFUE se insertaría en el sistema de los Tratados fundacionales de la Unión, y no como un instrumento “externo” a dicho sistema aunque con rango normativo equiparable a los Tratados, y como un mínimo denominador común de tutela de los derechos y libertades. Esta es la solución idónea para evitar la neutralización de las cartas constitucionales nacionales por los poderes de la Unión no sometidos a una inexistente constitución social europea, ya que la CDFUE está subordinada en su eficacia jurídica a los límites competencias de la Unión, es decir, a la aplicación del Derecho de la UE. Eso es tomarse en serio los derechos sociales y la Europa de los derechos.

Esta es la línea más coherente con las iniciativas emprendidas por la OIT (Declaración OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008)<sup>103</sup>; la Recomendación OIT, núm. 202 (2012) sobre los pisos de protección social)<sup>104</sup>. Es de señalar que la estrategia de

<sup>103</sup> La adopción de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, ha fortalecido el concepto de Trabajo Decente y subrayado que la protección social constituye una de sus cuatro dimensiones.

<sup>104</sup> OIT, 2017d.

seguridad social de la OIT, que busca respaldar a sus Miembros en la construcción y el mantenimiento de sistemas de Seguridad Social integrales sobre la base de un enfoque de dos dimensiones interdependientes y complementarias: *a)* la dimensión horizontal que establece, prioritariamente, garantías básicas de seguridad social definidas a escala nacional para ofrecer un piso de protección a todas las personas que lo necesitan lo antes posible, y *b)* la dimensión vertical que extiende el alcance y el nivel de cobertura de la seguridad social siguiendo las líneas de orientación del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), y otras normas de seguridad social para la cobertura del mayor número de personas posible en el plazo más breve posible. En junio de 2012 la Conferencia Internacional del Trabajo concluyó esta estrategia con un nuevo instrumento jurídico de garantías internacional del trabajo decente, la Recomendación OIT, núm. 202 (2012) sobre los pisos de protección social. Esta Recomendación se considera un avance en materia de política social mundial. El establecimiento de pisos nacionales de protección social podría colmar las brechas presentes en la cobertura de seguridad social y ayudar a los países a luchar con eficacia contra la pobreza y la vulnerabilidad<sup>105</sup>. La protección social constituye un derecho, así como un elemento fundamental del modelo de desarrollo. Las políticas públicas, junto con un crecimiento económico acompañado de la generación de empleo formal y trabajo decente, han de contribuir a mejorar la cobertura de la protección social<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> HAGEMER; MCKINNON, 2013.

<sup>106</sup> La Recomendación núm. 202 por la CIT 2012 (con 453 votos a favor, incluyendo a Gobiernos, trabajadores y empleadores, frente a solamente una abstención), han permitido formalizar un nuevo modo de visualizar la estrategia de ampliación de la cobertura de la seguridad social por la OIT — una “estrategia bidimensional”. En otras palabras, la estrategia general de la OIT se descompone en dos ejes a ser promovidos de modo simultáneo: 1) una dimensión horizontal de cobertura, que se refiere a la cantidad de personas cubiertas y en la que se destacan, en la mayoría de los países, importantes dificultades para alcanzar a los trabajadores de la economía informal, trabajadores independientes, agrícolas, domésticos y familiares no remunerados. La dimensión horizontal de la estrategia, que tiene por objetivo coordinar, bajo la forma de un Piso de Protección Social, las políticas sociales (incluyendo a los seguros sociales obligatorios) que establecen estas garantías básicas, con el propósito de materializar los conceptos expresados, por ejemplo, en los citados Artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estas políticas, que conforman un Piso Nacional de Protección Social, deben ser diseñadas en consonancia con la realidad, las expectativas y la capacidad de cada país, y pueden ser más ambiciosas en países con un espacio fiscal más amplio e instituciones más consolidadas; 2) una dimensión vertical de extensión de la cobertura, que trata de la cantidad de ramas de la seguridad social ofrecidas en el país y de la calidad de las prestaciones, en las cuales la referencia a ser alcanzada es, al menos, el nivel establecido por el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, o, en caso de ser posible, de las normas superiores de seguridad social de la OIT, por ejemplo, el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, n. 128.

La Recomendación OIT, núm. 202 (2012) prevé al menos cuatro garantías básicas deben ser proporcionadas a “todos los residentes y niños” por las respectivas sociedades (Recomendación núm. 202, párrafos 4 a 6): 1. acceso universal a servicios esenciales de salud; 2. seguridad básica del ingreso para los niños; 3. seguridad básica del ingreso para personas en edad activa y que no puedan obtener ingresos suficientes, en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; 4. seguridad básica del ingreso para las personas de edad. Las garantías deben estar expresamente incluidas en las leyes y los compromisos internacionales, poder ser solicitadas formalmente por los ciudadanos/asegurados y existir canales de queja y recurso contra las decisiones, lo que hace que se materialice el concepto de una protección “*basada en derechos*” (Recomendación núm. 202, párrafo 7). La noción de Piso de Protección Social –como concepto de política del Derecho Social– cumple un papel de organizador de las políticas de protección social, combinando medidas preventivas, promocionales y activas, así como prestaciones en forma de servicios (Recomendación núm. 202, párrafo 10). Esta Recomendación es explícita cuando requiere la coordinación de políticas sociales con políticas de empleo y promoción de la actividad económica, fomentándose especialmente el empleo formal.

Se debe hacer hincapié en el hecho de que la OIT nunca ha considerado al Piso de Protección Social como un “sustituto” de los regímenes clásicos y universales de Seguridad Social, sino como una vía para ampliar rápidamente la protección social en situaciones aún no cubiertas por los regímenes tradicionales – por las dificultades que los regímenes contributivos presentan para cubrir a la economía familiar y a los trabajadores no asalariados, que no cuentan con una base de ingresos constante que permita cierta capacidad contributiva. Asimismo, se considera al Piso de Protección Social como una etapa en la introducción de regímenes de protección social en aquellos países y en aquellas situaciones en las que todavía no se dispone de una protección social formal. De esta forma, se busca introducir progresivamente los regímenes de protección social y aumentar su cobertura. Aunque es un Convenio con plena vigencia y que promueve el principio de la universalidad, el Convenio núm. 102 contiene objetivos mínimos de cobertura horizontal a partir de los que se busca un continuo incremento. Estos objetivos mínimos



corresponden al cincuenta por ciento de los trabajadores o al veinte por ciento de la población, estando por debajo del anhelo de la universalización expresado por la Recomendación núm. 202 por medio del concepto de Piso de Protección Social. La elaboración del Convenio núm. 102 data del año 1952 y, en aquel entonces, se centró en los regímenes contributivos clásicos. La Recomendación núm. 202 y el Convenio núm. 102 deben ser considerados como normas que se complementan.

Por otra parte, la Recomendación núm. 202 es lo suficientemente explícita y no solo establece los principios (Parte I) y los conceptos vinculados con el Piso de Protección Social (Parte II), sino que además establece un segundo objetivo al proponer que los Estados miembros desarrollen Estrategias Nacionales para Extender la Seguridad Social (Parte III). En esta Parte III se establece que las estrategias nacionales deberían ser formuladas y aplicadas, sobre la base de consultas nacionales, para introducir con carácter prioritario Pisos de Protección Social donde no los hubiere y extender la protección social en la dimensión vertical hacia niveles más elevados (Recomendación núm. 202, párrafo 13,1), con el objetivo de “establecer progresivamente y mantener sistemas de seguridad social integrales y adecuados” (Recomendación núm. 202, párrafo 13,2), coherentes e integrados, tratando de alcanzar los niveles previstos en el Convenio núm. 102. Por lo tanto, promueve la ratificación de dicho Convenio (“tan pronto como lo permitan las circunstancias nacionales”), e incluso dar efecto a Convenios más avanzados de la OIT (Recomendación núm. 202, párrafo 18). Se plantea que estas estrategias nacionales, durante su elaboración, sigan la secuencia siguiente: 1) establecimiento de las prioridades nacionales; 2) identificación de las principales brechas en la cobertura; 3) diseño e implementación de regímenes de acuerdo con las prioridades y brechas identificadas; 4) coordinación de estos regímenes con políticas de mercado de trabajo; 5) cuantificación de los recursos financieros y cronograma necesario para, progresivamente, alcanzar los objetivos deseados; y 6) puesta en marcha de programas de educación y disseminación de conocimientos sobre las políticas sociales y los derechos de los ciudadanos (Recomendación núm. 202, párrafo 14). Al realizar esta planificación, se incentiva el intercambio de informaciones y buenas prácticas y se

señala que, en el marco de la Recomendación, el país puede requerir la asistencia técnica de la OIT, en coordinación con las otras organizaciones internacionales e instituciones pertinentes (Recomendación núm. 202, párrafo 24).

Con todo, el concepto de Piso de Protección Social, que se resume en los puntos a continuación, ha evolucionado en el transcurso de esta última década.

A) Un aspecto clave del concepto de Piso de Protección Social y de la Recomendación núm. 202 es la intención de dar forma concreta al derecho humano a la seguridad social, previsto en distintos documentos internacionales y construir una vía por la que las sociedades pueden, en función de sus circunstancias, construir gradualmente este derecho básico.

B) Aunque tenga como objetivo la extensión de la protección social a aquellas situaciones en las que todavía no existe una cobertura por el sistema formal y esté centrado en cubrir las necesidades básicas de garantía del ingreso y el acceso a servicios de salud esenciales, el Piso de Protección Social no es meramente asistencial. Incluye una pluralidad de métodos e instrumentos que, coordinados entre sí, permitirían a los Estados cumplir con sus obligaciones. En realidad, dado que la población excluida de la protección social no es homogénea en ningún país del mundo, es probable que una combinación de instrumentos sea necesaria para alcanzar el objetivo de universalización de la cobertura que conlleva el Piso. Particularmente en América Latina y el Caribe, los seguros sociales pueden hacer una contribución significativa por su experiencia, cobertura y capacidad para llegar a los grupos de población excluidos.

C) El acceso a transferencias monetarias para establecer la seguridad básica del ingreso prevista en la Recomendación núm. 202 es, sin duda, un elemento clave, pero posiblemente la eficiente articulación de las transferencias con servicios sociales y otras políticas públicas, mencionadas en la citada recomendación, no es menos importante para garantizar el mejor desempeño e impacto de los programas que contempla el Piso.

D) El concepto de Piso de Protección Social no sustituye a los seguros sociales clásicos, ni tiene por objetivo proponer que las políticas

de protección social necesariamente tengan un diseño de “prestaciones uniformes”. La prioridad ética y moral asignada a nivel internacional a la erradicación de la pobreza y la extensión de políticas de protección social a los excluidos por medio de un Piso de Protección Social de conformidad con la Recomendación núm. 202, en ningún momento impide el concomitante desarrollo vertical de los regímenes contributivos y/o universales vigentes.

F) El Piso de Protección Social es abordado por la Recomendación núm. 202 como un elemento de la evolución de un sistema de protección social más amplio e integrado. La propia experiencia histórica de América Latina es una demostración de ello dado que los sistemas de protección social han ido evolucionando progresivamente hacia una mayor cobertura y se han ido transformando con el paso del tiempo.

G) Visualizada desde la perspectiva del financiamiento, la Recomendación núm. 202 también alienta la articulación y coordinación de componentes contributivos y no contributivos en la búsqueda de la cobertura de poblaciones heterogéneas que, lógicamente, van a requerir la utilización de instrumentos con múltiples diseños, y también incentiva la materialización del principio de solidaridad.

H) El Piso de Protección Social pone de relieve la necesidad de una mayor coordinación de políticas en la búsqueda de una mayor eficiencia, un tema sumamente necesario en países de renta media como la mayor parte de los latinoamericanos y caribeños. El sesgo pro-formalización, expresado en la Recomendación núm. 202, permite construir puentes importantes con las políticas activas de mercado de trabajo y de fomento de la creación de nuevos empleos y empresas sostenibles.

Y) Por último, el desarrollo del Piso de Protección Social que se da a lo largo del tiempo, necesita la conformación de instituciones y recursos humanos y financieros domésticos, además de mecanismos de diálogo social que complementen el modelo tripartito con formas de consultas a nuevos actores en la búsqueda de un consenso más amplio<sup>107</sup>.

<sup>107</sup> Véase OIT, 2014b, p. 19 y sigs.

**Desde el punto de vista de la legitimidad democrática, los sistemas de Seguridad Social forman parte – es un pilar esencial – de la forma política de Estado Social y Democrático de Derecho, en cuyo marco la política pública debe centrarse en la protección de las personas siendo el crecimiento económico instrumental a esa finalidad.**

En el Documento programático de la OIT, “Seguridad Social para la Justicia Social y una globalización equitativa. Discusión recurrente sobre la protección social y una globalización en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la Justicia Social para una globalización equitativa”, de 2011<sup>108</sup>, se realiza la Seguridad Social es “un derecho y una necesidad”. Ante los nuevos desafíos los sistemas nacionales de Seguridad Social basados en la solidaridad deben ser más sólidos y expansivos que nunca. Es necesario disponer de sistemas de Seguridad Social eficaces que permite a las sociedades y a las personas que la integran afrontar los riesgos que comporta la globalización, aprovechar plenamente las oportunidades que ofrece y adaptarse a los cambios continuos. Para ello se requieren marcos generales e integrados nacionales de carácter normativo e institucional, que abarquen políticas de empleo y Seguridad Social y otras políticas sociales, a fin de responder mejor a los cambios estructurales y a las crisis. Un derecho a la Seguridad Social que sea coherente, que desempeñe eficazmente su papel de mejorar la productividad y que actúe como estabilizador social y económico en un contexto de incertidumbre mundial, debe estar integrado en la legislación y las estructuras de gobernanza e institucionales nacionales, así como en mecanismos internacionales que funcionen eficazmente. Sólo una combinación de instrumentos de estas características es capaz de imponer las necesidades restricciones sociales al funcionamiento de los mercados. Todo esto confirma que los sistemas de Seguridad Social están involucrados y condicionados en el mismo desarrollo de las sociedades contemporáneas, de modo que las nuevas necesidades y evoluciones de los sistemas económicos, políticos, sociales y culturales exigen nuevas respuestas con soluciones adecuadas y de viable realización. Desde el punto de vista de la legitimidad democrática, los sistemas de Seguridad Social forman parte – es un pilar esencial – de la forma política de Estado Social y Democrático de Derecho, en cuyo marco la política pública debe centrarse en la protección de las personas siendo el crecimiento económico instrumental a esa finalidad.

<sup>108</sup> Sexto punto del orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011, Informe VI.

## REFERENCIAS

- ATIENZA, C. M.; PÉREZ, J.L. M. (Coords.). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Granada: Comares, 2017.
- BAAMONDE, M.E. Casas. ¿Derechos específicos de las mujeres?, *Revista de las Relaciones Laborales*, n.1, p. 1-18, 2017.
- BAENA, P. Charro; SANZ, P. Benlloch. El largo camino de las migraciones hacia el trabajo decente. In: HERNÁNDEZ, J. Gorelli; PÉREZ, J.L. Monereo; TENA, Á.L. De Val. (Dir.). INSUA, B.M. López (Coord.). VV.AA. *El Trabajo Decente*. Granada: Comares, 2018.
- BARCELONA, P. *Individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.
- BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BECK, U. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000.
- BECK, U. *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2007.
- BELTRÁN, C. Salcedo, *Negociación colectiva, conflicto y Carta Social Europea*. Albacete: Bomarzo, 2014.
- BELTRÁN, C. Salcedo. La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales, *Trabajo y Derecho*, n. 13, p. 27-52, 2016.
- BELTRÁN, M.C. Salcedo; MELLADO, C. Alfonso; QUESADA, L. Jimena. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la Crisis económica*. Albacete: Bomarzo, 2014.
- BERNAT, J.A. Fernández; PÉREZ, J. L. Monereo. El pilar Europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social, *Revista La Ley Unión Europea*, n. 49, 2017.
- BERNAT, J.A. Fernández; PÉREZ, J. L. Monereo. La Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsiones como desarrollo “normativo” del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, *Revista Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, n. 211, 2018.
- BISCHOFF, G. El modelo social europeo y los derechos de los trabajadores: ¿por qué necesitamos un pilar europeo de derechos sociales?, *Temas para el debate*, n. 268, 2017.
- BOHOSLAVSKY, J.P.; EBERT, F. CH. Crisis económicas, medidas de austeridad y reformas laborales. *Revista de Derecho Social*, n. 82, p. 85 y sigs, 2018.

BOTO, J. M. Mirando. *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*. Cizur Menor (Navarra): Tromson/Aranzadi, 2009.

BUCHANAN, J.M.; et. al. *El análisis económico de la política*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984.

BUCHANAN, J.M. Nuestra época: pasado, presente y futuro, *Revista de Estudios Económicos*, n. 2, 1987.

BUCHANAN, J.M. El campo de la Economía Constitucional. *Hacienda Pública Española*, n.124. 1, p. 153-162, 1993.

BUCHANAN, J.M.; TULLOCK, G. *El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993.

BUCHANAN, J.M. *Ética y proceso económico*. Barcelona: Ariel, 1996.

CARBONNIER, J. *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1974.

COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación sobre Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI*, de 22 de noviembre de 2006.

COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, de 27 de junio de 2007.

COMISIÓN EUROPEA. *Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia*. Estrasburgo, 13 de marzo de 2018. COM (2018) 132 final. 2018/0059 (NLE).

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, 8 de marzo de 2016, COM (126) final.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. SUPERVISIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES [COM(2018) 130, 13 de marzo de 2018.

CORUJO, B. Suárez. Las personas con discapacidad en el pilar europeo de derechos sociales. In: VV.AA.: *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*. I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Aesss), Murcia, Ed. Laborum, 2017.

DAL-RÉ, F. Valdés. *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Albacete: Bomarzo, 2016.

DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones* — Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, 21 de abril de 2017, DOUE (C 125/10).

DICTAMEN DEL COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES sobre el *El pilar europeo de derechos sociales*, 21 de marzo de 2017, DOUE (C 88/59).

DWORKIN, R. M. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1965.

FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, L. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2 tomos. Madrid: Trotta, 2011a.

FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. 2. ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2011b.

FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2015.

FRIEDMAN; MILTON; ROSE: *Libertad de elegir*. Barcelona: Ediciones Orbis, 1988.

GARMENDIA ARIGÓN, M. *Orden público y Derecho del Trabajo*. 2. ed. Montevideo: LA LEY Uruguay, 2016.

GAUTHIER, G. Economía compartida “crowdworking” y Derecho del Trabajo. In: GAUTHIER, G. (Coord.). VV.AA. *Disrupción, economía compartida y Derecho: enfoque jurídico multidisciplinario*. Montevideo: Fundación Cultural Universitaria, p. 109 y sigs., 2016.

GRAU, A. Baylos. La contracción del Estado Social. *Revista de Derecho Social*, n. 63, 2013.

GRAU, A. Baylos. Sobre el trabajo decente: la formación del concepto. In: PERÉZ, J.L Monereo; PRIETO, A. Márquez. (Coord.). *La política y el Derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: libro homenaje a la Profesora Rosa Quesada Segura*. Sevilla: CARL, 2016.

GÉNY, F. Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény” (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada: Comares, 2000.

HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003.



HÄBERLE, P. *Verdad y Estado constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

HAGEMEJER, K.; McKINNON, R. Introducción: El papel de los pisos nacionales de protección social en la extensión de la Seguridad Social para todos, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Número especial: El papel de los pisos de protección social en la extensión de la Seguridad Social para todos, v. 66, n. 3-4, p. 3-20, Julio-Diciembre 2013.

HARVEY, D. *El nuevo imperialismo*. Madrid: Akal, 2004.

HARVEY, D. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal, 2007.

HOLLAND, S. *Contra la hegemonía de la austeridad*. Barcelona: Arpa Editores, 2016.

HONNETH, A. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Traducción de Graciela Calderón. Buenos Aires/ Madrid: Katz Editores, 2014.

IHERING, R.V. *El fin en el Derecho*. 2. ed. Granada: Comares, 2011.

IHERING, R.V. *La lucha por el Derecho*. Granada: Comares, 2008.

INSUA, B.M. López; PÉREZ, J.L. Monereo. Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (Artículo 23.1 DUDH; artículo 7 PIDESC). In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dirs. y Coords.). VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*. Granada: Comares, p. 797 y sigs., 2014.

INSUA, B.M. López; PÉREZ, J.L. Monereo. La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 177, 2015.

INSUA, B.M. López. *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*. Murcia: Laborum, 2017.

JESSOP, R. *El futuro del Estado capitalista*. Madrid: Libros de la Catarata, 2008.

JESSOP, B. *El Estado. Pasado, presente y futuro*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2009.

KIRCHHEIMER, O. *Justicia política, edición y estudio preliminar: estado y democracia en Otto Kirchheimer*. Granada: Comares, 2001.

MARX, K. *El capital: crítica de la economía política*. Libro III, Tomo II. Traducción de Vicente Romano. Madrid: Akal Ediciones, 2000.

MARX, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1858 (I)*. 20. ed., Traducción de José Aricó, Miguel Murmis y Pedro Scaron, México DF/Buenos Aires/ Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2007.

MENGONI, L. La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell' uomo, In: MENGONI, L. *Diritto e valori*. Bologna: Il Mulino, 1985.

NACHTWEY, O. *Sociedad del descenso: precariedad y desigualdad en la era posdemocrática*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2017.

NUSSBAUM, M. C. *Sin fines de lucro: Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Buenos Aires/Madrid: Katz editores, 2010.

NUSSBAUM, M. C. *Crear capacidades: propuestas para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2012.

OIT. La igualdad de género como eje del trabajo decente. Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

OIT. Mejora de las actividades normativas de la OIT. Política normativa de la OIT. Enfoque para lograr un código internacional del trabajo sólido y eficaz. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 310ª reunión, marzo de 2011, Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS), Tercer punto del orden del día, GB. 310/LILS/3/1 (Rev.), 2011.

OIT. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, Tercer punto del orden del día, Informe III (Parte 1b), ILC. 1001/III/1B, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2012a.

OIT. Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción, Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y con arreglo al seguimiento de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012, Sexto Punto del orden del día, Informe VI, ILC.101/VI, 2012b.

OIT. Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo, 3ª ed., revisada, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo/Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2014a.

OIT. La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT El Papel de los Pisos de Protección Social en América Latina y el Caribe, Schwarzer, H., Pablo Casali, P., Bertranou, F. (Coords.), Ginebra (Suiza), OIT. Impreso en Perú, 2014b.

OIT. Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo, Memoria del Director General, Informe I, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015.

OIT. *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2016: Transformar el empleo para erradicar la pobreza*, Ginebra, 2016a.

OIT. El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas, Ginebra, 2016; El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros, Informe IV elaborado por la Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, Ginebra, 2016b.

OIT. Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 21 de septiembre de 2017, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017a.

OIT. *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017b.

OIT. *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Los cambios tecnológicos y el trabajo en el futuro: ¿Cómo lograr que la tecnología beneficie a todos?* Nota informativa 1, Basada en la contribución de Nübler, I., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2017c.

OIT. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: retos y oportunidades*, Informe VI a la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), 106ª reunión, Ginebra, 2017d.

PANITCH, L. GINDIN, S. *La construcción del capitalismo global: la economía política del imperio estadounidense*. Madrid: Akal, 2015.

PÉREZ, J. L. Monereo. Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II), *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, n. 56 (1992) y 57 (1993).

PÉREZ, J. L. Monereo. *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo: una crítica del Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996a.

PÉREZ, J. L. Monereo. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social de España, 1996b.

PÉREZ, J. L. Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España, estudio preliminar a MENGGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, traducción de Adolfo Posada, p. 7-112, 1998.

PÉREZ, J. L. Monereo. *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*. Madrid: Trotta, 1999a.

PÉREZ, J.L. Monereo. *Concertación y diálogo social*. Valladolid: Lex Nova, 1999b.

PÉREZ, J. L. Monereo. La organización jurídico económica del capitalismo: el Derecho de la economía, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada: Comares, 2001a.

PÉREZ, J. L. Monereo. Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 15/16, Año XVII, 2001b.

PÉREZ, J. L. Monereo. Estado y democracia en Otto Kirchheimer, estudio preliminar, a KIRCHHEIMER, O. *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Granada: Comares, 2001c, p. XVII-CLXXXV.

PÉREZ, J. L. Monereo. *Pluralismo jurídico y Derecho social: La sociología del Derecho de Gurvitch*, Granada: Comares, 2001d, p. XIII-CXLVI.

PÉREZ, J. L. Monereo. Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo. NAVARRO, A.V. Sempere (Dir.). JIMÉNEZ, R. Martín (Coord.). VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

PÉREZ, J. L. Monereo. *La democracia en crisis*: Harold J. Laski. Barcelona: ediciones de intervención cultural/El Viejo Topo, 2004.

PÉREZ, J.L. Monereo. Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 74 Extra, p. 49-174, 2008.

PÉREZ, J. L. Monereo. *La Defensa del Estado Social de Derecho: a teoría política de Hermann Heller*, Barcelona: ediciones de intervención cultural/EL Viejo Topo, 2009a.

PÉREZ, J. L. Monereo. *La protección de los derechos sociales fundamentales: el modelo europeo*. Albacete: Bomarzo, 2009b.

PÉREZ, J. L. Monereo. *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la exclusión social*. Albacete: Bomarzo, 2011.

PÉREZ, J.L. Monereo. Libertad profesional y derecho a trabajar (Artículo 15). In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo. (Dirs. y Coords.). VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, p. 331-374, 2012a.

PÉREZ, J.L. Monereo. *Estudio de los artículos 51, 52 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dirs. y Coords.). Granada: Comares, p. 1301 y sigs., y 1341 y sigs., y 1397 y sigs, 2012b.

PÉREZ, J.L. Monereo. *Ámbito de aplicación de la Carta (Artículo 51)*. In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dirs. y

Coords.). VV.AA.: *La Europea de los Derechos. Estudio sistemático de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Granada: Comares, p. 1301-1339, 2012c.

PÉREZ, J.L. Monereo. Seguridad Social y ayuda social (Artículo 34). In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dir. y Coords.). VV.AA.: *La Europea de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Granada: Comares, p. 893-938, 2012d.

PÉREZ, J.L. Monereo. Estudio del Título VII (Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta), artículos 51-54. In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dir. y Coords.) en VV.AA.: *La Europea de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Granada: Comares, p. 1298-1444, 2012e.

PÉREZ, J. L. Monereo. El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea, *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 160, 2013a.

PÉREZ, J. L. Monereo. *Los fundamentos de la democracia: la Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*. Barcelona: Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013b.

PÉREZ, J. L. Monereo. El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea, *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 160, p. 17-62, 2013c.

PÉREZ, J. L. Monereo. Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 34, 2013d.

PÉREZ, J. L. Monereo. Por un constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea, *Revista de Derecho Constitucional*, n. 21, p. 143-194, 2014a.

PÉREZ, J.L. Monereo. *El derecho al desarrollo*. In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dir. y Coords.). VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*. Granada: Comares, p. 951 a 983, 2014b.

PÉREZ, J. L. Monereo. *Espacio de lo político y orden internacional: la teoría política de Carl Schmitt*. Barcelona: Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

PÉREZ, J. L. Monereo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la “era de la flexibilidad”, *Revista Derecho del Trabajo*, n. 10, 2016.

PÉREZ, J. L. Monereo. *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2017a.

PÉREZ, J. L. Monereo. Derecho al trabajo (Artículo 1). In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dir. y Coord.). VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Granada: Comares, p. 361-393, 2017b.

PÉREZ, J.L. Monereo. Derecho a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea). In: ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J.L. Monereo (Dir. y Coord.). VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Granada: Comares, p. 629-659, 2017c.

PÉREZ, J. L. Monereo. Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social, *Lex social: revista de los derechos sociales*, n. 2, 2018a.

PÉREZ, J. L. Monereo. La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional, *Lex Social: revista jurídica de los Derechos Sociales*, v. 8, n. 1, 2018b.

PÉREZ, J. L. Monereo. Vagabundos de la miseria, migraciones y sindicalismo: “las uvas de la ira”, *Revista de Derecho Social*, n. 83, 2018c.

PÉREZ, J. L. Monereo; QUESADA, S. Perán. La OIT y el trabajo informal: La Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal. In: PÉREZ, J. L. Monereo; QUESADA, S. Perán (Dir.). VV.AA. *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*. Granada: Comares, 2016.

PÉREZ, J. L. Monereo; QUESADA, S. Configuración y sentido político-jurídico y técnico-jurídico del trabajo decente. In: HERNÁNDEZ, J. Gorelli; PÉREZ, J. L. Monereo; TENA, A. L. De Val (Dir.). INSUA, B. M. López (Coord.). VV. AA. *El trabajo decente*. Granada: Comares, 2018.

POLANYI, K. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Madrid: Ediciones La Piqueta, 1989.

QUINTANA, M. Ramos. El pilar europeo de derechos sociales: ¿nos ponemos serios?, *Trabajo y Derecho*, n. 24, 2016.

QUINTANA, M. Ramos. El Pilar Europeo de los Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea, *Revista de Derecho Social*, n. 77, 2017.



RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO de 15 de febrero de 2016 sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral (2016/C 67/01) DOUE (C 67/1).

RECOMENDACIÓN (UE) 2017/761 DE LA COMISIÓN de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales, 29.04.2017, DOUE (L 113/56).

RITTICH, K. La. OIT: retos en tiempos de crisis, *Revista Internacional del Trabajo*, v. 134 2015.1.

RODGERS, G. et altri. *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

RODRÍGUEZ-ARMAS, M. Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española*. Granada: Comares, 1996.

ROSANVALLON, P. *Le capitalisme utopique. Histoire de l' idée de marché*. París: Editions du Seuil, 1999 (1ª ed., 1979).

SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derechos*. Buenos Aires/ Barcelona: Katz, 2010.

SEN, A. *La idea de justicia*. Madrid: Taurus, 2010.

SENECA, L. A. De la Ira. *Obras completas*. Discurso previo, traducción, argumentos y notas de Lorenzo Riber, de la Real Academia Española. Madrid: Aguilar, 1961.

SUPIOT, A. *El Espíritu de Filadelfia*. Barcelona: Península, 2011.

TORRECILLA, E. Rojo. La construcción del pilar europeo de derechos sociales: de la propuesta Juncker (9.9.2015) a la Recomendación de la Comisión Europea (26.4.2017) ¿Más Europa Social o reordenación del marco normativo vigente?, *Revista Galega de Dereito Social*, n. 3, 2017.

TREU, T. Derecho del Trabajo y políticas sociales: un programa para la investigación transnacional, *Temas Laborales*, núm. 134, p. 13 y sigs., 2016.

TULLOCK, G. Autocracia, *Revista de Estudios Económicos*, n. 2, 1987.

VARELA, A. Arufe. El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 49, 2018.

VIDA, M.N. Moreno. *Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo*. Granada: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1989.

VIDA, M.N. Moreno. El debate sobre la flexiseguridad en Europa. In: VV.AA.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, v. I, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la



Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, p. 309 y sigs, 2010.

VITALE, E. *Defenderse del poder: por una resistencia constitucional*. trad. Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vázquez Sánchez. Madrid: Trotta, 2012.

VV.AA. *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*, a cura di Gianni Arrigo y Gaetano Vardaro, Roma: EL.edizioni Lavoro, 1982.

VV. AA. La coordinación de los sistemas de Seguridad Social: los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. RODAS, C. Sánchez (Dir.), Murcia: Laborum, 2010.

VV. AA. La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J. L. Monereo (Dirs. y Coords.), Granada: Comares, 2012.

VV. AA. El Sistema Universal de los Derechos Humanos. ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J. L. Monereo (Dirs. y Coords.), Granada: Comares, 2014.

VV.AA. La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos. PÉREZ, J. L. Monereo (Dir.), Madrid: Consejo Económico y Social, 2016.

VV. AA. La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea. ATIENZA, C. Monereo; PÉREZ, J. L. Monereo (Dirs. y Coords.), Granada: Comares, 2017.

# A RESILIÊNCIA DA INSPEÇÃO DO TRABALHO BRASILEIRA: ESTRATÉGIAS DE RECONFIGURAÇÃO (OU DESFIGURAÇÃO?) NO PÓS- CONSTITUIÇÃO DE 1988

**Luiz Felipe Monsores  
de Assumpção**

Doutor em Ciências jurídicas e Sociais (PPGSD-UFF). Especialista em direito do trabalho e legislação social (UNESA). Economista (UFRJ) e bacharel em Direito (UNESA). Membro da ABraSD (Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito), ANINTER-SH (Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Sociais e Humanidades) e REED (Rede de Pesquisa Empírica em Direito). 803monsors@gmail.com

**Recebido:** março 19, 2019

**Aceito:** julho 22, 2019

## The Resilience of Brazilian Labor Inspection: Reconfiguration Strategies (or Disfiguration?) in Post-Brazilian Constitution of 1988

### RESUMO

O presente artigo é um recorte de um estudo recente e mais amplo sobre a Inspeção do Trabalho brasileira. Seu propósito é examinar o processo de reconfiguração institucional, bem como da política de inspeção do trabalho nas décadas que seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988. Toma-se como pressuposto que tal processo não decorreu tão só de fatores exógenos, mas também das estratégias de autodefesa, sejam as de cunho procedimental, mobilizadas no âmbito da máquina administrativa, sejam as resultantes da agenda classista que determinou as ações dos grupos de pressão em favor do corpo fiscal. Ao fim, se analisam possíveis desdobramentos dessa resiliência institucional da Inspeção do Trabalho a partir da “reforma trabalhista” de 2017 e, mais recentemente, da extinção do Ministério do Trabalho. Neste fragmento, de corte interdisciplinar, tomam-se como dados alguns aportes do trabalho historiográfico realizado na pesquisa original. Isso se pode dizer, também, do referencial teórico, com destaque para perspectiva luhmanniana dos sistemas auto-organizados e a teoria crítica do direito. Considerando a condição do autor, de sujeito

imerso no objeto da pesquisa, optou-se pela análise contextualizada de textos normativos e dados estatísticos, pelo que se buscou atenuar o rigor descritivo, à guisa de uma etnografia documental. Os resultados, em síntese, apontam para a ambiguidade das estratégias de defesa institucional da Inspeção do Trabalho, que ao tempo de amortecerem os impactos produzidos pelas políticas neoliberais das últimas décadas, também concorrem para sua descaracterização poiética como “magistratura social”.

**Palavras-chave:** Inspeção do Trabalho; Constituição Federal de 1988; Política de Inspeção do Trabalho; Neoliberalismo; Reforma trabalhista.

## Abstract

This article is an excerpt of a recent and broader study on the Brazilian Labour Inspection. Its purpose is to examine the process of institutional reconfiguration as well as labor inspection policy in the decades following the advent of Brazilian Constitution of 1988. It is assumed that this process was not only due to external factors, but also to self-defense strategies, whether procedural ones, mobilized within the administrative machinery, or those resulting from the class agenda that determined the actions of pressure groups in favor of the interests of Federal Inspectors. Finally, we analyze possible consequences of this institutional resilience of the Labour Inspection after the “labor reform” of 2017 and, more recently, the extinction of the Brazilian Ministry of Labour. This article, with an interdisciplinary approach, appropriates, as a previous data, the contributions of the historiographical work produced in other excerpts of this research. It also shares the theoretical references, such as the theory of social systems and the critique of labor law. Considering the double quality of this author, researcher and object of the research, it was opted for the documentary ethnography of normative texts and statistical data, as well as participant observation. The results, in summary, point to the ambiguity of institutional defense strategies of the Brazilian Labour Inspection, which intends to absorb the impacts produced by the neoliberal policies of the last decades, eventually uncharacterized it as a kind of “social magistracy”.

**Keywords:** Labour Inspection; Brazilian Federal Constitution of 1988; Labor inspection policy; Neoliberalism; Labor reform.

## INTRODUÇÃO

Não há muitas referências à Inspeção do Trabalho brasileira na literatura sociológica e juslaboral, quando se trata dos impactos das políticas neoliberais implantadas no Brasil, a partir da década de noventa. Ainda assim, as poucas que existem tendem a convergir, concluindo que tais políticas induziram reformulações sistêmicas, tanto da regulamentação, quanto da gestão, gerando efeitos concretos no âmbito da execução da política pública da Inspeção do Trabalho brasileira<sup>1</sup>, a partir da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88).

---

<sup>1</sup> PIRES, 2009.

**Examinar a hipótese do dirigismo Estatal, orientado segundo a agenda neoliberal, no sentido de limitar a ação e o alcance da Inspeção do Trabalho brasileira é, de fato, o ponto de partida deste esforço de pesquisa.**

Na outra mão, quando se analisam qualitativamente as reconfigurações da nossa inspeção laboral no pós-CRFB/88, em que pesem as dificuldades de interpretar a sua dinâmica operativa, costuma-se alinhar alguns fatores que indicariam um processo “imposto” de fragilização da Inspeção do Trabalho no Brasil.<sup>2</sup> Todavia, dando como certa a ocorrência desse processo, não há quem lhe afirme, com segurança, a ruptura, ou continuidade, notadamente a partir de 2003, com a transição dos governos de Fernando Henrique Cardoso e Lula, e a conseqüente reorientação da política econômica, dentro do que alguns denominam pós-neoliberalismo<sup>3</sup>.

Examinar a hipótese do dirigismo Estatal, orientado segundo a agenda neoliberal, no sentido de limitar a ação e o alcance da Inspeção do Trabalho brasileira é, de fato, o ponto de partida deste esforço de pesquisa. Saber da ocorrência de formas de resistência institucional e/ou classista e, além disso, se essas continuaram sendo mobilizadas, com ou sem adaptações, durante os governos petistas são questões que se impõem naturalmente, e que serão tratadas neste artigo.

Este, a propósito, é um fragmento de um estudo mais abrangente, e que diz respeito, nesse particular, ao processo de reconfiguração do desenho institucional da Inspeção do Trabalho brasileira, nas décadas que se seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988. Sendo parte de um todo, não raras serão as referências teórico-conceituais, historiográficas e estatísticas, cuja demonstração não se contém nesse texto, mas alhures.

Por este recorte, propõe-se uma reflexão crítica acerca de um pressuposto, às vezes não anunciado, que amiúde se apresenta tanto na narrativa das representações de interesses classistas dos Auditores Fiscais do Trabalho (AFT), quanto nos mais célebres (e escassos) estudos sociológicos sobre a Inspeção do Trabalho brasileira<sup>4</sup>. Trata-se do constrangimento político sobre a organização da fiscalização trabalhista, que a vitimizaria recorrentemente, desviando-a no seu

<sup>2</sup> KREIN, 2003.

<sup>3</sup> Para uma proposta de conceito, ver Sader e Gentili (2009) e Sader (2013). Para uma crítica da aplicação do conceito ao contexto brasileiro, especificamente quanto ao governo Lula, ver Boito Júnior (2002; 2003; 2005).

<sup>4</sup> Citem-se como exemplos Dal Rosso (1996) e Cardoso e Lage (2005, 2006, 2007).

télos protetivo e de sua vocação institucional e, quiçá, de sua atribuição constitucional.

Registre-se, desde logo, que não se trata de falsear o pressuposto, mas de recolocá-lo em perspectiva, problematizando a hipótese de interferência “indevida”, e apostando numa relação de “aderência”, por meio da qual a Inspeção do Trabalho funcionaria como interface de acoplamento com o meio social, com o sistema jurídico e econômico, aumentando, assim, a complexidade do próprio sistema político.

Por outro lado, quando se considera como um dado que toda ingerência política sobre a fiscalização trabalhista é necessariamente desviante, também se assume que o Sistema de Inspeção do Trabalho<sup>5</sup>, ao longo de sua história, jamais logrou desenvolver estratégias de autodefesa, sejam de cunho institucional, ou classista.

O desenvolvimento deste artigo pretende, justamente, descrever essas formas de resistência<sup>6</sup>, dentro do contexto da atual Ordem Constitucional, com o objetivo de demonstrar que apenas em raros momentos de sua trajetória a Inspeção do Trabalho brasileira mereceu, de fato, ser tratada na voz passiva.

Tais estratégias de ação, considerando apenas o âmbito institucional<sup>7</sup>, são frequentemente tomadas como uma “disfuncionalidade” do Sistema de Inspeção do Trabalho, resultante da tensão que envolve seus principais estratos subcutâneos: formulação de políticas, planejamento e execução. Vistas de dentro, tornam-se, na verdade, evidência da considerável capacidade de resiliência da fiscalização trabalhista brasileira, frente às pressões que decorrem dos compromissos institucionalizados pelo Estado regulador das relações de trabalho.

<sup>5</sup> Desta feita no sentido de uma organização administrativa, de um dos apoios do tripé institucional do extinto Ministério do Trabalho, juntamente com o Sistema de Relações de Trabalho, e o de Emprego e Renda.

<sup>6</sup> É importante destacar que, neste fragmento de pesquisa, o que se denominam “formas de resistência” têm a ver com a Inspeção do Trabalho enquanto forma institucional (JESSOP, 2008), ou seja, como expressão regulatória diferenciada da forma estrutural Estado. Sendo assim, exclui-se deste artigo qualquer apreciação do “estrato nanorregulatório”, assim definido por Assumpção (2018, p. 406), cujo efeito de superfície com o sistema global (sociedade do trabalho) ainda se orienta pelo discurso poético do télos protetivo.

<sup>7</sup> Nesse sentido, excluindo a componente exógena representada pela ação dos grupos de pressão em favor dos interesses do corpo fiscal, que como demonstrou Assumpção (2018), atuou de forma determinante para a reconfiguração institucional da Inspeção do Trabalho, sobretudo a partir do governo Lula.

**A intenção aqui, como se verá, é a de analisar o processo de identificação das fragilidades do Sistema de Inspeção do Trabalho, e a relação dessas com as formas de resistência que lhes correspondem.**

Todavia, como tudo (ou quase) é ao mesmo tempo o seu contrário, as formas de resistência institucional da Inspeção do Trabalho, que se manifestaram no pós-Constituição de 1988, também revelam um processo de transformação extremamente profunda, a ponto de reorientá-la para fora do eixo da proteção social, na medida em que revela sua relação de continência com o sistema político.

Embora se insinue uma linha temporal, os tópicos que se seguem não estão necessariamente dispostos num plano-sequência de corte historiográfico. Há, de fato, várias interpolações cronológicas, estratégias que se repetem e que não excluem a ocorrência simultânea das demais.

A intenção aqui, como se verá, é a de analisar o processo de identificação das *fragilidades* do Sistema de Inspeção do Trabalho, e a relação dessas com as formas de resistência que lhes correspondem, a saber: 1) controle pela uniformização procedimental → discricionariedade e autonomia procedimental “ao nível da rua”; 2) aproximação com o sistema de representação sindical → *purificação* da narrativa inspeccional como discurso técnico; 3) redução do escopo de atuação provocado pelas políticas neoliberais → incremento da capacidade autorregulatória; 4) a debilidade do discurso de proteção social como *télos* e como ontologia poiética → assunção do perfil arrecadatário, mimetismo com a Receita Federal e generalismo funcional; 5) a aderência com o Sistema de Relações de Trabalho → isolamento, autonomia e *endodiferenciação* no âmbito do (extinto) Ministério do Trabalho.

## **1. A UNIFORMIZAÇÃO PROCEDIMENTAL COMO FORMA DE CONTROLE DA AÇÃO POLÍTICA DA INSPEÇÃO DO TRABALHO**

Uma das observações mais importantes que se extrai do segmento historiográfico da pesquisa recentemente desenvolvida por Assumpção<sup>8</sup>, diz respeito à quase total indiferença da Inspeção do Trabalho brasileira, no que tange às transformações no regime de liberdades individuais e, bem aquém disso, na estrutura regulatória

<sup>8</sup> ASSUMPÇÃO, 2018.

das relações de trabalho, até o limite em que isso não comprometa a sua reserva de autoridade.<sup>9</sup>

Os primeiros quarenta anos de existência do Sistema (nacional) de Inspeção do Trabalho<sup>10</sup>, mormente em sua atuação no âmbito das relações laborais, foram marcados pela defesa instrumental do valor-trabalho. Embora expresso nas atribuições de polícia administrativa, o poder extraordinário da Inspeção do Trabalho não estava necessariamente assentado em seu dever de vigilância e punição, mas na sua permissão político-legal, conferida pelo Estado, para intervir em amplo espectro no mundo do trabalho.

Das relações contratuais, passando pela organização dos espaços coletivos de trabalho e de suas condições de segurança, desaguardando no patrulhamento das formas organizativas de interesses coletivos laborais e patronais, e na adjudicação dos conflitos, quase tudo o que diz respeito às relações do trabalho se mantinha sob o escopo de possibilidades de intervenção da Inspeção do Trabalho.

A implementação difusa da política de fiscalização trabalhista no Brasil sempre se caracterizou pela baixa uniformidade, pelo empirismo, pelo experimentalismo, pela extensa discricionariedade, liberdade cognitiva e hermenêutica e autonomia procedimental. Mais que dotada de uma *dimensão política*, o exercício da Inspeção do Trabalho era, ela própria, forma de *expressão política*, mecanismo estatal de custódia política da ordem social<sup>11</sup>, sempre coerente com a racionalidade do projeto hegemônico em vigor.

A defesa do trabalhador brasileiro, considerada como um dado integrante da ontologia autopoietica do Sistema de Inspeção do

<sup>9</sup> Essa “reserva de autoridade” não diz respeito apenas ao conjunto de competências e prerrogativas, mas também à integridade discursiva do seu *télos* protetivo. Convém ressaltar, por outro lado, que essa “quase indiferença” em relação ao modo de regulação da relação salarial foi observada, ao longo da trajetória da Inspeção do Trabalho brasileira, no nível macroscópico, ou seja, no âmbito institucional. Diga-se isto, porque a condução da normatividade interna, ou procedimental, durante a década de 90 e primeiros anos deste século, sobretudo quanto às novas formas de organização do trabalho identificadas com a precariedade do emprego, trouxe evidências de que essa neutralidade da Inspeção do Trabalho não se replica no nível atomizado de ação. O caráter frequentemente reativo da fiscalização in concreto não raras vezes influenciava a elaboração desses regulamentos procedimentais que, além de gerarem complexidades para as empresas, asseguravam o caráter magistrático da decisão fiscal.

<sup>10</sup> O destaque que se faz, em segundo plano, se refere à Inspeção do Trabalho brasileira como uma política nacionalmente unificada, tanto em termos de formulação, quanto de implementação e, neste particular, por meio de uma estrutura uniformemente organizada.

<sup>11</sup> LUHMANN, 2011, p. 195.



**O que importa reter, neste momento, é que durante o percurso histórico da Inspeção do Trabalho, desde sua organização nacional, até o advento da Constituição Federal de 1988, a defesa institucional do trabalho não se articulava em torno de um valor categórico, mas estratégico, compreendido no esforço de autopreservação do sistema de inspeção.**

Trabalho, possibilitava a reprodução discursiva do *télos* protetivo que a definia. Nesse sentido, a defesa institucional da Inspeção do Trabalho e, obviamente, da manutenção de suas condições de atuação e de suas prerrogativas, coincidia com a própria defesa do trabalhador, pouco importando se o modo de regulação da relação salarial contradizia os cânones do direito do trabalho como um direito tuitivo.

Decerto que tanto poder não podia ser exercido sem controle. De início, bastava a insegurança mantida pela ausência de um estatuto jurídico que conferisse autonomia funcional ao agente da inspeção. Com o passar dos anos, depois da adesão à Convenção nº 81, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), do advento do primeiro Regulamento da Inspeção do Trabalho (RIT), e da gestão tecnocrata aplicada (também) à política de relações do trabalho durante o regime militar, novas formas de controle precisaram ser adotadas, ainda que mimetizadas em regulamentos procedimentais, ou bem visíveis, nos ritos de patrulhamento disciplinar.

O que importa reter, neste momento, é que durante o percurso histórico da Inspeção do Trabalho, desde sua organização nacional, até o advento da Constituição Federal de 1988, a defesa institucional do trabalho não se articulava em torno de um valor categórico, mas estratégico, compreendido no esforço de autopreservação do sistema de inspeção. Nesse sentido, as reações de defesa da Inspeção do Trabalho, em nível institucional, eram geralmente refratárias ao contexto regulatório das relações de trabalho.

Por sua vez, o Sistema de Inspeção do Trabalho era particularmente irritadido aos comandos de gestão política, organizacional e de controle, mormente quando impostos à sua revelia, daí emergirem reações de autodefesa, reproduzidas e compartilhadas pelo corpo fiscal.

Uma das fórmulas preferidas adotadas no âmbito da gestão da política pública da Inspeção do Trabalho é a uniformização procedimental.<sup>12</sup> Ela começa a ser utilizada de forma sistemática a partir do início da década de sessenta, com a publicação dos primeiros

<sup>12</sup> A uniformização procedimental vai muito além do mero “procedimento”, pois avança para a uniformização dos paradigmas de legalidade (Portarias, Instruções Normativas e Circulares), dos enunciados interpretativos (Resoluções, Precedentes Administrativos e Notas Técnicas), das referências doutrinárias (Revista da Inspeção do Trabalho criada nos anos 80 e a publicação de manuais), até mesmo da percepção infracional no caso concreto (Ementário).

“manuais da fiscalização do trabalho”. De lá para cá, essa fórmula só se tornou mais complexa, sofisticando-se cada vez mais.<sup>13</sup>

A uniformização se justificaria “para fora” como mecanismo de previsibilidade e segurança jurídica. “Para dentro”, ela possibilita a criação de certos parâmetros de “qualidade” e, na mesma medida, facilita o controle e a repressão às condutas “desviantes” (*deviance*) do corpo fiscal<sup>14</sup>.

De fato, sob o ponto de vista sistêmico, a “padronização” constitui um pressuposto de atuação do Estado, pois se considera que seja a maneira mais eficaz de resolver a questão da complexidade do meio social. O problema da padronização, como estratégia decisória do Estado, é que ela reduz a capacidade de acoplamento com o meio e com outros sistemas, além de apostar numa receita de estabilidade baseada em teleologia. Nesse sentido, há pelo menos dois riscos a serem considerados.

O primeiro diz respeito à possibilidade de induzir o que Luhmann denomina “erro de formato potencializado”, que tanto possibilita a replicação e potencialização das falhas do padrão, quanto favorece “que uns se aproveitem do fato de que os demais se orientem pela ‘padronização’ e se atenham a determinadas regras do jogo, enquanto outros utilizem essa forma de jogo de decisão para seus próprios fins”<sup>15</sup>, ressaltando que os “fins próprios” tanto podem representar desvios de conduta antiéticos ou puníveis na esfera disciplinar, quanto formas de resistência pessoal ao “padrão”, seja a partir de uma orientação política distinta do projeto hegemônico, seja por uma noção particular (em oposição ao público) do funcionamento ideal do sistema.

O segundo risco advém do fato de que a uniformização exige uma referência teleológica que a justifique. O funcionamento ideal de um sistema, como no caso da Inspeção do Trabalho, pressupõe um *télos*, ou seja, uma cadeia causal que a oriente. O problema é que a referência teleológica é sempre uma representação mental obtida a partir de experiências anteriores, que embora válida no presente, é

<sup>13</sup> Talvez a forma mais sofisticada de padronização procedimental seja mesmo a algorítmica, por meio de sistemas cibernéticos, introduzidos como mecanismos de facilitação de rotinas e incremento de desempenho.

<sup>14</sup> BOLAN, 1991, p. 21.

<sup>15</sup> LUHMANN, op. cit., p. 192.

totalmente fictícia quanto ao futuro. Desse modo, impõe-se como condição de sobrevivência do sistema que ele reaja automaticamente, ante tais tipos de representações<sup>16</sup>, mediante atividades motoras que tendem a romper as barreiras impostas pela padronização.

A literatura acerca da implementação de políticas públicas também ajuda a explicar as formas de resistência à uniformização procedimental, no âmbito da Inspeção do Trabalho.

Considerando que se trata de uma política pública, cuja implementação se baseia no exercício da violência estatal constitucionalmente autorizada, o estilo de implementação da Inspeção do Trabalho será *definido*, em última análise, na instância de execução, pela ação dos agentes do Estado, e não na instância de planejamento e formulação<sup>17</sup>, ainda que se considerem os efeitos dos regulamentos administrativos contingenciais que determinam seu desenho institucional. Por outro lado, a medida de eficiência dessas políticas não estaria assentada no incremento dos índices de violência estatal (como os Autos de Infração, por exemplo), nem mesmo na quantificação dos seus êxitos instantâneos, mas na duração e sustentabilidade dos resultados almejados.

Mais recentemente, a partir de 2010, quando se começou a perceber um incremento de amplitude dos sistemas de controle, tomados como uma espécie de subproduto do aperfeiçoamento dos aplicativos telemáticos, desenvolvidos sob a batuta da eficácia fiscal, a resistência à uniformização procedimental “ao nível da rua” (*street level bureaucracy*)<sup>18</sup> se tornou mais difícil. A solução obtida foi a apropriação de pelo menos parte do processo de formação de padrões, por meio de um estrato regulatório *sui generis*: as Notas Técnicas.

<sup>16</sup> Id., p. 69.

<sup>17</sup> PIRES, op. cit., p. 762.

<sup>18</sup> A definição *street level bureaucracy/bureaucrats*, advinda da obra seminal publicada em 1980 por Michael Lipsky (2010), é geralmente traduzida pela literatura nacional especializada em políticas públicas, notadamente sobre meios ou estilos de implementação, como “burocratas/burocracia do/de nível de rua”, ou “burocratas de linha de frente” (BIGNAMI, 2007; PIRES, 2009; OLIVEIRA, 2012; ARAÚJO FILHO, 2014; CARVALHO, 2018). Trata-se de agentes da burocracia estatal, geralmente associados a estratos subalternos, cuja atuação, em diversos níveis, se dá “em campo”, por vezes ecologicamente imersos, exercendo algum tipo de poder de polícia.

## 2. O “PROBLEMA” DA INTEGRAÇÃO COM A “FISCALIZAÇÃO SOCIAL”<sup>19</sup> E O SISTEMA SINDICAL

O poder da Inspeção do Trabalho até o advento da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) era, de fato, muito dependente do perfil conjuntural da política de relações de trabalho. O que a fortalecia, afinal, também era o seu “calcanhar de Aquiles”. A expectativa da Inspeção do Trabalho, organizada em torno de suas representações de classe, era a de que seu poder de intervenção fosse deslocado da instância política para a instância jurídica, tendo o texto constitucional de 1988 como aliado de primeira hora.

Pode-se dizer que um ensaio geral havia sido bem-sucedido, ainda na década de setenta, quando o discurso jurídico de fundo administrativo-constitucional, formulado no seio do próprio Sistema de Inspeção do Trabalho, deu sustentação à campanha deflagrada na década seguinte pelo reconhecimento da fiscalização trabalhista como expressão da soberania da ordem social, como autêntica carreira de Estado e, mais adiante, como categoria integrante do sistema de arrecadação de tributos.

É bem verdade que a CRFB/88 autorizava sobremaneira o discurso da proteção do trabalhador, que podia ser mobilizado sem o risco da crítica do argumento *pro domo*. Contudo, a mesma Constituição compromissária com a cidadania salarial, e que por isso reconhecia o conflito essencial capital x trabalho, sinalizava também o ocaso do regime de bem-estar baseado no corporativismo-estatal-de-viés-autoritário, cujas evidências maiores são, sem dúvida, o redimensionamento da liberdade sindical e a ressignificação da negociação coletiva como um direito fundamental coletivo.

Com o deslocamento do Estado do lugar central de articulador único e suficiente da concertação corporativa, as representações de interesses profissionais e econômicos ganhavam novo fôlego e protagonismo. Entre os possíveis agentes de transformação social, no âmbito das relações de trabalho, a CRFB/88 elevava os sindicatos a um nível de proeminência jamais visto, situando o próprio Estado e, conseqüentemente, a Inspeção do Trabalho num plano secundário. Desse modo, a nova ordem constitucional traria um novo contexto relacional entre sindicalismo e fiscalização trabalhista.

<sup>19</sup> Conceito introduzido por Dal Rosso (1996), que o distingue da “fiscalização estatal”.

De fato, a adesão ao receituário tecnocrata nos anos setenta, e a ampliação da interface de contato da Inspeção do Trabalho com o sistema jurídico, produziram uma nova forma resistência contra as estratégias governamentais de controle político-administrativo que, de certa forma, jaziam latentes mesmo antes do golpe militar.

Enquanto sistema nacionalmente organizado, a fiscalização do trabalho brasileira fora concebida praticamente como uma forma integrada à ação sindical, daí sua íntima e histórica ligação com o Sistema de Relações de Trabalho. Contudo, a partir dos anos cinquenta, com a chegada da primeira geração de Inspectores do Trabalho concursados, e com a criação da Associação dos Fiscais e Inspectores do Trabalho do Brasil, em 1952, essa relação de intimidade com as representações sindicais (autorizadas pelo Estado, lembremos) passou a ser revisitada, pois crescia a percepção, no âmbito do corpo fiscal, de que se tratava de uma porta aberta para formas veladas de ingerência política.

Com o meio sindical, a Inspeção do Trabalho passou a estabelecer, pouco a pouco, uma relação de natureza instrumental, como ocorrera durante a difícil década de sessenta, quando empunharam uma pauta conjunta de oposição à política de arrocho salarial imposta aos trabalhadores e servidores públicos, além de organizarem ações fiscais em parceria, carregadas de efeito simbólico, a fim de demonstrarem, fiscalização e sindicatos, a grande insatisfação causada pelas medidas de fragilização da Inspeção do Trabalho adotadas na gestão Castello Branco.

Até mesmo a Convenção nº 81 da OIT era amiúde invocada para justificar a “independência” da fiscalização trabalhista, inclusive com relação ao sistema oficial de representação sindical, considerado como fonte potencial de influência externa indevida, ou mesmo uma extensão do controle político-governamental sobre a Inspeção do Trabalho.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Com a chegada de Fernando Collor ao poder, e a ascensão da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), a central sindical chegou a elaborar um projeto de reestruturação da Inspeção do Trabalho no Brasil, para encaminhamento ao então Ministro do Trabalho, Antônio Rogério Magri (ex-CGT), que abrangia as seguintes medidas: 1) Designação de um responsável em cada CGT estadual para acompanhar os planos de fiscalização do Ministério do Trabalho; 2) Acompanhar as atividades dos fiscais e das associações de fiscais de trabalho; 3) Buscar informações de fiscalização do Estado e manter estatísticas de empresas que mais provocam acidentes ou são atuadas; 4) Exigir que a fiscalização, ao chegar nas empresas, comunique aos representantes dos trabalhadores, para que estes saibam que a empresa está sendo fiscalizada. (Jornal do Commercio, edição de 11/jun./1990, p. 2 do Caderno de Política).

Por sua vez, o envoltório técnico do discurso de proteção do trabalho, alinhavado a partir da segunda geração de Inspectores do Trabalho concursados, na década de 70 (a primeira a se exigir o nível superior), possibilitou a replicação do argumento do “risco de vulgarização” da narrativa da fiscalização do trabalho, cujo tecnicismo, chave para a sua valorização, tanto no âmbito da legislação social, quanto no da segurança e saúde, poderia se contaminar com a estética “panfletária” do discurso classista.

Após uma década de 80 muito festejada pelas conquistas da fiscalização trabalhista – atribuídas à boa mobilização das entidades associativas recém-criadas – que se refletiram em termos de reenquadramento no todo orgânico da Administração Pública, de ampliação de competências e de valorização funcional, a década de 90 e os governos neoliberais que se sucederam constituíram, desde logo, contexto e ocasião para testar a capacidade da Inspeção do Trabalho de defender o seu novo *status*.

Para as representações de interesses da fiscalização trabalhista, desta feita unificadas pelo SINAIT<sup>21</sup>, na forma sindical, a questão se resumia à opção pela melhor estratégia de deslocamento do centro de poder da Inspeção do Trabalho, vale dizer: ou o exercício de uma polícia administrativa de índole constitucional, centrada na questão social, ou a atuação como um órgão integrante do grupo fisco, vocacionado para a fiscalização e arrecadação, ou, nem lá, nem cá, uma resultante desses dois vetores.

### 3. DAS INICIATIVAS DE ENFRENTAMENTO DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO À CONSOLIDAÇÃO DO NOVO *LOCUS* DE PODER: O FGTS

Já se afirmou que a Inspeção do Trabalho brasileira é, historicamente, e sob o ponto de vista institucional, mais vulnerável às decisões no âmbito da sua gestão, como política pública, que do contexto regulatório das relações de trabalho, examinado sob a perspectiva garantista, ao menos até o ponto em que não haja comprometimento do seu estoque de poder, inclusive frente à própria instância político-governamental.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Sindicato Nacional dos Agentes da Inspeção do Trabalho.

<sup>22</sup> ASSUMPÇÃO, 2017.

Foi em torno das estratégias de gestão da política de inspeção do trabalho que se consolidaram, ao longo das décadas, formas de resistência coletiva e individual contra as eventuais “ingerências políticas” na Inspeção do Trabalho, inclusive as que se reconheciam oriundas do sistema oficial de representação sindical.

Desse modo, o lugar das tensões entre a instância formuladora e executora da política de inspeção do trabalho, sobretudo quando problematizado pela ação dos grupos de pressão em favor dos interesses do corpo fiscal, surge como uma perspectiva bastante promissora para melhor compreender as transformações do desenho institucional da Inspeção do Trabalho no pós-CRFB/88.

De fato, a década de 90 começou com uma reforma administrativa implementada por Fernando Collor que, entre outras medidas, alterou a denominação (Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990 e Lei nº 8.422, de 13 de maio de 1992) e a estrutura (Decreto nº 55, de 11 de março de 1991 e Decreto nº 509, de 24 de abril de 1992) do Ministério do Trabalho (MTb), unificando-o, de início, à Previdência Social e, posteriormente, à Administração Pública.

No embalo da sanha reformista da arquitetura estatal, Collor editou o Decreto nº 99.339, de 22 de junho de 1990, pondo em disponibilidade remunerada 1.501 servidores públicos do MTb, distribuídos em 57 funções, todos lotados nas 24 Delegacias Regionais do Trabalho do país. Nesse contingente, incluíam-se 395 Fiscais do Trabalho, o segundo cargo com o maior número de postos extintos, perdendo apenas para os Auxiliares Administrativos, com 451 funções consideradas desnecessárias.<sup>23</sup>

A despeito da reação causada no meio fiscal, com manifestações isoladas de revolta e até uma denúncia “não oficial” à OIT, as mudanças promovidas por Collor na estrutura do MTb não pareceram incomodar profundamente a Inspeção do Trabalho, ao menos a ponto de mobilizá-la para o confronto aberto.

<sup>23</sup> Conforme José Orlando Pereira da Silva, em seu livro *Direito Inspecional do Trabalho*, o afastamento de Fiscais do Trabalho promovido por Fernando Collor de Mello incluiu integrantes concursados e estáveis, tendo sido considerado, pelo autor, como um dos maiores atentados da instância política à Inspeção do Trabalho brasileira. Também segundo o autor, ex-Inspetor do Trabalho, a medida foi denunciada “oficiosamente” à OIT, o que teria levado o governo a reconhecer o “erro cometido, promovendo, em consequência, o retorno às suas funções de todos os Inspetores afastados” (SILVA, 1998, p. 37).



Ao contrário, viu-se, provavelmente, uma oportunidade de juntar forças com a Previdência Social, desta vez num outro patamar de poder de barganha, uma vez que a competência para a fiscalização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) fora transferida havia pouco mais de um ano, do órgão previdenciário, para a Inspeção do Trabalho. Demais disso, ainda não se havia completado o processo de isonomia funcional com a Receita Federal, o que colocava Trabalho e Previdência do mesmo lado...ao menos por ora.

Sobre essa afirmativa, tem-se como boa evidência uma das pautas do 8º Encontro Nacional dos Agentes da Inspeção do Trabalho (ENAIT), organizado pelo Sindicato Nacional dos Agentes da Inspeção do Trabalho (SINAIT)<sup>24</sup>, ocorrido em outubro 1990, no Rio de Janeiro. O título do evento era: “Ministério do Trabalho e Previdência Social: perspectivas para um novo tempo”. No encontro, cuja expectativa era a de reunir aproximadamente 3.500 Fiscais do Trabalho (entre ativos e aposentados), foram organizadas quatro comissões dedicadas à discussão de temas urgentes e centrais para a fiscalização trabalhista, dentre os quais a “unificação das fiscalizações” da Previdência e do Trabalho.

É interessante observar que, no ano seguinte, a Resolução nº 51, de 12 de novembro de 1991, editada pelo Conselho Curador do FGTS, no intuito de “maximizar os esforços visando ao aprimoramento da fiscalização e da arrecadação do FGTS”, reafirmava que nos termos do disposto no art. 54, do Decreto nº 99.684/90, “a fiscalização do FGTS compete aos *Fiscais do INSS, assim considerados os Agentes de Inspeção do Trabalho e os Fiscais de Contribuições Previdenciárias*”.<sup>25</sup>

Contudo, em 1992, o Tribunal de Contas da União (TCU) publicou um relatório de auditoria em que apontava para uma grande distorção na fiscalização do FGTS, causada, segundo o TCU, não só pelo déficit normativo, que impossibilitava a execução fiscal dos débitos com o fundo, ou pela falta de informações em banco de dados sobre empresas sonegadoras, mas também por problemas na execução da política de fiscalização do FGTS, sobretudo pelo Instituto Nacional

<sup>24</sup> Atualmente, Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho.

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Conselho Curador do FGTS. Resolução nº 51, de 12/11/91, Item I. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ano CXXVIII, nº 227, p. 26491 nov. 1991. Seção 1. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=51&data=22/11/1991>. Acesso em: 16/jul./2019.

do Seguro Social (INSS), cujos resultados se mostravam insatisfatórios em diversos Estados.<sup>26</sup>

No mesmo relatório, o TCU recomendava que o governo tomasse uma série de medidas, entre elas a reintegração dos quase 400 Fiscais do Trabalho postos à disposição.

Entretanto, para a Inspeção do Trabalho, o início da década seguinte à CRFB/88 não ficou marcado tão só pelas medidas governamentais de cunho organizacional. Normas procedimentais de baixa hierarquia, aparentemente inofensivas, incorporaram elementos importantes ao seu escopo de competências, além de apontarem para uma interessante trajetória de protagonismo do corpo fiscal, considerando o novo cenário que se avizinhava, no âmbito das relações de trabalho.

No início de 1990 foi editada a Instrução Normativa (IN) nº 07, de 21 de fevereiro, a primeira norma destinada à fiscalização trabalhista no âmbito das terceirizações. Se a prestação de serviços a terceiros foi uma fórmula consagrada pelos cânones do regime de acumulação flexível, há de se reconhecer que a fiscalização trabalhista brasileira desde logo se mobilizou para “enfrentar” os desvios e abusos do *outsourcing*, identificados como evidências de precarização do emprego e de fuga do direito do trabalho.

O fenômeno que levou à edição da portaria surgiu nas ruas, na atuação atomizada da fiscalização do trabalho, que tão logo provocada começou a construir, de maneira autônoma e difusa, um entendimento próprio acerca do que seria a aplicação regular (e, obviamente, residual) da terceirização.

Nesse sentido, a então Ministra Dorothea Werneck reconheceu a necessidade de intervir, em virtude da reação de inúmeras empresas e

<sup>26</sup> “Distorções no FGTS: TCU atribui irregularidades à CEF, INSS e Ministérios” (Jornal do Brasil, edição de 03/mai./92, p. 3 do caderno “Negócios & Finanças”). Convém lembrar que as razões para o deslocamento da competência para fiscalizar e arrecadar o FGTS, segundo o relator do substitutivo da MP nº 90, de 1989, foi, justamente, a incompetência e desinteresse do INSS. 1992 foi, de fato, o ano do divórcio, por incompatibilidade de gênios, da Inspeção do Trabalho com a fiscalização previdenciária. O relatório do TCU, responsabilizando o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) pelo caos no FGTS não fazia qualquer distinção entre um e outro, muito menos a imprensa, o que levou a Associação Fluminense dos Agentes de Inspeção do Trabalho do Rio de Janeiro (AFAITERJ) a publicar várias notas de esclarecimento nos jornais fluminenses, fazendo a defesa da fiscalização trabalhista. O problema com o FGTS foi tão dramático que uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) foi instalada na Câmara dos Deputados para investigar as irregularidades, sobretudo quanto às suspeitas de saques fraudulentos. A edição da Portaria nº 384/92 foi, sem dúvida, uma tentativa de resposta do MTb a essas supostas fraudes;

seus departamentos jurídicos e de Recursos Humanos, que inundavam o MTb de consultas sobre o tema da terceirização. Como sempre, a intenção da IN era, de fato, uniformizar os procedimentos fiscais, nesse particular.

Era também a primeira vez que a fiscalização do trabalho endossava a tese da “atividade-fim”, designada na IN nº 07/1990 como “atividades essenciais e normais” da empresa tomadora de serviços. Convém constatar, a esse respeito, que a revisão do Enunciado da Súmula nº 256, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que vedava radicalmente a contratação de mão de obra por interposta pessoa, ocorreu somente em 1993 (Súmula nº 331), de modo que foi o MTb, e não a Justiça do Trabalho quem primeiro consolidou institucionalmente tal entendimento.<sup>27</sup>

Esse, de fato, foi o primeiro de vários exemplos da ação da normatividade interna da Inspeção do Trabalho, que durante toda a década de 90 e início deste século, atuou para balizar a aplicação das novas formas de organização do trabalho, frequentemente associadas à precarização do emprego.

Essas normas procedimentais eram, por vezes, tão complexas que muito provavelmente eram percebidas pelas empresas como fontes potenciais de risco de autuações e, portanto, de custos. Por outro lado, em boa parte delas se verifica um caráter reativo, sobretudo quando originárias de uma demanda criada pela própria Inspeção do Trabalho, em sua atuação de campo, sugerindo, nesses casos, a ocorrência de uma forma sutil de resistência contra as formas de trabalho que punham em risco o contrato convencional de emprego; este que se trata, em última análise, da principal plataforma de ação da fiscalização trabalhista.

Em certa medida, a Inspeção do Trabalho visualizava, nas formas de trabalho que se apresentavam como alternativas ao contrato de emprego, uma ameaça latente a sua autoridade, mormente pelo fato de reduzir o seu âmbito de ação. Em muitos casos, a rápida adoção de um entendimento sobre temas controversos, associada

<sup>27</sup> Ainda com relação à terceirização, uma nova Instrução Normativa foi editada em 1997 (nº 03, de 29/08), em substituição à de nº 07/90. A IN nº 03/97 abrange a prestação de serviços a terceiros, bem como o trabalho temporário, e tal como a anterior, estabelece uma rotina de reconhecimento da i(legalidade) da contratação por interposta pessoa, baseada na distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Desta vez, seus “considerandos” fazem referência expressa à Súm. 331, do TST.

a um modelo normativo exclusivo, hermético e, sob o ponto de vista da deliberação interna, relativamente democrático, permitiu com que a adversidade muitas vezes se convertesse em oportunidade de incremento de poder, sobretudo quando se reafirmava o caráter magistrático da decisão fiscal, nomeadamente quando voltadas à desconstituição de certas formas contratuais, como o estágio, o aprendizado, o trabalho temporário e o cooperativismo de serviços. Em 1992, uma norma de relações de trabalho (Instrução Normativa nº 02, de 12 de março) foi alardeada no meio jornalístico como um exemplo de empoderamento da fiscalização do trabalho.<sup>28</sup>

Aparentemente ingênua, a IN regulamentava a assistência homologatória nas terminações contratuais de empregados com mais de um ano de serviço (CLT, art. 477 e §§), em substituição à Portaria MTPS nº 3.283/88. Com as novas regras, os Fiscais do Trabalho, até então os únicos que, no âmbito do MTb, tinham competência para realizar as homologações de rescisão de contrato de trabalho, podiam prestar a assistência, homologar e, desta forma, dar acesso aos trabalhadores ao saque do FGTS e ao Seguro-Desemprego, mesmo que houvesse irregularidades na conta resilitória, assinalada do Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho (TRCT).

Antes disso, os agentes homologadores, orientados pela Portaria MTPS nº 3.283/88, se recusavam a realizar a assistência homologatória, forçando os empregadores a consignarem no Judiciário o valor das verbas rescisórias, empurrando para a Justiça do Trabalho a solução do conflito instaurado, enquanto que, nesse ínterim, o trabalhador nada recebia, até que a justiça liberasse o depósito consignado.

A partir daí a assistência homologatória se tornou um momento dedicado não só à conferência documental e contábil do TRCT, mas também à recepção de reclamações e denúncias sobre verbas não declaradas, ou valores salariais inadimplidos no decorrer do contrato de trabalho. Com o poder da lavratura do Auto de Infração, nas situações em que a homologação rescisória fosse realizada sob ressalva, o Fiscal do Trabalho passaria a exercer a faculdade de arbitrar uma solução para o conflito em torno dos direitos rescisórios, impondo à

<sup>28</sup> Cf. “Fiscais do Trabalho ganham maior poder” (Jornal do Commercio, edição de 17/mar./92, p. 10 do Caderno de Economia e Finanças).

empresa a complementação do pagamento, ou assinando prazo para fazê-lo, em troca do livramento punitivo.

Há evidências de que a prática da arbitragem de conflitos em torno de valores rescisórios não era incomum, mesmo antes da edição da Portaria nº 3.122/1988, que criou o processo administrativo em espécie denominado “Mesa Redonda”, voltado para a solução de conflitos individuais e coletivos.

Mas a IN nº 02/1992 generalizava, simplificava e estimulava a realização desse protocolo negocial-coercitivo nas terminações contratuais, pois sendo o momento mais dramático da relação de emprego, ainda hoje é fonte de grande litigiosidade judicial<sup>29</sup>, bem como de infrações trabalhistas, respondendo, na última década e meia, só no Rio de Janeiro, por mais de 30% do total de autuações por inadimplência salarial, nas empresas com até 1.000 empregados.<sup>30</sup>

A IN nº 02/1992 demarca, formalmente, o momento em que a Inspeção do Trabalho, atuando (ainda) em sintonia com o Sistema de Relações de Trabalho, assimila o protocolo arbitral, de cunho patrimonial-restitutivo, como alternativa à lavratura do Auto de Infração, sem que com isso abrisse mão da coerção como fundamento de autoridade.

Em abril de 1992, foi assinado um Termo de Cooperação Técnica entre a Secretaria Nacional do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho (MPT), segundo o qual os sonegadores do FGTS, identificados pela Inspeção do Trabalho, seriam denunciados ao MPT para que fossem instauradas Ações Civas Públicas. Trata-se do primeiro convênio firmado entre o MPT e a Inspeção do Trabalho, após a CRFB/88.

Em novembro de 1992, a Medida Provisória nº 311, convertida na Lei nº 8.538, de 21 de dezembro de 1992, corrigiu finalmente o problema da isonomia dos Fiscais do Trabalho com os fiscais da Receita Federal. Posteriormente, o Decreto nº 706, de 22 de dezembro de 1992 regulamentou alguns aspectos dessa isonomia, além de instituir o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho.

<sup>29</sup> Segundo o relatório “Justiça em Números 2017”, ano-base 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as ações pelo não pagamento, ou quitação incompleta das verbas rescisórias representaram 11,51 % do total de demandas judiciais na Justiça do Trabalho.

<sup>30</sup> Cf. Assumpção (2018).

Com a nova lei, os Fiscais do Trabalho passariam a perceber a Gratificação de Estímulo à Fiscalização e Arrecadação (GEFA), em termos similares à que era paga aos fiscais de tributos federais. O Decreto nº 706/92 estabeleceu, em seu art. 3º, que o valor da GEFA seria calculado por uma fórmula que levava em consideração o número de empresas fiscalizadas em cada mês e, também, de servidores utilizados na fiscalização direta e indireta, nos plantões de orientação, nas homologações e na análise dos processos de autos de infração.

#### **4. RESISTINDO À FRAGILIDADE ESTRATÉGICA DO DISCURSO DE PROTEÇÃO SOCIAL**

Há evidências de que a isonomia entre Fiscais do Trabalho e da Receita Federal, finalmente conquistada, acelerou o processo de enxugamento do corpo fiscal trabalhista no Brasil, no início da década de 90. Não bastasse a confusão ocorrida no último concurso para Fiscal do Trabalho, na década anterior<sup>31</sup>, o chamamento dos aprovados se dava, de fato, a conta-gotas.

Em meados de 1993, havia no Rio de Janeiro cerca de 300 Fiscais do Trabalho<sup>32</sup>, e a expectativa era de que esse número fosse reduzido em 20% ainda naquele ano, por conta das aposentadorias, cujos requerimentos haviam sido represados, diante da expectativa de equiparação salarial com a Receita Federal.

A imprensa fluminense da época, examinando os impactos da crise econômica que vinha desde a década de 80, e se estendeu até meados dos anos 90, manifestava preocupação com o nível elevado de informalidade no mercado de trabalho no Rio de Janeiro. Segundo o Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), publicado em 1993, a quantidade de trabalhadores informais nesse Estado chegou em 1992 a 51%, provocando a manifestação da seccional fluminense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ), no sentido de pressionar o então Ministro do Trabalho, Walter Barrelli, a chamar os concursados de 1984.

Na mesma oportunidade, a OAB/RJ encaminhou uma petição, assinada com a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e a Federação dos

<sup>31</sup> O concurso realizado em 1983 foi anulado por fraude, tendo sido realizado outro certame em 1984.

<sup>32</sup> O número atual (maio/2018) é de 258 AFTs.

Trabalhadores na Agricultura (FETAG-RJ), denunciando a ocorrência de trabalho escravo em propriedades rurais nos municípios de Barra Mansa, Campos, Cabo Frio, Conceição de Macabu e Cachoeiras de Macacu.

Curioso é o fato de que a OAB/RJ se manifestara na ocasião a partir da sua Comissão de Meio Ambiente, e não da Comissão de Direitos Humanos. De fato, a questão ambiental estava em voga, desde o advento da Conferência Eco-92, no Rio de Janeiro, considerado o marco zero do debate mundial em torno da sustentabilidade ambiental. A preocupação da OAB/RJ era, realmente, o estancamento das subvenções patrocinadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), para a preservação do meio ambiente no Brasil.<sup>33</sup>

É verdade que desde a década de 70 a preocupação com o trabalho forçado e degradante, sobretudo na Região Norte do país, fazia parte da agenda da Inspeção do Trabalho. A criação do Grupo-Tarefa da Amazônia, em 1974, e do Grupo Volante da Amazônia Legal, no ano seguinte, foram tentativas de conter a precarização do trabalho nas grandes obras de infraestrutura, contexto em que se inseria a construção das rodovias Transamazônica, Manaus-Porto Velho, Cuiabá-Santarém e Belém-Brasília, bem como do trabalho rural, sobretudo aquele empregado na preparação de pastagens, envolvendo o desmatamento da cobertura florestal.

Além das equipes-volantes, o MTb adotou a iniciativa de criar uma Carteira de Trabalho provisória, um cadastro dos “gateiros” (aliciadores de mão de obra), além de obrigá-los a registrar, tanto nas Delegacias Regionais do Trabalho (DRT), quanto nas repartições policiais, a relação de empregados em trânsito pelas frentes de trabalho.

Contudo, a despeito das medidas implantadas, não há evidências de resultados animadores e sustentáveis, nem no âmbito trabalhista, nem no ambiental, entre outras razões pela dificuldade de articulação com os demais órgãos federais, como o Instituto Nacional de Previdência Social, e com os governos estaduais, frequentemente refratários às iniciativas de contenção dos desmatamentos.

É interessante observar, portanto, que a pauta do trabalho forçado e degradante voltaria com força quase vinte anos depois, vitaminada

<sup>33</sup> Cf. “Trabalhadores sem Carteira Assinada Chegam a 51%” (Jornal do Commercio, edição de 10/mai./93, p. 7, Caderno do Trabalho).



pela agenda ambiental introduzida pelo Rio de Janeiro, Estado que ocupa uma posição apenas coadjuvante, no âmbito da produção rural brasileira. Trata-se de uma evidência interessante de como o avanço no combate ao trabalho escravizador, em princípio no meio rural, se deu na medida em que evoluiu, no Brasil, o debate em torno da questão ambiental.

Coincidência, ou não, dois anos depois, em 1995, é criado o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM)<sup>34</sup>, voltado para a repressão ao trabalho escravo, forçado e infantil no meio rural, bem como o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF), formado por representantes dos ministérios do Trabalho, Agricultura, Meio-Ambiente, Indústria e Comércio e Justiça, com a finalidade de coordenar e implementar políticas de repressão ao trabalho forçado.

A despeito das normas que fortaleceram o engajamento da Inspeção do Trabalho no ofício arbitral, inclusive de conflitos individuais de cunho patrimonial. Da consolidação, por regras procedimentais, de entendimentos acerca da utilização das novas formas de trabalho. Dos avanços no âmbito do combate ao trabalho escravizador, por meio da criação do GEFM, verdade é que nada se compara ao esforço regulatório e organizacional empreendido em torno da fiscalização e arrecadação do FGTS, evidenciado, entre outros aspectos, na incomparável concentração normativa observada entre 1990 e 1996.

Desde que a competência para fiscalizar e arrecadar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que a um só instante permitiu o emparelhamento salarial dos Fiscais do Trabalho com os “primos” da Receita Federal, bem como o credenciamento ao *status* de “carreira típica de Estado”<sup>35</sup>, toda a atenção fora reservada para a consolidação e incremento das prerrogativas dos Fiscais do Trabalho naquela área.

<sup>34</sup> Considera-se que o caso paradigmático, que pela gravidade e visibilidade alcançada pela imprensa, inclusive no exterior, teria determinado a criação do GEFM, ocorreu em julho de 1994, na Fazenda Bela Vista, localizada em Rondônia, onde Fiscais do Trabalho, acompanhados de policiais federais, encontraram mais de 100 pessoas “trabalhando apenas para comer” (Jornal do Commercio, edição de 28/jul./94, p. 20).

<sup>35</sup> Poucos meses antes da revisão constitucional de 1993, o então Ministro do Planejamento, Fernando Henrique Cardoso, já havia anunciado sua intenção de acabar com a estabilidade dos servidores públicos, prevista no texto original da CRFB/88, ressaltando tão só as chamadas “carreiras típicas de Estado”, incluindo aí os Fiscais da Receita Federal. O emparelhamento salarial vinha, de fato, em boa hora, na eventualidade de os Fiscais do Trabalho ficarem de fora desse rol.

Um conjunto grande de leis, regras procedimentais e de condução processual no âmbito administrativo foi editado até meados da década de 90, no intuito de incrementar a fiscalização e arrecadação do FGTS.<sup>36</sup> De todas as normas editadas, penso que dois exemplos desse ímpeto regulatório se destacam pela ousadia, para dizer o mínimo. Trata-se das Portarias MTb nº 384, de 19 de junho de 1992, e 732, de 09 de junho de 1993.

A primeira criou um tipo objetivo de fraude contra o FGTS, deduzida do desligamento e da recontração de empregado, num prazo inferior a 90 dias. Sua justificativa, além do fracionamento do vínculo empregatício [?] era o combate às rescisões fictícias com o fito de levantar o saldo do FGTS, fazendo com que os recursos aplicados na construção de habitações populares fossem reduzidos.

A segunda “estendeu” o conceito de “mora contumaz”, prevista no Decreto-Lei nº 368/68, também ao FGTS, ampliando o alcance do tipo penal, que antes se aplicava apenas aos salários. Essa tendência de regulamentação substantiva, a partir de normas de baixa estatura se mostraria uma tendência no MTb, observável até os dias de hoje.

Outra tendência dos anos 90 foi a realização de campanhas de fiscalização, cujo primeiro ensaio teria ocorrido em 1992, numa tentativa de trabalho conjunto que durou 20 dias, com os Fiscais da Previdência e a Caixa Econômica Federal.<sup>37</sup>

Como era de se esperar, o eixo dessas campanhas foi o combate à sonegação do FGTS, o que se daria, também, pela ausência de carteira assinada. Nesses casos, a informalidade no mercado de trabalho era apresentada como um problema na medida em que impactava o recolhimento do FGTS e do INSS.

Mas a primeira campanha bem-sucedida só ocorreu, de fato, anos depois, e durou 90 dias, mobilizando em 1995 todos os aproximadamente 2.600 Fiscais do Trabalho do Brasil.<sup>38</sup> Foi a primeira vez em

<sup>36</sup> Ex. Lei 8.036/90; Decreto nº 99.684/90; Decreto nº 1.383/95; Lei nº 8.844/94; Medida Provisória nº 1.478/96; Instrução Normativa nº 03/96; Portaria MTb nº 148/96; Portaria MTb nº 732/93; Lei nº 9.012/95, dentre outras normas.

<sup>37</sup> Estudos da época apontavam para um nível de sonegação das contribuições para o FGTS de cerca de 3 bilhões de dólares por ano. A cada 10 cruzeiros devidos ao fundo, 3 eram sonegados, segundo Reinhold Stephanes, Ministro do Trabalho e Previdência Social. (Jornal do Brasil, edição de 09/fev./92, p. 1 do caderno “Negócios e Finanças”).

<sup>38</sup> Trata-se da “Campanha Nacional da Fiscalização do FGTS e da Carteira Assinada”.

que se realizou uma parceria efetiva entre MTb e a Caixa Econômica Federal (CEF), que em 1986 passara a ser o gestor do fundo, e em 1990 seu único agente operador.

A despeito da nova competência dos Fiscais do Trabalho, a CEF não disponibilizava regularmente os cadastros do FGTS para os agentes da inspeção, de modo que a fiscalização, até então, tinha dificuldades para obter informações prévias sobre o estado de regularidade das empresas quanto ao recolhimento do FGTS.

Com o sucesso da campanha, que embora curta possibilitou o aumento real na arrecadação do fundo de 8,4% em relação ao ano anterior, outras foram realizadas até perto da virada do século, nas quais foram incorporados, ano a ano, cada vez mais atributos, como a jornada, o salário e o trabalho infantil.

A campanha de 1996, que além da fiscalização contou com a participação maciça da Procuradoria da Fazenda Nacional, incrementou a arrecadação em quase 20%, em relação ao ano de 1995, além de terem realizado 7.775 inscrições de débito em dívida ativa.<sup>39</sup>

#### **4.1. Do diálogo constitucional à “guinada arrecadatória” da inspeção do trabalho nos anos 90: algumas reflexões**

Já se acentuou que a transição para a Ordem Constitucional democrática, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi um momento importante para a Inspeção do Trabalho no Brasil, cuja competência atribuída à União fora fixada no plano constitucional pela primeira vez, desde o advento do seu marco normativo originário, tão antigo quanto à tradição republicana brasileira.<sup>40</sup>

A publicação da Lei nº 7.839/89<sup>41</sup> e, na sequência, a instituição do Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho (Lei nº 7.855/89), possibilitaram o emparelhamento funcional da Inspeção do Trabalho com as demais instâncias da fiscalização de tributos federais. No primeiro momento, com a Previdência Social, posteriormente, com a Receita Federal.

<sup>39</sup> Informações publicadas no Jornal do Commercio, edição de 19/fev./97 do caderno “Seu Dinheiro”.

<sup>40</sup> Está se falando do Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891.

<sup>41</sup> “Corrigida” posteriormente pela Lei nº 8.538, de 21 de dezembro de 1992.

A necessidade de consolidar o *status* de integrante do “Grupo TAF”<sup>42</sup>, nomeado depois de “grupo fisco” e, com isso, tentar estabelecer uma vinculação da fiscalização social com a tributária produziu, *interna corporis*, uma pauta classista totalmente baseada nas supostas semelhanças entre a fiscalização do trabalho e o sistema de arrecadação de tributos federais, cujos agentes da inspeção eram vistos, em termos funcionais e institucionais, como historicamente privilegiados.

Esse emparelhamento funcional, embora há muito buscado, amplificou os impactos de um antigo dilema, que se apresentou, nos primeiros anos da década de 90, como um “pequeno” problema que carecia de atenção.

Não é difícil afirmar que desde o momento em que as primeiras pautas da classe dos Inspectores do Trabalho começaram a ser apresentadas de forma organizada, ainda no final dos anos cinquenta, o argumento arrecadatário passou a ser mobilizado com cada vez mais frequência.

De fato, não vem de ontem a desconfiança no seio da Inspeção do Trabalho de que o *status* consagrado de “fiscalização social”, embora pomposo e fundamental para a construção de uma boa imagem frente à sociedade e à própria OIT, não parecia ter muito fôlego, quando o assunto era o embate com o governo pela melhoria da condição funcional do agente da inspeção, ou mesmo das condições de trabalho.

Nesse sentido, Dal Rosso<sup>43</sup> não mede palavras, quando afirma que o tratamento dado pelos governos brasileiros à Inspeção do Trabalho, desde o Estado Novo, jamais teria corroborado o discurso político da proteção ao trabalhador e, por conseguinte, do compromisso com um Estado Social.

O dilema se amplifica, realmente, perante o advento da Constituição Federal de 1988 e de suas promessas de modernidade, inclusive a de uma cidadania salarial (Cf. *caput* do art. 7º). Por um lado, a CRFB/88 poderia trazer mais integridade ao discurso da proteção social do trabalhador brasileiro e, provavelmente, mais poder de barganha junto ao governo. Por outro, a memória recente das

<sup>42</sup> Tributação, Arrecadação e Fiscalização.

<sup>43</sup> Dal Rosso, op. cit., p. 127 et. seq.

conquistas da década de 80, à custa de um eficiente trabalho classista, centrado no discurso da vocação arrecadadora, nomeadamente do FGTS, periclitava a aposta no argumento social.

Mesmo com as dificuldades trazidas pela administração de Fernando Collor, sua passagem pela presidência não produziu muitos solavancos para o Sistema de Inspeção do Trabalho, pelo menos nada além do que, modo geral, produziu para o funcionalismo público como um todo.

Seja pelos regulamentos dos quais se falou no tópico anterior, ou pela ultimação do processo de inclusão no grupo fisco, a fiscalização do trabalho cruzava os primeiros anos da década de 90 com o mesmo otimismo com que deixara para trás os anos 80, salvo pelo ritmo preocupante com que o número de fiscais se reduzia.

Com um autodomínio quase improvável, o Sistema de Inspeção do Trabalho começou, logo com a saída de Collor da Presidência da República, a reclamar por mais autonomia. O caráter arrecadatório, útil nesse momento, foi ganhando cada vez mais espaço, assumindo sua vocação histórica como principal argumento de “convencimento interno”, nas campanhas e tratativas por melhores salários, condições de trabalho, estrutura, ampliação do quadro de Fiscais do Trabalho etc. Ele também aparece como a base de sustentação do *locus* da Inspeção do Trabalho, como membro integrante do grupo fisco, o que era fundamental, inclusive, para o enlace de pautas conjuntas com a fiscalização federal, sobretudo durante a segunda metade da década de 90, em defesa do *status* de carreira típica de Estado.

De fato, a inclusão no grupo fisco trazia consigo algumas consequências imediatas, como a necessidade de se submeter, mesmo antes da adesão à *new public management*, com Bresser Pereira, a novos e complexos mecanismos de controle e avaliação. Como consequência, a fiscalização do trabalho passou a ser cobrada nos mesmos termos da fiscalização federal tributária, para o que se exigiu a criação de certos atributos e ferramentas de mensuração da produtividade fiscal.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) de 1990 foi a primeira a estabelecer, experimentalmente, meta objetiva para a fiscalização do trabalho: 162.970 empresas fiscalizadas. Ela iria reaparecer na LOA de 1993

(420.000 empresas fiscalizadas), para depois se tornarem rotina a partir de 1996.<sup>44</sup>

O acesso às gratificações de estímulo à arrecadação e fiscalização (GEFA), independentemente das nomenclaturas que se seguiram no decorrer dos anos (GIFA e GDAT), sempre estiveram associadas ao cumprimento de metas de produtividade e, desse modo, a percepção do salário integral pelos agentes da inspeção dependia do alcance dessas metas.

Em 28 de março de 1994, por meio da Portaria Interministerial nº 06, definiu-se o primeiro modelo de quantificação da produtividade dos Fiscais do Trabalho. Em suas considerações iniciais, muito esclarecedoras, a citada norma anunciava o seguinte:

Considerando a necessidade do [sic] Estado desenvolver ações de fiscalização que, dentro de um sistema de relações de trabalho que contemple os princípios da cidadania, venha *fazer valer os direitos dos trabalhadores consagrados pela Constituição Federal*;

Considerando que as Delegacias Regionais do Trabalho, *em contato com as entidades sindicais e outros órgãos ou instituições, devem planejar previamente* as ações da fiscalização, com vistas a otimizar os resultados;

Considerando que as DRT, *observadas as peculiaridades locais, devem dirigir a fiscalização, preferencialmente, para os setores onde as representações sindicais não estão suficientemente organizadas para a solução de conflitos por via da negociação coletiva*;

Considerando a necessidade de se estabelecer *controles de avaliação e aferição* das ações de fiscalização, em atendimento ao disposto no art. 3º do Decreto nº 706, de 22 de dezembro de 1992, que instituiu o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho;

<sup>44</sup> Em verdade, algumas metas foram incluídas nos programas de normatização e fiscalização da proteção no trabalho, referente às LOAs de 1991 a 1995, embora se referissem às ações de informação, formação, reciclagem e treinamento em matéria de segurança e saúde do trabalhador. Em se tratando da fiscalização das relações de trabalho, algumas metas foram lançadas em 1991 e 1992, mas à conta das ações de manutenção do sistema de relações do trabalho, e do desenvolvimento de sistemas de informática. Aparentemente, a PLOA de 1996 foi publicada com algum erro material, em razão da meta ínfima para a inspeção do cumprimento da legislação trabalhista: 1.000 empresas fiscalizadas, a mesma quantidade atribuída à fiscalização orientada para o combate do trabalho escravizador.

Considerando que a arrecadação dos tributos decorrentes da formalização da relação de trabalho entre empregador e empregado é fundamental para garantir o cumprimento, pelo Governo, da função social do Estado, resolvem:<sup>45</sup> [Os destaques são meus].

Examinando os pontos em destaque, podemos relacionar os principais fundamentos da política de inspeção do trabalho proposta para o cenário pós-CRFB:

1. O Estado reconhece o compromisso com a cidadania salarial, e de sua função social, conforme a CRFB/88;
2. A Inspeção do Trabalho deve ser permeável às demandas sindicais, possibilitando, inclusive, que sindicatos e associações participem no planejamento fiscal;
3. A Inspeção do Trabalho terá um caráter comunitarista<sup>46</sup>, pois a despeito de sua capilarização nacional, atuará em conformidade com as “peculiaridades locais”, sem embargo, como já sinalizado acima, da participação das representações classistas;
4. A Inspeção do Trabalho terá um caráter supletivo e, provavelmente, reativo, atuando, preferencialmente, em locais e contextos onde a “inspeção social”<sup>47</sup> não der conta;
5. A pacificação de conflitos é, também, função da Inspeção do Trabalho;
6. A Inspeção do Trabalho atuará sob monitoramento, controle e avaliação objetiva de produtividade;
7. A função arrecadadora da Inspeção do Trabalho, que decorre da formalização do vínculo de emprego, é fundamental para o Estado.

<sup>45</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho. Gabinete do Ministro. Portaria Interministerial nº 6, de 28/03/1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ano CXXXII, nº 64, p. 4959 abr. 1991. Seção 1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=39&data=06/04/1994>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

<sup>46</sup> O critério de seleção adotado pelo concurso de 1994 veio ao encontro do paradigma comunitarista de atuação, tendo em vista a estadualização das inscrições.

<sup>47</sup> Dal Rosso, op. cit., passim.



Esse era o esboço de um desenho institucional que buscava integrar o melhor de dois mundos. A Inspeção do Trabalho não negava sua gênese de fiscalização social, seja por mencionar a própria Constituição Federal como fundamento teleológico, seja por garantir sua integração com a “inspeção social”, por meio da cooperação com as entidades representativas de interesses dos trabalhadores. Ao mesmo tempo, reforçava o teor arrecadatário da ação fiscalizadora, e de sua contribuição para o estoque de recursos a serem invertidos na missão social do Estado brasileiro.

Partindo do pressuposto do Estado Social anunciado pela CRFB/88, a Inspeção do Trabalho conseguiu se auto-organizar, aproveitando-se do relativo entorpecimento da capacidade de intervenção político-administrativa da cúpula do Poder Executivo, entre fins de 1992 e 1994.

Ela logrou conciliar a recém-adquirida vocação tributária com a magistratura social, partindo de um mesmo lugar comum. Para consumo interno, o alcance social da Inspeção do Trabalho é tão fundamental quanto a sua capacidade de gerar recursos, os quais serão invertidos em projetos que justifiquem o compromisso constitucional com o Estado de bem-estar. Para consumo externo, a Inspeção do Trabalho se valia do poder de polícia administrativo e das possibilidades de intervenção ostensiva nas liberdades de contratualização do trabalho, ou nos espaços da produção, a fim de consolidar sua posição de garante da promessa constitucional de cidadania salarial.

Com base na Portaria Interministerial nº 06/1994, a Instrução Normativa Intersecretarial nº 08/1995 estabeleceu os parâmetros de pontuação da atividade fiscal, para efeito de pagamento da gratificação de estímulo à fiscalização e arrecadação. Eram 12.000 pontos necessários para a percepção integral da GEFA, o que, de fato, se conseguia com relativa facilidade, visto que o conjunto de ações pontuáveis era amplo, não se concentrando, unicamente, no atributo arrecadação.

Valorizava-se praticamente tudo: deslocamento, número de visitas às empresas, treinamento e monitoria, grau de risco do estabelecimento fiscalizado etc. Nesse sentido, a despeito de o Sistema Federal de Inspeção do Trabalho (SFIT), advindo com a

Portaria Interministerial nº 06/1994, ter introduzido o paradigma produtivista na fiscalização trabalhista brasileira, seu desenho institucional assegurava que os parâmetros de aferição se concentrassem exclusivamente no ato fiscal, que por sua vez se orientava para a regularização de atributos. Esse modelo de aferição convivia bem com as metas orçamentárias, sem, contudo, contraditar a histórica funcionalidade poética da Inspeção do Trabalho, agora complexificada pela “vocação tributária”.

É importante lembrar que o critério de pontuação e remuneração, regulamentado pela IN Intersecretarial nº 08/1995, aproveitava todos os denominados agentes da inspeção do trabalho relacionados na Lei nº 8.538/92, quais sejam: a) *Fiscal do Trabalho*; b) *Médico do Trabalho* encarregado da fiscalização das condições de salubridade do ambiente do trabalho; c) *Engenheiro* encarregado da fiscalização da segurança do trabalho; d) *Assistente Social* encarregado da fiscalização do trabalho da mulher e do menor.

Essa distinção formal de competências técnico-funcionais se manteve, no pós-CRFB/88, como um dado característico do desenho institucional da Inspeção do Trabalho. Ela é originária da organização do Departamento Estadual do Trabalho (DET) de São Paulo, desde os anos 20, e aperfeiçoada na década seguinte para, depois, ser levada ao Departamento Nacional do Trabalho (DNT).

Contudo, em que pese se tratar da principal evidência do “caráter técnico”<sup>48</sup> da Inspeção do Trabalho, a divisão funcional por especializações passou a ser vista como um empecilho para o alinhamento de agendas com os demais integrantes do chamado grupo fisco. De fato, nascia aqui uma nova e polêmica estratégia de resistência, e ela consistia na unificação funcional e, a partir da última década, na adoção do generalismo como modelo dominante para a fiscalização trabalhista brasileira.

De fato, a guinada arrecadatória da Inspeção do Trabalho enfrentaria um novo rito de passagem com a edição da Medida Provisória (MP) nº 1.915-2, em 1999, que unificou sob a denominação “Fiscal do Trabalho” as atribuições do Médico, Engenheiro e Assistente Social, embora tenham sido mantidas a engenharia de segurança

<sup>48</sup> Atributo invocado desde a Recomendação nº 20 da OIT, de 1923.

e a medicina do trabalho como especialidades. Desaparece, portanto, o cargo de Assistente Social, e com ele o modelo de atuação quase centenário dos inquéritos sociais.<sup>49</sup>

Bignami<sup>50</sup> chama a atenção para a exposição de motivos interministerial MF/MOG/MPAS/MTb nº 661, de 29 de julho de 1999, encaminhada ao então Presidente Fernando Henrique Cardoso, sobre a proposta de reedição da MP nº 1.915. Segundo o autor, a despeito de haver vários itens enaltecendo o caráter social da Inspeção do Trabalho, o item 7 do citado documento, transcrito abaixo, “é taxativo na caracterização arrecadadora das três fiscalizações contempladas” (Receita, Previdência e Trabalho):

[...] nesse complexo contexto em que se objetiva reduzir despesas e elevar receitas com adoção de métodos modernos de administração tão arduamente defendidos por Vossa Excelência, evidencia-se a necessidade do aprimoramento da máquina fiscal, área responsável pela garantia de aporte de novos recursos gerados, única e exclusivamente, pelo resultado de ações fiscais que levem os contribuintes ao cumprimento de suas obrigações previdenciárias e *trabalhistas, inibindo as constantes tentativas de fraudes e de evasão de receitas.*<sup>51</sup> [O destaque é meu]

O trecho em destaque dá conta das razões de Estado para a valorização das carreiras contempladas na citada MP. Sem embargo da aproximação oportuna da fiscalização trabalhista com a Receita Federal, cerrando fileiras na mesma campanha voltada para o reconhecimento do *status* de “carreiras típicas de Estado”, conceito advindo com a Emenda Constitucional (EC) nº 19/1988, o fato é

<sup>49</sup> Em verdade, especificamente quanto ao cargo de Assistente Social, em sua atribuição de fiscalizar o trabalho das mulheres e dos menores, a unificação funcional apenas consumou o processo de esvaziamento que já vinha de anos. Decerto que a fiscalização do trabalho das mulheres, mesmo antes da CRFB/88, não contava mais com um programa institucionalizado, ou um processo diferenciado de atuação, salvo algumas iniciativas isoladas de integração com o Sistema de Relações de Trabalho, mormente no campo do assédio moral e sexual. Quanto ao trabalho dos menores, o PETI (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil), que até o governo Temer ficava a cargo do Ministério do Desenvolvimento e da Secretaria Nacional de Assistência Social, foi implantado em 1996, com apoio da OIT, como um projeto do MTb, para onde migraram vários Fiscais do Trabalho, que passaram a atuar no âmbito dos GECTIPAs (Grupo de Combate ao Trabalho Infantil e Proteção ao trabalhador Adolescente). Todavia, a iniciativa fomentada em 1996 pelo OF/CIRC/MTb/SEFIT/SSST/nº 06 e 07/96 teve um revés em 2004, com a edição da Portaria nº 513 de 27 de setembro, que ao regular a GIFA (Gratificação de Incentivo à Fiscalização e Arrecadação) não considerou a atuação no âmbito dos GECTIPAs como “atividade inerente à carreira” (para efeito de percepção da referida gratificação), o que praticamente sentenciou a extinção desses grupos.

<sup>50</sup> Bignami, op. cit., p. 36.

<sup>51</sup> Bignami, loc. cit.

que o móvel governamental era o aperfeiçoamento da máquina arrecadadora.

Nesse sentido, a importância da Inspeção do Trabalho começava a ser medida em razão do quanto poderia contribuir para o combate à “evasão de receitas”, que se traduz numa simples relação entre variáveis quantitativas: volume de ingressos de FGTS, INSS, Contribuição Sindical (desde 1990) e Multas (desde 1997) e o custo da máquina estatal de Inspeção do Trabalho.

A vocação tributária estaria definitivamente regulamentada com a Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, que estabeleceu por último a unificação funcional, encerrando todas as especialidades da Inspeção do Trabalho sob a denominação *Auditor-Fiscal do Trabalho*, e designando o grupo funcional como Auditoria-Fiscal do Trabalho.<sup>52</sup>

Contudo, a consolidação da guinada arrecadatária da Inspeção do Trabalho não estaria completa, sem que fosse solucionado o “problema da aderência” com o Sistema de Relações de Trabalho, característica que, historicamente, sempre constituiu a identidade da Inspeção do Trabalho, no âmbito da legislação social, desde a sua organização em nível nacional.

Não bastava, portanto, mimetizar-se com a fiscalização federal tributária como estratégia de unificação de discursos. Era necessário buscar a emancipação político-institucional no âmbito do próprio Ministério do Trabalho, e o primeiro passo nessa direção era anunciar o divórcio com o Sistema de Relações de Trabalho.

## 5. A RUPTURA COM O SISTEMA DE RELAÇÕES DE TRABALHO E A “FISCALIZAÇÃO PURA”

Diferentemente da inspeção das normas de segurança e saúde no trabalho, a fiscalização de legislação social sempre fez parte da estrutura do Sistema de Relações do Trabalho. É o caso de dizer que o sentido político-institucional dado às “relações de trabalho”, desde os primórdios do DNT, no início dos anos 30, abarcava as ações da fiscalização trabalhista. Essa lógica operacional não se desfez com a

<sup>52</sup> A Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002 fez mais que consolidar a vocação arrecadadora da Inspeção do Trabalho. Ela modificou o modelo de atuação até então consagrado, baseado em especialidades formalmente distintas, tornando-se, segundo Bignami, um modelo “pluridisciplinar” (BIGNAMI, 2007, p. 36).

**Diferentemente da inspeção das normas de segurança e saúde no trabalho, a fiscalização de legislação social sempre fez parte da estrutura do Sistema de Relações do Trabalho.**

**Contudo, embora estruturalmente separadas, Relações de Trabalho e Inspeção do Trabalho se mantiveram operando de forma coordenada, não em razão de uma *affectio* institucional necessária, mas por uma espécie de “solidarismo funcional”, consolidado pelos anos de atuação da alta burocracia da inspeção do trabalho em ambos os sistemas.**

CRFB/88<sup>53</sup>, tendo sido, de fato, ratificada pelo Decreto nº 706/92 e pela Portaria Interministerial nº 06/94.

Em termos de estrutura administrativa, o Decreto nº 55, de 11/03/1991 dispôs que a Secretaria Nacional do Trabalho passaria a reunir, num único Departamento, a Inspeção e as Relações de Trabalho. Essa configuração não se alterou com o Decreto nº 509, de 24/04/1992, visto que os Sistemas de Relações de Trabalho e Fiscalização do Trabalho seguiriam atuando no âmbito de uma mesma Secretaria (Nacional do Trabalho), embora em departamentos distintos.

Foi somente em 1995, com o Decreto nº 1.643, de 26 de setembro, que foram criadas as Secretarias de Inspeção e de Relações de Trabalho, como instâncias apartadas da ação ministerial, sem qualquer relação de continência, aderência, subordinação ou hierarquia. Essa estrutura, com pouquíssimas alterações, se manteve até a extinção do MTb.

Desse modo, a atuação independente desses dois sistemas é história relativamente recente, e creio mesmo que possa ser explicada por fenômenos que têm origem no âmbito de cada um deles.

De um lado, em se tratando dos interesses relativos ao Sistema de Relações de Trabalho, o redimensionamento constitucional da liberdade sindical, nomeadamente no que tange à intervenção do Estado, arrefeceu o que Ângela de Castro Gomes descrevera como “atuação pedagógica da fiscalização do trabalho”<sup>54</sup>, orientada para a (re)organização das lideranças sindicais.

De outro, no âmbito do Sistema de Inspeção do Trabalho, iniciou-se um processo acelerado de mudança do perfil da fiscalização trabalhista, considerando a assimilação de novas competências, inclusive, e principalmente, arrecadatórias.

Contudo, embora estruturalmente separadas, Relações de Trabalho e Inspeção do Trabalho se mantiveram operando de forma coordenada, não em razão de uma *affectio* institucional necessária, mas por uma espécie de “solidarismo funcional”, consolidado pelos anos de atuação da alta burocracia da inspeção do trabalho em ambos os sistemas. Desta feita, o elo intersistêmico predominante entre Ins-

<sup>53</sup> Visando a atender ao Art. 10, da Constituição Federal, o MTb editou a Portaria nº 3.308, de 29 de novembro de 1989, criando o CSAIT – Comissão Sindical de Avaliação da Inspeção do Trabalho.

<sup>54</sup> GOMES, 2005, p. 165.

peção e Relações de Trabalho não mais se formaria pela ação dos agentes da inspeção, movimentando as engrenagens da máquina estatal de organização sindical, mas por meio do modelo administrativo de adjudicação de conflitos trabalhistas: as Mesas Redondas.<sup>55</sup>

Elas, de fato, tiveram restituída sua importância no final dos anos sessenta, ganhando ainda mais evidência a partir da promulgação da CRFB/88, ou mesmo antes, com a Portaria nº 3.122, de 05 de julho de 1988.

Ainda hoje não é possível contar a história das relações de trabalho no Brasil, nomeadamente no que tange ao funcionamento de seu modelo de mediação de conflitos trabalhistas, sem incluir a trajetória do agente da inspeção, pois o Sistema de Relações de Trabalho lhe oferecia algo que faltava à atuação coativa estatal: um mecanismo de restituição patrimonial do trabalhador, o que, de certa forma, dava sentido prático e palpável ao *télos* protetivo da Inspeção do Trabalho.

De outra forma, diz-se que a *poiesis* da Inspeção do Trabalho se realizava plenamente na perspectiva “operariocentrista”, que orientava a atuação dos agentes da inspeção, no âmbito da composição de conflitos de direitos.

Contudo, com a unificação das especialidades, a guinada arrecadatória e a regulamentação da GIFA (Portaria nº 513 de 27 de setembro de 2004), a desintegração da Inspeção do Trabalho com o Sistema de Relações de Trabalho tornou-se um imperativo. Desta feita, a estratégia de resistência consistia em priorizar a “fiscalização propriamente dita”, isto é, aquela cujos parâmetros contribuía para o novo modelo de aferição de produtividade, que passou a considerar não só o desempenho individual, mas também institucional.

Desta forma, começou-se um processo de esvaziamento da participação de AFTs no âmbito do Sistema de Relações de Trabalho, sobretudo como mediadores de conflitos. Mais que isso, houve mesmo a desarticulação de certos grupos fiscais, como foi o caso do GECTIPA (Grupo de Combate ao Trabalho Infantil e Proteção ao trabalhador

<sup>55</sup> Apesar de terem sido criadas, mesmo após a CRFB/88, certas interfaces institucionais entre a Inspeção do Trabalho e o sistema sindical, haja vista a Comissão Sindical de Avaliação da Inspeção do Trabalho (CSAIT-MTb [Portaria nº 3.308/89]), é correto afirmar que as melhores oportunidades de aproximação das representações sindicais com os agentes da inspeção eram ofertadas pelo modelo de mediação de conflitos em Mesas Redondas.



Adolescente), cuja atuação no âmbito do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) não contribuía para a produtividade fiscal, pois não consistia em atividade inerente à carreira.

Neste caso, a estratégia adotada visava não só a manter a aderência da Inspeção do Trabalho à agenda do grupo fisco, aprimorando a nova identidade de fiscalização tributária, mas também a atenuar os efeitos do encolhimento do próprio corpo fiscal.

Portanto, o processo de “endodiferenciação”<sup>56</sup> atendia não só à necessidade de emancipação político-administrativa, como também ao imperativo da eficiência da “máquina arrecadadora”<sup>57</sup>, pois forçava a concentração do grupo de AFTs no âmbito do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho.

A necessidade de se avolumarem e de se mostrarem onipresentes era uma exigência que se impôs aos AFTs, todavia, pois o *télos* protetivo, de caráter discursivo, precisava se manter legitimado e, portanto, dirigido para o meio social, embora não tivesse muita utilidade na articulação com os governos de ocasião.

Desta feita, a derradeira estratégia foi um flerte imagético: brasões, coletes, credenciais, bonés etc., tudo que pudesse ressaltar o perfil policalesco; uma “polícia federal do trabalho”, já se disse internamente. Além disso, sobretudo a partir de 2010,

<sup>56</sup> ASSUMPÇÃO, 2015.

<sup>57</sup> A fiscalização trabalhista, como, de resto, qualquer estrutura de serviço público, nunca esteve à margem da problematização orçamentária. O trabalho historiográfico realizado por Assumpção (2018) demonstrou, por exemplo, que as limitações de orçamento foram determinantes para inviabilizar a instalação do DNT, tão logo sua criação foi autorizada, em 1918. Entretanto, a variável orçamentária, no âmbito da Inspeção do Trabalho pré-CRFB/88 se inseria no contexto discricionário da decisão política, uma vez que sua missão institucional não pressupunha, necessariamente, uma contrapartida econômica objetiva em favor dos cofres do Tesouro. Se o argumento arrecadatório, embora invocado, não convencia o Estado àquela altura, a única preocupação era com o “custo da máquina” propriamente dito, para o qual os salários dos agentes da inspeção tinham um peso relativamente pequeno. Com a integração da Inspeção do Trabalho no chamado “grupo fisco” e o condicionamento salarial à produtividade, o peso orçamentário da fiscalização trabalhista começou a ser medido em termos de custo-benefício. O aumento do desempenho fiscal, centrado na arrecadação e no levantamento de débitos com o FGTS, tornou-se imperativo, seja como argumento mobilizado em favor da fiscalização, ou como exigência imposta pela Administração Pública para justificar os “altos salários” dos AFTs. A perspectiva economicista e utilitarista, aplicada à gestão orçamentária da Inspeção do Trabalho, transcendeu o período marcado pela gestão baseada no princípio da otimização (1995-2010), fazendo-se presente, mesmo hoje, na política de metas progressivas, no aumento da intensidade do trabalho dos AFTs e, principalmente, no enxugamento do corpo fiscal. A esse respeito, aliás, a política de recomposição do quadro de Auditores-Fiscais do Trabalho, cada vez mais reduzido, tem sido vista, atualmente, como a principal ameaça à Inspeção do Trabalho brasileira. O déficit contabilizado, segundo os critérios da OIT, vem produzindo uma verdadeira crise institucional, o que levou o SINAIT, em outubro de 2014, a representar o governo brasileiro junto ao Bureau.



com a edição da Portaria nº 546, de 11 de março, proscreve-se o gerencialismo do antigo desenho institucional, já profundamente revisitado em 2004, em prol da adoção do paradigma reflexivo<sup>58</sup>, na forma da “fiscalização por projetos”.

Esse novo modelo, por um lado, reduziu a capilarização da Inspeção do Trabalho, tendo em vista a criação de um novo estrato hierárquico localizado nas Superintendências Regionais – as coordenações de projetos – esvaziando os Setores de Inspeção do Trabalho, no âmbito das Gerências Regionais. Por outro, viabilizou uma notável forma de atuação – os “operativos fiscais” –, que ocorrem, geralmente, com grande repercussão midiática.

O ano de 2010, portanto, se torna um divisor d’águas, um ponto de inflexão para a Inspeção do Trabalho brasileira, na medida em que se rompe com o tradicional funcionalismo poiético, centrado da solução de problemas. O conjunto de ações que caracterizava a *poiesis* da magistratura social, em dado momento, foi percebido pelo Sistema de Inspeção do Trabalho e pelo próprio corpo fiscal como um traço atávico que a fragilizava.

Assumiu-se, de vez, a primazia das funções de vigilância, e com ela o perfil formalista e punitivista. Percebida (também) como estratégia de resistência, a Inspeção do Trabalho brasileira passou a negar suas antigas qualidades, condições mesmas para exercer a sua missão institucional, por meio das ações de controle, informação, conciliação e aconselhamento, em conformidade com suas responsabilidades técnicas, jurídicas, econômicas e administrativas.<sup>59</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As aqui denominadas “formas de resistência” da Inspeção do Trabalho dizem bem menos do que deveriam, dada a enorme ambiguidade de sentido, e a multiplicidade de aspectos que envolvem as

<sup>58</sup> Num estudo realizado em 2010 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com o escritório da OIT/Brasil e a Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), Roberto Rocha C. Pires, um especialista em políticas públicas e entusiasta da Inspeção do Trabalho, propôs uma série de “subsídios analíticos e empíricos ao processo de desenvolvimento e aplicação de novas formas de supervisão e monitoramento do desempenho da inspeção do trabalho no Brasil” (PIRES, 2010, p. 8). Para o autor, o advento da Portaria nº 546/2010 anunciava uma mudança de tendência, de uma gestão da Inspeção do Trabalho determinada pelo princípio da otimização, para outra, desta feita orientada pelo princípio da reflexividade.

<sup>59</sup> CHETCUTI, 1976, p. 37.

estratégias de ação institucional da fiscalização trabalhista brasileira, nos últimos 30 anos.

O que se pode afirmar, com certeza, é que a Inspeção do Trabalho no Brasil, em sua história, já exerceu um amplo mosaico de atribuições, inclusive de caráter marcadamente político, sendo certo que a sua capacidade de assimilação, adaptação, transformação e resistência, mesmo diante dos cenários mais inóspitos, foi demonstrada em vários momentos de sua trajetória.<sup>60</sup>

Por outro lado, não há evidências que afirmem a defesa institucional da Inspeção do Trabalho e de seu *télos* discursivo, centrado na proteção do trabalhador assalariado, como um valor categórico, isto é, fora de um contexto estratégico de autopreservação. Durante os primeiros 70 anos de existência, como sistema nacionalmente organizado, a autodefesa da sua estrutura e prerrogativas se confundia com a preservação da sua funcionalidade poética.

Ainda que o argumento arrecadatário já se fizesse presente desde os anos 40, a enorme capacidade interventiva da Inspeção do Trabalho, bem como sua aderência ao Sistema de Relações de Trabalho, conferia certa integridade à defesa (apenas) mediata do emprego.

Todavia, após a promulgação da CRFB/88 e a conquista da paridade com o fisco federal, a Inspeção do Trabalho brasileira perseguiu e endossou uma série de modificações de seu desenho institucional. Tal estratégia de proteção, coerente com a lógica condominial<sup>61</sup>, tem sido eficiente, no que tange à manutenção das prerrogativas da classe fiscal. Por outro lado, ela também evidencia, com ainda mais clareza, a relativa indiferença em relação às mudanças na regulação das relações trabalhistas, ainda que se deem com o sacrifício dos cânones dogmáticos do direito do trabalho, até o limite em que isso não represente a subtração do seu estoque de poder.

O problema, atualmente, está em situar o *locus* desse poder, ou seja, se no âmbito da proteção social do trabalhador brasileiro, ou na competência para fiscalizar e arrecadar o FGTS. Nesse sentido, a Lei nº 13.467/2017 (a “Reforma Trabalhista”) não chega a assustar os que situam na guinada arrecadatária a melhor estratégia

<sup>60</sup> ASSUMPÇÃO, 2018, op. cit., p. 439 et. seq.

<sup>61</sup> Uma analogia com a noção introduzida por Dunker (2009) e contextualizada, para o caso brasileiro, por autores como Safatle (2015).

de defesa já perpetrada *pela e para* a Inspeção do Trabalho, sobretudo se contraposta à promessa oficial de trazer para a luz da formalidade contingentes enormes de trabalhadores, ainda que submetidos a formas precárias de emprego.

Mas há os que identificam na Reforma Trabalhista a oportunidade de restaurar o *télos* protetivo da Inspeção do Trabalho, pela via da reaproximação institucional com a CRFB/88. Isto porque a Lei nº 13.467/2017 propõe a desconstrução ontológica do sujeito-trabalhador jurídica e economicamente vulnerável, além de mitigar o conceito de classe trabalhadora juridicamente protegida.<sup>62</sup>

Quanto à extinção do Ministério do Trabalho, medida atualíssima do governo Bolsonaro, o que se percebe internamente, considerando que 45,2% dos AFTs brasileiros ingressaram no sistema a partir de 2003<sup>63</sup>, e que 78% da lotação de Brasília e DF – o centro de poder e comando – é atualmente ocupada pela “geração séc. XXI”<sup>64</sup>, é que a consequente migração da Inspeção do Trabalho para o Ministério da Economia mereceu mais aplausos, que apupos. Primeiro, porque o esforço de endodiferenciação da Inspeção do Trabalho se deu a ponto de tornar o próprio MTb um meio genérico e, nesse sentido, relativamente indiferente ao sistema inspeccional, salvo pelo aumento da complexidade que o MTb lhe confere. Segundo, porque sua aderência à estrutura de gestão da ordem econômica não retira a Inspeção do Trabalho da sua (recente) zona de conforto, nem compromete sua identidade de fisco federal. Ao contrário, reaproxima o trabalho da previdência, e disso a abertura de uma nova/velha agenda: o ingresso da Inspeção do Trabalho no que se convencionou chamar de “super-receita”.

<sup>62</sup> ANDRADE, 2008.

<sup>63</sup> Essa estratificação geracional proposta por Assumpção (2018) é importante, também por revelar que para quase metade da população de AFTs, não há outra referência de desenho institucional para a fiscalização trabalhista brasileira, que não a definida pela supremacia da vocação arrecadatória, mormente a partir de 2004.

<sup>64</sup> ASSUMPCÃO, 2018, op. cit., p. 201. Uma referência aos AFTs que não conheceram o desenho institucional da Inspeção do Trabalho, introduzido em 1994.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho*. São Paulo: Revista LTr Legislação do Trabalho, v. 72, n. 8, agosto 2008, p. 913-919;

ARAÚJO FILHO, Tarcísio Perdigão. *Burocratas do Nível de Rua: uma análise interacionista sobre a atuação dos burocratas na linha de frente do Estado*. Áskesis, São Carlos, v. 3, nº 1, jan./jun./2014, p. 45 – 57.

ASSUMPÇÃO, L. F. Monsores de. *O Sistema, a História, a Política e o futuro da Inspeção do Trabalho no Brasil*. 2018. 451 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

\_\_\_\_\_. *A Inspeção do Trabalho no Brasil: apontamentos acerca do processo de reconfiguração institucional a partir da Constituição Federal de 1988*. Trabalho apresentado no XV Encontro Nacional da ABET, Rio de Janeiro, RJ, nos dias 06 a 09 de setembro de 2017. Anais do XV Encontro Nacional da ABET, 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0BzewPTIXjDnnaE9OWXFNMEhwOFU/view>. Acesso em: 25 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *A Inspeção do trabalho, as Relações de Trabalho e o problema da Integração Intersistêmica: ou a asfixia da mediação de conflitos de direitos no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego*. Trabalho apresentado no CONINTER 4, Foz do Iguaçu, PR, nos dias 08 a 11 de dezembro de 2015. Anais...CONINTER 4. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/Anais%20Coninter%204/GT%2024/03.%20A%20INSPECAO%20DO%20TRABALHO,%20AS%20RELACOES%20DE%20TRABALHO%20E%20O%20PROBLEMA.pdf>>. Acesso em: 20 fev.2019.

BIGNAMI, Renato. *A Inspeção do Trabalho no Brasil: procedimentos especiais para a ação fiscal*. São Paulo: LTr, 2007.

BOITO JÚNIOR, Armando. Neoliberalismo e corporativismo de Estado no Brasil. In: ARAÚJO, Ângela (org.). *Do corporativismo ao neoliberalismo: Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 59-87.

\_\_\_\_\_. *Hegemonia neoliberal no governo Lula*. In: CEMARX – *Crítica Marxista*. n.17. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Disponível em: <[http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/brasil/unicamp/Governo\\_Lula.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/brasil/unicamp/Governo_Lula.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. *O Governo Lula e a Reforma do Neoliberalismo*. *Revista Adusp*, São Paulo, n. 34, mai./2005, p. 6-11. Disponível em:

<<https://www.adusp.org.br/files/revistas/34/r34a01.pdf>>. Acesso em: 21. dez. 2018.

BOLAN, Richard S. *Planning and Institutional Design*. *Planning Theory*, [ ], v. 5, n. 6, 1991, p. 7-34. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/272176241\\_Planning\\_and\\_Institutional\\_Design\\_Planning\\_Theory\\_56\\_1991\\_7-34](https://www.researchgate.net/publication/272176241_Planning_and_Institutional_Design_Planning_Theory_56_1991_7-34)>. Acesso em: 07 jan. 2019.

CARVALHO, Viviane Alves. *Burocracia de nível de rua e os burocratas executores das políticas públicas*. *Espaço Público*, Recife, v. 2, dez./2018, p. 114-119.

CHETCUTI, Claude. *Réflexions sur L'Inspection du Travail*. *Droit Social*: Paris, 1976, n. 2.

CARDOSO, Adalberto M.; LAGE, Telma. *Desenho Legal e Desempenho Real: Brasil*. In: Bensusán, Graciela (org.). *Instituições Trabalhistas na América Latina*. Rio de Janeiro, Revan, 2006.

\_\_\_\_\_. *As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Inspeção do Trabalho no Brasil*. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 48, no 3, 2005, p. 451 a 490.

DAL ROSSO, Sadi. *A Inspeção do Trabalho*. *RAP – Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, mar./abr./1996, p. 107-139.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. *A lógica do condomínio ou: o síndico e seus descontentes*. *Revista Leitura Flutuante*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-8, 2009.

GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

JESSOP, B. *El Futuro del Estado Capitalista*. Los Libros de la Catarata: Madrid, 2008.

KREIN, José Dari. *Balanço da reforma trabalhista do governo FHC*. In: PRONI, Marcelo; HENRIQUES, Wilnês (orgs.). *Trabalho, mercado e sociedade: o Brasil nos anos 90*. São Paulo: Editora UNESP; Campinas, SP: Instituto de Economia da UNICAMP, 2003, p. 279-322.

LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. 30th Anniversary Edition. New York: Russell Sage Foundation. Edição do Kindle, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MANNRICH, Nelson. *Inspeção do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

OLIVEIRA, Antônio. Burocratas da linha de frente: executores e fazedores das políticas públicas. *RAP - Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, nº 6, nov./dez. 2012, p.1551-1573.

PIRES, Roberto Rocha C. Estilos de implementação e resultados de Políticas Públicas: Fiscais do Trabalho e o cumprimento da Lei Trabalhista no Brasil. *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, nº 3, p. 735 a 769, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=50011-52582009000300006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=50011-52582009000300006&script=sci_arttext). Acesso em: 10 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Flexibilidade, consistência e impactos na gestão do desempenho burocrático: subsídios para uma nova sistemática de acompanhamento e avaliação do desempenho da inspeção do trabalho no Brasil*. Brasília: OIT, 2010

SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995

SADER, Emir. *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. Emir Sader (org.). São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2013.

SAFATLE, Vladimir. *A Lógica do Condomínio*. 2015. (1h44m20s). Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=G9s-J\\_Uy0Js](https://www.youtube.com/watch?v=G9s-J_Uy0Js)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

SILVA, José Orlando P. da. *Direito Inspeccional do Trabalho*. 1998.

# O DIREITO DO TRABALHO (DES)CONECTADO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

## The Labor Law (Dis)connected in the Digital Platforms

**Murilo Carvalho  
Sampaio Oliveira**  
Professor Adjunto em  
Direito e Processo do  
Trabalho na UFBA,  
Salvador, Bahia, Brasil.  
Doutor em Direito pela  
UFPR. Juiz do Trabalho na  
Bahia. murilocsoliveira@  
gmail.com

**Anne Karolline  
Barbosa de Assis**  
Advogada. Bacharela em  
Direito pela Faculdade de  
Direito da Universidade  
Federal da Bahia (UFBA).  
Graduada do Bacharelado  
Interdisciplinar em  
Humanidades com  
concentração em Estudos  
Jurídicos pelo Instituto  
de Humanidades, Artes e  
Ciências Professor Milton  
Santos (IHAC/UFBA).  
Pesquisadora PIBIC-CNPq/  
UFBA. E-mail: anneassis3@  
hotmail.com

**Joelane Borges Costa**  
Advogada. Bacharela em  
Direito pela Faculdade de

### RESUMO

Este artigo trata dos impactos das plataformas digitais no Direito do Trabalho, tomando como exemplo sintomático o padrão da plataforma Uber. Inicia discutindo o cenário da economia digital e suas transformações nos modos de organizar a atividade empresarial, caracterizando a disrupção destas tecnologias e examinando criticamente se tais inovações situam-se realmente no discurso de economia do compartilhamento. Adiante, aborda as condições fáticas das plataformas de trabalho, questionando a dimensão formal-jurídica de liberdade e a condição econômica de hipossuficiência. Examina o caso da Uber como paradigma do modelo de organização empresarial desta economia digital e a situação dos seus motoristas tidos como parceiros para, ao final, pontuar algumas conclusões a cerca da necessidade do Direito Trabalho estar conectado com essas novas relações sociais.

**Palavras-chave:** Economia digital; Economia de compartilhamento; Plataformas eletrônicas de trabalho; Uberização; Subordinação Jurídica; Precarização do trabalho.

### Abstract

This article deals with the impact of digital platforms in Labor Law, taking as a symptomatic example the standards of the Uber platform. It begins by discussing the digital economy scenario and its transformations in the way business activity organize itself, characterizing the disruption of these technologies and critically examining whether such innovations are really part of the sharing economy speech. Hereinafter, it addresses the factual conditions of work platforms, questioning the formal-legal



Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada do Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades com concentração em Estudos Jurídicos pelo Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Professor Milton Santos (IHAC/UFBA). Pesquisadora CNPq/UFBA. E-mail: laaneborges@gmail.com

Recebido: março 30, 2019.

Aceito: julho 12, 2019.

dimension of freedom and the economic condition of hypo-sufficiency. It examines the case of Uber as a paradigm of a business model organization in the digital economy and the situation of its drivers, taken as partners in order to, in the end of it, point some conclusions about the need of Labor Law to be connected with these new social relationships.

**Keywords:** Digital economy; Sharing economy; Electronic work platforms; Uberization Legal subordination; Precariousness of work.

## INTRODUÇÃO

As disrupções ocasionadas pelas inovações tecnológicas e organizativas vem quebrando a conexão entre o Direito do Trabalho e trabalhadores que vendem sua força de trabalho via plataformas digitais. Visualizam-se trabalhadores que vivenciam a condição econômica de assalariamento e experimentam uma dimensão de liberdade para decidir quando e quanto tempo trabalhar. Pelo olhar tradicional da lente fordista e sua concepção clássica de subordinação jurídica, é difícil aplicar a tais trabalhadores o regime legal trabalhista por esses descompassos.

O cenário contemporâneo das plataformas encontra-se ainda pouco sedimentado em termos de classificação e doutrinas, mas as ideias de *gigeconomy*, *sharing economy* e trabalho sob demanda demarcam as questões da economia digital. As novas formas de oferecer serviços e igualmente de oferecer trabalho humano são reestruturadas e apresentadas como o futuro já presente para o globo. Pela peculiar inovação desta economia digital e seu descompasso com as atuais regulações, estas atividades situam-se em um campo da desregulação do Direito. E aí reside, justamente, o problema abordado neste texto: como compreender o modo de organizar a atividade econômica das plataformas digitais e a relação dos trabalhadores em termos de Direito do Trabalho?

Este artigo enfrenta, de modo panorâmico, os impactos das plataformas digitais no Direito do Trabalho, tomando como exemplo sintomático o padrão da plataforma Uber. Inicia discutindo o cenário da economia digital e suas transformações nos modos de organizar a atividade empresarial, caracterizando a disrupção destas tecnologias

e examinando criticamente se tais inovações situam-se realmente no discurso de economia do compartilhamento. Adiante, aborda as condições fáticas de plataformas de trabalho, a exemplo do Homejoy e Taksrabit, discutindo a dimensão formal-jurídica de liberdade e a condição econômica de hipossuficiência. Examina o caso da Uber como paradigma do modelo organização empresarial desta economia digital e a situação dos seus motoristas tidos como parceiros para, ao final, pontuar algumas conclusões acerca da necessidade do Direito Trabalho estar conectado com essas novas relações sociais.

## 1. A ECONOMIA DIGITAL E A SUA (DES)REGULAÇÃO

O século XXI se destaca frente aos tempos passados pela evolução das técnicas utilizadas para desenvolvimento das atividades diárias contemporâneas, calcadas principalmente no avanço tecnológico amplamente acessível. A tecnologia vem causando uma grande ruptura nos modos de organizar as atividades e de estruturar as relações sociais na contemporaneidade.

É usual designar esta tecnologia como disruptiva. O termo *disrupção* foi criado por Clayton Christensen para descrever as inovações que apresentam uma ruptura nos antigos modelos de produção<sup>1</sup>. Cria-se um novo padrão no mercado de consumidores e, conseqüentemente, reestrutura-se as formas de trabalho, tal como ocorreu no período da Revolução Industrial e posteriormente com os fenômenos do Taylorismo e Fordismo.

Nesse contexto, atualmente emerge a chamada *gig economy*<sup>2</sup> também conhecida como economia *freelancer*, sob demanda ou de “bico”. Trata-se de uma forma de trabalho baseada em pessoas que possuem ocupações temporárias ou que realizam atividades *freelancer* sob demanda e pagas separadamente. Isto tudo em um cenário de flexibilização do mercado de trabalho que ganha relevância no contexto de concorrência e celeridade da era digital. Prestações de trabalho individualizadas, temporárias e autônomas se destacam frente a esse “novo” contexto a exemplo dos serviços como Uber e Airbnb que surgem a partir do desenvolvimento das plataformas digitais.

<sup>1</sup> GAUTHIER, 2016, p. 11.

<sup>2</sup> KALIU, 2017, p. 239.

**A ideia de economia do compartilhamento é uma conexão entre consumidores e prestadores de serviços intermediados por plataformas empresas ou por redes sociais. O desenvolvimento da internet, da sua velocidade e da capacidade de armazenagem são os fatores essenciais para a criação e para as potencialidades da economia do compartilhamento.**

Atrelada a essa economia de demanda, figura-se a eficiência econômica que não mais pressupõe concentração de recursos e meios de produção como comumente se percebia nas grandes fábricas e seus estoques. Ao revés, depara-se com uma potencialidade tecnológica capaz de viabilizar elos de conexão entre toda uma cadeia produtiva, a partir de um único aparelho de celular.

Cita-se, novamente, como exemplos de novos modelos de organização tecnológica da atividade econômica, a Uber como produtor/fornecedor de serviço de transporte e o Airbnb como plataforma que compreende serviços de hotelarias. Também, é importante frisar que a tônica destas empresas vincula-se à capacidade de processamento de informações, como os sistemas do Facebook, Google, Amazon e Netflix.

Desde os meados dos anos de 1970, pós exaustão do modelo fordista, foram impostos novos padrões para reestruturação do sistema capitalista resultante da crescente inovação tecnológica. Atrelado a esse fenômeno tecnológico, alavancou-se desenfreadamente a desregulamentação do Direito do Trabalho e também a contratação precária.

Assim, a economia em uma perspectiva mundial, vem sofrendo alterações em razão das novas bases que passam a impulsionar as atividades, modernizando-as a partir do pilar tecnológico, provocando como consequência, a modificação do princípio basilar da economia de oferta e demanda de bens e serviços, fruto do emponderamento concedido a uma nova vertente – a economia compartilhada.

A ideia de economia do compartilhamento é uma conexão entre consumidores e prestadores de serviços intermediados por plataformas empresas ou por redes sociais. O desenvolvimento da internet, da sua velocidade e da capacidade de armazenagem são os fatores essenciais para a criação e para as potencialidades da economia do compartilhamento. O moderno e econômico, deixa de ser o “comprar e o vender”, já que “devemos compartilhar”. Compartilhar carros, imóveis, roupas, dentre outros.<sup>3</sup>

Deste modo, a economia de compartilhamento estabelece novas formas de fomento das relações econômicas, ao atribuir relevância

<sup>3</sup> SLEE, 2017, p. 21.

à posse dos bens e serviços e não mais a propriedade. Passa-se a recomendar o uso eficiente de determinado bem e serviço, que é possibilitado a partir da tecnologia que moderniza as relações de consumo. Cuida-se de uma lógica de eficiência da utilização dos bens, inclusive na perspectiva ambiental, mas também estruturada na negação do caráter possessivo sobre a propriedade, a qual pode e deve ser compartilhada.

Visualiza-se uma série de questões relacionadas à regulação destas atividades e seu uso compartilhado diante de sistemas jurídicos baseados no patrimonialismo individual que disciplinam, em regra, a propriedade como um bem não compartilhável. Há ainda reflexos sociais derivados da transição de uma economia centrada no consumo para essa nova conjuntura econômica.

Sundararajan descreve essa transição de uma economia centrada para a compartilhada como “capitalismo baseado em multidão” e ainda afirma que esse novo paradigma altera o crescimento econômico e o futuro do trabalho.<sup>4</sup> Antes da reflexão necessária aos embates apontados, é de grande valia uma análise pontual acerca das premissas que originaram e que sustentam o pilar da economia de compartilhamento.

A economia de compartilhamento, tão disruptiva como a economia *gig economy*, ganha destaque na contemporaneidade a partir de novas negociações emergentes por meio do avanço da internet e da tecnologia. Surge com o propósito bem delineado de conectar os consumidores com os provedores de serviço, facilitando a satisfação das necessidades humanas, por meio do compartilhamento de bens e serviços, que se efetiva principalmente a partir de trocas, como sugere Slee:

A internet está promovendo um mundo mais promissor, não apenas por nos fornecer mais informação e aparelhos cada vez melhores, mas por remodelar a sociedade inteira. Nós agora temos a tecnologia para resolver os problemas que assolaram a humanidade por séculos, tornando obsoletas as velhas instituições e as velhas regras, que são cada vez mais suplantadas pela computação.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> SUNDARARAJAN, 2016.

<sup>5</sup> SLEE, 2017, p. 21.

No discurso da economia do compartilhamento, preponderam as propagandas de conexão, envolvimento com a comunidade local e do uso compartilhado. O ditado popular inglês “*What’s yours is mine*” (“o que é seu, é meu”) é o emblema desse compartilhamento. Os modelos de empresas de plataforma, tal como a Uber e o Airbnb, tem sido casos de sucesso empresarial e econômico. Slee sintetiza:

Comece com trocas informais (dando carona a um amigo, emprestando uma furadeira, executando algumas tarefas para o vizinho) e use a força conectora da internet para dar escala a isso, de modo que nós como indivíduos possamos contar cada vez mais uns com os outros e menos com corporações distantes, sem rosto. Cada troca ajuda alguém a fazer uma graninha e ajuda alguém a economizar um tempinho: como não gostar? Participando desse movimento, nós ajudamos a construir nossa comunidade, em vez de sermos consumidores passivos e materialistas [...].<sup>6</sup>

A conectividade dos consumidores proposta a partir do compartilhamento surge nas entrelinhas da diversidade e das extensões de pequenas organizações que se originam, inicialmente, nas próprias relações de vizinhança, que passam a sentir os reflexos do empoderamento desse novo modelo de economia global.

As plataformas digitais são a condição prévia e o mecanismo de instrumentalização da economia de compartilhamento. Esses aplicativos permitem que as pessoas dividam “qualquer coisa”, e em qualquer lugar, com desconhecidos ou não, inclusive sua força de trabalho. Além da divisão das coisas que se torna possível, difunde-se que as relações de trabalho são modernizadas, ao possibilitar que o próprio trabalhador defina, com flexibilidade e certa autonomia, os seus dias de trabalho e sua carga horária.

Segundo Slee, o ideal da economia do compartilhamento se sustenta na união de forças numa comunidade para resolução de um dado problema, orientada por organizações sem fins lucrativos. Todavia, a economia de compartilhamento vem sendo invadida por grandes organizações comerciais que visualizam no discurso colaborativo uma oportunidade de negócios, o que acaba por subverter o ideal original<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> SLEE, 2017, p. 22.

<sup>7</sup> SLEE, 2017, p. 23.

**Ocorre que o padrão capitalista de organização da economia se apodera do discurso colaborativo e impõe uma dinâmica tipicamente capitalista para as plataformas de comunicação que despontaram sob o regime de economia do compartilhamento.**

É claro que não se nega a importância do compartilhamento entre os indivíduos como símbolo primordial para promoção de maior igualdade social, principalmente no que diz respeito ao acesso de bens e serviços. O surgimento de diversos aplicativos, articulados discursivamente como instrumentos promotores da autonomia, igualdade e empoderamento dos usuários, também se insere neste contexto de compartilhamento. O Vale do Silício centraliza geograficamente bem a criação e o desenvolvimento destas plataformas, todavia essas são dirigidas sob a perspectiva da eficiência do lucro e da rentabilidade dos investimentos, destoando da tônica do compartilhamento.

Uma breve análise dos setores sociais imbricados nessa vertente econômica revela a expansão desta economia disruptiva. Atualmente, três tipos de serviços predominam significativamente o setor: primeiro deles, é a hospedagem, se destacando com 43%; segundo é o setor de transporte com 28%; e por último, a educação que já alcança porcentagem de 17%.<sup>8</sup>

Todavia, apesar dos elevados números e da concentração dos setores, a economia compartilhada ou colaborativa, em teoria, parte do pressuposto do consumo comunitário, colaborativo e cooperativo, abrangendo em sua essência as trocas pessoais, conhecida como economia *peer to peer* (de pessoa para pessoa), que podem ser viabilizadas também, por intermédio dos aplicativos.<sup>9</sup>

Ocorre que o padrão capitalista de organização da economia se apodera do discurso colaborativo e impõe uma dinâmica tipicamente capitalista para as plataformas de comunicação que despontaram sob o regime de economia do compartilhamento.

O Ebay, apontado como ancestral da “economia do compartilhamento”<sup>10</sup>, é exemplo ideal para compreensão dos impactos do capitalismo no desenvolvimento da economia de compartilhamento. Isso porque, o modelo inicial do Ebay - vendas na garagem de produtos usados e sem mais utilidade para o vendedor tornou-se, após influência do capitalismo, uma das maiores plataformas de venda de produtos, só que não mais de produtos velhos e sem utilidade.

<sup>8</sup> SLEE, 2017, p.43.

<sup>9</sup> SLEE, 2017, p.24.

<sup>10</sup> SLEE, 2017, p. 241.

Ao contrário do discurso romântico que permeia a economia do compartilhamento atualmente, diversas empresas plataformas são baseadas no mecanismo de conexão entre pessoas, por meio do típico padrão de mercado, com único diferencial, qual seja, o de não sujeição às normas regulatórias. Afora os aspectos trabalhistas, a Uber e o Airbnb, exemplos de plataformas, funcionam à margem da legislação tributária e cível nas atividades de transportes e hoteleira, respectivamente.

Um dos principais elementos de eficiência e validação destas plataformas são os sistemas de avaliação. As classificações de consumidores, trabalhadores e clientes não foram criadas pelas empresas de economia do compartilhamento, inclusive já eram antigas como na Amazon Trip Advisor, entre outras.<sup>11</sup> Todavia, tais classificações ou sistemas de reputação não podem substituir o sistema de regulação sobre essas atividades, pois a reputação pode, inclusive por questão de algoritmo, ser ocultada, promovida ou alterada mediante pagamento.

A partir de um exame do sistema de reputação identifica-se que a primeira classificação influencia as demais, o que corrompe a integridade desse sistema avaliativo.<sup>12</sup> O hábito da cortesia ou da gentileza também interferem na atribuição de nota, pois as pessoas, às vezes, atribuem a nota em respeito ou por simples cortesia, não revelando seu verdadeiro juízo crítico. Do mesmo modo, visualiza-se a corrupção do sistema de reputação quando atribui-se a tarefa de avaliação aos clientes e aos trabalhadores, momento em que denota-se uma contrapartida do sistema avaliativo: o intenso estado de vigilância e fiscalização. Nesse sentido, arremata Slee:

Juntos, esses estudos confirmam que o sistema de reputação falha na tarefa básica de distinguir serviços de alta qualidade, serviços confiáveis de baixa qualidade ou serviços e indignos de confiança. Não há evidência de que motorista da Uber um faxineiro do Handy com nota 4.9 seja melhor do que outro com 4.6. [...] Um sistema de reputação é um chefe saído do inferno: um gerente errático, destemperado e incompreensível, que pode queimar você a qualquer momento por um capricho repetino, sem oferecer nenhuma chance para contestação.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> SLEE, 2018, p. 168.

<sup>12</sup> SLEE, 2017, p. 180.

<sup>13</sup> SLEE, 2017, p. 181.



As inúmeras inovações da atual economia digital apresentam seus méritos e deméritos como qualquer disrupção. Contudo, o exame crítico da organização destas atividades econômicas indica que o discurso do compartilhamento é mera propaganda para uma organização tipicamente capitalista. No espectro jurídico, a seara da ação destas empresas plataformas é um campo aberto não alcançado pelas regulações legais existentes, o que por si só já gera conflitos e insegurança, especialmente no âmbito do trabalho por plataformas.

**É preciso destacar que, de modo concomitante aos aspectos positivos deste fenômeno da economia digital identifica-se um crescimento da desigualdade e de exclusão social, ao mesmo tempo em que se verifica a transferência de renda do bolso do trabalhador para os proprietários de negócios e investidores a partir do desenvolvimento das novas relações de trabalho fomentadas pelas plataformas digitais.**

## **2. O TRABALHO NA ECONOMIA DO “BICO’**

As primeiras plataformas digitais surgiram a partir dos novos arranjos sociais oriundos das mais recentes relações de consumo e trabalho, baseadas na flexibilidade de organização e estrutura funcional mínima, dispensando os outrora grandiosos prédios comerciais nos centros urbanos, frente ao seu fomento por meio da conectividade disponibilizada pela *Internet*. Além dos fatores positivos da alta e fácil conectividade, há ainda a economia de custos e a facilidade de contratação de mão de obra, consequência da distribuição geográfica de trabalhadores, reflexos desse novo instrumento viabilizador de força laboral.

Determinar o tamanho da força de trabalho envolvida em plataformas de microtarefa – revela-se como uma questão difícil por falta de dados e estatísticas.<sup>14</sup> Por outro lado, o fenômeno é claramente não negligenciável tanto é que múltiplos têm sido os esforços recentes para mapeamento, obtendo dados suficientes para estimar que o mercado de trabalho online cresceu 25.5 %entre julho 2016 a junho 2017<sup>15</sup>.

Noutro giro, é preciso destacar que, de modo concomitante aos aspectos positivos deste fenômeno da economia digital, identifica-se um crescimento da desigualdade e de exclusão social, ao mesmo tempo em que se verifica a transferência de renda do bolso do trabalhador para os proprietários de negócios e investidores a partir do desenvolvimento das novas relações de trabalho fomentadas pelas plataformas digitais. Nesse ínterim, pode-se compreender as reais consequências do discurso romântico já supracitado, que caminha ao lado da economia de compartilhamento.

<sup>14</sup> SMITH, LEBERSTEIN, 2015.

<sup>15</sup> LEHDONVIRTA, 2017.

O advento desses diferentes papéis sociais estabelece uma nova estrutura no mercado laboral, não mais submetido, *prima facie*, à legislação do trabalho. Destaca-se ainda que há, em geral, uma ausência de regulamentação e de marcos legislativos claros para essas atividades. Por consequência, estes trabalhadores deixam de estar submetidos aos regramentos constitucionais, trabalhistas e cíveis esculpido no ordenamento jurídico, alocando-os numa condição de precariedade social. Essa precariedade é a consequência da forma jurídica de autonomia em que são envoltas tais relações de trabalho:

[...] intensifica-se a realização do trabalho fora do ambiente empresarial transferido para residência do trabalho onde o curso de toda infraestrutura necessária ao seu desempenho é suportada pelo trabalhador, num ambiente favorecido pela tecnologia. Essa situação de aparente autonomia e independência mais está jungida a meios cada vez mais eficazes de controle rigoroso, a distância da atividade laboral pelo tomador dos serviços.<sup>16</sup>

Todavia, compreende-se que a tecnologia ao mesmo tempo em que fragiliza a proteção dos novos contratos laborais, age como potencializadora de novas relações de trabalho, fomentando o desenvolvimento das múltiplas tarefas demandadas socialmente, criando novas ocupações em um cenário de recorrente desemprego. Estes descompassos entre a forma jurídica contratual, o efetivo conteúdo e o modo de realização do contrato é um antigo problema para o Direito, em especial para o Direito do Trabalho e seu princípio da primazia da realidade:

Esse fenômeno da manipulação abusiva da qualificação do contrato é, aliás, bem conhecido nos juslaboralistas, traduzindo-se numa simulação relativa sobre a natureza do negócio, com objetivo de evitar aplicação da legislação laboral. Trata-se de uma simulação relativa sobre a natureza do negócio, visto que o negócio ostensivo simulado, por exemplo, contrato de prestação autônoma de serviço, resulta de uma alteração do tipo negociar o correspondente ao negócio dissimulado ou oculto contrato de trabalho.<sup>17</sup>

Nos Estados Unidos, depara-se facilmente com as plataformas digitais de serviços tal como, Homejoy ou Taskrabbitt, as quais realizavam a

<sup>16</sup> VASCONCELOS; VALENTINTINI; NUNES, 2017, p. 90.

<sup>17</sup> AMADO; SANTOS, 2017, p. 344.

mera venda de força de trabalho. Na Taskrabbit, são oferecidos serviços de limpeza, carregador, pedreiro, encanador, entre outros; enquanto a Homejoy, oferta serviços domésticos de diarista.<sup>18</sup> Essas plataformas criam mercado de pessoas conectado com os consumidores que necessitam de trabalhos específicos. A virtualidade da interconexão promove o encontro do trabalhador prestador com o consumidor, os quais dificilmente se encontrariam por meios físicos ou presenciais.

No entanto, no serviço prestado pelas plataformas vários dos riscos do negócio senão a integralidade desses são repassados ao trabalhador. São exemplos: o cancelamento das chamadas, do tempo de espera não remunerado e o risco social de doença ou acidente, além das despesas com equipamentos ou veículos.

A faixa salarial desses trabalhadores, a partir de um tempo de vivência de trabalho via plataforma, é bastante diminuída, revelando logicamente o verdadeiro cenário por detrás deste “vantajoso e autônomo” trabalho, que é o oposto àquele difundido pelas propagandas das plataformas digitais. No entanto, ainda quando desvelada a baixa remuneração em contraste ao discurso romantizado, perpetua-se o lema entre os trabalhadores de que baixa remuneração ainda é melhor do que nada, o que é, no fim, um verdadeiro discurso de chantagem: baixo salário ou nada.

Os trabalhadores destas plataformas são postos, sob o prisma formal-contratual, na posição jurídica de parceiros autônomos. São tidos como livres para se ativar ou desativar no horário de sua escolha. Contudo, no plano da realidade esses parceiros são impelidos sempre a trabalhar o máximo da jornada fisicamente possível por ganharem tão pouco. Curioso que na condição de autônomos, não têm liberdade para fixar o preço de seu trabalho, recusar clientes ou mesmo avaliar seu parceiro: a plataforma eletrônica de trabalho.

As circunstâncias fáticas dos trabalhadores de plataformas eletrônicas afastam-se da clássica situação de subordinação jurídica, embora seja relativamente fácil a visualização de um poder fiscalizatório e disciplinar, numa subordinação algorítmica<sup>19</sup> além do escancaramento de uma flagrante condição de hipossuficiência, nitidamente expressada nos baixos salários e extensas jornadas de trabalho.

<sup>18</sup> SLEE, 2017, p. 145-151.

<sup>19</sup> TEODORO, 2019, p. 18.

**Essas novas formas de trabalho repetem antigos problemas trabalhistas: baixos salários, jornadas exaustivas, inexistência de cobertura por acidentes e sujeição aos riscos do negócio de um lado; de outro, empresas plataformas com exponencial crescimento e valorização da marca, geração de lucros e glamourização deste modelo organizacional como o padrão futuro das empresas.**

Ressalta-se que a transferência dos riscos da atividade para os trabalhadores agrava ainda mais a citada situação de precariedade envolta da atividade laboral. Nos casos de aplicativos de entrega, os motoristas são os responsáveis pela aquisição e manutenção dos veículos, despesas de combustível, impostos sobre o veículo, seguro por acidente, além de outros, sofrendo também pelo risco e custo econômico da ociosidade, visto que ainda que estejam disponíveis para trabalhar, não recebem qualquer quantia pelo tempo à disposição.

As companhias exitosas da economia do compartilhamento escapam das despesas de manter uma folha de pagamento com seus fornecedores de serviço serviços, pois se classificam como autônomos. Como parte desse artifício, evitam pagar direitos trabalhistas, custos de manutenção, tempo ocioso e tempo de deslocamento acidentes de trabalho e qualquer obrigação de Seguridade Social.<sup>20</sup>

Essas novas formas de trabalho repetem antigos problemas trabalhistas: baixos salários, jornadas exaustivas, inexistência de cobertura por acidentes e sujeição aos riscos do negócio de um lado; de outro, empresas plataformas com exponencial crescimento e valorização da marca, geração de lucros e glamourização deste modelo organizacional como o padrão futuro das empresas. É este o caso Uber, que se tornou a grande referência e modelo para plataformas de trabalho.

### **3. O CASO UBER E O PADRÃO DO TRABALHO SOB DEMANDA**

Fundada em 2009 na cidade de São Francisco (Califórnia) por Garret Camp e Travis Kalanick, a empresa UBER nasceu e se expandiu, tornando-se a grande precursora da economia digital no cenário mundial, construindo uma nova forma de organização social e econômica, demonstrando que o capitalismo se reinventa por meio das novas tecnologias. Com a plataforma, contratantes independentes - “motoristas parceiros”-, operariam a plataforma e ofereceriam seus serviços por intermédio de uma conexão com usuários finais do aplicativo.

Ao contrário do que muitos pensam, a Uber não deriva da economia do compartilhamento. O marketing utilizado na sua implementa-

<sup>20</sup> SLEE, 2017, p. 294.

ção demonstrava que a pretensão da empresa era proporcionar um serviço de traslado de requinte e alto padrão, voltado para ideia do consumismo. Isto evidencia que os objetivos da empresa não tinham qualquer relação com os princípios da economia colaborativa. No seu início, o serviço ofertado era de carros de luxo com motorista particular; os usuários do aplicativo solicitavam um automóvel; e, prontamente, os motoristas das empresas de serviços de limusines atendiam a essa demanda.<sup>21</sup>

Sem prejuízo do sucesso do serviço de limusine, a Uber percebeu que as plataformas que se utilizavam do discurso do consumo colaborativo ao oferecer serviços de compartilhamento de viagens obtinham maior êxito. Assim, buscando alcançar cada vez mais espaço, a Uber investiu no marketing do discurso da “economia do compartilhamento”, criando uma modalidade de serviço na sua plataforma de tecnologia pautado na ideia de compartilhamento de viagens.

Nessa perspectiva, constatou-se que o acesso aos bens e serviços era mais interessante do que a propriedade propriamente dita.<sup>22</sup> Ou seja, ao invés da aquisição de um veículo por cada pessoa que necessitava de deslocamento, melhor seria compartilhar veículos, inclusive por questões ambientais, de trafegabilidade, entre outras.

No ano 2013, a Uber promoveu uma mudança estrutural na antiga forma de locomoção das pessoas. Anunciou a criação da modalidade UberX declarando ser uma alternativa na contenção de danos do desemprego estrutural com o viés de empreendedorismo individual. Apresentava-se, como uma plataforma de tecnologia que proporcionava aos motoristas parceiros aumento dos seus rendimentos com os serviços de compartilhamento de viagens, mediante a conexão com os usuários do aplicativo, que em contrapartida, buscavam desfrutar de viagens seguras, com motoristas confiáveis e por um preço acessível.

Apresentada a propaganda, muitos trabalhadores se entusiasmaram com a iniciativa tecnológica “revolucionária” e se engajaram na plataforma esperando, no início, ocupar o tempo ocioso e obter renda extra. Por essa razão, a Uber cresceu de forma ainda mais acelerada no cenário global. Esse foi um dos seus grandes diferenciais perante

<sup>21</sup> SLEE, 2017, p. 98.

<sup>22</sup> SCHOLZ, 2016, p. 78.

**A Uber é um paradigma da organização empresarial da economia digital, com custo de manutenção muito baixo, que consegue crescer rapidamente e gerar lucros cada vez maiores. Isto significa dizer que ela não se origina nas clássicas cooperativas de táxi ou das empresas de serviço de transporte público ou privado, porém se estabelece como sua principal adversária.**

as suas concorrentes, já que ela soube aproveitar a circunstância da crise do emprego e da ausência de regulação jurídica para impulsionar seu crescimento, não concentrando a oferta de seus serviços em apenas países do norte.

A Uber tinha como objetivo alcançar o monopólio do mercado de compartilhamento de viagens. Em apenas 5 anos após a criação da UberX, precisamente em setembro de 2018, estava presente em mais 600 cidades, distribuídas entre mais de 60 países. Conquistou um número de mais 75 milhões de usuários cadastrados e 3 milhões de motoristas ativos, atingindo uma média de 15 milhões de viagens por dia no mundo.<sup>23</sup>

Essa expansão ultraveloz, garantiu a Uber um valor estimado em investimentos de cerca de 11 bilhões de dólares, valor esse que ultrapassava o capital das empresas relacionadas à economia do compartilhamento, a exemplo da Lyft, assim como, superou também o capital de grandes empresas líderes do ramo de aluguel de automóveis, como a Hertz, Avis e Enterprise.<sup>24</sup>

No Brasil, a onda de crescimento não foi diferente, a Uber foi implementada no ano de 2014, chegou junto com a Copa do Mundo de Futebol<sup>25</sup>, sendo o Rio de Janeiro a primeira cidade do Brasil a receber os seus serviços, logo em seguida a cidade de São Paulo e demais municípios. No ano de 2018, a Uber já estava presente em mais de 100 cidades por todo Brasil, divididas entre as mais diversas regiões do país, com um número de mais de 22 milhões de usuários ativos e cerca de 600 mil motoristas cadastrados.<sup>26</sup>

A Uber é um paradigma da organização empresarial da economia digital, com custo de manutenção muito baixo, que consegue crescer rapidamente e gerar lucros cada vez maiores. Isto significa dizer que ela não se origina nas clássicas cooperativas de táxi ou das empresas de serviço de transporte público ou privado, porém se estabelece como sua principal adversária<sup>27</sup>. Situa-se adequadamente no conceito de tecnologia disruptiva.

<sup>23</sup> KALANICK, 2018.

<sup>24</sup> SLEE, 2017, p. 101.

<sup>25</sup> KRAMER, 2017, p. 86.

<sup>26</sup> KALANICK, 2018.

<sup>27</sup> TEODORO; D'AFONSECA; ANTONIETA, 2017, p. 7.

Entretanto, essa ruptura com os antigos modelos de produção e formas de trabalho nem sempre significa avanço. A ausência de regulação jurídica principalmente no que diz respeito à proteção da parte hipossuficiente dessa relação, qual seja o trabalhador, acaba por representar um grande retrocesso, pois a exploração do trabalho acompanha a tecnologia e a organização social de cada era.<sup>28</sup>

Nesse sentido, embora a Uber seja uma empresa que notoriamente exerce suas atividades centradas no âmbito da prestação do serviço de transporte, a mesma insiste na ideia de que não exerce serviços de transporte e que não existe ligação trabalhista alguma entre a plataforma e os “motoristas parceiros”.

Segundo seus próprios fundadores<sup>29</sup>, a empresa integra o setor da indústria de tecnologia, sendo apenas uma intermediária, não possuindo frota de veículos e tampouco motoristas contratados. Esses sustentam que a plataforma Uber permite que os “motoristas parceiros” se conectem de forma independente com os usuários do aplicativo que necessitam fazer uma viagem, pois os motoristas gozam de liberdade para ativar e desativar o aplicativo em momentos que lhes forem convenientes, não sendo exigida uma carga horária específica.

No caso da relação entre a plataforma da Uber e os motoristas “parceiros” não se visualiza, na prática, a concretização da plena autonomia dos motoristas parceiros, uma vez que é a empresa que detém o poder de seleção, controle e gerência do trabalho realizado pelos parceiros.<sup>30</sup>

Cita-se, como exemplo dessa autonomia inverídica, o fato de ser a plataforma da Uber quem estabelece a precificação das viagens por cada área, indicando inclusive qual é a melhor área e horário para ser realizado o serviço pelos motoristas parceiros mediante o preço dinâmico, sem que esses possam exercer qualquer chance de liberdade para negociar o conteúdo da relação firmada com o usuário.<sup>31</sup> Os preços das corridas, as rotas de destino, a forma de pagamento e outras condições são estabelecidas exclusivamente pelo usuário e a Uber.

<sup>28</sup> CARELLI, 2017, p. 144.

<sup>29</sup> KALANICK, 2018.

<sup>30</sup> REIS; CORASSA, 2017, p. 162.

<sup>31</sup> SARMENTO, 2015, p. 2.



**Assim, associado ao avanço tecnológico e a conjuntura de desregulação intensificam-se e multiplicam-se as relações de trabalho realizadas pelos aplicativos, ao mesmo tempo que vigoriza a precariedade da atividade exercida e o evidente estado de hipossuficiência do trabalhador.**

A remuneração dos “motoristas parceiros” também é feita pela companhia que possui inclusive a faculdade de reter para si um percentual do valor cobrado pela corrida. Na categoria UberX, por exemplo, a Uber efetua a cobrança de 25% do total da viagem realizada. Esse valor é determinado de forma unilateral pela empresa, o que significa dizer que o “motorista parceiro” não possui opção alguma, a não ser acatar o que for estabelecido pela plataforma, mesmo que isso signifique para ele grande oneração nessa relação de “parceria”. Em verdade, a Uber impõe um padrão de vulnerabilidade para o motorista:

A Uber tirou vantagem da vulnerabilidade dos motoristas para impor regras mais e mais rigorosas. Os motoristas, como já dissemos, devem aceitar 90% dos pedidos, ou recebem uma notificação [...] Motoristas queixam-se de terem sido descredenciadas por fazerem críticas a companhia pelo Twitter. Motoristas no serviço Uber Black, mais caro, foram forçados a pegar corridas no Uberx, mais barato. Motoristas do serviço Uberx foram forçados a aceitar corridas pelo impopular uberpool. A companhia rastreia as localizações dos motoristas e reclama se eles não cumprem com as exigências.<sup>32</sup>

Além disso, todos os custos da prestação do serviço ficam a cargo dos motoristas, como por exemplo, combustível, impostos, taxas de licenciamentos, manutenção do veículo, seguros, entre outros.

Assim, associado ao avanço tecnológico e a conjuntura de desregulação intensificam-se e multiplicam-se as relações de trabalho realizadas pelos aplicativos, ao mesmo tempo que vigoriza a precariedade da atividade exercida e o evidente estado de hipossuficiência do trabalhador. No conhecido caso da decisão inglesa que reconheceu o vínculo empregatício dos motoristas da Uber, o traço da dependência econômica foi de considerável importância para essa conclusão, como enuncia Amado e Santos:

No caso em apreço, aplicando o referido teste, o tribunal não teve dúvidas de que os motoristas da Uber eram workers e não genuínos independentcontractors. Eles estão, em relação à Uber, numa situação de subordinação ou, ao menos, de “parasubordinação”, prestando trabalho para esta empresa numa posição de acentuada dependência econômica. Trata-se, na “parasubordinação”, de um fenômeno difuso, algo

<sup>32</sup> SLEE, 2017, p. 131.

híbrido - marcado pelas notas da autonomia jurídica e da dependência económica - e de fronteiras mal definidas, ao qual o direito positivo português dá também guarida [...].<sup>33</sup>

Slee atribui o sucesso do Uber ao que ele denomina de parasitismo, assim entendido como o negócio a margem dos sistemas e da burocracia nos serviços de transporte com baixíssimo custo, forjado numa operação em geral de prejuízo, mas com expectativa de lucro quando a empresa se tornar monopolista.

Entusiastas da Uber atribuem o sucesso da empresa a sua tecnologia e a eficiência em conectar passageiros e motoristas mas essa visão ignora boa parte da história. O sucesso da Uber também se dá muito devido a evitar custos com seguro, impostos e inspeções veiculares, e fornecer um serviço universalmente acessível. Sua habilidade em fornecer um serviço barato e eficiente para os consumidores vem da habilidade de operar em prejuízo enquanto persegue seu generosamente financiado caminho para o crescimento. O sucesso da Uber decorre cor do seu parasitismo nas cidades onde opera.<sup>34</sup>

Slee prossegue com as críticas ao modo de como a Uber usurpa dos países onde ela opera, chamando-a de “parasitária das economias locais”, pois, a empresa não se preocupa com a economia do local, com organização social e, muitos menos, com aqueles que operam diretamente nas plataformas; ou seja, os seus “motoristas parceiros”. Aproveita-se da ausência de regulação jurídica dos locais onde realiza suas atividades, para impor as suas próprias regulações, não demonstrando ter compromisso algum perante aos países onde ela atua.<sup>35</sup>

A companhia também realiza o controle da qualidade do trabalho exercido por intermédio do controle telemático, que é realizado por intermédio dos usuários, que pontuam por meio do sistema avaliação por “estrelas” a competência do serviço prestado. Essa avaliação é muito importante para o motorista, pois ela tem o poder de definir se o mesmo poderá ou não permanecer trabalhando na plataforma/empresa.

<sup>33</sup> AMADO, SANTOS, 2017, p. 347.

<sup>34</sup> SLEE, 2017, p. 104.

<sup>35</sup> SLEE, 2017, p. 137.

**Qualificar erroneamente os “motoristas parceiros” como prestadores de serviço autônomo e não como empregados possibilita que a Uber escape do ônus dos gastos com direitos dos trabalhadores, como por exemplo pagamento das horas extra jornada, salário mínimo, contribuições à Previdência Social ou pagamento de impostos sobre folha salarial.**

Esse modelo utilizado pela Uber para efetuar a gerência do trabalho prestado pelos motoristas é denominado de controle de programação por comandos,<sup>36</sup> que consiste na combinação de uma suposta flexibilidade conciliada com nível elevado de controle das condutas dos seus parceiros.

Para Carelli, “essa relação entre trabalhador e empresa passa por uma nova nomenclatura: é uma relação de aliança, em refeudalização das relações”<sup>37</sup>, uma aliança neofeudal. Isto significa dizer, que a Uber transforma o trabalhador em “empreendedor” ao conceder uma certa liberdade para realizar o seu trabalho, porém, retira essa liberdade com o controle por precificação e pela forma de gerenciamento exercido unilateralmente pela empresa.

Dessa forma, pode-se constatar que a argumentação jurídica expressada pela empresa de que os seus “motoristas parceiros” tratam-se de meros empreendedores autônomos não se sustenta, pois nessa aliança neofeudal é possível verificar a presença de elementos categóricos para evidenciar a existência de uma relação trabalhista.

Qualificar erroneamente os “motoristas parceiros” como prestadores de serviço autônomo e não como empregados possibilita que a Uber escape do ônus dos gastos com direitos dos trabalhadores, como por exemplo pagamento das horas extra jornada, salário mínimo, contribuições à Previdência Social ou pagamento de impostos sobre folha salarial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constante avanço tecnológico transmuta a realidade dos espaços físicos e virtuais, nos quais as pessoas em seu cotidiano estão submetidas à necessidade de receber e prestar um determinado tipo de serviço. Recentemente, algumas plataformas revolucionaram de maneira extremamente severa a concepção e o arranjo das formas de trabalho, o que demonstrou a maleabilidade e auto capacidade de adaptação da estrutura econômica capitalista.

De modo geral, as plataformas vestem-se do discurso da implementação da economia de compartilhamento como subterfúgio para

<sup>36</sup> CARELLI, 2017, p. 142.

<sup>37</sup> CARELLI, 2017, p. 141.

auferição de extensas margens de lucros, provavelmente derivadas de relações laborais precárias. Ressalta-se, ainda, que a alusão de submissão destas plataformas digitais à economia de compartilhamento legitima o processo de desresponsabilização desses “novos empreendimentos” de seus encargos cíveis, trabalhistas e, inclusive, tributários.

Com o passar do tempo e o crescente número de pessoas que habitam a Terra, toda e qualquer inovação tecnológica que facilite a proteção da vida humana e/ou o desenvolvimento das atividades rotineiras da humanidade serão bem-quistas. Todavia, essas inovações devem ser sustentadas quando proporcionam vantagens extensas e concretas a todos os seus supostos beneficiários, sob pena de tornar-se mera exploração do homem pelo homem - uma nova fórmula de escravização.

A inovação do serviço prestado pela Uber, por exemplo, é basicamente, a oferta de um serviço bem mais barato de transporte de passageiros, apesar da sua autoclassificação como plataforma de comunicação. Além do baixo custo, o serviço da Uber agrega a “flexibilidade de horário” conjugado com a “liberdade de trabalho” e a propaganda de um ganho razoável para seu motorista parceiro. Aparentemente, todos são beneficiados economicamente com o modelo de negócio da Uber, todavia o exame crítico mais profundo pode levar a outras compreensões.

O fator de sucesso econômico das plataformas de serviço ou trabalho é consubstanciado por sua atuação em uma clara zona de desregulação. Por esta razão, é necessária a existência de uma regulação jurídica abrangente desta nova realidade social, cujas relações de trabalho são precarizadas e as empresas de tecnologia estruturam novos modelos de trabalho dependente sem observância dos ditames constitucionais e trabalhistas.

Como visto, o Direito do Trabalho segue desconectado das plataformas digitais, as quais estabelecem condições fáticas da atividade laboral dos usuários parceiros em uma zona cinzenta. Nestes trabalhos via plataformas, a dimensão clássica da subordinação jurídica é de difícil visualização e caracterização. Isto porque os requisitos do contrato de trabalho são facilmente maquiados e afastados, mesmo quando se observa a presença de alguns de seus elementos, como

a flagrante manifestação de uma nova forma de subordinação pelo algoritmo e também, na feição antiga da subordinação, o exercício do poder fiscalizatório e punitivo terceirizado ao usuário.

Por outro lado, a condição hipossuficiente destes trabalhadores por aplicativos é evidente, bem expressada nos baixos preços impostos pela plataforma, nas intensas jornadas e na sujeição aos riscos do negócio. Urge, então, encontrar os meios – especialmente a interpretação protetiva trabalhista – para reconectar o Direito do Trabalho aos trabalhadores das plataformas digitais, a fim de lhes assegurar a proteção constitucional destinada a quem trabalha.

## REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal; SANTOS, Catarina Gomes. A Uber e os seus motoristas: mindthegap! In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: Ltr, 2017.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o Século XIX. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Org.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: Ltr, 2017.

GAUTHIER, Gustavo. *Disrupción, economía compartida y derecho*. Fundación de Cultura Universitária: Montevideo, 2016.

KALANICK, Travis. *Fatos e dados sobre a Uber*. Disponível em: <<https://newsroom.uber.com/brazil/fatos-e-dados-sobre-a-uber>>. Acesso em 28 jan.2018.

KALIL, Renan Bernardi. Direito do trabalho e economia de compartilhamento: Apontamentos Iniciais. In: KIRA, Beatriz (Org.). *Economias do compartilhamento e o direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

KRAMER, Josiane Caldas. *A economia compartilhada e a uberização do trabalho: Utopias do Nosso Tempo?* Curitiba, 2017, 129p. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/47786>>. Acesso em: 15 dez. 2018, 13:00:00.

LEHDONVIRTA, Vili. *The online gigeconomygrew 26% over the post year*, Disponível em: <<https://ilabour.oii.ox.ac.uk/the-online-gig-economy-grew-26-over-the-past-year>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2019, 09:10:00.

SARMENTO, Daniel. *Ordem Constitucional Econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”*. Rio de Janeiro, [s.n], 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2019, 10:30:00.

SCHOLZ, Trebor. *Cooperativismo de plataforma: Os perigos da Uberização*. O bem comum como alternativa à precarização do trabalho e da vida. Tradução: Rafael A. F. Zanatta. São Paulo: Elefante, 2017.

SLEE, Tom. *Uberização: A nova onda do trabalho precarizado*. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante, 2017.

SMITH, Rebecca.; LEBERSTEIN, Sarah. *Rights on demand: Ensuring workplace standards and worker security in the on-demand economy (New York, National Employment Law Project)*. Disponível em: <<https://nelp.org/wp-content/uploads/Rights-On-Demand-Report.pdf>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2019, 14:20:00.

SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy: Then end of employment and the rise of crowd-based capitalism*. Cambridge: The MIT Press, 2016.

REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Org.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*. São Paulo: Ltr, 2017.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DA SILVA, Thais Claudia D’afonseca; ANTONIETA, Maria. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 1-30, abr. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/14661/0>>. Acesso em: 07 fev. 2019, 20:00:00.

VASCONCELLOS, Antônio Gomes de; VALENTINI, Rômulo Soares. Tecnologia da Informação e seus Impactos nas relações capital-trabalho. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Org.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*. São Paulo: Ltr, 2017.

# REGULAÇÃO SOCIAL E EMPRESAS GLOBAIS. NOVOS CONCEITOS PARA VELHOS PROBLEMAS?

**Paola Cappellin**  
Doutora em Ciência Política  
- Université de Paris X  
Professora visitante na  
Università degli Studi di  
Padova.  
cappellinp@gmail.com

Recebido: maio 30, 2019.

Aceito: agosto 26, 2019.

## Social Regulation and Global Companies. New Concepts to Old Problems?

### RESUMO

O artigo propõe a análise da centralidade da terminologia “Direitos humanos para corporações transnacionais e outras empresas” adotada pela Organização das Nações Unidas - ONU, que renova os programas de regulação social. Esta terminologia pode ser considerada, no debate internacional, uma tentativa para superar e atualizar a difusão do lema “responsabilidade social” desde o final da década de 1990. Nos interessa fazer emergir sob quais proposições se estruturam e disseminam novas modalidades para corrigir as denúncias de violação dos direitos dos trabalhadores. As recentes metodologias de controle e de regulação social das empresas transnacionais se realizam sobretudo pela presença direta e ativa dos sindicatos dos trabalhadores em suas diferenciadas bases territoriais (local, nacional, global), introduzindo processos de diálogo social transnacional.

**Palavras-chave:** Direitos humanos e empresa; Empresas transnacionais; Responsabilidade social; diálogo transnacional.

### Abstract

The paper presents the analysis of the centrality of the UN terminology “Human rights for transnational corporations and other businesses,” renewing the programs of social regulation. This terminology can be considered, in the international debate, an attempt to overcome and update the diffusion of the slogan of “social responsibility” since the late 1990s. We are interested to emerge in which propositions are structured and disseminate new ways to address the complaints of violations of workers’ rights. Recent methodologies for control and social regulation of transnational corporations are held mainly by direct and active presence of labor unions in their



different territorial base (local, national, global), introducing transnational social dialogue processes.

**Keywords:** Human rights and enterprise; Transnational corporations; Social responsibility; Transnational dialogue

## INTRODUÇÃO

*Legum servi sumus ut liberi esse possimus –*

Somos escravos das leis para poder ser livres

Cicerone, *Pro Cluentio* (Oração del 66 a.C.)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU no dia 10 de dezembro 1948 completou, há poucos meses, setenta anos. Desde então tem inspirado cartas constitucionais em muitos países para enunciar e reconhecer direitos invioláveis. A declaração de 1948 é fruto de uma elaboração secular, como pode ser percebido ao recuperarmos os elos que hoje nos vinculam as tradições dos princípios éticos estabelecidos pela declaração de independência dos Estados Unidos de América (*the Bill of Rights*) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamadas pela Revolução francesa, em 1789, introduzindo os direitos civis e políticos dos indivíduos.

Por outro lado, a Declaração responde à vontade de superar os nefastos eventos da Segunda Guerra Mundial, instituindo princípios para garantir justiça, dignidade, oportunidades e negar qualquer forma de discriminação<sup>1</sup>. Neste amplo espectro, a liberdade da pessoa e o respeito pela vida de cada indivíduo foram os valores que embasaram mais de trinta artigos. Para a nossa reflexão consideramos central o artigo 23 onde consta:

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com

<sup>1</sup> DI CESARE, 2018.

a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

No artigo da Declaração, o Estado se faz responsável por salvaguardar a dignidade, sem excluir ninguém da proteção e da fruição do direito à igualdade, participação e justiça. Mas também é proposto que o Estado assuma a responsabilidade de introduzir medidas para promover e facilitar o cumprimento e a realização da dignidade da pessoa. Enfim, há que considerar a abrangência cultural da Declaração Universal dos Direitos Humanos se consideramos a vontade expressa pelos 58 países que a votaram<sup>2</sup>.

Homenageamos este aniversário, retornando a esta referência, para refletir sobre as atuais transformações da regulação social no mundo do trabalho. Seguindo uma perspectiva sociológica, propomos, inicialmente, contextualizar a força disciplinadora dos direitos humanos em plena maturidade da globalização, processo que aporta profundas mudanças nas relações políticas e sociais também no mundo dos negócios<sup>3</sup>. São mudanças desconexas entre si, já que a internacionalização, em sua expressão econômica, tem sido bem mais abrangente e eficaz em estabelecer suas regras frente a incipiente internacionalização do direito, no que tange os direitos humanos<sup>4</sup>. Sucessivamente, serão apresentadas as diferentes modalidades de interação e mediação que renovam a formatação do lema da responsabilidade social das empresas globais e seus códigos de condutas. Nos detemos enfim na análise dos *International Framework Agreements (IFAs)* experiências de regulação social. Pela forma inovadora de proporcionar o diálogo social internacional, podem ser considerados instrumentos que abrem muitas questões quanto à natureza jurídica e aos impactos nas relações industriais.

A literatura continua apontando o quanto é urgente corrigir os comportamentos de empresas transnacionais em suas ações, omissões

<sup>2</sup> Lembramos que muitos foram os governos Latinoamericanos que a votaram: Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa-Rica, Cuba Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

<sup>3</sup> FEENSTRA, 1998; GEREFFI et al, 2005; MILBERG 2004.

<sup>4</sup> MARTIN-CHENUT, PERRUSO, 2015.

ou violações dos direitos humanos<sup>5</sup>. O retrocesso que, em muitos casos, é registrado no cenário das práticas econômicas a nível internacional denota – infelizmente – o enfraquecimento, os contratempos, e as derrotas na capacidade de proporcionar o controle, o monitoramento, enfim, aplicar aqueles princípios ratificados desde 1948<sup>6</sup>.

No plano jurídico, a responsabilidade é geralmente definida como dever de responder aos efeitos dos danos causados por uma ação ou uma inação, supondo a existência de um regulamento cuja não observância implica uma sanção ou uma obrigação de indenização.

A imagem da empresa que protege os direitos humanos - promovida pelo Global Compact (1999) ou outros padrões internacionais de Responsabilidade Social das Empresas (RSE) da ONU - se choca com a experiência predatória de empresas junto aos consumidores, aos empregados, aos investidores. Sweatshops, comunidades deslocadas, trabalho infantil, trabalho forçado ou obrigatório, estão entre os abusos amplamente documentados<sup>7</sup>. Não é fora de lugar pensar que estamos presenciando a uma inversão da relação estabelecida entre direito, política e economia de mercado<sup>8</sup>.

Queremos aprofundar sob quais interações se realiza a mediação entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade social das empresas globais.

Após uma ampla divulgação e longa experiência dos códigos de conduta em sua diferenciada denominação<sup>9</sup>, as cláusulas sociais, as auditorias sociais e as ações corretivas, emerge a formatação do modelo dos assim chamados *Transnational Company Agreements - TCA*. Os TCAs são diretivas negociadas entre uma empresa global e uma Federação Sindical Internacional (FSIs) de trabalhadores para estabelecer um relacionamento contínuo entre as partes a fim de garantir o respeito de normas em todos os países onde a empresa opera. As FSIs e as organizações a elas filiadas participam desse processo, principalmente, através da construção de Redes Sindicais

<sup>5</sup> COMPA, 2010.

<sup>6</sup> MARTIN-CHENUT, PERRUSO, 2015.

<sup>7</sup> PERUZZI, 2017; COMPA, 2010.

<sup>8</sup> BAYLOS, 1998.

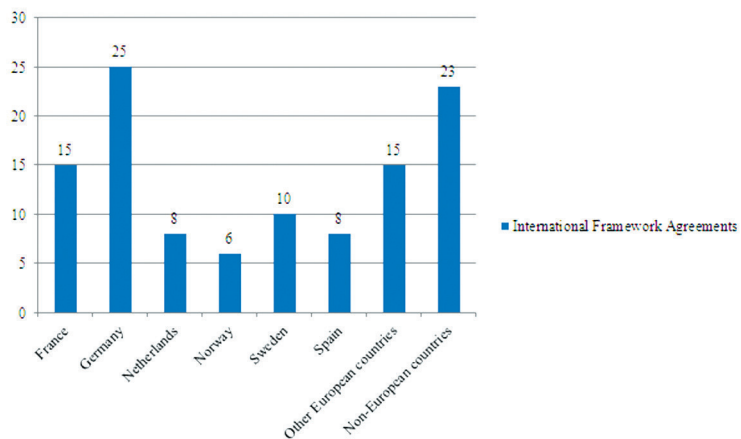
<sup>9</sup> Em suas diferentes denominações: *gentlemen agreement*, *acte unilatéral de l'employeur*, *stipulation pour autrui* (BARRAUD de LAGERIE, 2015).

Transnacionais (RSTs) que fazem a ponte entre sindicatos e os representantes dos trabalhadores locais nos centros da rede de produção global<sup>10</sup>. Uma primeira definição destas ferramentas é oferecida pela Comissão Europeia como:

Um acordo que se estende em vários Estados, comprometendo de forma recíproca um ou mais representantes de uma empresa ou um grupo de empresas, por um lado, e uma ou mais organizações de trabalhadores, por outro e que abrange as condições de trabalho e emprego e / ou as relações entre empregadores e trabalhadores ou seus representantes<sup>11</sup>.

Interessa-nos considerar, no interior das *Transnational Company Agreements*, os *International Framework Agreements (IFAs)*<sup>12</sup>, já que estes têm um maior alcance geográfico, externo aos países de Europa e frequentemente incluem disposições aplicáveis à cadeia de suprimentos e subcontratados em países em desenvolvimento<sup>13</sup>.

Figura 1: Number of IFAs by headquarters location



FONTE: Felix Hadwiger op.cit pag 12 e 38

Aparecem na lista das 50 empresas multinacionais que assinaram um acordo IFA no período 2010 - 2014, algumas das mais importantes empresas multinacionais brasileiras. Aparece: Tel Telecomunicações,

<sup>10</sup> HADWIGER, 2014; HENNEBERT, 2017.

<sup>11</sup> Comissão Europeia 2012, p. 2

<sup>12</sup> Isto é, Acordos Marco Internacionais/globais (AMI).

<sup>13</sup> São considerados como parte dos TCA também os Acordos Marco Europeus (EFAs), que se diferenciam por ser assinados pelo European Works Council (EWC) e/ou uma European Trade Union Federation (ETUF), tendo, a este respeito, uma área de aplicação exclusivamente europeia (TELLJOHANN et al, 2009).

com Global Trade Union/ UNI, reunindo 25,683 trabalhadores; ITAÚ-UNIBANCO S.A., 2014 com a UNI, reunindo 96,000 trabalhadores; Banco do Brasil, 2013 UNI, reunindo 111,547 tabalhadores; Petrobras (Petróleo Brasileiro S.A.) 2011, IndustriALL reunindo 80,497 trabalhadores.

A atenção acadêmica para os IFAs advém por estes desenhar uma nova forma de regulação social na era da globalização e das cadeias globais<sup>14</sup>. Possibilitar a regulação social é uma tarefa política e *social complexa*<sup>15</sup>. Esta complexidade decorre da amplitude dos arranjos legais, da multi-localização de instituições, da mobilidade, da volatilidade, da invisibilidade e da indefinição das operações de pesquisa para reconstruir a responsabilidade por danos.

Para melhor compreender os processos que levaram à formulação desta incipiente regulação social global, vale a pena resgatar o passado recente e recuperar sua origem. No panorama mundial, os IFAs se vinculam ao papel do direito internacional dos direitos humanos que fomenta um processo de “endurecimento” da R.S.E<sup>16</sup>. Recuperamos assim iniciativas públicas e privadas que tem participado, com diferenciadas conexões, a renovar o *corpus* normativo da Responsabilidade Social das empresas, seu centro de origem e contato<sup>17</sup>. As perguntas que organizam as nossas breves anotações são: onde IFAs se encaixam na economia global e como estes apoiam a defesa dos direitos trabalhistas fundamentais dentro das empresas transnacionais?<sup>18</sup>

### «PUBLICLY DRIVEN INITIATIVES»<sup>19</sup>

A Organização Internacional do Trabalho, na sua longa história voltada a proteger o trabalho/emprego, tem renovado suas formulações com a edição de textos multilaterais assumindo as relações nos grandes conglomerados com o fim de reforçar as

<sup>14</sup> SOBCZAK, 2017, p. 127.

<sup>15</sup> DAUGAREILH, 2017.

<sup>16</sup> MARTIN-CHENUT, e PERRUSO, 2015 p. 27.

<sup>17</sup> PAPADAKIS, 2008.

<sup>18</sup> Consideramos a empresa transnacional uma entidade econômica que realiza atividades em mais de um país ou um grupo de entidades econômicas que realizam atividades em dois ou mais países. A este respeito, ver o artigo de GUAMAN, 2018 p. 84-114.

<sup>19</sup> HAMMER, 2008.

garantias, acompanhando o cenário da economia globalizada. Entre outros, lembramos:

- *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 1987 e 2017.
- *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 1998.

Segundo uma concepção progressista da doutrina, alguns direitos dos trabalhadores/ras podem ser abarcados pelos direitos humanos, como evidenciado pela OIT na *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* de 1998, onde são reunidas as quatro categorias de direitos: liberdade de associação e contratação coletiva, abolição do trabalho forçado, eliminação do trabalho infantil e superação de discriminações no emprego e nos lugares de trabalho.

Estas diretrizes propõem iniciativas específicas de defesa dos direitos dos trabalhadores, atribuindo responsabilidades aos Estados e aos atores sociais diretamente envolvidos nas práticas produtivas. Temos que especificar as conexões entre “direitos dos trabalhadores” e os direitos humanos. Os primeiros são direitos que são reconhecidos aos indivíduos enquanto empregados, enquanto os direitos humanos abrangem o complexo de direitos fundamentais, universais, invioláveis e indisponíveis de cada pessoa que são reconhecidos em virtude de sua humanidade<sup>20</sup>.

Lembramos que o cenário dos direitos dos trabalhadores faz referência a um ambiente coletivo, arena de emancipação do indivíduo, enquanto os direitos humanos assumem o indivíduo singular como sujeito principal. Para Kolben, há uma ulterior diferença sobre os efeitos produzidos pelos dois modelos normativos<sup>21</sup>. O autor define para os direitos dos trabalhadores o *Rights process* e a *mobilitation rights*, que asseguram garantias específicas, isto é, de posição contratual no mercado de trabalho e a capacidade de negociação coletiva, e para os direitos humanos, o autor propõe o *Rights as outcomes*.

Na perspectiva sociológica, podemos também considerar o papel das leis que, para os trabalhadores, são instrumentos úteis para chamar a atenção sobre a ideia universal de justiça, reforçando as diferentes formas de mobilização social. Para os ativistas humanitários,

<sup>20</sup> PERRUCCIO, 2016.

<sup>21</sup> KOLBEN, 2010.

o quadro legal é o ponto de referência essencial para atingir os objetivos. Com efeito, não são iguais, tampouco, os caminhos percorridos pelos ativistas em prol das mudanças sociais. Apesar destas distinções, no atual contexto de globalização, muitas vezes formas institucionais diversas se complementam<sup>22</sup>.

No cenário institucional da OIT, a defesa dos direitos é fortalecida pela via institucional do chamado *diálogo social*<sup>23</sup>. Esse conceito, nas relações coletivas de trabalho, aporta uma mudança radical de cultura política, na maioria dos países da Europa Ocidental: passa-se da centralidade do conflito para a cultura da parceria<sup>24</sup>. Isto é, orientados pelas relações de concertação, os processos de diálogo social são baseados na participação das partes interessadas, muitas vezes a longo prazo, para fomentar a tomada de decisões, com uma perspectiva de cooperação<sup>25</sup>. Esta busca para encontrar um acordo, não significa a ausência de divergências nas opiniões. Mas diferencia-se das práticas de negociação coletiva onde o conflito, manifestação de poder desigual entre os atores, é parte do processo. Com efeito, na negociação coletiva o objetivo é chegar a um tipo de contrato, institucionalmente assinado pelas partes.

## A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

Com este instrumento declaratório, as empresas multinacionais enunciam normas internas de bom comportamento, multiplicando as iniciativas e dispositivos que atuam como formas privadas de autogoverno. Diferenciando-se da *responsabilidade jurídica clássica*, que sanciona e exige uma reparação de um comportamento ilícito, ou negligente, o lema de responsabilidade social das empresas é um ato voluntário<sup>26</sup>.

As empresas, ao colocar sob seu controle interno a observância das normas de responsabilidade social, são fortes candidatas a desenharem leis globais sem a presença do Estado. Isto se deve à fragilidade por parte das instituições públicas, das agências e profissionais

<sup>22</sup> PERULLI, 2011.

<sup>23</sup> DUFRESNE, 2010.

<sup>24</sup> DUFRESNE, 2010.

<sup>25</sup> TOUZARD, 2006.

<sup>26</sup> CAILLET, 2014.



de fiscalizar os locais de trabalho; pelo afastamento de participação direta dos representantes dos sindicatos dos trabalhadores.

A definição da RSE, tem evoluído ao longo do tempo. Em voga inicialmente nos Estados Unidos da América, é incorporada e aprimorada por sucessivas redações, sobretudo em Europa e América Latina, enunciando uma conexão de complementariedade entre normas legais e normas sociais<sup>27</sup>.

A RSE é definida como:

Em 2001: “a integração voluntária dos problemas sociais e ambientais das empresas em suas atividades comerciais e em suas relações com outras partes”.

Em 2006: “As empresas têm um comportamento socialmente responsável se decidirem ir além dos requisitos mínimos e das obrigações legais decorrentes dos acordos coletivos para atender às necessidades da sociedade”.

Em 2011:

As empresas devem ter um processo implantado para integrar as demandas sociais, ambientais, éticas, de direitos humanos e do consumidor em suas operações comerciais e em sua estratégia básica, em estreita colaboração com seus respectivos stakeholders, com o objetivo de:

1. fazer todo o possível para criar um valor compartilhado entre seus proprietários / acionistas e seus demais stakeholders e a sociedade em geral;
2. identificar, prevenir e mitigar seus possíveis efeitos adversos.

Além da obrigação: o cumprimento das obrigações legais aplicáveis é um pré-requisito.

## **A «REGULAÇÃO PRIVADA»<sup>28</sup>**

Se o lema da Responsabilidade Social convoca a empresa, muitas vezes, seu comportamento é irresponsável. A declaração de proteger os direitos dos trabalhadores em realidade, não se concilia com o comportamento predatório, muito difuso. Só a partir dos anos 1970, fruto da interpelação social, as transnacionais com a

<sup>27</sup> PERUZZI, 2017.

<sup>28</sup> A respeito, ver: VOGEL, 2007; HAMMER, 2005; CANGEMI, 2017.

matriz nos Estados Unidos da América foram incentivadas a formatar programas, lemas, declarações, cartas de compromissos de boas práticas. Estas iniciativas, às vezes, incorporam o envolvimento de atores privados, de expertos independentes, para estabelecer parâmetros internos de responsabilidade junto aos trabalhadores, aos consumidores e acionistas<sup>29</sup>. Estes instrumentos de governança corporativa têm oferecido uma nova imagem de maior “respeitabilidade”.

A redação de *códigos de condutas* inaugura a evolução dos dispositivos da responsabilidade social das empresas. Este é um documento onde a empresa declara seus princípios e as políticas de condutas junto aos trabalhadores, consumidores e acionistas. Entre os primeiros, estão aqueles redigidos nos EUA pela Levi's em 1991 e, logo após, pela Nike e Reebok em 1992, como respostas às denúncias de movimentos de opinião pública e boicotes<sup>30</sup>. Sucessivamente o compromisso declaratório das empresas e de suas gerências estende-se a adequar o comportamento das subsidiárias e fornecedoras de serviços ou produtos, espalhadas em diferentes territórios nacionais. Amplia-se o paradigma, pela difusão das chamadas *bonnes pratiques/best practices*.

Mas a ampliação destas redes de empresas (pelos contratos de terceirização e o *offshoring*) torna mais complexo o controle interno e a aplicação do código de conduta, compromisso discricionário. Com a finalidade de monitorá-lo, é introduzida a prática de controle graças aos *audits* sócias. Isto é, a empresa-matriz realiza levantamentos e/ou pesquisas para averiguar a aplicação dos padrões/*standards* e dos objetivos de políticas sociais enunciadas no código de conduta<sup>31</sup>. Após ter sido esta iniciativa desempenhada internamente pelas empresas, por seus setores internos de *Social Responsibility*, paulatinamente esta tarefa é externalizada, comissionando-a para centros de consultoria especializadas.

As multinacionais se amparam dos riscos de denúncias por parte dos trabalhadores e/ou consumidores com a proliferação de metodologias para avaliar a adequação de seus códigos de condutas.

<sup>29</sup> HIRSCMAN, 1970; VOGEL 1978; VOGUEL, 2007; KAUFMAN, ZACHARIAS, MARVIN, 1995.

<sup>30</sup> OCDE, 2000; LOCKE, 2003; LOCKE, ROMIS, 2007.

<sup>31</sup> BARRAUD de LAGERIE, 2015.

Os *audits* sociais se constituem um instrumento incentivado também pelas associações e fundações empresariais. Certificados, premiações com outorgas de selos de boas práticas, são adotados para sugerir, sempre sob bases voluntárias, «ações corretivas» em diferentes setores produtivos<sup>32</sup>.

Vários são os exemplos internacionais. A *Ethical Trading Initiative (ETI)*, criada em 1998, é uma aliança entre empresas, ONGs e sindicatos que sugere aos seus membros a adoção de um código de conduta básico (*ETI Base Code of labour practice*). Neste código são incorporados os padrões/*Standards* e recomendações da OIT. Atualizado em 2009, a entidade estimula as empresas não só a seguir o código, mas a difundir a sua assinatura entre a rede de seus fornecedores. Também a *Fair Labor Association (FLA)*, desde 1999, luta contra as práticas ilegais de trabalho. Este *non-profit network* oferece assessoria na formação para o *management* de empresas, com o fim de elevar a responsabilidade e a transparência no âmbito da indústria de confecções. No mesmo molde, são formatados programas para empresas na Indonésia, México, Vietnã e China. Em 2003, a *Business Social Compliance Initiative*, de matriz europeia, propõe aos seus afiliados um código de conduta conjuntamente a um modelo *de audit* para suas empresas fornecedoras de serviços e produtos. A certificação FAIRTRADE garante que os produtos finais respeitam os direitos dos trabalhadores das empresas fornecedoras em Ásia, África e América Latina<sup>33</sup>.

Proliferam estudos e pesquisas que criticam a validade destes sistemas de certificação em sua capacidade de proporcionar eficácia e eficiência no cumprimento dos padrões/*standards* internacionais em uso (SA 8000, ISO 14001, ISSO 26000) promovidos pela Organização Internacional de Standardização<sup>34</sup>.

Todos estes exemplos de práticas empresariais são práticas de autogoverno que estabelecem um compromisso entre a demanda de flexibilidade por parte do capital e a extensão das tutelas para os trabalhadores. A socióloga francesa Barraud de Lagerie enumera estas iniciativas externas às negociações coletivas como exemplos

<sup>32</sup> Para a realidade brasileira, KIRSCHNER, GOMES e CAPPELLIN, 2002; CAPPELLIN e GIULIANI, 2004.

<sup>33</sup> CANGEMI, 2017.

<sup>34</sup> BARRAUD de LAGERIE, 2012; EGELS – ZANDEN, MERK, 2014.

empresariais que ocupam o “*vazio de autoridade*”, superando por si próprias os problemas de desacato às regras<sup>35</sup>. Por outros, são outrossim consideradas expressões de *soft law* que evidenciam a regulação por um sistema privado<sup>36</sup>. «É para resguardar as sanções dos cidadãos-consumidores (privados) que os empreiteiros (privados) solicitem auditores privados para avaliar a conformidade das fábricas com o critério dos padrões privados»<sup>37</sup>.

## A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

No novo milênio, a ONU, a nível mundial, em sua Subcomissão das Nações Unidas para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos<sup>38</sup>, sob a pressão do neoliberalismo econômico e das crises dos modelos de proteção social, aprova as *Normas sobre as responsabilidades das empresas transnacionais e outras empresas comerciais na esfera dos direitos humanos*<sup>39</sup>.

A tarefa da redação destas normas, iniciada desde 1997, tem se prolongado no tempo, solicitando a cooperação de expertos e o desenvolvimento de pesquisas internacionais, para chegar à redação oficial em 2003. Esta iniciativa responde à progressiva expansão do comércio internacional e do poder das grandes empresas transnacionais, que ameaçam, com sua profunda proeminência econômica, a autoridade dos Estados, proporcionando uma contínua erosão dos direitos no mundo do trabalho. Esta proposta busca assim disciplinar as empresas multinacionais com regras mais detalhadas, completas e eficazes, para corrigir as violações dos direitos humanos inseridas nas práticas de emprego, ou pelas formas e condições de produção que atingem os trabalhadores, as comunidades e o meio ambiente. Em seu conteúdo estão definidos não exclusivamente as obrigações negativas como evitar toda e qualquer cumplicidade nas violações, respeitando os direitos humanos, mas também obrigações positivas, promovendo estes direitos, o que impossibilita às

<sup>35</sup> BARRAUD de LAGERIE, 2012.

<sup>36</sup> COSTANZO, 2006; HEPPLÉ, 2005.

<sup>37</sup> BARRAUD de LAGERIE, 2015, p. 25.

<sup>38</sup> A Subcomissão é um organismo de expertos internacionais, independentes, de direitos humanos que pertencem ao sistema ONU.

<sup>39</sup> DOUCIN, 2011.

empresas transnacionais declararem desconhecer as circunstâncias de suas práticas.

A proposta ONU se apresenta como normativa para fortalecer as legislações nacionais na meta de proteger e reorientar, assim como superar, sob apropriadas modalidades, a difusão dos diferenciados códigos de condutas. No texto «Direitos Humanos nas empresas»<sup>40</sup> a ONU formaliza três princípios norteadores para a gestão empresarial: “Proteger, Respeitar e Remediar”<sup>41</sup>.

O primeiro, *Proteger*, aponta para a exigência que as atividades da empresa não causem impactos adversos sobre os direitos humanos. Por exemplo, que a empresa não exponha seus empregados a riscos no trabalho sem o adequado equipamento de segurança.

O segundo, *Respeitar*, solicita superar a situação que ocorre quando a empresa contribui para impactos adversos causados por um terceiro. Por exemplo, quando uma empresa muda repentinamente as ordens de compra e, para atender aos pedidos, força seus fornecedores a imporem horas extras de trabalho além do permitido pela lei.

O terceiro, *Remediar*, refere-se aos encaminhamentos para corrigir o impacto causado pelas operações da empresa, mas para o qual esta última não contribuiu diretamente. Esta é orientada e estimulada a intervir, adotando uma conduta compatível com os direitos humanos.

Após um amplo processo de consultas, em 2011, o documento define, com estes procedimentos, também as políticas e as práticas a serem seguidas pelas empresas transnacionais com o fim de superar a contraditória vocação da globalização que contrasta e separa a internacionalização das relações econômicas e o déficit de governança<sup>42</sup>. Para superar esta contradição, as diretivas da ONU sobre direitos humanos e empresas exigem que cada Estado elabore um Plano de Ação Nacional (PAN) sobre Empresas e Direitos Humanos, enunciando os princípios diretores a serem realizados. Até dezembro de 2016, somente 12 países de Europa tem enunciados, além dos EUA, Austrália, México, Colômbia e Quênia<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> UNITED NATIONS, 2012.

<sup>41</sup> RUGGIE, 2011.

<sup>42</sup> ONU, 2011. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf)>

<sup>43</sup> Reino Unido (2013, 2016), Holanda (2013), Dinamarca (2014), Finlândia (2014), Lituânia (2015), Suécia (2015), Noruega (2015), Suíça (2016), Alemanha (2016), Itália (2016).

## DOS CÓDIGOS DE CONDUTAS AOS *INTERNATIONAL FRAMEWORK AGREEMENTS* (IFAS)

Em 2004, a Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização/OIT identificou aproximadamente 65.000 empresas multinacionais com 850.000 afiliadas estrangeiras como principais atores que movimentam fluxos de investimentos nos países em desenvolvimento<sup>44</sup>. Até março de 2017, foram assinados 149 IFAs, dos quais 62 pelas federações do setor químico (ICEM), do setor metalúrgico (IMF) e do do setor têxtil (ITGLWF) que, desde 2012, são reunidas na federação IntustriALL<sup>45</sup>.

Este reduzido conjunto denota quão profundo é o descompasso entre a globalização das práticas dos agentes econômicos, sempre mais transnacionais, e as ações de defesa social dos atores a favor dos trabalhadores. Estas últimas permanecem, em grande medida, enraizadas a nível nacional. As empresas transnacionais, em seu nomadismo e volatilidade, têm ampla margem para transferir uma parte de sua produção em diferentes países onde conseguem poupar custos e reduzir obrigações legais. Enquanto isso, a identidade do direito do trabalho encontra suas raízes na autoridade do estado-nação que se propõe regular os fenômenos econômicos e políticos num território. Neste sentido, há urgentes exigências para formatar normas a serem aplicadas neste contexto amplo, extranacional<sup>46</sup>.

Se a ferramenta dos códigos de conduta pode ser considerada “*a primeira fase das formas de responsabilidade social*”<sup>47</sup>, os IFAs superam a auto regulação das empresas, por introduzirem um acordo negociado com as organizações de representação sindical. São adotados compromissos sem por isto chegar a possibilitar a coerção judicial. Por isso são considerados *transnational private labour regulation*<sup>48</sup>.

A terminologia internacional é ainda flutuante, já que está em fase de experimentação. A enunciação destes acordos, que tem abrangência mundial, em inglês varia entre *global company agreement*, *global universal agreement*, ou *International Framework Agreement* (IFA).

<sup>44</sup> PAPADAKIS, 2011.

<sup>45</sup> CANGEMI, 2010, p. 205.

<sup>46</sup> CANGEMI, 2010.

<sup>47</sup> BAYLOS, 2005; BAYLOS, 2015.

<sup>48</sup> BAYLOS, 2005; CANGEMI, 2010.

Eles registram a assinatura de um instrumento negociado entre um grupo global/transnacional e uma federação sindical global, ou de federações sindicais internacionais de sindicatos nacionais, de setores ou de empresas. Estão se difundindo como prática nos setores econômicos da indústria, sobretudo química, dos equipamentos de transporte, telecomunicações, gráfica, na construção e nos serviços<sup>49</sup>.

Na literatura internacional há a concordância em distanciar IFAs do código de conduta. São classificados como instrumentos emergentes de uma nova forma de regulação social, deixando em aberto muitas questões quanto à sua natureza jurídica e aos seus impactos nas relações industriais. Estas ambiguidades podem ser amenizadas pela capacidade destes textos se transformarem em instrumentos válidos para fortalecer os interesses dos trabalhadores, também nas empresas subsidiárias e nas empresas subcontratadas.

Como uma das mais recentes expressões do pluralismo jurídico contemporâneo, os acordos IFAs globais, tem a capacidade de formular contratos ou convenções entre empresa e trabalhadores<sup>50</sup>. Pelo *Planet Labor*, é possível resgatar que vários destes acordos integram em seus textos a aplicação das responsabilidades juntamente aos trabalhadores das empresas subcontratadas e as empresas fornecedoras de produtos e serviços<sup>51</sup>.

Os IFAs não aumentam os direitos sociais dos empregados de uma empresa *holding* frente ao conjunto de leis nacionais, mas podem oferecer maior poder de barganha para aumentar o reconhecimento destas<sup>52</sup>. Como exemplo, lembramos, todos incluem os direitos fundamentais estabelecidos pela OIT no plano internacional. Assim fazendo, emerge um sinal de maior legitimação quando as convenções da OIT são reconhecidas e ratificadas pelos Estados e legislações nacionais e acolhidas pelas contrapartes sindicais<sup>53</sup>.

Com estes acordos, as organizações sindicais adquirem maior força de pressão, capacidade de manusear e desenvolver novas ações coletivas, acompanhando a presença dos conselhos sindicais mundiais.

<sup>49</sup> PAPADAKIS, 2008, appendix.

<sup>50</sup> CHEVALLIER, 1998.

<sup>51</sup> MOREAU, 2017; HENNEBERT, 2010.

<sup>52</sup> Esta conclusão é resultado de um estudo comissionado pela Eurofoud em 2008 (SCHÖMANN, SOBCZAK; VOSS, 2008, p. 31).

<sup>53</sup> SOBCZAK, 2008.



Tudo indica que este contato aumenta a troca de informações e a criação de ações de solidariedade entre sindicatos nacionais para responder às estratégias, sobretudo de deslocalização e reestruturação após as fusões entre empresas. A literatura recupera como primeiro IFA (Acordo-Marco-global) a assinatura, em 1988, entre a multinacional Bsn-Danone e a federação sindical internacional no setor alimentar<sup>54</sup>.

## O DIÁLOGO SOCIAL TRANSNACIONAL

O IFA pretende estabelecer “*um relacionamento formal e contínuo entre a empresa multinacional e a federação sindical global, (Global Union Federations, GUF) que pode resolver problemas e trabalhar no interesse de ambas as partes*”<sup>55</sup>. Esta forma assume uma perspectiva de frear o *social dumping*, assegurando modalidades em favor da maior competitividade da empresa nos mercados internacionais. Inicialmente esta negociação foi introduzida no interior das diretivas europeias como modalidade de prevenção ao conflito<sup>56</sup>. Implicitamente os IFAs, tem a meta de solucionar potenciais dificuldade e problemas que nascem nas relações coletivas entre a direção do grupo e os trabalhadores, sem ter que recorrer à autoridade judiciária ou a prevenir as denúncias sociais por parte das campanhas da opinião pública<sup>57</sup>.

O diálogo social internacional é assumido também através do estabelecimento de grupos focais nacionais tripartidos com a meta de aumentar a conscientização sobre os direitos, para solucionar as controvérsias e finalmente acompanhar, a todos os níveis, as escolhas das metas, das diretivas e dos procedimentos de implementação<sup>58</sup>.

Encontramos assim mais elementos que distinguem estas ferramentas dos simples códigos de condutas, modalidades estas unilaterais e discricionárias. Pode ser identificado o conteúdo das cláusulas dos IFAs (*International Framework Agreements*) no delineamento de quatro amplas categorias:

<sup>54</sup> CANGEMI, 2017, SCHOMANN, 2012.

<sup>55</sup> CANGEMI, 2017, p. 33.

<sup>56</sup> Estamos nos referindo a carta dos direitos fundamentais inserida no interior do Trattato di Lisbona que outorga maior autonomia coletiva (CARUSO, 2012).

<sup>57</sup> SCHÖMANN et al, 2008; INTERNATIONAL TRAINING CENTRE, 2016.

<sup>58</sup> GUARRIELLO, 2017 p.13\16.

- Referentes aos direitos e princípios fundamentais nos lugares de trabalho, à liberdade de associação, à contratação coletiva, à não discriminação, à abolição do trabalho forçado, à eliminação do trabalho de crianças<sup>59</sup>.
- Relativas à qualidade do trabalho, que estabelecem as condições mínimas para observar o horário de trabalho, retribuição, saúde e segurança, em observação das leis nacionais;
- Considerando os contratos de trabalho: mobilidade, formação, seguranças nos locais de trabalho, terceirização e reestruturação;
- Para a introdução e supervisão das normas privadas como SA8000, ISO 14001 definidas pela Organização Internacional de Standardização.

A literatura considera IFAs (*International Framework Agreements*) um instrumento de *natureza híbrida, atípica*, promovido no interior da autonomia contratual, por diferentes dimensões<sup>60</sup>. A introdução de um processo negocial de regulação transnacional, tendo como conteúdo os mais atualizados padrões/*standards* internacionais; por superar as fronteiras dos ordenamentos jurídicos nacionais e finalmente, por inserir o monitoramento e procedimentos de controle em todas as filiais da empresa. Estes elementos são elaborados pelos organismos bilaterais de representação de interesses de todos os atores sociais que constituem as relações industriais<sup>61</sup>.

A preocupação principal é superar o vazio institucional em âmbito transnacional por parte dos Estados nacionais que não conseguem acompanhar as problemáticas do trabalho no espaço mundial. É parte das modalidades *de responsabilidade social da empresa mais madura*, superando a geração dos códigos de conduta e cartas de princípios, preenchendo o déficit disciplinar da governança de mercado<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Ver: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/A-HRC-8-5.doc>. Acesso 10/04/2019 e [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf). Acesso 10/04/2019.

<sup>60</sup> CANGEMI, 2017; MOREAU, 2017, p. 52.

<sup>61</sup> THOMAS, 2011; FRANSEN, 2011; HASSEL, 2008.

<sup>62</sup> GEREFFI, MAYER, 2005, p.4; KOLBEN, 2011.

Neste contexto inovador, alguns elementos são deixados ainda à capacidade e poder de defesa dos diferentes atores. É preciso lembrar que não existe ainda um tribunal internacional para fazer apelo em caso de comportamentos não corretos por parte da empresa global/transnacional.<sup>63</sup> Com efeito, para arbitrar os casos de controvérsias o acordo é considerado “*uma regulamentação – moldura*”<sup>64</sup>. Por isto, a fase de monitoramento e controle é extremamente importante. Sem uma rede de contatos e de relações constantes entre os sindicatos locais, nacionais e as federações sindicais globais, pode-se fragilizar a eficácia e o impacto do acordo.

As pesquisas conduzidas por Scarponi e Cangemi apontam também alguns limites. Pode haver experiências negativas quando os sindicatos locais não são parte ativas na rede nacional filiada à federação global; quando estes são fragilizados no interior das empresas filiais; quando os administradores nas empresas locais não estão em sintonia com as diretrizes mínimas internacionais propostas pelo acordo internacional.

## ANOTAÇÕES FINAIS

O estudo das recentes ferramentas de regulação social empresarial por sua complexidade solicitaria uma aproximação pluridisciplinar, para poder responder às diferenciadas questões. Na abordagem jurídica há em curso o debate sobre a formação do direito transnacional<sup>65</sup>. No âmbito da ciência política, é a problemática da governança mundial que chama a atenção de muitos pesquisadores. Para as inquietações da disciplina de Administração, é a gestão das empresas multinacionais.

Para a Sociologia, nossa escolha disciplinar, a reflexão acompanha a regulação social a partir do progresso das transformações das relações industriais, na maturidade da mundialização econômica.

No conjunto dos processos que acompanham a ampliação territorial das relações econômicas, pelas estratégias empresariais de fusão, terceirização e deslocalização, a aplicação do direito nacional do

<sup>63</sup> COLEMAN, 2010.

<sup>64</sup> SCARPONI, 2011; SOBCZAK, 2007; HAMMER, 2005.

<sup>65</sup> TEUBNER, 1997; THOMAS, 2011; MOREAU, 2017.

trabalho entra em crise. Nestas amplas cadeias de relações, aliada à perda de legitimação social das legislações nacionais do trabalho, aumentam as possibilidades de omissões, inadimplências, sonegações por partes das empresas globais. A literatura chega a mencionar quanto a *deslocalização* das empresas globais evolve para a “*contestação do direito do trabalho*”<sup>66</sup>.

No fim do século XX, emergem os códigos de conduta, os selos sociais, o *social audit*. Estes instrumentos voluntários são introduzidos pelas gerências para programar ajustes de práticas (atitudes, estilos de comportamentos e hábitos formais e informais) corrigindo, de forma unilateral, as inadimplências que prejudicam os trabalhadores. A literatura internacional aponta que, em pleno processo de globalização, estas ferramentas, enquadradas no pluralismo de recursos e das fontes do direito, não asseguram ganhos, eficácia ou eficiência. As normas sociais de responsabilidade são “*indicadores de condutas, e não obrigação de comportamento*”<sup>67</sup>.

Nas formas de responsabilidade social das empresas, os códigos, cartas e *audits* sociais são compromissos discricionários dos empregadores. Suas características, em seus desenhos e disposições voluntárias, emascaram a existência de conflitos diretos de regulação, chegando a amortecer seus efeitos sociais e jurídicos.

Em nossa proposta, sem excluir estes diferentes âmbitos<sup>68</sup> temos nos detido a apresentar os IFAs, considerados pela literatura fontes de diálogo social sob base transnacional.

Enquanto os primeiros compromissos são exemplos de modalidades que despolitizam as regras sobre as relações laborais<sup>69</sup>, os IFA são identificados como modalidade de *segunda geração* da responsabilidade social. Sua introdução não só amplia o debate público, mas também fomenta o mecanismo de concertação entre os atores sociais (sindicatos, empresas, trabalhadores).

Neste contexto movediço, após as experiências de acordos negociados no território europeu entre multinacionais e as federações sindicais e comitês de empresas, os IFAs se expandem a nível

<sup>66</sup> BAYLOS, 2005, p. 103-138.

<sup>67</sup> CAILLET, 2014, p. 459.

<sup>68</sup> SUPIOT, 2003.

<sup>69</sup> BAYLOS, 1998.

mundial, sendo considerados “*la pierre angulaire de un dialogue social transnacional atypique*” inaugurando procedimentos originais de *natureza quase institucional*<sup>70</sup>. Isto é, no contexto de reorganização dos territórios sóciopolíticos e a contínua erosão das garantias de proteções, os IFAs se apresentam aos trabalhadores como alavanca para denunciar violações dos direitos fundamentais.

Podemos concluir estas notas, evidenciando o otimismo na literatura sobre esta nova fase de regulação social. Por um lado, no aumento sem precedentes da desregulação por contínuas práticas (fusões, operações de deslocalização, de instalação, e de externalizações), estas ferramentas de negociação representariam uma forma original de deter (*contrarrestar*) a irresponsabilidade social<sup>71</sup>. Por outro lado, os acordos IFAs, regulação global negociada, poderiam proporcionar uma imagem positiva do empresariado, bem mais incisiva daquela sugerida pela formulação de programas unilaterais de responsabilidade social, recursos da primeira geração. Enfim, os IFAS, no momento em que as empresas mais necessitam de integração, funcionariam como nova fonte de acordos mundiais para criar coesão social.

<sup>70</sup> MOREAU, 2017, p. 52.

<sup>71</sup> MOREAU (2017) lembra que a crises mundial de 2008 tem provocado reformas dos direitos do trabalho em mais de 20 países com a relativa perda e redução das garantias para os trabalhadores e dos regimes de proteção social.

## REFERÊNCIAS

BAYLOS, Antonio. Globalización y Derecho del Trabajo Realidad y Proyecto. In: *Revista DERECHO & SOCIEDAD*, n.17, 1998.

BAYLOS, Antonio. *Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica*. LAN Harremanak, 2005.

BARRAUD de LAGERIE, Pauline. Un salariat mondialisé? In: *Les notes de l'Institut Européen du Salariat*, n° 28, 2012.

BARRAUD de LAGERIE, Pauline. *Chaînes globales de valeur et audit social*. Étude OIT/France, 2015.

CAILLET, Marie-Caroline. *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises: étude à partir des entreprises transnationales*, Université de Bordeaux, 2014.

CANGIMI, Vincenzo. *Relazioni industriali nell'era della globalizzazione: gli accordi quadro transnazionali*. UNIPD, 2017.

CAPPELLIN, Paola; GIULIANI Gian Mario. The political economy of corporate responsibility in Brazil, In: *United National Research Institute for Social Development*, paper n. 14, Geneva, 2004.

CAPPELLIN, Paola; GIFFONI, Raquel. As empresas nas sociedades que mudam: a responsabilidade no Norte e no Sul. In: *Caderno CRH*, v. 20, n. 51, Salvador, 2007.

CAPPELLIN, Paola. Formes hybrides de négociation. Le renouvellement des conduites, des dispositifs et des normes parmi les entreprises brésiliennes. In: AZAIS, Christian; CARLEIAL, Liana (org). *La Zone grise du travail*. Peter Lang, Bruxelles, 2017.

CARUSO, Sebastiano Bruno; ALAIMO, Anna Maria. *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo (Parte I)*. In: *Arg. Dir. Lav.*, n. 2, 2012.

CARUSO, Sebastiano Bruno; ALAIMO, Anna Maria. *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo (Parte I)*, In: *Arg. Dir. Lav.*, n. 6, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la regulation juridique. In: *Revue du droit public et de la science politique*, n° 3, 1998.

COLEMAN, Katharina. Enforcing international framework agreements in U.S. Courts: a contract analysis. In: *Col. Hum. Rights Law rev.*, n. 41, 2010.

COMISSAO EUROPEIA. The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration.

In: *Transnational company agreements: realising the potential of social dialogue*. Tech. Rep. 2012.

COMPA, Lance. *A strange case*. Violations of workers' freedom of association in the United States by European Multinational corporations. New York, Human Rights Watch, 2010.

COSTANZO, Paolo. Hard law e soft law: il senso di una distinzione. In: COSTANZO, P.; MEZZETTI, L.; RUGGERI. *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006.

D'ANTONA, Massimo. Diritto del Lavoro di fine secolo: una crisi di identità? In: *Rivista Generale del Lavoro e delle Politiche Sociali*, n. 1, p.51-93, 1998.

DAUGAREILH, Isabelle. Introduction et Enjeux et limites du contrôle des ACI: l'exemple des entreprises françaises, dans La RSE, vecteur d'un droit mondialisé? In: Daugareilh, *Dir., Bruylant*, 2017.

DE CESARE, Donatella. Il naufragio dei diritti umani (anche) nelle democrazie liberali. In: *La Repubblica*, Milano, 10 dicembre 2018.

DESCOLONGES, M. Les accords-cadres internationaux, quel nouvel ordre sociologique? In: PAPADAKIS, Konstantinos (ed) *CROSS-BORDER SOCIAL DIALOGUE AND AGREEMENTS: An emerging global industrial relations framework?* International Labour Organization International Institute for Labour Studies, 2008.

DOUCIN, M. La responsabilité sociale de entreprises n'est pas un concept tombé du ciel. In : F-G. Trébulle, O. Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises*. Regards croisés droit et gestion, Paris, Economica, 2011.

DUFRESNE, Anne. Les accords d'entreprise transnationaux, Un moyen de relancer la négociation collective européenne? In: *Notes IES*, n. 11, 2010.

EGELS – ZANDEN, Merk. Private regulations and trade unions rights: why codes of conduct have limited impact on trade union rights, In: *Journ. Busin. Ethics*, n.3, 2014.

FEENSTRA, R.C. Integration of trade and disintegration of production in the global economy. In: *Journal of Economic Perspectives*, v. 12, n. 4, 1998.

FRANSEN, Luc. Why Do Private Governance Organizations Not Converge? A Political -Institutional Analysis of Transnational Labor Standards Regulation. In : *Governance*, 24/2, 2011.

GEREFFI, G. et al. The governance of global value chains. In: *Review of International Political Economy*, v. 12, No. 1, 2005.

GEREFFI, Mayer. Globalization and the demand for governance. In: GEREFFI (org.). *The new offshoring of jobs and global development*, ILO Social Policy Lectures, 2005.



GUAMAN, Adoración, Del Documento de Elementos al Draft 0: apuntes jurídicos respecto del posible contenido del proyecto de Instrumento Vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018.

GUARRIELLO, Fausta. Quadro giuridico dei TCA: questioni aperte. In: *L'applicazione degli Accordi Quadro Internazionali nei gruppi multinazionali Dal quadro giuridico internazionale all'analisi empirica*, SINDNOVA, /EURIDE, 2017.

HADWIGER, Felix. *Why Do Multinational Companies Sign Transnational Company Agreements?* UNIVERSITY OF HAMBURG, 2014.

HAMMER, Nikolaus. International framework agreements: Global industrial relations between rights and bargaining. In: *Transfer: The European Review of Labour and Research*, v. 11, No. 4, 2005.

HAMMER, Nikolaus. International framework agreements in the context of global production. In: PAPADAKIS, Konstantinos (ed) *CROSS-BORDER SOCIAL DIALOGUE AND AGREEMENTS: An emerging global industrial relations framework?* International Labour Organization International Institute for Labour Studies, 2008.

HASSEL, Anke. The evolution of a Global Labor Governance Regime. In: *Governance*, n. 2, 2008.

HENNEBERT, Marc-Antonin. Les alliances syndicales Internationales, des contrepouvoirs aux entreprises multinationales? Paris, L'Harmattan, *Collection Logiques sociales*, 2010.

HENNEBERT, Marc-Antonin. Os acordos-marco internacionais e as alianças sindicais internacionais: instrumentos de uma necessária transnacionalização da militância sindical. In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 19, no 45, mai/ago 2017.

HEPPLE, Bob. *Labour Laws and Global trade*. Hart Publishing, Oxford, 2005.

HIRSCHMAN, Albert. *Exit, voice and Loyalty*. Harvard University Press, 1970.

INTERNATIONAL TRAINING CENTRE. *Key issues for management to consider with regard to Transnational company agreements (TCAs)*, ILO, 2016. Disponível em: <http://www.itcilo.org/en/community/news/tcas-final>, 2010, pag. 10 (ultimo acesso 2019)

KAUFMAN, Allen; ZACHARIAS, Lawrence; MARVIN, Karson. *Managers versus Owner*. The struggles for corporate control in American democracy, Ruffin Series, 1995.

KIRSCHNER, Ana Maria; GOMES, R. Eduardo; CAPPELLIN, Paola. *Empresa, empresários e globalização*, (org) Relume Dumará e FAPERJ, 2002.

KOLBEN, Kevin. Labor Rights as Human Rights? In: *Virginia Journal of International Law*, v. 50, 2010.

KOLBEN, Kevin. Transnational Labor Regulation and The Limits of Governance. In: *Theoretical Inquiries in Law*, n. 2, 2011.

LOCKE, Richard. Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike In: *ILR REVIEW*, v. 61, No. 1, 2007.

LOCKE, Richard; ROMIS, Monica. Improving Work Conditions in a Global Supply Chain. In: *MIT Sloan Management Review*, n. 48(2), 2007.

MARTIN-CHENUT, Kathia. Conclusions et perspectives. In: Panorama en droit international des droits de l'homme. In: *La RSE saisie par le droit perspectives interne et internationale*, Editions Pedone, 2015.

MARTIN-CHENUT, Kathia; PERRUSO, Camila. Organes de protection des droits de l'homme et responsabilité des entreprises: la contribution des obligations positives. In: *La RSE saisie par le droit perspectif interne et international*, ed. Pedone, 2015.

MILBERG, W. Globalized production: Structural challenges for developing country workers. In: W. Milberg (ed.): *Labor and the globalization of production* (Houndmills, Palgrave), 2004.

MOREAU, Marie-Ange. *A specificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017: originalité, nature, fonctions*, OIT/France, 2017.

OCDE. Inventaire des codes de conduite d'entreprises. *TD/TC/WP(98)74/FINAL*, 2000.

PAPADAKIS, Konstantinos, ed. 2008a. *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: An Emerging Global Industrial Relations Framework?* Geneva: International Institute for Labor Studies and International Labour Office.

PERRUCCIO, Vincenzo. *Clausola sociale e standards di lavoro nel diritto internazionale pattizio*. La Sapienza, Roma, 2016.

PERULLI, Adalberto. *Diritto del Lavoro e globalizzazione*. Clause sociali, codici di condotta e commercio internazionale. Padova, Cedam, 1999.

PERULLI, Adalberto. Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi? In: *Lavoro e Diritto*, v. 1, 2011.

PERUZZI, Marco. CSR: l'evoluzione della definizione nei documenti della Commissione europea. In: *UNIVR*, 2017.

RUGGIE, John. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational

corporations and other business enterprises. In: *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy Framework*, UN Document A/HRC/17/31, 21 March 2011.

SCARPONI, Stefania, Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping? In: *LD*, n.1/2011.

SCHÖMANN, Isabelle et al. *Codes of conduct and international framework agreements: new forms of governance at company level*. European foundation for the improvement of living and working conditions, 2008.

SCHOMANN, Isabelle. Transnacional company agreements : towards na internationalisation of industrial relations. In: SCHOMANN et al. *Transnational collective bargaining at company level*. Bruxelles. 2012.

SOBCZAK, André. Legal dimensions of international Framework agréments in the field of corporate social responsibility. In: *RI*, v. 62, n. 3, 2007.

SOBCZAK, André. Legal dimensions of international framework agreements in the field of *corporate* social responsibility. In: PAPADAKIS, Konstantinos. (Ed) *CROSS-BORDER SOCIAL DIALOGUE AND AGREEMENTS: An emerging global industrial relations framework?* International Labour Organization International Institute for Labour Studies, 2008.

SUPIOT, Alain. Un faux dilemme: la loi ou le contrat? In: *Droit Social*, 2003.

TELLJOHANN, Volker et al. *European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches*. Tech. Rep. EUROFOUND, 2009.

TEUBNER, Gunther. *Global Law without a State* (Studies in Modern Law and Policy). Hardcover, 1997.

THOMAS, Thomas. Global industrial relations? Framework agreements and the regulation of international labour standards. In: *Lab. Stud. Journ*, n. 2, 2011.

TOUZARD, Hubert. Consultation, concertation, négociation - Une courte note théorique. In: *Négociations* (n° 5), 2006/1.

VALDES DAL-RE, Fernando. La Globalizacion y el Mundo del Trabajo. In: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da (org). *Transformações no mundo do trabalho e redesenhos institucionais, trabalho, instituições e direitos*. São Paulo, LTr, 2014.

VOGEL, David. *Lobbying the corporation*. Basic Books, Inc Published N.Y, 1978.

VOGEL, David. *The private regulation of global corporate conduct*. ed. University of California, Berkeley. 2007.

WILKE, Peter; SCUTZE Kim. *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level of the European Commission*. Tech. Rep. Wilke, Maack und Partner, 2008.

# LINEAMIENTOS BÁSICOS DE LA PROTECCIÓN PENAL ADELANTADA DE LA VIDA Y SALUD EN EL TRABAJO

**Patricia Gallo**

Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Docente de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina  
patricia\_gallo@yahoo.com

**Recibido:** março 24, 2019.

**Aceito:** outubro 28, 2019.

Diretrizes básicas de proteção criminal avançada da vida e da saúde no trabalho

Basic Guidelines of Advanced Criminal Protection of Life and Health at Work

## RESÚMEN

En el presente trabajo se analiza a qué pautas debe responder la protección penal de la vida y salud de los trabajadores, frente a los riesgos inherentes de la actividad laboral. Teniendo en cuenta que la principal causa de los accidentes y enfermedades de trabajo consiste en el incumplimiento de las normas de seguridad extrapenales (administrativo/laborales), es necesario -en aras de la eficacia de la protección penal- adelantar la barrera de punición a través de un delito de peligro, como lo ha hecho el legislador español mediante el art. 316 del CP español. Partiendo del contexto en el que se enmarca la necesidad de esta protección penal intensificada (fundamentalmente la actual sociedad de riesgo y los fenómenos de expansión y modernización del Derecho penal), se ponen aquí de manifiesto las características propias a las que responde este especial delito de peligro y que tienen directa relevancia en un adecuado diseño del tipo penal que se postula

**Palabras-clave:** Riesgo permitido; Poder de decisión; Posición de garante; Subordinación del trabajador; Globalización; Delito de peligro.

## Resumo

Neste artigo, analisamos a quais diretrizes a proteção criminal da vida e da saúde dos trabalhadores respondem, contra os riscos inerentes à atividade laboral. Tendo em vista que a principal causa de acidentes e doenças profissionais consiste na violação de normas de segurança extra criminais (administrativas / trabalhistas), é necessário- em prol da eficácia da proteção criminal- avançar a barreira da punição através de um crime de perigo, como o legislador espanhol fez através do art. 316 do CP espanhol. A partir do contexto em que se enquadra a necessidade dessa proteção criminal intensificada (principalmente na atual sociedade de risco e diante dos fenômenos de expansão e modernização do direito penal), serão expostas as características desse crime especial de perigo e que tenham relevância direta para um design adequado do tipo penal postulado.

**Palavras-chave:** Risco permitido; Poder de decisão; Posição de garantidor; Subordinação do trabalhador; Globalização; Crime de perigo.

## Abstract

In this paper, we analyze to which guidelines the criminal protection of the life and health of the workers must respond, against the inherent risks of the labor activity. Taking into account that the main cause of accidents and occupational diseases consists in the breach of extra-criminal safety regulations (administrative / labor), it is necessary- for the sake of the effectiveness of criminal protection- to advance the puncture barrier through of a crime of danger, as the Spanish legislator has done through art. 316 of the Spanish CP. Starting from the context in which the need for this intensified criminal protection is framed (mainly the current risk society and the phenomena of expansion and modernization of criminal law), the characteristics of this special crime of danger and that have direct relevance in an adequate design of the criminal type that is postulated.

**Keywords:** Permitted risk; Decision power; Guarantor position; worker subordination; Globalization; Danger crime.

## SUMARIO

I. Introducción a la situación de los “riesgos laborales”; II. La sociedad de riesgo; III. La expansión y la modernización del Derecho penal; IV. Notas características del delito de riesgos laborales; IV.1. Introducción; IV.2. Incremento del riesgo por encima del nivel permitido; IV.3. Delito especial del empresario; IV.4. Dependencia/subordinación del trabajador; IV. 5. Globalización y necesidad de regionalización; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN A LA SITUACIÓN DE LOS “RIESGOS LABORALES”

El de las actividades laborales es un ámbito que puede llegar a ser muy riesgoso<sup>1</sup>, por eso está intensamente regulado por normas extrapenales -administrativo/laborales- que imponen al empresario medidas de seguridad adecuadas a la clase de peligro inherente a la actividad específica. Tales preceptos determinan el *riesgo permitido*, al autorizar el desarrollo de una tarea productiva peligrosa *pero bajo ciertas condiciones de seguridad*.

Esas normativas responden a un cambio de visión de los accidentes laborales, que han dejado de percibirse como un efecto inevitable del trabajo, por eso ya no son exclusivamente reparadoras o resarcitorias, sino esencialmente *preventivas*.

Ahora bien, más allá de que el riesgo propio del proceso productivo es estructural, lo cierto es que la mayoría de los accidentes y enfermedades laborales producidos, son consecuencia del incumplimiento de esas normas de seguridad por parte del empresario.

Frente a esta realidad, los delitos tradicionales de resultado (homicidio y lesiones imprudentes) no parecen ser eficaces para prevenir estos resultados lesivos. En este contexto, se manifiesta oportuna la intervención del Derecho penal *adelantada*, mediante un delito de peligro, como instrumento idóneo para la *determinación de los empresarios al cumplimiento de las normas de seguridad*, como condición necesaria para la permisión del riesgo que conlleva la actividad laboral.<sup>2</sup>

Así lo ha hecho el legislador a través del art. 316 del CP español:

Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Por ejemplo: el de la construcción, minería, agricultura y ciertas industrias.

<sup>2</sup> Ver GALLO, 2018, pp.8 y ss.

<sup>3</sup> Por su parte, la versión imprudente del delito (art. 317) establece que: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.”

**Ahora bien, más allá de que el riesgo propio del proceso productivo es estructural, lo cierto es que la mayoría de los accidentes y enfermedades laborales producidos, son consecuencia del incumplimiento de esas normas de seguridad por parte del empresario.**



Puede considerarse a este precepto como una norma paradigmática, no sólo por la evolución que ha tenido su aplicación jurisprudencial,<sup>4</sup> sino también por el desarrollo doctrinario que ha generado.<sup>5</sup>

La creación del tipo penal de peligro en el ámbito de los riesgos laborales, se enmarca en las nuevas necesidades de protección generadas por la llamada “sociedad de riesgo” y en los fenómenos de expansión y modernización del Derecho penal.

## II. LA SOCIEDAD DE RIESGO

Con “sociedad de riesgo” se hace referencia tanto a una sociedad que se enfrenta con nuevos peligros para sí misma y para las condiciones básicas de la existencia humana, como a los ámbitos de inseguridad social y al sentimiento subjetivo de inseguridad de los

<sup>4</sup> En los primeros años, luego de su inclusión en el CP español (1995), este precepto tuvo una escasa aplicación por parte de la jurisprudencia. Una de las razones que explica esa situación, es que el artículo ha sido interpretado casi unánimemente (tanto por la doctrina como por la jurisprudencia) como un delito de peligro concreto. Esta exégesis presenta problemas a la hora de precisar el concepto de “peligro concreto” (esa expresión refiere a un “resultado” de peligro-el bien jurídico estuvo muy cerca de sufrir la lesión- pero que *no es aprehensible por los sentidos*). En segundo término, aun cuando pueda precisarse el concepto “peligro concreto”, surgen muchas dificultades para su constatación (prueba procesal). Ello es compatible con que los primeros años solo se aplicaba este delito de peligro, cuando además se producía un resultado dañoso (lesión o muerte del trabajador), lo que simplificaba el tema de la prueba del resultado de peligro. Además de los problemas señalados, creo que el factor esencial que explicaba la escasa aplicación de la norma, era la *difícil detección* de las situaciones de “puesta en peligro” abarcadas por el tipo penal (por esa razón también era necesario el resultado lesivo, ya que ante el accidente laboral, se daba parte a la policía). En esa lógica, cabe destacar que esta situación ha comenzado a revertirse desde hace unos años, mediante la dotación de mayores recursos a la Inspección del Trabajo (que permite una actuación preventiva más eficiente) y fundamentalmente a partir de la creación de Fiscalías especializadas en siniestralidad laboral (2006). Aunque todavía en muchos de los casos donde los tribunales condenan por el delito de peligro, se ha producido también una lesión u homicidio imprudente, lo cierto es que se aplica también como delito autónomo (ver GALLO, 2018, pp. 243 y ss.). Por mencionar algunas sentencias judiciales donde se ha tratado la aplicación del art. 316: SAP Barcelona, 25/06/99; SAP Toledo, 1°.3/06/03; SAP; SAP Madrid, 17°. 6/10/03; SAP Castellón, 3°. 3/09/02; SAP Vizcaya, 1°26/11/02; STS 2° 12/11/98; STS 2° 19/10/00; SAP Castellón, 3°. 3/09/02; SAP Burgos, 1°. 3/11/08; STS 2°.12/11/98; STS 2°. 19/10/00; SAP Madrid, 17°.6/10/03, SAP Barcelona 6°. 14/11/05, SAP Valladolid 2° 24/11/08; SAP Lleida 1°. 29/06/12, entre muchas otras.

<sup>5</sup> La complejidad de la estructura típica del art. 316 ha llamado la atención de los doctrinarios españoles, que se han avocado a la interpretación de los diferentes elementos típicos: “no facilitar los medios necesarios”, “puesta en peligro grave”, “los legalmente obligados”. Respecto de esta última expresión, se interpreta que el sujeto activo es la *persona física* en la que recae el deber de seguridad respecto de los peligros propios del proceso productivo y que puedan afectar la vida y salud de los trabajadores (empresario y delegados). En este sentido, cabe traer a colación el art. 318 del CP español, que establece que: “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello” (ver GALLO, 2018, pp. 523 y ss.). En igual dirección se ha expresado la jurisprudencia, diciendo que *cuando la empresa es un ente jurídico, ha de reputarse responsable penal al que ejerza la función de garante* (STS 2°, 29/07/02).

**Partiendo de la necesidad de aceptar ese margen de riesgo (permitido) en el marco de actividades peligrosas pero socialmente útiles, se produce un necesario cambio en la orientación de política criminal tradicional: lo que se busca es *mantener ese riesgo en el nivel permitido*, y ello conduce a la técnica propia del delito peligro y de la ley penal en blanco.**

miembros de esa sociedad. El modelo de la post-industrialización resulta contrapuesto al de la sociedad del desarrollo industrial del siglo XIX, ya que se advierte una elevada “sensibilidad al riesgo” que se traduce en un cambio en la valoración social del riesgo.<sup>6</sup> En este sentido, comienza a tolerarse menos el sacrificio del bien jurídico “vida” en aras del progreso.<sup>7</sup>

Este fenómeno desemboca en la creación de normas cautelares, dirigidas a impedir la transformación del riesgo en daño, exigiendo un adelantamiento de la protección, sin esperar a la producción del resultado, sino que castigue las acciones peligrosas *por sí mismas* (desvinculadas del resultado lesivo). Ello, ante la necesidad de controlar los nuevos ámbitos de riesgo inherentes al estado actual de la ciencia y la tecnología.

Se trata de reconocer un “ámbito de juego” a lo que se denominó “riesgo permitido” en el contexto de ciertas acciones peligrosas o lesivas que, sin embargo, resultan socialmente necesarias o útiles.<sup>8</sup> Partiendo de la necesidad de aceptar ese margen de riesgo (permitido) en el marco de actividades peligrosas pero socialmente útiles, se produce un necesario cambio en la orientación de política criminal tradicional: lo que se busca es *mantener ese riesgo en el nivel permitido*, y ello conduce a la técnica propia del delito peligro y de la ley penal en blanco. En efecto, la conducta se caracteriza por una acumulación de remisiones normativas de diversa naturaleza; el núcleo de la tipicidad se constituye por el incumplimiento de disposiciones propias de otras áreas del sistema jurídico (administrativo/laborales).<sup>9</sup>

El Derecho penal moderno, a diferencia de lo que ocurría en una visión “todavía primitivamente objetiva del mismo”, atribuye relevancia no sólo a los resultados efectivamente lesivos sino también a aquellos que “podían” haberse producido, efectuando una especie de “protección anticipada de los bienes”, cuando se entiende que

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2001, pp. 34 y ss.

<sup>7</sup> En el marco de la sociedad industrial, la idea general era que la colectividad debía pagar el precio del desarrollo, admitiendo que las empresas no adopten las máximas medidas de seguridad ni empleen materiales de la máxima calidad. Y esto debía admitirse aunque se sepa de antemano no ya que de modo genérico se producirán lesiones o muertes, sino que específicamente en una determinada industria éstas habrán de tener lugar (SILVA SÁNCHEZ, *Ibidem*).

<sup>8</sup> PARDES CASTAÑÓN, 1995, pp.36 y ss.; en igual sentido, ver PERIS RIERA, 2005, p. 689.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, 2016, p. 29. Sobre el punto, ver FRISCH, 2004, pp. 111 y ss.

por la naturaleza e importancia de los mismos resulta conveniente anticipar la barrera de protección, con el consecuente desplazamiento del umbral de punibilidad.<sup>10</sup> Se experimenta así, un cambio de visión ante los nuevos peligros; el centro de atención está ahora en el *incremento del margen de riesgo por encima del nivel permitido*.

Conforme se ha señalado, uno de los elementos característicos de la sociedad de riesgo es

la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada. Si se proyecta la misión del Derecho penal, de garantizar la protección de bienes jurídicos, sobre este cambio en las relaciones de intercambio sociales, y se busca en cada caso aquel punto en el que ha de apoyarse la palanca preventiva de las normas jurídico penales, el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto, prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas.<sup>11</sup>

El ámbito de las relaciones laborales no ha permanecido ajeno a esa evolución en los contextos de acción. En efecto, puede observarse como se ha modificado el vínculo laboral en el marco actual de las corporaciones comerciales; ya no se trata del patrón que tiene una relación personal y cercana -cotidiana- o *individual* con cada dependiente, sino de interacciones casi anónimas -inclusive no presenciales en el marco de las empresas multinacionales, globalizadas en sus formas de comunicación-. Ello se traduce en una nueva clase de ataque (colectivo) a los bienes jurídicos esenciales de los trabajadores (vida y salud), en la medida que una infracción de la norma de seguridad puede poner en peligro a una pluralidad indeterminada de trabajadores -y no sólo a un trabajador individual-. Este aspecto, conduce a introducir en este ámbito, el concepto del *peligro común o abierto*, en el contexto del delito de peligro.

Los delitos de peligro implican así una extensión anticipada de la penalidad a partir de una idoneidad lesiva de la concreta acción u omisión realizada por el agente, idoneidad imprescindible para determinar la inminente probabilidad de producirse una efectiva lesión

<sup>10</sup> PERIS RIERA, 2005, p. 691.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN, 1996, CANCIO MELIÁ, 1996, pp.198/99.

al bien jurídico protegido. Los delitos de peligro se constituyen en un instrumento de la política criminal moderna de un Derecho penal preventivo y contenedor de riesgos.<sup>12</sup>

#### La intervención penal por medio del delito de peligro

no sólo puede resultar más eficaz que los instrumentos extrapenales en la prevención de riesgos laborales, sino también respecto de los clásicos delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Partiendo de la asunción por parte del Estado de una determinada “concepción utilitarista del Derecho penal” en la incriminación de nuevas conductas, puede afirmarse que los delitos de peligro en general y el delito contra la seguridad e higiene laboral en particular, logran garantizar no sólo una disminución de los altos costes económicos derivados del pago de las prestaciones sociales derivada un accidente de trabajo, sino la imposición a los posibles autores de una pena menos gravosa que la prevista en los delitos de homicidio y lesiones y la existencia de un instrumento más a través del que impedir la conculcación de unos bienes jurídicos penales tan esenciales como la vida y salud del trabajador.<sup>13</sup>

Según se ha expresado, en el delito imprudente de resultado, la norma de comportamiento concreta, por regla general no está escrita y es formulada posteriormente por la jurisprudencia, mientras que en el delito de peligro abstracto, el legislador puede y debe crear un tipo mucho más concreto para cumplir con el principio de legalidad.<sup>14</sup>

En mi opinión, la intervención penal en el ámbito de la actividad laboral peligrosa no puede desconocer este nuevo panorama de agresión a los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores, frente al que debe adaptar sus herramientas recurriendo al delito de peligro abstracto y de peligro común.

<sup>12</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, p.696. Las nuevas actividades socio económicas de esta sociedad moderna, generan una cantidad indeterminada de riesgos que deben ser contenidos por el Derecho penal, a fin de evitar una lesión concreta a los bienes jurídicos individuales, por ello, anticipar de forma significativa la función de prevención, es la única forma viable de asegurar la misión fundamental del *ius puniendi*: la protección “preventiva del bien jurídico”. El Derecho penal moderno debe asegurar mayores ámbitos de protección social de los individuos. Por eso, la legitimidad del delito de peligro abstracto es incuestionable (*Ibidem*, pp. 697/8).

<sup>13</sup> HORTAL IBARRA en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, 2004, pp. 149/50.

<sup>14</sup> SCHÜNEMANN, 1996, p. 201; GRACIA MARTÍN en REÁTEGUI SÁNCHEZ/REQUEJO SÁNCHEZ (coord.), 2016, pp. 50/52.

### III. LA EXPANSIÓN Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

El creciente número de fallos técnicos como consecuencia del desarrollo tecnológico y la proliferación de procesos de producción con cursos causales cada vez más complejos, dejan al individuo -por ejemplo, el consumidor- en una situación de especial indefensión frente a tales riesgos, desconocida hasta ahora, de ahí que ante la perspectiva de que tales peligros se concreten en resultados lesivos, los ciudadanos demandan al Estado mayor seguridad, a fin de recuperar la sensación subjetiva de sentirse libres de peligro.<sup>15</sup>

**En efecto, una vez que el ciudadano medio percibe el peligro, exige al Estado que aumente el control de los ámbitos peligrosos. Esto suele conllevar una expansión del Derecho penal, no sólo desde el punto de vista penológico, con el aumento de las penas, sino también, con la creación de nuevos tipos penales.**

En efecto, una vez que el ciudadano medio percibe el peligro, exige al Estado que aumente el control de los ámbitos peligrosos. Esto suele conllevar una expansión del Derecho penal, no sólo desde el punto de vista penológico, con el aumento de las penas, sino también, con la creación de nuevos tipos penales.<sup>16</sup> La explicación de este giro de la legislación penal se encuentra en la necesidad de atender a esos requerimientos de una sociedad cada vez más compleja, y caracterizada por nuevas formas de criminalidad, en su mayoría organizada y de naturaleza económica.<sup>17</sup>

El fenómeno de la expansión se inserta en un marco general de *reinterpretación* de las garantías clásicas y ello debido a un conjunto de circunstancias que conectan con la naturaleza de los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos -colectivos-, la técnica de tipificación usada -delito de peligro- y la autoría en ese ámbito -por ejemplo, criminalidad empresarial-.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> GÓMEZ MARTÍN, 2004, p. 77.

<sup>16</sup> GALLARDO GARCÍA, 2016, p. 8. Riesgo es un peligro que se puede y debe evaluar, en cuanto se puede y debe conocer y que en consecuencia se puede y debe controlar. Por ello, está claro que los factores que caracterizan a la sociedad actual como sociedad de riesgo, se basan en que han cambiado dos circunstancias: 1 los peligros que existían y existen, se preveían/conocían en abstracto pero no se podían prever/conocer en concreto, 2 incluso en la medida en que se conocían difícilmente, se podían controlar. Hoy en día muchos de esos peligros se perciben como riesgos porque hay personas que los pueden conocer con relativa exactitud, pero no todos los ciudadanos y hay peligros que esas personas pueden controlar, pero no el ciudadano común. Esos peligros que se pueden conocer y controlar es lo que denominamos "riesgo" y es lo que se puede exigir que sea controlado por quienes en las concretas circunstancias están obligados a ello, y es, en el caso de que incumplan gravemente ese deber de controlar, cuando el Derecho penal debe intervenir (CORCOY BIDASOLO en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.), 2004, p. 32).

<sup>17</sup> POZUELO PÉREZ, 2003, p. 111.

<sup>18</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 516.

El discurso de modernización, en paralelo a la dotación al Estado de derecho de los contenidos materiales que le proporciona el Estado social, sólo plantea una *adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y a esta concepción del Estado*, pero para esto no se desvía de los principios y garantías del Estado de derecho, sino que los profundiza, para realizarlos en toda su plenitud. La modernización es considerada una exigencia ética y política del presente, precisamente como condición de posibilidad de la realización efectiva de las garantías del Estado de derecho social y democrático.<sup>19</sup> En la actual sociedad de riesgo, el Estado no puede limitarse a garantizar al individuo unos espacios de autonomía que impidan la injerencia de terceros en su esfera de libertad, sino que debe garantizar también el libre y efectivo desarrollo de su personalidad en la sociedad, mediante el establecimiento de todos aquellos mecanismos que permitan su participación en *condiciones de igualdad material*, prestando especial atención a aquellos grupos sociales que, por encontrarse en una franca situación de desigualdad, requieren una tutela reforzada.<sup>20</sup> En este esquema, es impensable pretender retroceder a un Derecho penal tradicional (liberal), sostenido bajo el principio de mínima intervención, del modo que allí se lo definía. Este principio debe ser reelaborado de conformidad con las nuevas y concretas exigencias de la sociedad moderna, donde los derechos sociales exigen una *respuesta intensificada* del Estado.<sup>21</sup> Frente al Derecho penal tradicional, que se limitaba a intervenir sólo lo mínimo indispensable para la “seguridad ciudadana”, la política criminal progresista proclama la aspiración a la *justicia social*. En este contexto, la expresión “intervención mínima” hace referencia a la idea de que la intervención penal ha de utilizarse únicamente en aquellos casos en que resulte imprescindible para garantizar la protección de la sociedad *pero bajo estas nuevas pautas*, idea que responde al criterio de que la pena solamente es admisible cuando no existe otro “mal menor”, puesto que de existir, la intervención penal sería ilegítima al infringir dicho principio político-criminal.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> GRACIA MARTÍN, 2016, pp. 50/51.

<sup>20</sup> HORTAL IBARRA, 2004, p. 244.

<sup>21</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, pp. 686 y 711.

<sup>22</sup> HORTAL IBARRA, 2010, pp. 393/94.

En el panorama descrito, el delito de riesgos laborales adquiere características propias de las que pueden extraerse pautas a las que debe responder el diseño del tipo penal correspondiente.

## IV. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE RIESGOS LABORALES

### IV.1. Introducción

El fenómeno de expansión/modernización presenta tres características definitorias: la administrativización del Derecho penal, la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho penal y la regionalización/globalización del Derecho penal.<sup>23</sup>

Las características señaladas adquieren una fisonomía propia en el marco del delito de riesgos laborales aquí postulado:

**El fenómeno de expansión/modernización presenta tres características definitorias: la administrativización del Derecho penal, la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho penal y la regionalización/globalización del Derecho penal.**

La administrativización implica que el Derecho penal interviene en sectores de riesgo socialmente muy significativos, como lo es el ámbito de la actividad laboral peligrosa, donde la norma administrativo-laboral ha fijado un margen de *riesgo permitido*. En ese contexto, el delito de peligro desvalora la conducta de *infracción de la norma extrapenal*, que introduce un riesgo no permitido, generando un peligro grave para la vida y salud del trabajador. Ello tiene como consecuencia, la anticipación de las fronteras de la protección penal y la transición, en definitiva, del modelo de delito de lesión al modelo *de delito de peligro* y el uso de leyes penales en blanco.<sup>24</sup>

En segundo término, la evolución del Derecho penal (modernización) radica en la criminalización formal de la criminalidad material de las clases sociales poderosas, ignorada o favorecida por el Derecho penal liberal. Por eso, la tarea fundamental del discurso de modernización consiste en formular los enunciados y en determinar los objetos que permitan incluir a toda la criminalidad material -esencialmente económica y empresarial- de las clases sociales poderosas en el discurso político criminal.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 513.

<sup>24</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 514.

<sup>25</sup> GRACIA MARTÍN, 2016, p. 52.



Esta concepción permite enmarcar el delito de riesgos laborales, en la *estructura de la empresa*, donde hay un incumplimiento por parte del empleador -en tanto “parte poderosa de la relación laboral”- de las condiciones mínimas de seguridad e higiene que conforme a la norma extrapenal, debe brindar a la “parte débil o *subordinada* de esa relación”: los trabajadores. De ese modo, la intervención penal aquí se dirige a proteger a ese colectivo vulnerable, frente al comportamiento infractor del *empresario*, en aras de garantizar un ámbito seguro de trabajo, en el que el ciudadano pueda desarrollarse.<sup>26</sup>

Por último, la globalización, como fenómeno socio-económico internacional y la integración supranacional, como fenómeno jurídico-político, constituyen dos factores que inciden en la discusión sobre el Derecho penal de la sociedad postindustrial, en el sentido de que tras ellos subyace la reivindicación de una *lucha más eficaz contra la criminalidad*.<sup>27</sup>

De lo anterior, se desprenden las notas características propias del delito de riesgos laborales y de la situación que éste debe desvalorar, que pueden esquematizarse del siguiente modo: 1. incremento del riesgo por encima del nivel permitido, 2. delito especial del empresario, 3. dependencia del trabajador y 4. delito de peligro en un contexto de globalización.

#### IV.2. Incremento del riesgo por encima del nivel permitido

La actividad laboral constituye, junto con el tráfico rodado y la práctica médica quirúrgica, uno de los ámbitos en que mayor incidencia tiene la figura del *riesgo permitido*. La utilidad socioeconómica que reportan dichas actividades explica la admisión de un determinado umbral de riesgo tolerado, cuya frontera se fija, entre otros factores, en atención a la importancia de los intereses en juego y las posibilidades técnicas de controlarlos. Se trata de una decisión política que, en la práctica, queda en mano de los expertos y en un segundo momento -decisión judicial- fundamentará la imposición de sanciones civiles, administrativas y penales,

<sup>26</sup> Se trata de un ámbito caracterizado por la situación desigual de las partes, lo que exige recurrir a técnicas de intervención que, aun no dirigidas a eliminar la desigualdad, tarea que no compete al sistema penal, tenga en cuenta esa peculiaridad, ya que de otro modo, se revelarían como absolutamente inidóneas ab initio (TERRADILLOS BASOCO, 2000, p. 23).

<sup>27</sup> DEMETRIO CRESPO, 2005, pp. 515/16.

siempre que en el supuesto se haya superado el grado de riesgo legalmente establecido.<sup>28</sup>

La tipificación de los límites de tolerancia para el riesgo prohibido es el nudo impuesto por el nuevo sistema penal, pues de él deriva la dificultad de establecer cuáles riesgos de hecho son permitidos y cuales son tolerables; “el tipo penal, al superar los problemas relativos al nexo de causalidad, gana un conflicto inherente, pues es transformado en la categoría de disputa entre los límites permitidos y prohibidos, se asume así el aspecto penal de un momento de especulaciones”.<sup>29</sup>

Partiendo de la premisa de que la intervención penal en estos casos se ocupa de la conducta ya sancionada por otras ramas del Derecho -civil, laboral, administrativo- y de que la prevención de riesgos laborales en particular, ya es objeto de una especial protección extrapenal, la legitimidad de la intervención penal pasa por la incriminación de aquellas conductas especialmente *graves* para lesionar los bienes jurídicos protegidos, tal como exige el principio de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal.<sup>30</sup> El resultado será la intervención del Derecho penal, en un ámbito en el que cumplirá una función *subsidiaria*, ya que la tutela inmediata en materia de seguridad en el trabajo la ejerce el Derecho laboral y administrativo. Es decir, la herramienta penal, en tanto *ultima ratio*, debe dirigirse a un momento *posterior al incumplimiento e intervención del*

<sup>28</sup> HORTAL IBARRA en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.), 2009, p. 98. Se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes, juicio de ponderación de todos los intereses relevantes en el que se precisa una valoración previa, que debe incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo de valores-o preferencias- en que aquella se plasma (DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 515). El criterio del riesgo permitido supone una ponderación de intereses, cuya solución será distinta en cada momento histórico. La demarcación del riesgo permitido o no permitido, se trata de una simple opción entre tantas otras; de hecho establecer el límite y ejecutar la norma ante un incumplimiento, son ejercicios del poder. Estamos así ante una función selectiva, responsable por la elección de los niveles de tolerancia de la creación e incremento del riesgo en la sociedad. Surge así, un espacio fructífero para la ideología y el ejercicio del poder. Lo que significa un riesgo jurídicamente relevante no es una cuestión perteneciente a la lógica o a la ciencia de la naturaleza, sino una valoración político criminal (SALVADOR NETTO en DONNA (Dir.), 2008, pp. 695/96).

<sup>29</sup> SALVADOR NETTO, 2008-2, pp. 696/ 97, nota 11. En igual sentido, el concepto de riesgo permitido juega un papel regulador básico en la dogmática penal del nuevo Derecho penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos (DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 515).

<sup>30</sup> HORTAL IBARRA, 2004, p. 251.

*orden laboral-administrativo*, reforzando los objetivos de seguridad de esta normativa extra-penal.<sup>31</sup>

Según una opinión doctrinaria, son riesgo permitido todos aquellos peligros inevitables, dado el estado de conocimientos y aquellos que, aun siendo evitables, sería excesivamente costoso excluir.<sup>32</sup> Esta cuestión se pone de manifiesto con relación a las enfermedades profesionales, que se sabe se producirán como consecuencia de determinados trabajos, que sin embargo se permiten, a sabiendas de que constituyen un riesgo idóneo para lesionar la salud.<sup>33</sup>

La mayor conciencia social sobre la necesidad de proteger la seguridad laboral y los avances técnicos logrados, han traído consigo una reducción del umbral de riesgo permitido.<sup>34</sup> Este proceso debe tender a configurar -al menos teóricamente-, un nuevo modelo de tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral, que ha sido denominado “humanístico”, en el que partiendo del principio de inaceptabilidad del riesgo profesional, prevalezca la personalidad psicofísica del trabajador sobre las exigencias del sistema productivo, concibiendo la productividad no como un fin en sí mismo sino como un medio para satisfacer las necesidades

<sup>31</sup> El Derecho penal en este ámbito, ha de jugar un papel cualitativamente importante pero cuantitativamente modesto. Tratándose del instrumento más restrictivo de derechos fundamentales, no puede ser utilizado para castigar toda infracción de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino sólo aquellas susceptibles de poner en grave peligro la vida y salud del trabajador. La criminalización de cualquier infracción, no sólo deslegitimaría la intervención del Derecho penal, sino que resultaría contrario a los propios intereses de los trabajadores, por cuanto desincentivaría notablemente la actividad empresarial y por lo tanto el desarrollo económico, lo que restaría cuotas de libertad a la ciudadanía en su conjunto (HORTAL IBARRA, 2009, pp. 100/01).

<sup>32</sup> CORCOY BIDASOLO en CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.), 2-2003, pp. 107/08.

<sup>33</sup> CORCOY BIDASOLO, 2003, pp. 107/08. Por ejemplo: neumoconiosis y silicosis por la extracción del carbón, asbestosis por trabajar con el amianto, bisinosis por el polvo del algodón y lino, paros respiratorios y edemas de pulmón por el trabajo con cianuro en la extracción de oro, plata, fumigación, etc. En la actualidad, la prevención de riesgos laborales requiere un alto grado de medidas de seguridad que antes no eran posibles por su inexistencia o su alto costo y cuya exigencia en otro momento hubiera supuesto un colapso económico y social. Lo mismo sucede con ciertos materiales que aun conociéndose su nocividad, no se han prohibido hasta que no han podido ser sustituidos por otros nuevos y no nocivos. Por ejemplo: la fabricación y utilización de la uralita que contiene asbesto y produce enfermedades a quienes la utilizan y fabrican. Desde que se conoció su nocividad, cada país la ha prohibido cuando socio-económicamente ello no suponía un fuerte perjuicio: en Estados Unidos se prohibió en los años setenta y en España a principios de los noventa (CORCOY BIDASOLO, 1999, p. 92 y nota 177).

<sup>34</sup> HORTAL IBARRA, 2009, p. 98. Esto es reconocido también por CORCOY BIDASOLO, quien señala que los avances tecnológicos, junto a un cada vez mayor -al menos en teoría-, respeto por la vida está llevando a limitar cada vez más el ámbito del riesgo permitido (2003, p. 108). En igual sentido, se ha dicho que el cambio significativo de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla en la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una sobrevaloración esencial de la seguridad (DEMETRIO CRESPO, 2005, p. 515, nota 58).

humanas.<sup>35</sup> Este modelo hipotético se basaría en lo que podría calificarse como “tesis de la seguridad total”, que implica la adopción de una estrategia de eliminación de los riesgos laborales que convirtiera el daño al cuerpo del trabajador en un acontecimiento verdaderamente fortuito e imprevisible.<sup>36</sup>

### IV.3. Delito especial del empresario

La adopción de un Derecho penal de empresa como “subproducto” del Derecho penal económico surge de la necesidad legal y dogmática de abordar la responsabilidad penal en el marco de las actividades empresariales, ámbito caracterizado por la *calidad* de los sujetos de actuación y la *forma de organización* en que se integran los sujetos individuales.<sup>37</sup>

Cuando se estudia el delito en la empresa y se fijan criterios rectores para determinar la culpabilidad de sus integrantes y su capacidad de motivarse con base en la norma, debe tenerse en cuenta que toda sociedad comercial, generalmente ha sido concebida como un eficaz medio para obtener lucro, motivo por el cual ese afán indiscriminado de logro de beneficios económicos muchas veces hace que se atente contra el mismo establecimiento o contra el resto de la comunidad, en pro de la obtención de dicho fin.

También merece consideración especial el criterio de “solidaridad” que impera en el interior de los grupos corporativos, como así también, la eventual “mimetización” que muchos de los integrantes del establecimiento tienen con el cumplimiento de los objetivos fijados

**La adopción de un Derecho penal de empresa como “subproducto” del Derecho penal económico surge de la necesidad legal y dogmática de abordar la responsabilidad penal en el marco de las actividades empresariales, ámbito caracterizado por la calidad de los sujetos de actuación y la forma de organización en que se integran los sujetos individuales.**

<sup>35</sup> LOZANO LARES, 2015, p. 365. Un buen ejemplo de ello es el ordenamiento noruego, donde se viene adoptando desde finales de la década de 1970 una normativa sobre medio ambiente de trabajo, en la que se contempla una “transferencia del onus de la prueba”, es decir, se podría determinar la prohibición del uso industrial de una determinada sustancia química, sin necesidad de demostrar “que la misma tenía realmente consecuencias negativas” (Ibidem).

<sup>36</sup> LOZANO LARES, 2015, pp. 366/67: Para ello sería necesario acometer, como es lógico, las inversiones económicas que fueran pertinentes para la creación de entornos laborales seguros y saludables, lo que, bien mediante impuestos o a través de un incremento del precio de los productos y servicios ofertados, implicaría la socialización del coste de la seguridad profesional. Si tenemos en cuenta la magnitud de la tragedia que representa, esa socialización del coste de la eliminación del sufrimiento humano generado por la siniestralidad laboral estaría más que justificado per se, pero es que incluso desde una perspectiva puramente economicista acabaría siendo un buen negocio la asunción de ese coste, puesto que la sociedad en su conjunto se estaría ahorrando una cifra equivalente al 5 % del PNB mundial anual, que es el coste económico derivado de la siniestralidad laboral según cálculos de la OIT (Ibidem).

<sup>37</sup> ILHARRESCONDO, 2011, p. 31. De esta manera se aísla la problemática del delito “de” empresa o “en” la empresa del resto de los temas que conforman el Derecho penal económico, con el objeto de obtener un mayor rendimiento conceptual y un mejor tratamiento científico.

desde la dirección de la corporación, lo que nos permite hablar de una especie de “moral propia vigente en el seno de la empresa”.<sup>38</sup>

Estas circunstancias particulares en las cuales está inmerso el delito empresarial no pueden ser obviadas por el Derecho penal a la hora de centrar en la empresa su objeto de estudio. En este sentido, es evidente que muchas de las estructuras dogmáticas clásicas no resultan asimilables a los conflictos surgidos en un establecimiento comercial, a los fines de lograr una adecuada detección y represión del conflicto penal.<sup>39</sup> La incorporación del Derecho penal al mundo de la economía generó una nueva forma de ver la dogmática, la cual ya no se estructura -pura y exclusivamente- sobre el delito doloso de comisión, sino que se ha desarrollado sobre nuevas y complejas reglas de imputación, sobre todo en el marco de los delitos de omisión. En una estructura compleja y jerárquica como la empresaria, aparecen en primer plano, las responsabilidades de los garantes de control de ciertas fuentes de peligro, donde lo característico ya no pasa por la distinción naturalística entre acción y omisión, sino en el carácter evitable -en términos normativos- de la producción de un resultado típico que aquellos debían evitar.<sup>40</sup> Aquí, las bases de la responsabilidad penal son poco claras y muy controvertidas, de modo que la dogmática de la imputación posee en este ámbito, un significado político-criminal central.<sup>41</sup>

Por otra parte, la delincuencia económica se caracteriza por la elevada posición de los autores, por la *posición de poder*. Este criterio nació como resultado de la necesidad de distinguir entre “delito de cuello blanco” y “delito de cuello azul”.<sup>42</sup> La doctrina propugna la necesaria toma de conciencia respecto de las modalidades y gravedad

<sup>38</sup> ILHARRESCONDO, 2011, pp. 43/44. Para SCHÜNEMANN, 2004, pp. 258/59, la eficacia del derecho estatal en las empresas depende esencialmente de si la “identidad corporativa” se dirige básicamente a la obediencia del derecho o si, a la inversa, una “actitud criminal de grupo” conduce a una regulación del propio comportamiento interno, para el que el derecho estatal posee escaso significado. De ahí deriva la siguiente consecuencia para el autor: que un tipo del compuesto por la combinación de una infracción abstracta de la regla con un mero resultado de peligro, en el ámbito interno de la empresa, no puede llegar a ser eficaz políticamente, porque los trabajadores afectados tienen por lo general buenas razones para no arruinar sus posibilidades laborales en la empresa presentando una denuncia penal.

<sup>39</sup> ILHARRESCONDO, 2011, p. 244.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, 2016, pp. 2/3.

<sup>41</sup> SCHÜNEMANN, 2004, p. 260.

<sup>42</sup> ILHARRESCONDO, 2011, p. 17. La expresión delito de “cuello azul” fue acuñada por la doctrina en contraposición a la característica expresión de SUTHERLAND “delito de cuello blanco” y se usa para hacer referencia a la criminalidad de los sectores obreros de la población o pertenecientes a los estratos humildes y que se basa en la especial naturaleza de los autores, como así también en su pertenencia a una clase determinada (*Ibidem*, p. 17 y nota 40).

del delito económico, haciendo hincapié en el aspecto preventivo y en la importancia de resaltar el carácter intimidante de la pena. Tanto es así, que se fomenta la implementación de reformas tendientes a introducir penas de ejecución efectiva que se materialicen acompañadas de la publicación de las sentencias y de eventuales sanciones para la empresa en cuyo nombre haya actuado el autor material, cuando esta última sea utilizada como medio de comisión de delitos.<sup>43</sup>

A la libertad organizacional le corresponde, como correlato, la responsabilidad por los daños o puestas en peligro para bienes jurídicos de terceros que dicha organización importe, entre ellos, los trabajadores en relación de dependencia. En el fondo de esta concepción radica el principio jurídico que prescribe que quien de algún modo se beneficia por una actividad, debe asumir como propios los principales riesgos que ella conlleva.<sup>44</sup>

En relación con la autoría en los accidentes laborales (delitos de lesiones y homicidio imprudentes) reviste una especial importancia la delegación de competencias, propia de las estructuras jerárquicas empresariales -en cargos intermedios- y también en empresas contratadas y subcontratadas. Esta delegación no excluye la posible responsabilidad penal del delegante, por cuanto subsisten competencias residuales, sobre todo teniendo en cuenta cuando hay varias personas que tenían a cargo el deber de control de riesgo inherente a la actividad, que podrá determinar, de acuerdo al caso, coautoría o autoría accesoria. También puede ocurrir que concurren conductas descuidadas de diversos sujetos con diferente nivel de responsabilidad -por ejemplo, constructor, arquitecto y encargado de obra-, en cuyo caso la atribución de responsabilidad a quien tiene un menor deber de control del riesgo podría hacerse a título de partícipe, partiendo de la posibilidad de participación en el delito imprudente.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> ILHARRESCONDO, 2011, p.18, nota 43. El autor hace mención del Proyecto de Reforma Integral del Código Penal argentino, sometido a la consideración de la población durante el año 2006, que contemplaba expresamente, en su art. 67, la posibilidad de aplicar sanciones a las personas jurídicas por actos realizados en su nombre y representación. Asimismo, el autor citado señala que: el Derecho penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la violación de las reglas económicas, normalmente el Derecho penal desempeña un papel subsidiario. Pero en determinados sectores, -como el empresario-, el Derecho penal es de primera importancia y prevé medios más apropiados para regular la vida económica. Eso se resolvió en el XIII Congreso de El Cairo de 1986, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa" (*Ibidem*, p. 19).

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, 2016, p. 39, nota 3.

<sup>45</sup> CORCOY BIDASOLO, 2003, pp. 9/10.

**Si bien es cierto que el empresario asume una posición de garante, no es menos cierto que su compromiso de control no puede ser general ni absoluto. Es por eso que se requiere una delimitación precisa de los requisitos de la delegación de competencias y del deber de control de los delegados.**

La responsabilidad penal del empleador surge en este ámbito como consecuencia de la *posición de garante* que ostenta respecto de los riesgos procedentes del proceso productivo que dirige. De esa posición de garante se deriva el deber de seguridad (deber de proporcionar las medidas de prevención, deber de formación, de elección, de vigilancia) reglamentado en la normativa de prevención extrapenal. Ello implica que cuando el empresario puede delegar estas funciones de protección, siempre restan deberes de vigilancia y control de esa delegación.<sup>46</sup>

Si bien es cierto que el empresario asume una posición de garante, no es menos cierto que su compromiso de control no puede ser general ni absoluto. Es por eso que se requiere una delimitación precisa de los requisitos de la delegación de competencias y del deber de control de los delegados. La solución a estas cuestiones representa uno de los grandes desafíos con relación al delito de riesgos laborales.<sup>47</sup>

#### **IV.4. Dependencia/subordinación del trabajador**

El poder de dirección del empresario y el deber de obediencia del trabajador, confieren notas propias a la relación entre riesgo y trabajo, que el ámbito jurídico -en tanto debe cumplir una función protectoria-, no puede desconocer.

El trabajador se ve obligado a someterse a las jornadas, ritmos y condiciones de producción que le señalan los mandos de la empresa, bajo el riesgo de perder su trabajo, por eso se ha dicho que la relación entre empleador y trabajador está

desequilibrada de manera radical y debe definirse a partir de las notas de dependencia, subordinación y sometimiento; el obrero no sólo vende su capacidad de trabajo, vende también su obediencia a la disciplina de la fábrica, a las reglas de la empresa y a los dictados de los jefes.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> CORCOY BIDASOLO, 2003, p.21.

<sup>47</sup> Ver GALLO, 2018, pp. 323 y ss.

<sup>48</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, 15-2005, p. 43.

Las formas del poder en el interior de la empresa son complejas y múltiples, su evolución se explica en parte por los avances técnicos de la industria. La máquina y los sistemas informáticos son instrumentos silenciosos de construcción de disciplina y consenso. El poder se expresa con mecanismos directos como son la vigilancia u observación, el estímulo y la amenaza, o indirectos, con mediaciones impersonales, como pueden ser los reglamentos interiores o la cadena fijada para la realización de las actividades (Ibídem, p. 41).



En este contexto, la posición del trabajador es doblemente dependiente. Lo es como efecto de una situación estructural de naturaleza económica y lo es también dentro del microcosmos que representa la empresa, reflejo a su vez, de aquella situación más general.<sup>49</sup>

Esta posición especial de subordinación desde la que el trabajador interactúa con el riesgo tiene especial incidencia en las siguientes cuestiones:

En primer lugar, un aspecto relevante es el relativo a la eficacia del *consentimiento* del trabajador respecto de los riesgos *no permitidos* inherentes a la tarea asignada que debe desarrollar; se entiende que ese consentimiento no es eficaz, ya que está viciado (“forzado”), debido a la necesidad del trabajador de obtener o mantener un puesto de trabajo. En las relaciones laborales, el papel tutelar que cumple el Derecho impide concebir la sujeción a condiciones infra-legales del trabajador como un desistimiento de éste a sus derechos (indisponibles), por cuanto el trabajador no puede valerse de otras herramientas y técnicas que aquellas que les impone el patrón, quien detenta las facultades de organización y dirección de la producción.<sup>50</sup>

En segundo término, en el marco de los accidentes laborales pueden configurarse casos de los denominados de “imprudencia de la víctima”.<sup>51</sup> En este sentido, el trabajador también tiene obligación de observar las medidas de seguridad en su trabajo, pero más matizada y menos enérgica. Debe utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero no tiene la obligación de aportar esos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de manera adecuada. Aunque el riesgo de trabajo es “bilateral” -en el sentido de que el trabajador es quien interactúa con el riesgo y que, por lo tanto, también puede incrementarlo a un nivel no permitido-, el sistema de responsabilidad se ha centrado en el empresario porque éste tiene un nivel más completo de conocimiento y un mayor poder de decisión sobre la configuración de los riesgos en el ámbito de la empresa y además, porque su posición de poder en el contrato

<sup>49</sup> BAYLOS/TERRADILLOS, 1997, pp. 40 y ss.

<sup>50</sup> En el ordenamiento argentino, arts. 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo y art. 1113 del Código Civil. Por lo tanto, resulta indisponible su tutela y ello no sólo por imperio legal sino constitucional (art.14 bis Constitución Nacional) e internacional (Tratados a los que Argentina se ha obligado voluntariamente y que organismos como la OIT supervisan).

<sup>51</sup> Ver GALLO, 2018, pp.411 y ss.

de trabajo le permite actuar sobre la conducta ante el riesgo del trabajador o incluso sustituir las decisiones de éste. En este esquema, el papel del trabajador accidentado es residual -imprudencia temeraria- o simplemente moderador -conurrencia de la culpa de la víctima (conurrencia de riesgos)-, que podrá determinar que no todo el riesgo típico sea atribuible al empresario. En cualquier caso, la conducta de la víctima debe ser intrascendente cuando el deber de cuidado infringido por ésta sea consecuencia de la ejecución de la orden del empresario.<sup>52</sup>

El empresario tiene -dentro de ciertos límites-, la posición de garante respecto de los riesgos creados por los mismos trabajadores en el desarrollo de su actividad y en ese sentido, se le atribuye un deber de vigilancia de sus dependientes. Ahora bien, al igual que respecto del deber de control de los delegados de competencia, es necesario también establecer los límites de este deber de vigilancia, para evitar caer en una responsabilidad objetiva del empleador. En esta dirección, será necesario tener en cuenta qué amplitud debe dársele en este especial ámbito de dependencia del trabajador, al principio de confianza (esto es, hasta dónde puede el empresario confiar en que sus dependientes actuarán conforme a la medidas de prevención) y el principio de autorresponsabilidad del trabajador.<sup>53</sup> La aplicación de esos principios responde aquí a una “lógica propia”, determinada por las características especiales que definen la relación laboral, y que resulta de descifrar el funcionamiento de las esferas de organización del empresario y del trabajador, en el marco de la actividad empresarial.

Las lesiones y muertes que se producen en el contexto del trabajo normalmente tienen un doble componente: el incumplimiento de medidas de seguridad por parte de los empresarios y conductas descuidadas de los propios trabajadores. En este marco, se puede distinguir entre las “condiciones inseguras” de trabajo y el “acto inseguro” del trabajador.

<sup>52</sup> DESDENTADO BONETE, 2003, p. 88.

<sup>53</sup> La jurisprudencia española fundamenta ese deber de vigilancia en dos principios. Por un lado, en la inversión del principio de confianza, según el cual, los cargos directivos y los mandatos intermedios no pueden confiar en la actuación correcta de los trabajadores, por el contrario, responderán por la posible actuación “incorrecta” de los mismos. El segundo principio tiene un fundamento similar en la “imprudencia profesional” y está conectado con el principio anterior (desconfianza) (CORCOY BIDASOLO, 2003, pp.20 y 22).

**Teniendo en cuenta la distinción básica entre “condiciones” y “actos” inseguros de trabajo, se concluye que el deber de seguridad del empresario es mixto y comprende el deber de “brindar las condiciones seguras” (estándar de seguridad normativo) y el deber de vigilancia.**

El accidente laboral puede ocurrir como consecuencia de condiciones inseguras, en cuyo caso será responsabilidad del empresario, o como consecuencia de una combinación de actos y condiciones inseguros (conurrencia de riesgos, donde habrá responsabilidad del empresario, pero también un aporte relevante del trabajador) o sólo consecuencia de un acto inseguro del trabajador.

El acto inseguro del trabajador puede tener su origen en una imprudencia imputable al trabajador (*temeraria* o “impredecible”) o en una imprudencia *profesional* del trabajador (imputable al empresario) o que se combinen imprudencias de ambos.<sup>54</sup> Es decir, aunque en principio o aparentemente, “el acto inseguro” corresponda al trabajador, muchas veces esa acción descuidada será competencia del empresario. En efecto, “naturalísticamente” es el trabajador quien desarrolla el comportamiento inseguro, pero deberá determinarse si la condición de inseguridad de esa conducta debe ser imputada a él o al empresario, lo que demandará una detenida reflexión.

Teniendo en cuenta la distinción básica entre “condiciones” y “actos” inseguros de trabajo, se concluye que el deber de seguridad del empresario es mixto y comprende el deber de “brindar las condiciones seguras” (estándar de seguridad normativo) y el deber de vigilancia. Ahora bien, es necesario establecer *el límite del deber de seguridad del empresario*: esto es, la obligación de brindar condiciones seguras de trabajo y, sobre todo, la obligación de vigilancia, frente a la “intervención descuidada” del trabajador. Es decir, establecer bajo qué parámetros corresponde exonerar al empresario ante la conducta imprudente de su subordinado, por pertenecer “el acto inseguro” del trabajador, *al ámbito de organización de éste*.

En este análisis, es esencial tener en cuenta la compleja problemática que genera la contraposición entre la asimetría propia de la relación laboral y el hecho de que el trabajador es un sujeto autorresponsable. La solución a esa antinomia debe delimitar bajo qué condiciones se configura la *autorresponsabilidad del trabajador*, en tanto “parte débil” de esa relación desigual.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Esa situación se configura, por ejemplo, cuando ante un caso de imprudencia temeraria del trabajador, ésta es detectada por el empleador, pero no evita el resultado dañoso (ver GALLO, 2018, pp. 453 y ss.).

<sup>55</sup> Ver GALLO, 2018, pp. 411 y ss.

#### IV. 5. Globalización y necesidad de regionalización

La preocupación por la prevención de los riesgos laborales también existe a nivel supranacional; la OIT por ejemplo, ha contribuido a mejorar la normativa interna de los distintos países de la comunidad internacional.<sup>56</sup> A nivel regional, así como está sucediendo en la Comunidad Europea,<sup>57</sup> en el ámbito del Mercosur también deberían configurarse políticas de armonización; para ello es preciso que cada país reconozca la necesidad de desarrollar programas de prevención de riesgos laborales y luego equilibrar los estándares de seguridad. En este contexto, cabe mencionar la “Declaración Socio Laboral”, suscripta en Río de Janeiro en 1998, que regula los derechos fundamentales reconocidos en materia laboral, promoviendo la armonización de la normativa interna de los Estados miembros del Mercosur y estableciendo mecanismos de seguimiento para asegurar su implantación efectiva. A pesar de que, según el art. 17 del documento, los Estados parte se comprometieron, a través de su suscripción, a formular, aplicar y actualizar, en forma permanente, políticas y programas en materia de salud y seguridad en el trabajo, lo cierto es que más allá de las medidas que cada país haya implementado *aisladamente*, no se ha logrado todavía un actuar *coordinado* para nivelar los estándares de seguridad laboral de las naciones de la región. Hasta el momento, los cambios legislativos de cada país han respondido a necesidades propias y no a una estrategia en que se considere el proceso de integración.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Ver los Convenios OIT ratificados por Argentina en GALLO, 2018, pp. 91 y ss.

<sup>57</sup> A pesar de que la Unión Europea no dispone de un ordenamiento punitivo aplicable a todos los Estados miembros, hay un intento de un sector doctrinal en este sentido (ver ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN/NIETO MARTÍN (Coord.), 2006). La Unión Europea sí posee competencia para legislar en otras ramas del Derecho, como la laboral, lo que ha determinado en algunos casos la definición de algunos elementos y el contenido de algunas infracciones de carácter penal. De este modo, se evidencia que esa competencia en otras materias ha permitido que la normativa europea acabe incidiendo en el Derecho penal de los Estados miembros, mediante el uso de las leyes penales en blanco. En efecto, esa técnica legislativa obliga a los operadores del Derecho a acudir a la normativa extrapenal de ámbito estatal, pero aprobada a raíz de ciertas políticas comunitarias y que conforma el contenido de la normativa nacional en ese ámbito concreto, dotando de contenido a la acción típica mediante la configuración del delito como norma penal en blanco (GALLARDO GARCÍA, 2016, p. 17). La autora citada concluye que el Derecho comunitario cada vez tiene mayor protagonismo en los ordenamientos internos de los Estados de la Unión Europea (UE) y las políticas de armonización que se están imponiendo desde los distintos organismos de la UE, ponen de manifiesto el nivel de preocupación ante distintos problemas sociales, entre otros el de la siniestralidad laboral (*Ibidem*, pp.31/32).

<sup>58</sup> SILVA, 2003, p. 208.

**Considero que, en el contexto de siniestralidad laboral descripto, la intervención adelantada del Derecho penal a través del delito de peligro postulado sería una adecuada herramienta preventiva, de motivación para lograr el cumplimiento de las normas de prevención por parte de los empresarios.**

Esta modalidad de actuación conjunta con relación a la seguridad laboral, es necesaria no sólo en la Región Sur, sino en toda América Latina, por cuanto constituye una zona vulnerable desde el punto de vista socio-económico, y por lo tanto se halla expuesta al desembarco de empresas multinacionales que se dedican a explotaciones peligrosas y que no pueden llevarlas a cabo en otros países con políticas de prevención de riesgos laborales más restrictivas, entre las que se incluye la *protección penal* de los trabajadores frente a los peligros inherentes a tales actividades.

En este escenario, no puede desconocerse que

la globalización ha traído consigo el fenómeno es la “desterritorialización”, según el cual, la flexibilidad organizativa segmenta el proceso productivo en unidades jurídicamente autónomas, que permiten eludir responsabilidades incluso penales, y susceptibles, además, de deslocalización, de modo que pueden trasladarse de un país a otro en busca de las condiciones más rentables. Y esa rentabilidad viene condicionada, entre otros factores, por la disciplina laboral a la que se vea sometida la actividad empresarial.<sup>59</sup>

Si el Derecho penal se inhibe ante las más graves -por su lesividad- infracciones a esa disciplina jurídica, “no sólo está respondiendo a los requerimientos de la desregulación, sino que también está introduciendo elementos determinantes de la decisión económica.”<sup>60</sup> La descriminalización de atentados al medio ambiente o a los derechos de los trabajadores, fruto de la búsqueda de reducción de costes, condiciona el flujo inversiones. Y, a la inversa, el flujo de inversiones condiciona las opciones político-criminales.<sup>61</sup>

## V. CONCLUSIONES

Considero que, en el contexto de siniestralidad laboral descripto, la intervención adelantada del Derecho penal a través del delito de peligro postulado sería una adecuada herramienta preventiva, de motivación para lograr el cumplimiento de las normas de prevención por parte de los empresarios.

<sup>59</sup> TERRADILLOS BASOCO, 2000, p. 28.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

En la redacción del tipo penal de peligro deben tenerse en cuenta las particulares características de este delito que han sido expuestas anteriormente. Ello garantizará el cumplimiento de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, ya que no se propugna aquí una forma indiscriminada de intervención penal, sino tipificar sólo las conductas que supongan un *peligro grave* para los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores.

Finalmente y como última reflexión, cabe destacar que la situación de desigualdad estructural de la relación laboral, en la que una parte (trabajador) depende de la otra (empresario), es una nota clave para configurar a los trabajadores en relación de dependencia, como un colectivo vulnerable que requiere una protección intensificada de sus derechos fundamentales, que pueden verse afectados en el marco de esa relación *asimétrica* y debe ser reforzada mediante una intervención específica del Derecho penal, a fin de nivelar, de proteger al más débil frente al más fuerte.

## BIBLIOGRAFÍA

ARROYO ZAPATERO, L. TIEDEMANN, K. y NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Eurodelitos*. México: Universidad de Castilla-La Mancha. Servicio de Publicaciones.; Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006.

BAYLOS, J. M. y TERRADILLOS, A. Derecho penal del trabajo. Madrid: Trotta, 1997.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores. In CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.). *Derecho Penal Económico, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2-2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal. In DONNA, E. A. (Dir.).

*Revista de derecho penal, Autoría y participación-I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes. In *Revista de Derecho Social*, n° 24. Albacete: Ediciones Bomarzo, 2003.

FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GALLO, P. *Riesgos Penales Laborales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2018.

GALLARDO GARCÍA, R. *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores*. Granada: Marcial Pons, 2016.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Libertad, seguridad y “sociedad de riesgo”. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, V. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno. In REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. y REQUEJO SÁNCHEZ, C. (Coord.). *Derecho penal económico y de la empresa*. Lima, 2016.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. Concreción del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP). A la vez algunos apuntes sobre algunos modelos europeos de protección “penal” de la prevención de riesgos laborales, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *Protección penal de los derechos de los trabajadores*. Buenos Aires: Edisofer, 2009.

ILHARRESCONDO, J. *Delitos Societarios*. Buenos Aires: Praxis Jurídica, 2011.

LOZANO LARES, F. *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*. Albacete: Marcial Pons, 2015.

PAREDES CASTAÑÓN, J. *El riesgo permitido en Derecho penal*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. La política criminal en la sociedad de riesgo. In *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal, Libro homenaje al Dr. Juan BUSTOS RAMÍREZ*. Lima: IDEMSA, 2007.

PERIS RIERA, Jaime. Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante en la dogmática penal de la última década. In *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005.



POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada “expansión” del Derecho penal”. In *El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje al Profesor Günther JAKOBS*, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J. *Riesgo penal para directivos de empresa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.

SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. Morir en el trabajo: política criminal frente a los accidentes laborales. In *Cuadernos de Derecho Judicial*. España: Consejo General del Poder Judicial, 15-2005.

SALVADOR NETTO, Alamiro. Reflexiones sobre la dogmática penal, la imputación objetiva y la sociedad de riesgo. In DONNA, E. A. (Dir.). *Revista de derecho penal, Delitos de peligro-III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, mes 1, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. Prevención de riesgos laborales. In MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.). *La política criminal en Europa*. Barcelona: Atelier, 2004.

SILVA, María Alejandra. Globalización y gestión de los riesgos del trabajo en el MERCOSUR. In *Revista Venezolana de Gerencia (RVG)*, Año 8, n°22, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: S.L. CIVITAS EDICIONES, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal. In *Revista de Derecho Social*, n° 9. Albacete, 2000.

## ENTREVISTA COM CHRISTIAN LAVAL: NOVO NEOLIBERALISMO, AUTORITARISMO E OS NOVOS CAMINHOS DO SINDICALISMO

Organizadores da  
Entrevista: Victoria  
Basualdo, Rodrigo  
Carelli, Elisa Sanvicente  
e Sayonara Grillo Silva.

Entrevistadora: Elisa  
Sanvicente

Tradução: Rodrigo  
Carelli

Local e data: Paris/  
Rio de Janeiro, março  
de 2019

**Christian Laval**  
professor de sociologia na  
Universidade Paris Ouest  
Nanterre La Défense. É  
doutor em sociologia e  
membro do GÉODE (Groupe  
d'étude et d'observation  
da démocratie, Paris  
X Nanterre/CNRS), do

### RESUMO

Christian Laval é um pesquisador francês da história da filosofia e da sociologia na Universidade Paris Nanterre, autor de diversos livros dentre eles “A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal” (Boitempo, 2016). Nesta entrevista abordamos o tema no neoliberalismo nas suas perspectivas teórica e prática, a partir das visões do pesquisador sobre o cenário latino-americano e dos novos movimentos sociais. O entrevistado apresenta a noção de novo Neoliberalismo e sua faceta autoritária e faz crítica à esquerda em relação à falta de alternativas ao modelo neoliberal, apresentando ao final pistas sobre as novas alternativas para a atuação e organização sindical.

**Palavras-chave:** Neoliberalismo. Empreendedorismo. Movimentos Sociais. Organização Social. Sindicatos.

**Elisa Sanvicente (ES): O senhor poderia nos detalhar a noção de caráter normativo do neoliberalismo?**

**Christian Laval (CS):** O neoliberalismo vai muito além da esfera exclusiva da economia stricto sensu. E isso é o que nem sempre é com-

Groupe d'études sur le néolibéralisme et les alternatives e do Centro Bentham. É pesquisador e vice-presidente do Institut de recherches da Fédération syndicale unitaire.

Entres suas obras, destacam-se: *A nova razão do mundo. Do neoliberalismo ao comum*, Editora Boitempo. 2016; *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. Editora Boitempo. 2016; *Ce cauchemar qui n'en finit pas, Comment le néolibéralisme défait la démocratie*, La Découverte, 2016, todos em co-autoria com Pierre Dardot.

preendido. Temos frequentemente uma leitura do fenômeno neoliberal que é demasiado estritamente econômica. O neoliberalismo na realidade refere-se a um conjunto de práticas e discursos que caracterizam as políticas governamentais em escala global, não apenas as políticas econômicas. Essas políticas são caracterizadas pela extensão da lógica de concorrência a todas as relações econômicas e, além disso, a todas as atividades sociais e culturais, por um modelo de empreendedorismo imposto a todas as formas de atividade e instituições, particularmente às instituições públicas, e finalmente pela transformação das relações humanas e das subjetividades com base no modelo do “capital humano”.

O neoliberalismo tem uma longa história e reúne diferentes correntes, ele tem até formas políticas diferentes. Podemos tratá-lo sob um ângulo doutrinário, por exemplo, mas também podemos abordá-lo como fizemos com Pierre Dardot, e seguindo Foucault, como uma forma de governo dos comportamentos. E se olharmos para ele a partir deste ângulo, podemos ver o neoliberalismo como uma lógica normativa que coloca os indivíduos em relações competitivas e em situações que os convidam a adotar comportamentos de acumulação de capital humano. Isso não passa necessariamente pela difusão de certa moralidade ou pela persuasão política, mas sim pelo estabelecimento de um quadro de ação que obriga os indivíduos a entrar em relações competitivas e acumulativas. Podemos ver isso hoje, em todo o mundo, no campo da educação, da saúde ou da habitação. E com essas condutas, mudanças subjetivas são acionadas.

**ES: Como explicar a ideia do indivíduo neoliberal (enquanto sujeito) e a ideia de “empreendedor de si mesmo”?**

**CL:** O capitalismo não é apenas um modo de produção de mercadorias, é um processo de subjetivação tanto quanto um processo de produção. Isto é o que a Sra. Thatcher certa vez formulou: “a economia é o método, o objetivo é mudar a alma e o coração”. O sujeito neoliberal é, de certa forma, produzido por dispositivos específicos da racionalidade neoliberal da concorrência generalizada, o que nos obriga a compreender como teve que passar por um certo número de técnicas para funcionar. Este sujeito neoliberal não é “alienado”, “tornado estrangeiro de si mesmo”, o que implicaria a existência de

**O momento neoliberal caracteriza-se por uma homogeneização do discurso do homem em torno da *figura da empresa*. O modelo humano do neoliberalismo é a empresa.**

um sujeito não alienado, ele é levado a participar na sua própria constituição, na sua própria construção. Os dispositivos neoliberais na empresa levam o sujeito a se envolver plenamente na competição, na busca pelo desempenho. Isto é o que chamamos de *subjetivação neoliberal*.

O momento neoliberal caracteriza-se por uma homogeneização do discurso do homem em torno da *figura da empresa*. O modelo humano do neoliberalismo é a empresa. A partir de então, um conjunto de técnicas que se difundiram pela sociedade e estão no centro da reforma institucional contribui para a criação de um novo sujeito, a que chamaremos indiferentemente de “sujeito empresarial” ou “sujeito neoliberal”. Esse sujeito deve se considerar e mesmo se constituir como uma empresa de si mesmo. A linguagem registra muito bem esta transformação: o que se chama “a autonomia”, que a educação deve promover, tornou-se simples “gestão de si mesmo”, e o indivíduo é reduzido a “capital humano”. Estamos, portanto, perante *uma interpretação gerencial do ser humano*.

Como podemos garantir praticamente que o sujeito se conforme ao modelo da empresa, para que ele ou ela se comporte como uma empresa? O mito do empreendedor, a propaganda para desenvolver uma mentalidade empreendedora, tudo isso é importante, mas não suficiente. A escola, por exemplo, é obrigada a desenvolver a “cultura corporativa” do jardim de infância à universidade, como eu mostrei em “*L'école n'est pas une entreprise*” (“A Escola não é uma empresa”, livro que será proximamente publicado pela Editora Boitempo). Esta gestão de si mesmo, como se o “eu” fosse um negócio a ser gerido ou um capital a ser valorizado é, de fato, impulsionada pelo princípio da concorrência. No campo do trabalho, podemos ver claramente que se trata de uma questão de gestão de si mesmo por meio do stress, de um gerenciamento de si pela pressão da concorrência.

**ES: Como o senhor vê o incentivo ao auto-empresendedorismo, inclusive em seu formato “micro”, explorado por plataformas? Na sua opinião, isto (talvez pudéssemos chamá-lo de “o homem empreendedor”) seria a forma ideal de relação de trabalho para a razão neoliberal?**

**CL:** Esse sujeito neoliberal não vem de graça, ele deve ser constantemente remodelado por todo um conjunto de técnicas e dispositivos de concorrência e desempenho e, por que não, técnicas comportamentais, por pílulas de desempenho capazes de agir sobre a química cerebral! Para alcançar a realização desse indivíduo neoliberal, é necessário um conjunto de arranjos sociais, econômicos e institucionais. Cada trabalhador deve desenvolver um comportamento orientado para aumentar o seu próprio desempenho, deve estar completamente envolvido no seu trabalho, responsável pelos seus resultados individuais, motivado por sistemas de incentivos; numa palavra, deve mostrar uma disposição interior que não é o resultado de obediência passiva e inteiramente exterior às regras, mas o resultado de um verdadeiro trabalho sobre si próprio. Trata-se de trabalhar a todo momento em seu próprio desenvolvimento para melhorar seu desempenho em um ambiente competitivo, que obriga a uma luta constante para sobreviver.

E isso, parece-me, é onde as plataformas desempenham um papel considerável nesta verdadeira fabricação do novo homem empreendedor, de acordo com a expressão muito precisa que vocês usam. Uber, Airbnb, e muitos outros, nos introduzem em um mundo de auto-empresendedores isolados que só se relacionam entre si por terem o mesmo liame digital com a plataforma, e que são constantemente submetidos de forma infantilizante e opressiva a avaliação generalizada. Na França, a principal organização patronal, MEDEF, propõe atribuir a todos os jovens franceses com mais de 16 anos um número SIRET, ou seja, um código de empresa. Isto seria realmente a invenção de um novo estatuto do ser humano como auto-empresendedor: mesmo antes de ser plenamente cidadão (o direito de voto é fixado em 18 anos de idade), o jovem seria identificado com uma empresa, teria uma identidade de empresa. Estamos muito perto da “empresa de si mesmo”!

**ES:** Nesse sentido, qual é o resultado desta forma de relação de trabalho para a consolidação do modelo econômico neoliberal como alternativa “única”?

**CL:** A transformação de cidadãos e empregados em auto-empresendedores, no plano subjetivo, é a grande novidade, o horizonte do

**O processo de subjetivação neoliberal é um processo de valorização de uma empresa de si mesmo, ou em outro vocabulário mais econômico, de um “capital humano” individual. Esse processo de valorização é apoiado ou criado pelos diferentes métodos de avaliação financeira das próprias sociedades.**

neoliberalismo. Em certo sentido, a perspectiva de Marcuse de um “homem unidimensional” é realizada com neoliberalismo. Obviamente, a relação de emprego não está desaparecendo, mas a mudança é significativa e já está levando a novas formas de contratualização e de precarização. Cada trabalhador é considerado como um produtor de valor que pode ser perfeitamente avaliado em uma sorte de mercado interno da empresa que o emprega. Seu valor próprio depende do valor individual que produz e pode ser medido pelos sistemas de avaliação quantitativa.

O processo de subjetivação neoliberal é um processo de valorização de uma empresa de si mesmo, ou em outro vocabulário mais econômico, de um “capital humano” individual. Esse processo de valorização é apoiado ou criado pelos diferentes métodos de avaliação financeira das próprias sociedades. O fenômeno novo é, portanto, o desenvolvimento, à escala de toda a sociedade, de uma *subjetividade de ilimitação* ou, como dizemos no livro “A Nova Razão do Mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal”<sup>1</sup>, de *ultra-subjetivação*. Trata-se de forçar o empregado a ir *além de si mesmo*, a se *superar* constantemente. Esta ultra-subjetivação é a norma prática de exceder indefinidamente o valor que se é, de si mesmo como valor. A ultra-subjetivação é a auto-valorização de si mesmo como norma geral da existência. Já não é, ou já não é apenas, uma sujeição a uma lei externa imposta pelo capital a que se submeteu o trabalho como no capitalismo “clássico”, pois é o próprio sujeito que se torna capital, que se impõe a si próprio uma relação capital-trabalho, que mantém consigo próprio uma relação de exploração. O auto-empresendedorismo generalizado é um modo muito eficaz de aumentar a exploração pelo capital, uma vez que o sujeito mantém consigo uma relação de autovalorização que é também uma relação de exploração, uma relação sempre crescente de extração pelo capital real, que retira o que lhe é devido. Esta lógica é ao mesmo tempo sutil e perfeitamente perversa!

**ES: Na América Latina, mas não só, estamos atualmente atravessando um giro autoritário que encoraja restrições drásticas nos domí-**

<sup>1</sup> DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

**nios do direito do trabalho, social e civil (embora temos consciência do paradoxo de que alguns destes governos autoritários foram legitimamente eleitos). Qual é a sua análise deste novo contexto?**

**E uma vez que a esquerda não desafiou o neoliberalismo, mas fez com ele um pacto ou até o confortou e o reforçou, uma grande parte da população procurou no nacionalismo, na xenofobia e no autoritarismo uma espécie de solução milagrosa.**

**CL:** O neoliberalismo introduziu uma ruptura histórica a nível global e não apenas na América Latina, mesmo que cada região tenha suas próprias características. De uma forma muito geral, pôs fim à coexistência do capitalismo e da democracia liberal, que tinham encontrado um compromisso na forma parlamentar do sistema político e naquilo a que na Europa se chamou o “Estado Social”. Esta dualidade entre o cidadão e o homem de interesse privado, que Marx enfatizou para criticá-lo, não era apenas a máscara da dominação burguesa. A independência muito relativa que existia entre as esferas política e econômica conferiu à cidadania certa eficácia, que resultou numa extensão dos direitos civis, políticos e sociais. A América Latina, e em particular o Brasil, experimentaram uma espécie de primavera de democracia liberal no final dos anos 1980 e nas duas décadas seguintes, ainda que por vezes nuvens muito escuras escondiam o sol... As conquistas democráticas e liberais, mesmo parciais e frágeis, estão hoje ameaçadas, é óbvio, pelo novo rumo do mundo, e isso é evidente nos Estados Unidos, que assumiram, com Trump no poder, a liderança desta nova forma política antidemocrática. Esta convivência muito precária entre capitalismo e democracia era mantida, na realidade, devido a um alto nível de conflitualidade social e, portanto, a uma sólida organização da classe trabalhadora e dos trabalhadores em geral. Esta coexistência tornou-se gradualmente impossível à medida que os compromissos sociais e os direitos dos trabalhadores foram sendo postos em questão. Com o enfraquecimento do trabalho organizado (que obviamente tem múltiplas causas, mas entre elas a globalização financeira e a gestão neoliberal desempenharam papéis muito importantes), tem havido uma fragmentação social geral, fenômenos de “desfiliação” e de desesperança. E uma vez que a esquerda não desafiou o neoliberalismo, mas fez com ele um pacto ou até o confortou e o reforçou, uma grande parte da população procurou no nacionalismo, na xenofobia e no autoritarismo uma espécie de solução milagrosa. Deve-se dizer claramente: uma grande parte da esquerda global é responsável pelo que está acontecendo em todo o mundo. A extrema-direita soube se beneficiar dos efeitos mais ou menos rápidos da crise de 2008 na



Europa, nos Estados Unidos e agora no Brasil. Mas essas vitórias da extrema direita, e isso ficou claro com Trump, não põem em questão o neoliberalismo, mas o radicalizam em uma nova forma que mistura um Estado antidemocrático forte com a maior liberdade deixada ao capital, especialmente ao capital financeiro. Não é fascismo histórico tal como o conhecemos na Europa no início do século XX, é uma forma histórica inédita, a que com Pierre Dardot chamamos de “novo neoliberalismo”, para indicar que estamos entrando em uma nova fase deste considerável fenômeno histórico que é precisamente o neoliberalismo em praticamente todas as sociedades desde há pelo menos meio século.

**ES: Os mais recentes movimentos sociais (Brasil, 2013 e França, 2018/2019) que não provêm de organizações sindicais (nem do conjunto dos trabalhadores assalariados) são um sinal do enfraquecimento da razão neoliberal na sociedade ou, pelo contrário, da sua plena implementação?**

**CL:** Ao contrário de uma ideia frequentemente difundida, o neoliberalismo não é apenas uma ideologia que os “fatos” poderiam desmentir, mas constitui um verdadeiro sistema de poder oligárquico capaz de resistir a disputas e a crises, particularmente usando-as para se fortalecer. Esta é a lição que se pode tirar de todas as crises que marcaram a história desde os anos 80. Mas o que é novo é a forma como os “novos homens”, que são de fato homens velhos, mas muito rapidamente renovados graças a processos de branding, conseguem recuperar a energia crítica coletiva das massas para seu benefício.

Há aqui toda uma arte do movimento que, do lado neoliberal, pretende usar as crises, apoiar-se nelas, para ir cada vez mais longe. Já vimos muitas vezes como os governos usam cinicamente as crises econômicas e sociais em seu benefício. Isso é o que chamamos no livro “Le Cauchemar qui n’en finit pas” (“O Pesadelo que nunca termina”) de “governança por meio das crises”. O que deveria e poderia ter enfraquecido a racionalidade neoliberal foi, ao contrário, um meio de fortalecê-la, enquanto que, por outro lado, a força crítica que se expressava no altermundialismo, e depois no movimento global das “praças públicas”, não foi suficientemente poderosa e

**Para responder à sua pergunta, podemos dizer que o neoliberalismo é acusado por seus efeitos em toda parte, mas que em quase todo lugar também ele consegue se prolongar e até mesmo se radicalizar por falta de outra saída política além da oferecida pelos demagogos de extrema-direita, que inventaram um novo neoliberalismo híbrido, abertamente antidemocrático. A radicalização neoliberal e a via antidemocrática se alinham.**

radical para derrubar o neoliberalismo. Hoje, estamos pagando um preço muito elevado por esta fraqueza da oposição. Deve-se também salientar que a esquerda global está comprometida e desacreditada entre as vítimas do neoliberalismo. Hoje, a recuperação neoliberal é mais difícil, mas existe precisamente na forma do projeto de extrema-direita que consiste em desviar a ira social, o ressentimento e a frustração contra os inimigos internos cuja lista é a priori infinita (esquerda, mídia, pobres, negros, mulheres, homossexuais, etc.), enquanto conduz à acelerada transformação neoliberal da sociedade, que só poderá acentuar a crise social, as desigualdades e o enfraquecimento dos laços sociais.

Tomemos por um momento o exemplo dos coletes amarelos (“gilets jaunes”) na França. A revolta dos coletes amarelos abalou o poder como nenhum movimento social desde 2003, como nenhuma mobilização sindical foi capaz de fazer por muito tempo, exceto talvez o movimento dos jovens de 2006 sobre o contrato de primeiro emprego (“Contrat première embauche – CPE”). Mas essa revolta popular pode ir em diferentes direções, mesmo que seu conteúdo seja realmente progressista: os coletes amarelos exigem justiça social e climática. É, portanto, uma grande revolta contra as consequências do neoliberalismo nesses dois níveis. No entanto, a esquerda política está tão desacreditada, e o sistema de democracia representativa tão desmoronado por dentro pela sua impotência face à lógica destrutiva do capitalismo financeiro, que a raiva social não beneficia eleitoralmente a esquerda, mas parece beneficiar a extrema-direita. Isto é aliás o que Macron e seu governo buscam, pois lhe dá a oportunidade de ser reeleito, apresentando-se como o último bastião contra o “fascismo crescente”.

Para responder à sua pergunta, podemos dizer que o neoliberalismo é acusado por seus efeitos em toda parte, mas que em quase todo lugar também ele consegue se prolongar e até mesmo se radicalizar por falta de outra saída política além da oferecida pelos demagogos de extrema-direita, que inventaram um novo neoliberalismo híbrido, abertamente antidemocrático. A radicalização neoliberal e a via antidemocrática se alinham. Para impor reformas antipopulares, deve-se ter como esmagar o protesto social e a oposição política! De sorte que a fração das massas que contribuiu para eleger este tipo

de governo realmente votou em seu pior inimigo. Mas se esta fração votou por seu pior inimigo, é também porque esta fração está atomizada, dispersa e submetida a uma anomia por causa da excessiva fraqueza das organizações sindicais e sociais.

**ES: Quais estratégias ou alternativas o senhor acha que seriam interessantes para examinar essas mudanças e fortalecer a posição dos trabalhadores e das organizações sindicais?**

**CL:** A questão é vasta, pois a crise das organizações sindicais é bastante profunda devido à mudança no próprio capitalismo e nos seus modos de organização produtiva. É difícil falar abstratamente. De minha parte, milito na maior federação sindical de professores em França, a “Fédération syndicale unitaire” (FSU). Particpei em seu seio da criação de um instituto de pesquisa sindical e, durante mais de vinte anos, analisei as mudanças no trabalho docente e na organização escolar e universitária, a fim de dotar os sindicalistas de ferramentas intelectuais para a compreensão do neoliberalismo nas escolas e universidades. Portanto, há necessidade de análise e renovação conceitual, porque o trabalho mudou, assim como os indivíduos. Este trabalho em profundidade é difícil porque os dogmas, os velhos slogans e as rotinas são uma dimensão das organizações sindicais, especialmente quando se sentem ameaçadas e enfraquecidas, um pouco, se me permitem a metáfora, como velhos enfraquecidos que têm medo de tudo e sobretudo da mudança. Apesar de sua resistência, eu me interessei com outros membros do FSU pela transformação do sindicalismo. Em primeiro lugar, como prioridade, seria necessário desenvolver um verdadeiro sindicalismo transnacional, na esteira do altermundialismo. Qualquer fechamento no espaço nacional é suicida. A força do capital reside na sua mobilidade transnacional. A força do trabalho, sobre a unidade global dos trabalhadores. Se quisermos reequilibrar o equilíbrio de poderes entre capital e trabalho, e se quisermos evitar o desenvolvimento do chauvinismo nacionalista, temos que inovar rapidamente neste domínio.

Além disso, desenvolvo atualmente o conceito de “sindicalismo integral”, retomando por minha conta um termo usado no final do século XIX pelos socialistas franceses (que falavam de “socialismo integral”). Para dizê-lo rapidamente, é uma estratégia que consiste

**A força do capital reside na sua mobilidade transnacional. A força do trabalho, sobre a unidade global dos trabalhadores. Se quisermos reequilibrar o equilíbrio de poderes entre capital e trabalho, e se quisermos evitar o desenvolvimento do chauvinismo nacionalista, temos que inovar rapidamente neste domínio.**

em sistematizar as alianças com todos os movimentos de transformação social, particularmente feministas, movimentos de apoio aos migrantes, ecologistas, altermundialistas, etc., integrando no corpo sindical todas as dimensões dessa transformação social, não de forma externa e artificial, mas desde o interior, porque essas dimensões, que chamamos sociais, econômicas, ecológicas ou culturais, são realmente parte do trabalho, são elementos ou dimensões da relação social. O objetivo do sindicato, importa recordá-lo, deve ser duplo: trata-se, de fato, de permitir que os trabalhadores se organizem aqui e agora para resistir à influência do capital, mas trata-se também, por meio desta auto-organização sindical, e desde o início, e dentro desta própria auto-organização coletiva, de visar à completa emancipação dos trabalhadores por meio do desenvolvimento de relações coletivas igualitárias e não hierárquicas (o que implica uma mudança de práticas e uma luta impiedosa contra a burocratização sindical). Em suma, trata-se de dar todo o seu sentido humano e todo o seu alcance civilizacional a essa auto-organização sindical, e isto em uma época em que o adversário encoraja a auto-valorização de si como capital.

## ANEXO

Versão em francês – original

**ES: Pourriez-vous détailler la notion du caractère normatif du néolibéralisme ?**

**CL:** Le néolibéralisme déborde de loin la seule sphère de l'économie stricto sensu. Et c'est ce qui n'est pas toujours compris. On en a souvent une lecture du phénomène néolibéral trop étroitement économique. Le néolibéralisme en réalité désigne un ensemble de pratiques et de discours qui caractérisent les politiques gouvernementales à l'échelle mondiale, pas seulement les politiques économiques. Ces politiques se caractérisent par l'extension de la logique de la concurrence à l'ensemble des relations économiques et, au-delà, à l'ensemble des activités sociales et culturelles, par un modèle entrepreneurial imposé à toutes les formes d'activité et à toutes les institutions, notamment aux institutions publiques, et enfin à la

transformation des relations interhumaines et des subjectivités sur le modèle du « capital humain » .

Le néolibéralisme a une longue histoire, et il regroupe des courants différents, il a même des formes politiques différentes. On peut le traiter sous un angle doctrinal par exemple, mais on peut aussi comme nous l'avons fait avec Pierre Dardot, et à la suite de Foucault, l'aborder comme mode de gouvernement des conduites. Et si l'on prend les choses par ce côté, on peut voir le néolibéralisme comme une logique normative qui installe les individus dans des rapports de concurrence et des situations qui les invitent à des comportements d'accumulation du capital humain. Cela ne passe pas nécessairement par la diffusion d'une morale ou la persuasion politique, mais par l'installation d'un cadre d'action qui oblige les individus à entrer dans des rapports concurrentiels et accumulateurs. On le voit bien aujourd'hui, partout dans le monde, dans le domaine de l'éducation, de la santé ou du logement. Et avec ces conduites, s'enclenchent des modifications subjectives.

**ES: Comment expliquer l'idée d'individu néolibéral (en tant que sujet) et l'idée d'entreprise de soi ?**

**CL:** Le capitalisme n'est pas seulement un mode de production de marchandises, c'est un procès de subjectivation autant qu'un procès de production. C'est ce que M.Thatcher a formulé un jour : « l'économie est la méthode, l'objectif est de changer l'âme et le cœur ». Le sujet néolibéral est en quelque sorte produit par des dispositifs propres à la rationalité néolibérale de la concurrence généralisée, ce qui impose de saisir comment celle-ci devait passer par un certain nombre de techniques pour fonctionner. Ce sujet néolibéral n'est pas « aliéné », « rendu étranger à lui-même », ce qui serait supposer qu'il y a un sujet non aliéné, il est conduit à participer à sa propre constitution, à sa propre construction. Les dispositifs néolibéraux dans l'entreprise amènent le sujet à s'impliquer entièrement dans la compétition, dans la recherche de la performance. C'est ce que nous appelons la *subjectivation néolibérale*.

Le moment néolibéral se caractérise par une homogénéisation du discours de l'homme autour de la *figure de l'entreprise*. Le modèle

humain du néolibéralisme est l'entreprise. Désormais un ensemble de techniques qui se sont répandues dans la société et sont au principe de la réforme des institutions contribuent à fabriquer un nouveau sujet, que nous appellerons indifféremment « sujet entrepreneurial » ou « sujet néolibéral ». Ce sujet doit se considérer et même se constituer comme entreprise de soi. La langue enregistre très bien cette transformation: ce qu'on appelle "l'autonomie", que l'éducation doit promouvoir, est devenue simple « gestion de soi-même », et l'individu est réduit à un « capital humain ». On a donc affaire donc à une *interprétation managériale de l'humain*.

Comment faire pratiquement pour que le sujet se conforme au modèle de l'entreprise, pour qu'il se conduise comme une entreprise lui-même ? Le mythe de l'entrepreneur, la propagande pour développer une mentalité d'entrepreneur, tout cela est important mais pas suffisant. L'école par exemple est requise de développer la « culture d'entreprise » de la maternelle à l'université, comme je l'ai montré dans *L'école n'est pas une entreprise* (le livre va être republié prochainement par Boitempo). Cette gestion de soi-même, comme si le "soi-même" était une entreprise à gérer ou un capital à valoriser, est en réalité commandée par le principe de la concurrence. Dans le domaine du travail, on voit clairement qu'il s'agit d'une gestion de soi-même par le stress, d'un management de soi par la pression de la concurrence.

**ES: Comment vous voyez l'encouragement à l'auto-entrepreneuriat y compris dans son format « micro », d'exploitation par des plateformes ? D'après-vous cela (qu'on pourrait peut-être appeler « l'homme entrepreneurial ») serait la forme de relation de travail idéal pour la raison néolibérale ?**

**CL:** Ce sujet néolibéral n'est pas donné, il faut le refaçonner sans cesse par tout un ensemble de techniques et de dispositifs de concurrence et de performance et, pourquoi pas, en plus des techniques comportementales, par des pilules de performance capables d'agir sur la chimie du cerveau ! Pour atteindre la réalisation de cet individu néolibéral, un ensemble de dispositifs sociaux, économiques et institutionnels sont nécessaires. Tout salarié doit développer une conduite orientée vers l'augmentation de ses propres performances,

il doit être complètement impliqué dans son travail, responsable de ses résultats individuels, motivé par des systèmes d'incitation ; en un mot il doit faire preuve d'une disposition intérieure qui est le fruit non pas d'une obéissance passive et toute extérieure à des règles mais le résultat d'un véritable travail sur lui-même. Il s'agit de travailler à tout instant à son propre perfectionnement pour améliorer sa performance dans un espace de compétition, qui oblige à une lutte permanente pour survivre. Et c'est là, me semble-t-il que les plateformes jouent un rôle considérable dans cette véritable fabrication du nouvel homme entrepreneurial, selon l'expression très juste que vous utilisez. Uber, Airbnb, et beaucoup d'autres, nous introduisent dans un monde d'auto-entrepreneurs isolés qui n'ont de rapport entre eux que par le fait d'avoir le même lien numérique à la plateforme, et qui sont sans cesse soumis de façon infantilisante et oppressive à l'évaluation généralisée. En France, la principale organisation patronale, le MEDEF, propose d'attribuer à tous les jeunes Français de plus de 16 ans, un numéro SIRET, c'est-à-dire un code d'entreprise. Ce serait vraiment l'invention d'un nouveau statut de l'humain comme auto-entrepreneur: avant même d'être pleinement citoyen (le droit de vote est fixé à 18 ans), le jeune serait identifié à une entreprise, il aurait une identité d'entreprise. On est bien proche de "l'entreprise de soi"!

**ES: Dans ce sens, quel est le résultat de cette forme-là de relation de travail pour la consolidation du modèle économique néolibéral comme alternative « unique » ?**

**CL:** La transformation des citoyens et des salariés en auto-entrepreneurs, sur le plan subjectif, voilà la grande nouveauté, voilà l'horizon du néolibéralisme. En un certain sens, la prospective de Marcuse d'un "homme unidimensionnel" se réalise avec le néolibéralisme. Evidemment, le rapport salarial ne disparaît pas mais le changement est notable et conduit d'ores et déjà à des formes nouvelles de contractualisation et de précarisation. Chaque travailleur est considéré comme producteur de valeur parfaitement évaluable sur une sorte de marché interne de l'entreprise qui l'emploie. Sa valeur propre dépend de la valeur individuelle qu'il produit et que l'on peut mesurer par les systèmes d'évaluation quantitative.



Le procès de subjectivation néolibérale est un procès de valorisation d'une entreprise de soi, ou dans un autre vocabulaire plus économique, d'un « capital humain » individuel. Ce procès de valorisation est supporté ou créé par les différents modes d'évaluation financière des entreprises elles-mêmes. Le phénomène nouveau est donc le développement à l'échelle de la société entière d'une *subjectivité de l'illimitation* ou, comme nous disons dans *la Nouvelle raison du monde*, de *d'ultrasubjectivation*. Il s'agit d'obliger le salarié à aller *au-delà de soi*, à *se dépasser* constamment. Cette ultrasubjectivation c'est la norme pratique du dépassement indéfini de la valeur que l'on est, de *soi comme valeur*. L'ultrasubjectivation, c'est l'autovalorisation de soi comme norme générale de l'existence. Ce n'est plus tout à fait, ou plus seulement, un assujettissement à une loi extérieure imposée par un capital qui s'est soumis le travail comme dans le capitalisme "classique" puisque c'est le sujet lui-même qui devient capital, qui s'impose à lui-même un rapport capital-travail, qui entretient avec lui-même un rapport d'exploitation. L'auto-entreprise généralisée c'est un moyen très efficace d'augmenter l'exploitation par le capital puisque le sujet entretient avec soi un rapport d'auto-valorisation qui est aussi un rapport d'exploitation, un rapport du toujours plus extrait par le véritable capital qui prélève son dû. Cette logique est à la fois subtile et parfaitement perverse!

**ES: En Amérique Latine mais pas seulement nous traversons actuellement un tournant autoritaire qui encourage des restrictions draconiennes dans les domaines du droit du travail, social et civil (même en ayant conscience du paradoxe qui consiste à constater qu'un certain nombre de ces gouvernements autoritaires ont été légitimement élus). Quelle est votre analyse de ce nouveau contexte ?**

**CL:** Le néolibéralisme a introduit une coupure historique au niveau mondial et pas seulement en Amérique latine, même si chaque région a ses caractéristiques propres. De manière très générale, il a mis fin à la coexistence du capitalisme et de la démocratie libérale qui avaient trouvé un compromis dans la forme parlementaire du système politique et dans ce qu'on a appelé en Europe « l'État social ». Cette dualité entre le citoyen et l'homme de l'in-

térêt privé, que soulignait Marx pour la critiquer, n'était pas seulement le masque de la domination bourgeoise. La très relative indépendance qui existait entre le domaine politique et le domaine économique donnait à la citoyenneté une certaine effectivité, laquelle s'est traduite par une extension des droits civils, politiques, sociaux. L'Amérique latine, et notamment le Brésil, ont connu à la fin des années 80 et dans les deux décennies suivantes une sorte de printemps de la démocratie libérale, même si des nuages bien sombres cachaient parfois le soleil... Les conquêtes démocratiques et libérales, même partielles et fragiles, sont aujourd'hui menacées, c'est évident, par le nouveau cours du monde, et ceci se voit bien aux Etats-Unis qui ont pris, avec Trump au pouvoir, la tête de cette nouvelle forme politique anti-démocratique. Cette coexistence très précaire entre capitalisme et démocratie ne reposait en réalité que sur un niveau élevé de conflictualité sociale, donc sur une organisation solide de la classe ouvrière et des travailleurs en général. Cette coexistence est devenue progressivement impossible avec la remise en cause des compromis sociaux et des droits des salariés. Avec l'affaiblissement du salariat organisé (qui a évidemment des causes multiples, mais parmi celles-ci la globalisation financière et le management néolibéral ont joué des rôles très importants), on a assisté à une fragmentation sociale générale, à des phénomènes de « désaffiliation » et de désespérance. Et comme la gauche n'a pas remis en cause le néolibéralisme, mais a pactisé avec lui ou l'a même conforté et renforcé, une grande partie de la population a cherché dans le nationalisme, la xénophobie et l'autoritarisme une sorte de solution miraculeuse. Il faut le dire très clairement: une grande partie de la gauche globale est responsable de ce qui est en train d'arriver partout dans le monde. L'extrême droite a su capter à son profit les effets plus ou moins rapides de la crise de 2008 en Europe, aux Etats-Unis et maintenant au Brésil. Mais ces victoires de l'extrême droite, et cela a été clair avec Trump, ne remettent pas en cause le néolibéralisme, mais le radicalisent sous une nouvelle forme qui mélange un État fort anti-démocratique et la plus grande liberté laissée au capital, notamment financier. Ce n'est pas le fascisme historique tel qu'on l'a connu en Europe au début du XXe siècle, c'est une forme historique inédite, ce qu'avec Pierre Dardot nous appelons

« nouveau néolibéralisme », pour signifier que nous entrons dans une nouvelle phase de ce phénomène historique considérable qu'est justement le néolibéralisme dans pratiquement toutes les sociétés depuis au moins un demi-siècle.

**ES: Les mouvements sociaux les plus récents (Brésil, 2013 et France, 2018/2019) qui ne sont pas issus des organisations syndicales (ni de l'ensemble des travailleurs salariés non plus) sont un signe de l'affaiblissement de la raison néolibérale au sein de la société ou, au contraire, de sa mise en place intégrale ?**

**CL:** Contrairement à une idée souvent exprimée, le néolibéralisme n'est pas seulement une idéologie que des "faits" pourraient démentir, il constitue un véritable système de pouvoir oligarchique capable de résister aux contestations et aux crises, notamment en les utilisant pour se renforcer. C'est la leçon que l'on peut tirer de toutes les crises qui depuis les années 80 ont jalonné l'histoire. Mais ce qu'il y a de nouveau, c'est la manière dont des "hommes neufs", qui sont en fait des hommes anciens mais très rapidement rénovés grâce aux procédés du *branding*, parviennent à récupérer à leur profit l'énergie critique collective des masses.

Il y a là tout un art du mouvement qui du côté néolibéral vise à utiliser les crises, à s'appuyer sur elles, pour aller toujours plus loin. On a vu à de multiples reprises comment les gouvernements utilisent cyniquement les crises économiques et sociales à son profit. C'est ce que nous avons appelé dans *Le cauchemar qui n'en finit pas*, la "gouvernementalité par les crises". Ce qui aurait dû et aurait pu affaiblir la rationalité néolibérale a été au contraire un moyen de le renforcer, tandis que de l'autre côté, la force critique qui s'est exprimée dans l'altermondialisme, puis dans le mouvement mondial des "places publiques" n'a pas été assez puissante et radicale pour balayer le néolibéralisme. On paie aujourd'hui très cher cette faiblesse de l'opposition. Il faut là encore le souligner, la gauche mondiale est compromise et discréditée auprès des victimes du néolibéralisme. Aujourd'hui, la récupération néolibérale est plus difficile, mais elle existe précisément sous la forme du projet d'extrême droite qui consiste à détourner la colère sociale, le ressentiment et la frustration, vers des ennemis intérieurs dont la liste

est a priori infinie (gauche, médias, pauvres, noirs, femmes, homosexuels, etc) tout en menant au pas accéléré la transformation néolibérale de la société, ce qui ne pourra qu'accentuer la crise sociale, les inégalités, la fragilisation des liens sociaux.

Prenons un instant l'exemple des Gilets jaunes en France. La révolte des Gilets jaunes a bousculé le pouvoir comme aucun mouvement social depuis 2003, comme aucune mobilisation syndicale n'avait réussi à faire depuis très longtemps, hormis peut-être le mouvement des jeunes de 2006 sur le contrat première embauche (CPE). Mais cette révolte populaire peut aller dans des directions différentes, même si son contenu est réellement progressiste: les Gilets jaunes demandent justice sociale et justice climatique. C'est donc une grande révolte contre les conséquences du néolibéralisme sur ces deux plans. Pourtant, la gauche politique est tellement discréditée, et le système de démocratie représentative tellement effondré de l'intérieur par son impuissance devant les logiques destructrices du capitalisme financier, que la colère sociale ne profite pas électoralement à la gauche, mais plutôt semble-t-il à l'extrême droite. C'est d'ailleurs ce que recherche Macron et son gouvernement, puisque cela lui donne une chance d'être réélu en se présentant comme le dernier rempart devant le "fascisme qui monte".

Pour répondre à votre question, on peut dire que partout le néolibéralisme est mis en accusation par ses effets, mais que presque partout aussi il parvient à se prolonger et même à se radicaliser faute d'un autre débouché politique que celui offert par les démagogues d'extrême droite qui ont inventé un nouveau néolibéralisme hybride, ouvertement anti-démocratique. La radicalisation néolibérale et la voie anti-démocratique entrent en cohérence. Pour imposer des réformes anti-populaires, il faut se donner les moyens d'écraser la contestation sociale et l'opposition politique ! De sorte que la fraction des masses qui a pu contribuer à élire ce type de gouvernement a voté en réalité pour son pire ennemi. Mais si cette fraction a voté pour son pire ennemi, c'est aussi que cette fraction est atomisée, dispersée, soumise à une anomie du fait de la trop grande faiblesse des organisations syndicales et sociales.

**ES: Quelles stratégies ou alternatives pensez-vous être intéressantes pour examiner ces changements et renforcer la position des travailleurs et des organisations syndicales ?**

**CL:** La question est vaste, tant la crise des organisations syndicales est profonde du fait du changement du capitalisme lui-même et de ses modes d'organisation productive. Il est difficile de parler abstraitement. Pour ma part, je milite dans la plus grande fédération syndicale des enseignants en France, la Fédération syndicale unitaire (FSU). J'ai participé en son sein à la création d'un Institut de recherche syndicale et pendant plus de vingt ans, j'ai analysé les mutations du travail enseignant et de l'organisation scolaire et universitaire pour armer intellectuellement les syndicalistes d'outils de compréhension du néolibéralisme scolaire et universitaire. Donc un travail d'analyse et de rénovation conceptuelle s'impose, car le travail a changé, et les individus aussi. Ce travail en profondeur est difficile car les dogmes, les vieux slogans, les routines sont une dimension des organisations syndicales, surtout quand elles se sentent menacées et affaiblies, un peu, si vous me permettez la métaphore, comme des vieillards affaiblis qui ont peur de tout et surtout du changement. En dépit de ses résistances, je me suis intéressé avec des camarades de la FSU à la transformation du syndicalisme. Il faudrait d'abord, en priorité, développer un véritable syndicalisme transnational, dans la foulée de l'altermondialisme. Tout enfermement national est suicidaire. La force du capital repose sur sa mobilité transnationale. La force du travail, sur l'unité mondiale des travailleurs. Si l'on veut rééquilibrer le rapport de force entre capital et travail, et si l'on veut éviter le développement du chauvinisme nationaliste, il faut innover rapidement en ce domaine.

Ensuite, je développe en ce moment le concept de "syndicalisme intégral", reprenant à mon compte un terme utilisé à la fin du XIXe siècle par les socialistes français (qui parlaient de "socialisme intégral"). Pour le dire rapidement, il s'agit d'une stratégie qui consiste à systématiser les alliances avec tous les mouvements de transformation sociale, notamment les féministes, les mouvements de soutien aux migrants, les écologistes, les altermondialistes, etc tout en intégrant dans le corpus syndical toutes les dimensions de cette transformation sociale, non pas de manière extérieure et ar-

tificielle mais de l'intérieur et ceci, parce que ces dimensions que l'on dit sociales, économiques, écologiques, ou culturelles, font en réalité partie du travail, sont des éléments ou des dimensions du rapport social. L'objectif du syndicat, il faut le rappeler, doit être à double niveau: il s'agit bien de permettre aux travailleurs de s'organiser ici et maintenant afin de résister à l'emprise du capital, mais il s'agit aussi, par cette auto-organisation syndicale, et dès le début, et au sein de cette auto-organisation collective elle-même, de viser *l'émancipation intégrale* des travailleurs par le développement de rapports collectifs égalitaires et non hiérarchiques (ce qui implique un changement des pratiques et une lutte sans merci contre la bureaucratism syndicale). En somme, il s'agit de donner tout son sens humain et toute sa portée civilisationnelle à cette auto-organisation syndicale, et ceci à une époque où l'adversaire incite à l'auto-valorisation de soi comme capital.

# POLÍTICA EDITORIAL E NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os manuscritos submetidos às Seções Geral e Especial passam por um controle prévio de originalidade e pertinência à linha editorial, realizado pelos próprios editores. Em seguida, passam por um processo de revisão duplamente anônima, realizado por pesquisadores experientes e familiarizados com o tema específico do manuscrito submetido. O processo é duplamente anônimo porque nem o autor sabe quem é o revisor, nem o revisor sabe quem é o autor -- suas identidades não são reveladas. No processo de revisão duplamente anônima, a qualidade do manuscrito é avaliada de acordo com os seguintes critérios: clareza, precisão, consistência e concisão; adequação da metodologia adotada; solidez e originalidade do(s) argumento(s) apresentado(s); relevância científica; atualidade das referências. Os avaliadores são recrutados na comunidade jurídico-acadêmica do país e do exterior que se dedica aos estudos de Teoria Jurídica Contemporânea. O critério para a seleção de avaliadores segue padrões internos rigorosos, dada sua importância para a qualidade do trabalho editorial. Em casos excepcionais, o avaliador é um pesquisador mais novo que possui competência específica para a avaliação do texto. O tempo esperado para a conclusão da avaliação é de aproximadamente dois meses. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

Os autores devem seguir as seguintes diretrizes:

1. Não é permitida qualquer referência que indique autoria.
2. Não será aceita a submissão simultânea de mais de uma proposta de artigo sob a mesma autoria. Caso isso ocorra, a segunda submissão não será avaliada.



3. Recomenda-se que os manuscritos submetidos não ultrapassem a quantidade de 20 páginas em fonte Times New Roman, tamanho 12 e espaçamento entre linhas 1.5.

4. As notas devem ser numeradas sequencialmente em números arábicos e colocadas em pé de página (rodapé).

5. As notas de pé de página que incluem informações de conteúdo devem ser breves e focadas em apenas um assunto. As notas de conteúdo podem também apontar o leitor para outras fontes.

6. O artigo deve incluir um resumo, com aproximadamente 10 linhas, além de indicar no mínimo 3 e no máximo 6 palavras-chave.

7. As palavras-chave são fundamentais para a correta indexação do trabalho. É recomendável incluir a palavra indicativa da subárea na qual se insere o trabalho. Recomenda-se ainda verificar a ocorrência das palavras em bases de dados nacionais e internacionais, como o vocabulário de autoridades da Biblioteca Nacional ([http://acervo.bn.br/sophia\\_web/](http://acervo.bn.br/sophia_web/)).

8. Quando o texto for redigido em português, o título, o resumo e as palavras-chave devem ser traduzidos para o inglês; quando redigido em inglês ou espanhol, para o português.

9. Citações diretas que não excedam três linhas devem permanecer no corpo do texto, entre aspas – sem itálico ou negrito. Citações diretas que excedam três linhas devem ser destacadas e recuadas da margem esquerda – sem itálico ou negrito.

10. Títulos de livros devem aparecer em itálico; títulos de artigos devem aparecer entre aspas. Palavras em latim ou língua estrangeira – tendo como referência a língua na qual o texto foi redigido – devem aparecer em itálico. O itálico também pode ser utilizado como recurso de ênfase pelo próprio autor. Jamais utilizar o negrito no corpo do texto.

11. As referências de citações diretas e indiretas devem aparecer em nota de rodapé e indicar somente o sobrenome do(s) autor(es), em caixa alta, seguido do ano de publicação e (quando for o caso) da página. Exemplo: HART, 1961, p. 15.

12. As referências completas devem ser indicadas em seção separada, após a conclusão, seguindo as regras técnicas da norma NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

13. Os editores recomendam o uso de linguagem clara, precisa e consistente. O uso de linguagem inclusiva de gênero fica a critério do autor.

Este periódico possui diretrizes destinadas a promover uma política de integridade ética aplicável à atividade científica em toda a sua extensão – desde a concepção e realização de pesquisas à comunicação dos resultados. As diretrizes a seguir foram elaboradas tendo como referência as Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); o Código de Boas Práticas Científicas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); a Declaração Conjunta sobre Integridade em Pesquisa resultante do II Encontro Brasileiro de Integridade em Pesquisa, Ética na Ciência e em Publicações (II BRISPE); e o documento Cooperação entre Instituições de Pesquisa e Periódicos em Casos de Integridade em Pesquisa: Orientação do Comitê Internacional de Ética em Publicações elaborado pelo do Committee on Publication Ethics.

Para mais informações sobre nossas diretrizes, consulte nossa plataforma em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/index>.

