

# REVISTA TRABALHO, DIREITO E JUSTIÇA

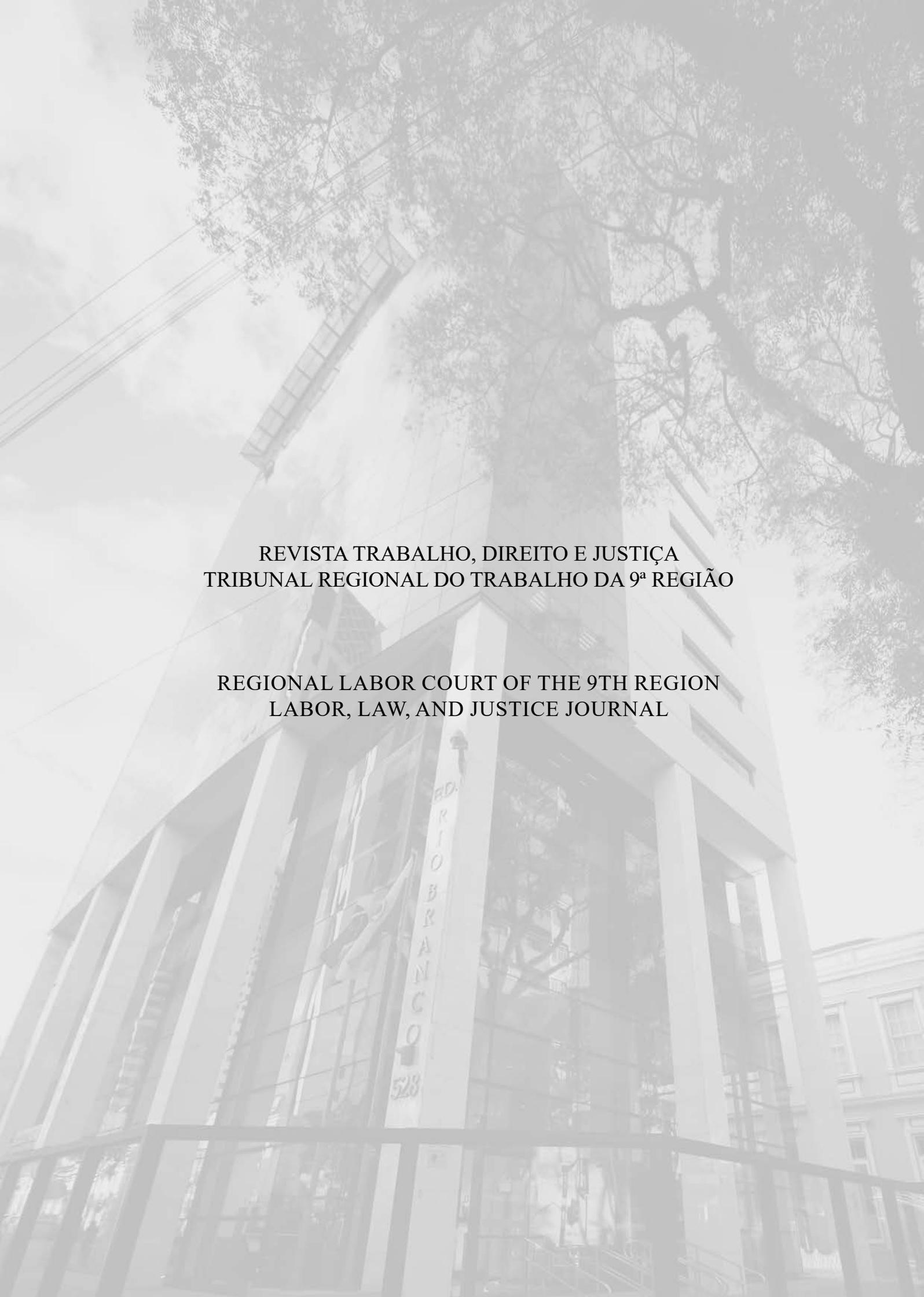
v.1 n.1

Setembro/Dezembro 2023

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região  
Paraná - Brasil

ISSN 2965-5412





**REVISTA TRABALHO, DIREITO E JUSTIÇA  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO**

**REGIONAL LABOR COURT OF THE 9TH REGION  
LABOR, LAW, AND JUSTICE JOURNAL**



REVISTA TRABALHO, DIREITO E JUSTIÇA  
LABOR, LAW, AND JUSTICE JOURNAL

## **EXPEDIENTE**

### **PRESIDENTE**

Desembargadora ANA CAROLINA ZAINA

### **VICE-PRESIDENTE**

Desembargador ARION MAZURKEVIC

### **CORREGEDOR REGIONAL**

Desembargador MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

### **EDITOR CHEFE**

Desembargador LUIZ EDUARDO GUNTHER

### **EDITORES-ASSISTENTES**

Desembargador Eduardo Milléo Baracat  
Desembargadora Thereza Cristina Gosdal  
Juíza Silvana Souza Netto Mandalozzo  
Juiz Lourival Barão Marques Filho

### **SECRETÁRIA EDITORIAL CHEFE**

Patrícia Eliza Dvorak

### **ASSISTENTE EDITORIAL**

Adriana Cavalcante de Souza Medeiros

### **APOIO À PESQUISA E EDIÇÃO**

Elisandra Cristina Guevara Millarch

### **NORMALIZAÇÃO E INDEXAÇÃO**

Coordenadoria de Editoração e Divulgação Científica

### **COLABORADORES**

Secretaria Geral da Presidência  
Assessoria da Direção Geral  
Assessoria de Comunicação

### **FOTOGRAFIA**

Luiz Renato Munhoz

A **Revista Trabalho, Direito e Justiça** é publicada sob o modelo de Acesso Aberto e permite a todos a leitura e disseminação de seu conteúdo de acordo com as políticas Creative Commons.

Os autores transferem à **Revista Trabalho Direito e Justiça** os direitos de primeira publicação com a licença Creative Commons Attribution-NonCommercial-Share Alike4.0 International License.

O compartilhamento é livre, bem como sua adaptação, requerendo-se, todavia, o crédito atribuído através de link da licença e destaque para as mudanças realizadas no trabalho original.

Os autores publicados na Revista Direito e Trabalho poderão republicar seus artigos desde que citada a fonte da publicação original.

Coordenadoria de Editoração e Divulgação Científica

E-mail: [coedic@trt9.jus.br](mailto:coedic@trt9.jus.br)

Site: [revista.trt9.jus.br](http://revista.trt9.jus.br)

Tribunal Regional do Trabalho Da 9ª Região  
Alameda Dr. Carlos de Carvalho, 528, Centro - Curitiba-PR

**ISSN**  
**2965-5412**

---

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Maurício Amormino Júnior, CRB6/2422)**

---

T822r Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.  
Revista Trabalho, Direito e Justiça / Tribunal Regional do Trabalho da  
9ª Região. – Vol. 1, n. 1 (set. 2023). – Curitiba, PR: TRT9, 2023.

Quadrimestral  
ISSN 2965-5412

1. Direito do trabalho – Brasil. 2. Justiça do trabalho. 3. Jurisprudência  
trabalhista. I. Título.

CDD 344.81

---

**Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422**

## CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

**Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli** (Professora adjunta da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Paraná). **Adriano de Mesquita Dantas** (Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Paraíba); **Alan da Silva Esteves** (Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Alagoas); **Alberto Bastos Balazeiro** (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho); **Aldacy Rachid Coutinho** (Professora Titular de Direito do Trabalho da UFPR, aposentada. Professora do Mestrado em Direito, Instituições e Regulação da UNIVEL. Paraná) **Alexandre de Souza Agra Belmonte** (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Professor na Universidade Estácio de Sá. Distrito Federal); **Ana Paula Sefrin Saladini**. (Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná). **Ana Paula Tauceda Branco** (Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Professora na Faculdades de Vitória. Espírito Santo); **André Gonçalves Zipperer** (Professor convidado de cursos de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Positivo. Paraná) **Arion Mazurkevic** (Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná) **Bento Herculano Duarte Neto** (Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN. Rio Grande do Norte); **Carla Reita Faria Leal** (Juíza do Trabalho aposentada do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Professora na Universidade Federal de Mato Grosso. Mato Grosso); **Carlos Henrique Bezerra Leite** (Professor na Faculdade de Direito de Vitória. Espírito Santo); **Carolina Tupinambá Faria** (Professora na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro); **Célio Horst Waldraff** (Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná. Paraná) **Célio Pereira Oliveira Neto** (Professor convidado em diversos cursos de pós-graduação, dentre os quais Ematra IX, PUC/PR, FIEP, ABDCConst. Paraná) **Christiana D'arc Damasceno Oliveira Andrade Sandim** (Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Plácido de Castro. Acre); **Cláudio Mascarenhas Brandão** (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília) **Clayton Reis** - Professor do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba); **Dinaura Godinho Pimentel Gomes** (Professora na Escola Paulista de Direito. Membro Titular da Academia Paranaense de Direito do Trabalho. Paraná) **Eduardo Antônio Temponi Lebre** (Professor na Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina); **Flávia Moreira Guimarães Pessoa** (Juíza Tribunal Regional do Trabalho da 20 Região. Professora na Universidade Federal de Sergipe. Sergipe); **Flávio da Costa Higa** (Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Mato Grosso do Sul); **Francisco Meton Marques de Lima** (Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Professor na Universidade Federal do Piauí. Piauí); **Georgenor de Sousa Franco Filho** (Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor na Universidade da Amazônia. Pará); **Gilberto Sturmer** (Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul); **Giovanni Olsson** (Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Professor na Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Santa Catarina); **Gustavo Filipe Barbosa Garcia** (Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo). **Homero Batista Mateus da Silva** (Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Professor na Universidade de São Paulo. São Paulo); **Ilse Marcelina Bernardi Lora** (Professora e coordenadora dos cursos de pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Centro Sulamericano de Ensino Superior. Paraná) **Ilton Garcia da Costa** (Professor na Universidade Estadual do Norte do Paraná. São Paulo); **João Humberto Cesário** (Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Direito Professor na Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso. Mato Grosso). **João Vitor Passuello Smanioto** (Professor do Centro Universitário Vale do Iguaçu- UNIGUAÇU. Paraná); **José Afonso Dallegre Neto** (Professor da PUC-PR e professor convidado das Universidades de Coimbra e de Lisboa. Paraná) **José Claudio Monteiro de Brito Filho** (Professor no Centro Universitário do Estado do Pará. Pará). **José Eduardo de Resende Chaves Júnior** (Professor na Faculdade de Direito da UFMG. Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Minas Gerais); **Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante** - Professor na Fundação de Apoio a Universidade Municipal de São Caetano do Sul. São Paulo); **Júlio César Bebber** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Professor na Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande. Campo Grande. Mato Grosso do Sul); **Kleber de Souza Waki** (Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Goiás); **Leila Andressa Dissenha** (Professora do Mestrado Profissional em Gestão de Cooperativas da PUCPR. Paraná) **Lelio Bentes Corrêa** (Ministro do Tribunal Superior do Trabalho); **Leonardo Vieira Wandelli** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná. Membro do Comitê Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro CSJT/TST. Paraná) **Lorena de Mello Rezende Colnago** (Juíza no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo); **Lúcia Cortes da Costa** (Professora associada da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Paraná) **Luciane Cardoso Barzotto** (Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul); **Luciano Athayde Chaves** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte); **Luciano Augusto Toledo Coelho** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor da pós graduação em Direito da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná. Paraná) **Luciano Martinez** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Professor na Universidade Federal da Bahia. Bahia); **Luis Alexandre Carta Winter** (Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná).

Paraná) Luiz Fernando Coelho (Professor do Centro de Ensino Superior CESUL de Francisco Beltrão/PR. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Paraná) **Manoel Antonio Teixeira Filho** (Advogado. Conferencista. Juiz aposentado do Tribunal do Trabalho da 9ª Região). **Manoel Carlos Toledo Filho** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professor na Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo); **Márcio Pochmann** (Professor na Universidade Estadual de Campinas. São Paulo); **Marco Antônio César Villatore** (Professor Associado I da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). **Marcos Augusto Maliska** (Professor do Centro Universitário Autônomo do Brasil- UniBrasil); Marco Aurélio Serau Junior - Professor da Universidade Federal do Paraná); **Marco Aurélio Serau Junior** (Professor da Universidade Federal do Paraná; Paraná) **Marlene Terezinha Fuverki Sugumatsu** (Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professora de cursos de pós-graduação na ABDConst, EMATRA-9, Faculdade Vicentina e Faculdade Paranaense. Paraná) **Mauro Schiavi** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo); **Océlio de Jesus C. Morais** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor na Universidade da Amazônia. Pará); **Paulo Régis Machado Botelho** (Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Professor na Universidade de Fortaleza. Ceará); **Paulo Ricardo Opuska** (Professor da Universidade Federal do Paraná. Paraná); **Ricardo Souza Calcini** (Professor na FMU. São Paulo); Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Palestrante e autor de diversos artigos publicados em revistas especializadas em Direito do Trabalho. Paraná) **Roberto Basilone Leite** (Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Santa Catarina); **Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho** (Professor na Universidade Salvador. Salvador. Bahia); **Rodrigo Goldschmidt** (Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Santa Catarina). **Sandro Lunard Nicoladeli** (Professor da Universidade Federal do Paraná); **Sayonara Grillo** (Professora na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro); **Sergio Torres Teixeira** (Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Professor na Universidade Federal de Pernambuco. Pernambuco); **Sidnei Machado** (Professor da Universidade Federal do Paraná. Paraná); Tereza Aparecida Asta Gemignani (Desembargadora no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. São Paulo); **Tereza Aparecida Asta Gemignani** (Desembargadora no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. São Paulo) **Vicente José Malheiros da Fonseca** (Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pará); **Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr** (Professora do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba. Paraná); **Wolney de Macedo Cordeiro** (Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Professor na Centro Universitário de João Pessoa. Paraíba); **Ynes da Silva Felix** (Professora na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Mato Grosso do Sul).

## CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

**Adrian Goldin** (Universidade de Buenos Aires e San Andrés. Universidades de Paris II, de Nantes e no Collège de France (visitante). Argentina); **Alberto Levi** (Universidade de Modena e Reggio Emilia. Universidade Estadual da República de São Marino. Itália); **Alejandro Castello** (Universidad de la República. Uruguai); **Antônio Baylos** (Universidade de Castilla – La Mancha (UCLM). Espanha); **Augustus Bonner Cochran III** (Faculdade de Agnes Scott em Atlanta. Estados Unidos); **Augusto Valenzuela Herrera** (Universidade Tecnológica do Peru - professor visitante; Universidade Politécnica da Nicarágua - professor honorário; Universidade Rafael Landívar - professor distinto; Universidade de Especialidades do Espírito Santo, Guayaquil, Equador - professor visitante. Guatemala); **Christian Courtis** (Universidades de Toulouse-Le Mirail - França, Carlos III - Espanha, Castilla-La Mancha, Deusto, Pablo de Olavide e Valencia - Espanha. California-Berkeley - Estados Unidos, Iberoamericana e ITAM - México e Diego Portales - Chile, entre outros. Argentina); **Daniela Bea Marzi Muñoz** (Universidade de Valparaíso. Chile); **David Sanchez Rúbio** (Universidade de Sevilla. Espanha); **Duarte Rolo** (Université Paris Descartes. Portugal); **Elizabeth Accioly R. Costa** (Universidade Europeia de Lisboa e UniCuritiba. Portugal); **Enrico Gragnoli** (Università degli Studi della Calabria, Cosenza; Università di Bologna - Sede di Rimini - de 2001 a 2004. Itália); **Esperanza Macarena** (Universidad de Sevilla. Espanha); **Fabio Petrucci** (Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Itália); **Fernando Fita Ortega** (Universidad de Valencia. Espanha); **Giuseppe Ludovico** (University of Milan. Itália); **Guillermo L. Barrios Baudor** (Universidad de Navarra. Espanha); **Hugo Barreto Ghione** (Universidade da República. Uruguai); **Iván Mirabal Rendón** (Universidad Católica del Táchira. Venezuela); **Jean-Claude Javillier** (Universidade de Paris II. França); **Jordi Garcia Viña** (Universidade de Barcelona. Espanha). **Juan Pablo Severin** (Universidad Católica del Norte e Universidad Complutense de Madrid. Chile); **Juan Raso Delgue** (Universidad de la República de Uruguai. Uruguai); **Martha Monsalve** (Universidad de La Gran Colombia. Colômbia); **Matteo Carbonelli** (Universidade da Toscana. Itália); **Maurício César Arese** (Universidade Nacional de Córdoba e Siglo XXI. Argentina); **Miguel F. Canessa Montejo** (Pontificia Universidad Católica del Perú. Peru); **Nuno Cunha Rodrigues** (Universidade de Lisboa (FDUL). Portugal); **Pablo Arellano Ortiz** (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile); **Ramiro Jacinto Chimuris Sosa** (Universidade da República do Uruguai. Uruguai); **Teresa Coelho Moreira** (Universidad de Minho. Portugal); **Wilfredo Sanguinetti Raymond** (Universidade de Salamanca.

Espanha);

## **CARTA AO LEITOR**

Novas formas de trabalho são criadas e intensificam-se em ritmo vertiginoso, do teletrabalho ao crowdworking, com gerenciamento da produtividade e supervisão por inteligência artificial, com escolhas de atribuição de tarefas conforme análise algorítmica. Neste contexto, é preciso diagnosticar a má compreensão, enfrentar incertezas, ensinar e refletir sobre a condição humana e a ética humanista (Morin).

Uma miríade de temas que provocam intensas reflexões e com um convite irrecusável: é preciso pensar uma nova sabedoria jurídica.

No incessante exponencial de conhecimentos é preciso distinguir o que é ruído.

O convite é feito: não para sedimentar teses, mas para fomentar o debate, criar possibilidades de novos mundos, convocar a insipiração quanto ao Trabalho, o Direito e a Justiça.

E, principalmente, a tolerância no desenrolar de cada um desses processos. Não a tolerância do apego à obsolescência ou do saudosismo dos tempos idos, de um pretérito (que nunca fora o presente), lembrado, por vezes, com um lustre maior que o brilho que luzia.

Propõe-se, assim o refletir, no guia da virtude da prudência e da temperança quanto ao novo. Tolerar o que não é espelho, mas sem olvidar o respeito da fortaleza construída pelos que estavam aqui antes de chegarmos.

A par das multiplicidade de temas que demandam debruçar estudos, todas as ponderações acadêmicas quanto às interpretações de institutos que levam a científicas convicções (ou digressões) são prementes para compreender e melhor se posicionar diante de mudanças que correm em compasso acelerado.

Para isso é preciso oportunizar um canal de estudo sério,

acadêmico, com estrato que atende os requisitos mais rigorosos da CAPES e segue na tendência de trazer aos leitores, estudiosos, estudantes da graduação, mestrandos, doutorandos, pós doutorandos, professores de instituições internacionalmente reconhecidas o que de mais relevante é produzido no mundo acadêmico.

Dessa forma, os autores que compõe a obra evidenciam – no campo de investigação científica – estudos e pesquisas consolidadas em artigos que contribuem para a missão institucional dessa Justiça do Trabalho.

Anos atrás, precisamente em 2011, o Excelentíssimo Desembargador Luiz Eduardo Gunther redigiu a apresentação da primeira edição da Revista Eletrônica deste tribunal, com uma proposta de democratizar o conhecimento jurídico e que mencionou o convite de eliminar fronteiras na divulgação de conteúdo jurídico de qualidade sobre o Trabalho, o Direito e a Justiça.

A missão prossegue, como um eterno presente. Agora com a Revista TRABALHO, DIREITO e JUSTIÇA. Compõem a revista um conselho editorial internacional e um nacional, reunindo professores de pós graduação *stricto sensu* e juristas de escol. Ciência feita com afeto, com um sabor de pinhão e da prática profissional realizada no cotidiano da terra das araucárias paranaenses.

Reafirma-se assim o compromisso de traçar os rumos de buscar construir um mundo melhor, na inspiração técnica para concretizar democracia e direitos humanos sociais, alicerces da dignidade humana.

Boa leitura a todos.

**ANA CAROLINA ZAINA**

**Desembargadora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná e do  
Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho**

## PALAVRAS DO EDITOR

Há 12 anos era lançada a primeira edição da Revista Eletrônica deste Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Com sua proposta temática, o estrato é referência no meio jurídico nacional pela sua proposta prática de congregar doutrina e jurisprudência.

Com a experiência amalhada ao longo de mais de uma década desse editorial, com a mesma vontade e agora na busca de exponencial excelência acadêmica, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região lança sua *Revista Trabalho, Direito e Justiça*.

Neste momento celebramos o início de uma caminhada. Reunimos esforços para trazer, nesta primeira edição ilustres autores tanto do Brasil como do cenário internacional que buscaram iluminar os complexos caminhos que entrelaçam o Trabalho, o Direito e a Justiça.

Em um momento de transformações sociais, reflexo da evolução tecnológica que nos apresentou novas formas de pensar o trabalho, ela se torna um farol para a comunidade acadêmica. Assim, dispomos de um novo espaço onde pesquisas rigorosas podem florescer.

Nossa Revista é uma manifestação viva da nossa dedicação ao progresso intelectual e ao avanço da Justiça. Inovar é necessário. Acompanhar esse movimento com resiliência a fim de compreender os novos cenários faz parte da justiça social que buscamos.

A todos os que se unem a nós neste percurso, expresso minha sincera gratidão e expectativas elevadas para o futuro que estamos moldando juntos. Assim, esperamos que esta primeira edição seja o prelúdio de muitos debates e descobertas que enriquecerão nossa compreensão de temas tão fundamentais. Recordo que mantemos viva a nossa Revista Eletrônica e que, ao lado dela, esta almeja seu sucesso e vida longa.

Obrigado por se juntar a nós nesta jornada emocionante.

Curitiba, setembro de 2023.

**Desembargador Luiz Eduardo Gunther**  
Editor-Chefe da Revista Trabalho, Direito e Justiça

## SUMÁRIO

### **A JOVEM OCTOGENÁRIA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (1943-2023)**

Aldacy Rachid Coutinho .....14

### **HIPERSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR: PRESUNÇÃO RELATIVA OU ABSOLUTA? LIMITES À PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO PELO HIPERSUFICIENTE SOBRE O LEGISLADO**

Alexandre Agra Belmonte .....31

### **A INFORMALIDADE DO TRABALHO INFANTIL NAS PLATAFORMAS DIGITAIS SOB A PERSPECTIVA DA REGULAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA CONFORME A RECOMENDAÇÃO Nº 204 DA OIT**

Ana Virgínia Moreira Gomes e Patrícia Moura Monteiro Cruz .....37

### **COMPETÊNCIA FUNCIONAL E TERRITORIAL NA LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS GENÉRICAS**

André Araújo Molina.....55

### **LÓGICA, MATEMÁTICA E PRINCÍPIOS SISTÊMICOS DA MODELAGEM DE POLÍTICAS DE ORDEM MUNDIAL (WOMP) NAS POLÍTICAS GLOBAIS DE DIREITO DO TRABALHO**

Andrea Pitasi .....70

### **THE UNITED STATES SUPREME COURT'S NEW CONSERVATIVE SUPERMAJORITY: A CONSTITUTIONAL COUNTER-REVOLUTION?**

Augustus Bonner Cochran, III.....98

### **REALIDADE DA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO PROPOSITIVA DOS SINDICATOS**

Cláudio Brandão.....132

### **CRISE NO SISTEMA JURÍDICO PARA O CUSTEIO DOS SINDICATOS**

Eduardo Antonio Temponi Lebre .....147

**LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO Y EL TRABAJO NÓMADA EN ESPAÑA Y SU CONFIGURACIÓN EN EL MARCO INTERNACIONAL**Esperanza Macarena Sierra Benítez ..... **169****TRABALHO DA MULHER E ESPAÇO FEMININO NO AMBIENTE LABORAL: ANÁLISE CRÍTICA DA DESIGUALDADE ENTRE GÊNEROS E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**Fernanda Ramos Fernandes de Andrade e Sergio Torres Teixeira ..... **184****EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA EN EL SENO DE LAS RELACIONES LABORALES**Fernando Fita Ortega ..... **202****O PAPEL DAS STARTUPS FRENTE A EFETIVIDADE DA INCLUSÃO DO INDIVÍDUO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA ABORDAGEM COMPARADA**Francelise Camargo de Lima, Irene Portela e Luiz Eduardo Gunther ..... **219****ODANO MORAL COLETIVO À LUZ DA ADPF N. 944: A QUEM DESTINAR OS RECURSOS**João Alberto Alves Machado e Guilherme Guimarães Feliciano ..... **236****A PROIBIÇÃO DE RECURSO À TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E O *DESPEDIMENTO-PARA-TERCEIRIZAR*: SOBRE O NOVO ARTIGO 338.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO DE PORTUGAL**João Leal Amado ..... **252****OS NOVOS MODOS DE TRABALHAR E O INJUSTO ESTIGMA DA LEI TRABALHISTA**José Affonso Dallegre Neto ..... **264****A RELEVÂNCIA DA CONVENÇÃO Nº. 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO PARA REPRIMIR A VIOLÊNCIA CONTRA AS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS: UMA LEITURA INTERSECCIONANDO COM A LEI BRASILEIRA Nº. 11.340/2006**Lucieny Magalhães Machado Pereira e Marco Antônio César Villatore ..... **293****MACROFILOSOFIA DO ALGORITMO JURÍDICO**Luiz Fernando Coelho ..... **310**

**LA CRISIS DE LA SUBORDINACIÓN Y LA VULNERABILIDAD DEL TRABAJO  
AUTÓNOMO Y *PSEUDO* AUTÓNOMO**

Mario Garmendia Arigón ..... **336**

**VISUAL LAW NO DIREITO E NA JUSTIÇA DO TRABALHO: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES  
SOBRE O USO ADEQUADO**

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira e Victória Régia Batista Pires ..... **343**

## A JOVEM OCTOGENÁRIA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (1943-2023)

Aldacy Rachid Coutinho\*

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998). Professora Titular de Direito do Trabalho da UFPR, aposentada. Professora do Mestrado em Direito, Instituições e Regulação da UNIVEL.

### RESUMO

Por meio de uma análise das mudanças legislativas que se operaram no Decreto-lei 5452, de 1943 durante os oitenta anos de sua vigência, pretende-se demonstrar que não se trata de uma Consolidação das Leis do Trabalho datada e imobilizada no ano de 1943, mas de uma lei (em sentido formal) que no curso das décadas de vigência foi sendo modificada, com supressões e incorporações de textos, para resultar em uma Consolidação das Leis do Trabalho (vigente) de 2023. As alterações a que foi submetida não resultaram de um momento histórico preciso, nem da atuação de um específico governante, nem de um modelo de governo, porquanto em praticamente todos os anos e pelas mãos de todos os agentes políticos, representantes eleitos ou não, pela via do Poder Executivo ou/e Poder Legislativo, a Consolidação das Leis do Trabalho se tornou o que é hoje, um conjunto de regras e princípios não mais sistematizados, mas que compõem um único documento jurídico ainda vigente. Os objetivos que se propunha com sua edição não se concretizaram.

**Palavras-chave:** Trabalho. Direito. Proteção.

### ABSTRACT

Through an analysis of the legislative changes that took place in Decree-Law 5452, of 1943, during the eighty years of its validity, it is intended to demonstrate that it is not a Consolidation of Labor Laws dated and immobilized in the year 1943, but of a law (in a formal sense) that over the decades of its validity has been modified, with deletions and incorporations of texts, as to result in a Consolidation of Labor Laws (in force) of 2023. The amendments to which it was submitted do not resulted from a precise historical moment, neither from the performance of a specific ruler, nor from a model of government, since in practically every year and by the hands of all political agents, elected representatives or not, via the Executive Branch or/and Legislative Power, the Consolidation of Labor Laws became what it is today, a set of rules and principles no longer systematized, but which make up a single legal document still in force. The objectives that were proposed with its edition did not materialize.

**Keywords:** Labour. Law. Protection.

### RESUMEN

A través de un análisis de los cambios legislativos que se produjeron en el Decreto-Ley 5452, de 1943, durante los ochenta años de su vigencia, se pretende demostrar que no se trata de una Consolidación de Leyes del

Recebido: 07/08/2023  
Aprovado: 22/08/2023

Trabajo fechada e inmovilizada en el año 1943, sino de una ley (en un sentido formal) que a lo largo de las décadas de su vigencia ha sido modificada, con supresiones e incorporaciones de textos, para dar lugar a una Consolidación de las Leyes del Trabajo (vigente) de 2023. Las reformas a las que fue sometida no resultó de un momento histórico preciso, ni de la actuación de un determinado gobernante, ni de un modelo de gobierno, ya que en prácticamente todos los años y de la mano de todos los agentes políticos, electos o no, a través del Poder Ejecutivo y/o Poder Legislativo, la Consolidación de las Leyes del Trabajo se convirtió en lo que es hoy, un conjunto de normas y principios que ya no están sistematizados, pero que conforman un único documento legal aún vigente. Los objetivos que se propusieron con su edición no se materializaron.

**Palabras-llave:** Trabajo. Derecho. Protección



*Aos meus amigos, tudo! Aos inimigos, os rigores da lei!*  
Getúlio Vargas  
pai dos pobres, mãe dos ricos...

*Aos amigos os favores, aos inimigos a lei*  
Maquiavel

## 1 INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho, não obstante tenha tido inúmeros percalços, com uma trajetória histórica preñe de tropeços, com mais recuos do que avanços, ainda (sobre)vive, gerando efeitos próprios e indiretos. Simbolicamente já fora considerada como um “passaporte” para entrada no mundo do trabalho, como se esse mundo não pertencesse aos trabalhadores; como se fosse uma realidade “externa”; como se para a inclusão social por meio do trabalho necessitasse de algum documento formalizando e materializando a aquisição de direitos, como testemunha a Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Por meio de uma análise das mudanças que se operaram no Decreto-lei nos oitenta anos de vigência, pretende-se demonstrar que: (1) não se trata de uma Consolidação das Leis do Trabalho do ano de 1943, mas de uma lei (em sentido formal) que no curso de oitenta anos foi sendo modificada, para resultar em uma Consolidação das Leis do Trabalho (vigente) de 2023; (2) que as alterações a que foi submetida não resultaram de um momento histórico preciso, nem da atuação de um específico governante, nem de um modelo de governo, porquanto em praticamente todos os anos e pelas mãos de todos os agentes políticos, representantes eleitos ou não, pela via do Poder Executivo ou/e Poder

Legislativo, a Consolidação das Leis do Trabalho se tornou o que é hoje, um conjunto de regras e princípios não mais sistematizados, mas que compõem um único documento jurídico ainda vigente; (3) que os objetivos que se propunha com sua edição não se concretizaram. Mas resistiu ao tempo e a todos. Continua um marco jurídico referencial: “surpreendeu por resistir à mudança dos tempos [...] sinal de que não é datada ou ultrapassada [...] quando diversas das proteções trabalhistas inscritas na CLT passaram a fazer parte da Constituição, ganhando o status de direitos sociais”. (WESTIN, 2023)

### 1.1 A CLT em números

Em 1942 o Ministério do Trabalho nomeou uma comissão para elaborar uma consolidação de leis de proteção ao trabalho e de previdência social; dela participaram Segadas Viana, Oscar Saraiva, Rego Monteiro, Dorval Lacerda, Arnaldo Lopes Sussekind. Do resultado dos esforços surge o Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, dita Consolidação das Leis do Trabalho, que entra em vigência no dia 10 de novembro de 1943, data de aniversário do Estado Novo (1937-1945), embora tivesse sido publicada em 9 de agosto de 1943. Teria sido durante o Estado Novo que Getúlio Vargas discursou no estádio de São Januário, no Rio de Janeiro, para comunicar a novidade ao público, ou seja, que teria assinado o projeto final da Consolidação das Leis do Trabalho: “O trabalhador brasileiro possui hoje seu código de direito, a sua carta de emancipação econômica, e ele sabe perfeitamente o que isso vale” (DELGADO, 2023). Para registro, a polêmica sobre o local de seu anúncio permanece: “não foi feito em São Januário, campo do Vasco da Gama, na época maior estádio de futebol do Rio de Janeiro, que costumava ser palco das festas do Dia do Trabalhador”. (WESTIN, 2023).

Merece destaque o fato de que, à época, em meio a uma ditadura civil, Senado Federal e Câmara dos Deputados permaneceram fechados. Esse documento legislativo emanado do Poder Executivo foi tido como “um dos primeiros instrumentos de inclusão social do Brasil, [...] qualificada como patrimônio do trabalhador e passaporte da cidadania” (WESTIN, 2023) e continha regras tanto de direito material do trabalho, quanto de direito processual, direito sindical e direito administrativo do trabalho. De uma ditadura, e não de um governo democrático, surge a mais importante legislação social inclusiva da história do Brasil! Foram cinquenta mil cópias distribuídas: “a CLT abriu os olhos para o mundo [...] era dia de festa – como todo Dia do Trabalhador”. (VIANA, 2013, p. 51)

Era representativo, como instrumento, de um projeto político-ideológico do governo getulista, de feição populista. Como produto, por certo assegurava uma legitimidade para a ditadura, em meio ao fim dos partidos e da atuação do Congresso. A grande inovação implementada no quadro político desde a década de 30 fora o emprego da propaganda como finalidade política (FERREIRA, 1997, p.71), primordialmente pelas falas do Ministro Marcondes Filho, mas “não há propaganda que transforme um personagem em líder político, em figura legendária, sem realizações que afetem a vida material e simbólica dos homens e mulheres que o reverenciam” (FERREIRA, 1997, p. 16). Eis, então, uma das razões para vir a lume a Consolidação das Leis do Trabalho. Nasce, como uma intervenção extramercado (BIAVASCHI, 2013, p. 183), para sustentar uma ditadura.

Era originalmente composta de 992 (novecentos e noventa e dois) artigos, que sintetizavam, como expressão da cidadania, o direito a ter direitos. Mais além, fixava, no protagonismo estatal, uma opção pelo desenvolvimento urbano e industrial, no seio de país rural e agrícola.

Oitenta anos depois, já em 2023, restou da redação original em torno de 36%, isto é, 336 (trezentos e trinta e seis) artigos, porquanto 175 (cento e setenta e cinco) foram revogados e 411 (quatrocentos e onze) alterados (Tabela 1). É a história viva das mudanças sociais no Brasil.

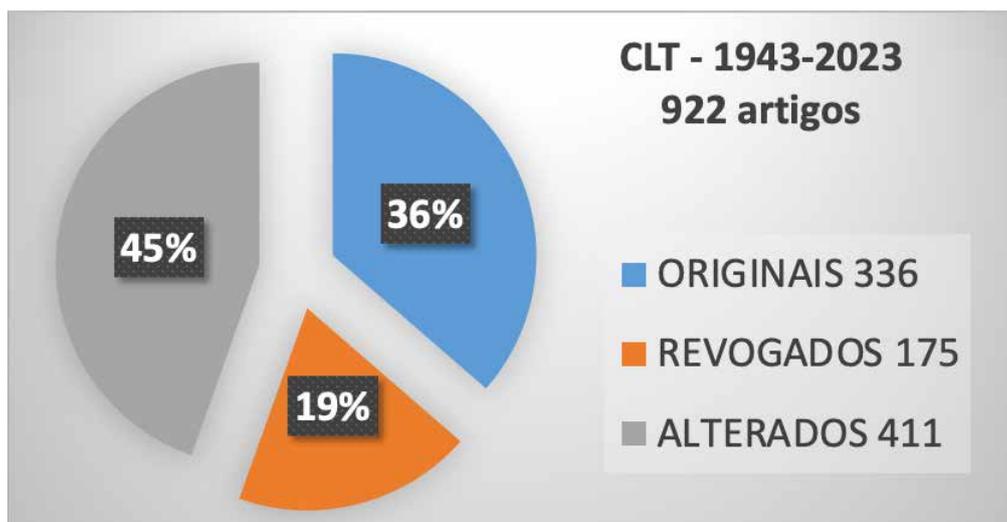
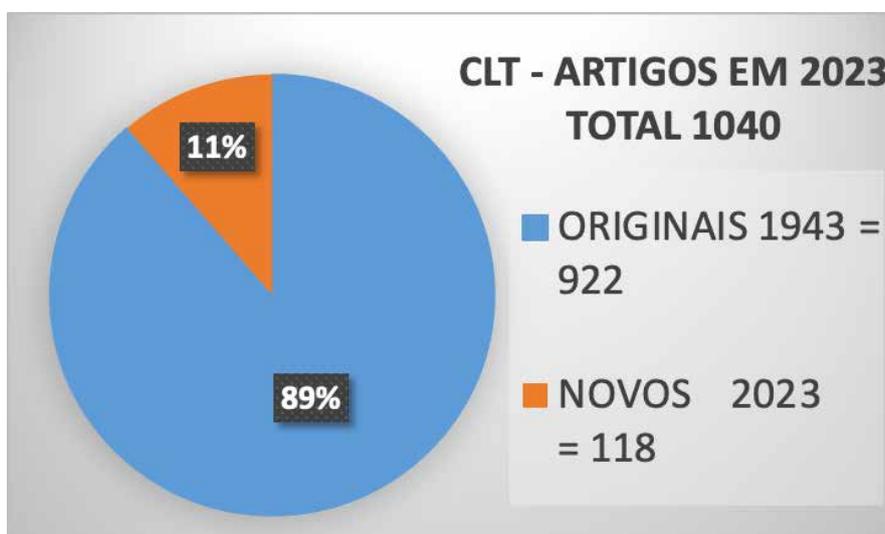


Tabela 1. Fonte: a autora.

A CLT octogenária conta atualmente com um número maior de artigos em seu corpo do que continha à época da sua edição; contabiliza, para além do número de artigos da data do início da sua vigência, isto é, 922 (novecentos e noventa e dois), outros 118 (cento e dezoito) que nela foram incorporados. Assim, 11% do quantitativo de artigos resulta do trânsito da sua cronologia temporal (Tabela 2).

Tabela 2



Fonte: a autora

As alterações no curso desses oitenta anos de vigência, foram obra e graça de TODOS (Tabela 3) os governos, sem distinção. Alguns presidentes, entretanto, se notabilizaram pela intensidade de medidas modificativas, quer tomadas no sentido quantitativo, quer no seu aspecto material de conteúdo.

Em uma pesquisa realizada e publicada pelo jornal Valor Econômico ao tempo do aniversário de 80 (oitenta) anos da CLT, para identificar quais governos mais impactaram as relações de trabalho reguladas na legislação trabalhista, desde Getúlio Vargas, a conclusão aponta exatamente para os mais recentes 6 (seis) anos dos governos Bolsonaro e Temer: a maior parte, ou seja, 1.397 (hum mil, trezentos e noventa e sete) alterações, de um total de 3.946 (três mil, novecentos e quarente e seis). Seguem-se

os governos do período da ditadura civil-militar que nos 21 (vinte e um anos) interferiram na legislação com 1.286 (hum mil, duzentos e oitenta e seis) alterações. Nem se há de mencionar, para lamentar, tentativas de supressão de direitos trabalhistas durante o governo Bolsonaro, como fora a liberação de trabalho aos domingos, pela Medida Provisória 881/19, dita MP da Liberdade Econômica, eis que nesse ponto que recebeu o veto do Senado.

Por meio de medidas legislativas, desponta o governo Bolsonaro como o período de maior impacto numérico, com 899 (oitocentos e noventa e nove) alterações, seguido no governo Castello Branco com 597 (quinhentos e noventa e sete), Temer com 498 (quatrocentos e noventa e oito), Eurico Dutra, com 436 (quatrocentos e trinta e seis) e Ernesto Geisel com 401 (quatrocentos e uma).

Se levarmos em conta o número de medidas legislativas em si consideradas e não as alterações em artigos, incisos e parágrafos, chega-se à conclusão de que pela proliferação, o governo Fernando Henrique Cardoso não se iguala a nenhum outro, pois resultam 112 (cento e doze) leis (em sentido amplo), ao passo que o governo Bolsonaro conta com apenas 13 (treze) até 2023. O presidente Bolsonaro, com um número de menor de leis, alterou mais; o presente Fernando Henrique Cardoso, modificou com o maior número de leis; e o governo Temer, com apenas uma (a título de exemplo), tida Reforma Trabalhista, gerou a mais destruidora alteração.

Nesse trilhar, quer pela quantidade de mudanças na redação, quer pelo número de medidas legislativas, os governos Fernando Henrique Cardoso e Bolsonaro foram os responsáveis em grande parte pela vultuosa mexida na CLT, mas de modo algum isenta de responsabilidade o governo Temer.

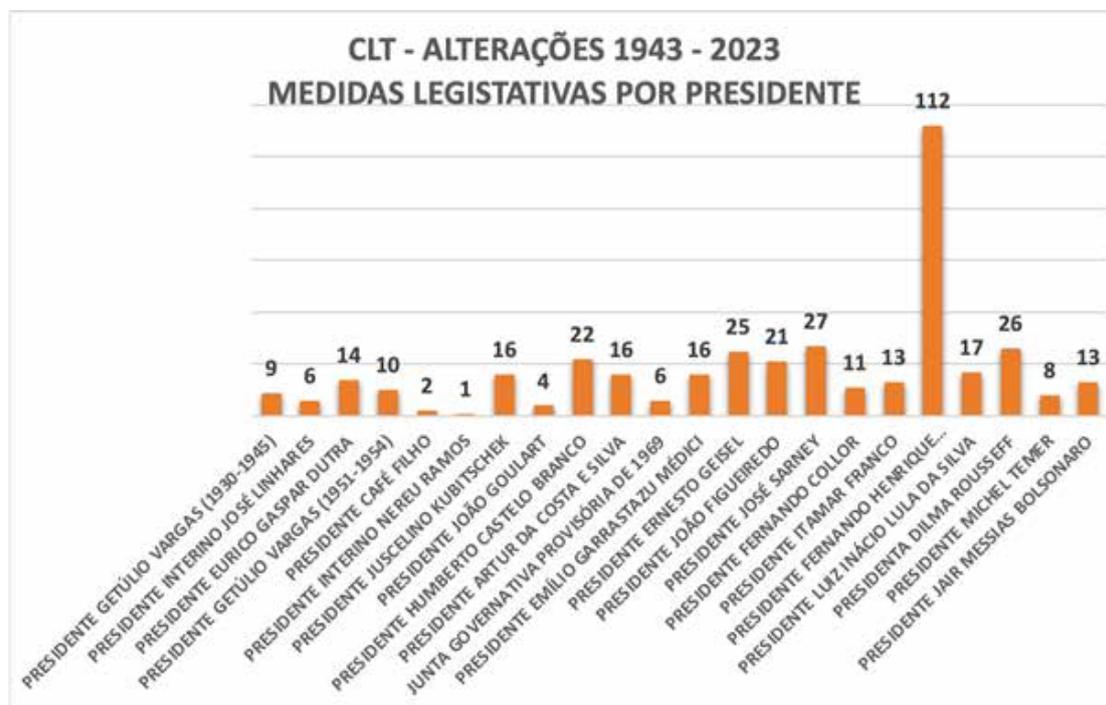


Tabela 3. Fonte: a autora

A CLT não encontrou sossego na sua vida, mas resiste. Quase todos os anos foram aprovadas e entraram em vigência medidas legislativas; não é possível concluir que em algum período esteve em paz, esquecida ou realmente “consolidada”. No processo democrático de representação popular, as alterações poderiam ter sido originadas do processo legislativo como expressão das demandas da sociedade; mas

entre os anos 1943 e 2017, quando adveio a Reforma Trabalhista, das 377 (trezentos e setenta e sete) medidas jurídicas alteradoras, um menor número teve origem no Congresso Nacional, isto é, 166 (cento e sessenta e seis); outras 211 (duzentos e onze) tiveram a caneta dos ocupantes do Poder Executivo, ainda que eventualmente Presidentes eleitos pelo voto do povo (Tabela 4). O discurso político para o povo em torno da necessidade de alterar a legislação trabalhista sempre mexe no imaginário social, atendendo anseios de todas as classes; assim nunca sai da pauta de compromissos políticos. Merece um alerta ao leitor que o Poder Judiciário não está isento de responsabilidade nessa caminhada, tendo sido precursor, pela via hermenêutica, de variada mudança; no entanto, como a proposta do artigo é apenas a análise da mudança legislativa, não são indicadas as ações do Poder Judiciário.

Eis que de repente, do inesperado surge uma janela de oportunidades e, sem debates prévios, sem um processo de amadurecimento das propostas de alteração pelos atores sociais, representantes de empregadores e trabalhadores, “para surpresa de todos, no país recém-saído de processo de impedição (Dilma), com Executivo (Temer) e Legislativo (Inocêncio e Maia) desacreditados e acuados e Judiciário (Supremo Tribunal Federal – STF e Tribunal Superior do Trabalho – TST) ativíssimo, acabou vindo a lume a mais inesperada, extensa e funda reforma trabalhista. A partir de uma anêmica proposta do Executivo [...]”. (COELHO, 2019, p. 85) Rapidamente, sem que qualquer urgência justificasse, em menos de um ano de tramitação, uma normativa sistematizada se encontra fragmentada.

E a Reforma veio com a apresentação justificadora, no Relatório, que o Brasil ostentava um excesso de extremamente rígidas normas trabalhistas. (Relatório, 2017, p. 21). A Reforma trabalhista de 2017 se propôs, então, a afastar tal ‘rigidez’ da legislação trabalhista, para “permitir que regras rígidas da CLT possam ser disciplinadas de forma mais razoável pelas partes, sem que haja o risco de serem invalidadas pelo Judiciário, contribuindo para uma maior segurança jurídica nas relações de trabalho. Em suma, modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores” (Relatório, 2017, p. 27). A rigidez seria uma das causas de exclusão: “a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial, os desempregados e o trabalhadores submetidos ao trabalho informal” (Relatório, 2017, p. 20), pelo que a urgência era “flexibilizar”.

Nunca é demais lembrar que pouco tempo antes da aprovação da Reforma Trabalhista e, na mesma linha esfaceladora de direitos, entrou em vigor a Lei 13.429/17, dita Lei da Terceirização, que ampliou a flexibilização por previsão hipóteses legais para além das atividades principais.



Tabela 4. Fonte: a autora

Diante de tal constatação, poder-se-ia concluir pela atuação pouco ou nada democrática dos autores das regras jurídicas modificativas, mas a conclusão estaria equivocada. Todos os governos e em todos os períodos fizeram incursões alteradoras da CLT. Aliás se somados, tanto os eleitos diretamente, com 209 (duzentos e nove) medidas legislativas, quanto os governos da ditadura civil-miliar com 105 (cento e cinco), totalizariam 83% (oitenta e três) por cento das mudanças (Tabela 5).



Tabela 5. Fonte: a autora

Como se pode deprender da Tabela 5, somente nos anos 1954, 1964 e 2009 permaneceu intocada. Em compensação, o ano de 2005 fora por demais tumultuado, com 30 (trinta) medidas legislativas (Tabela 6).

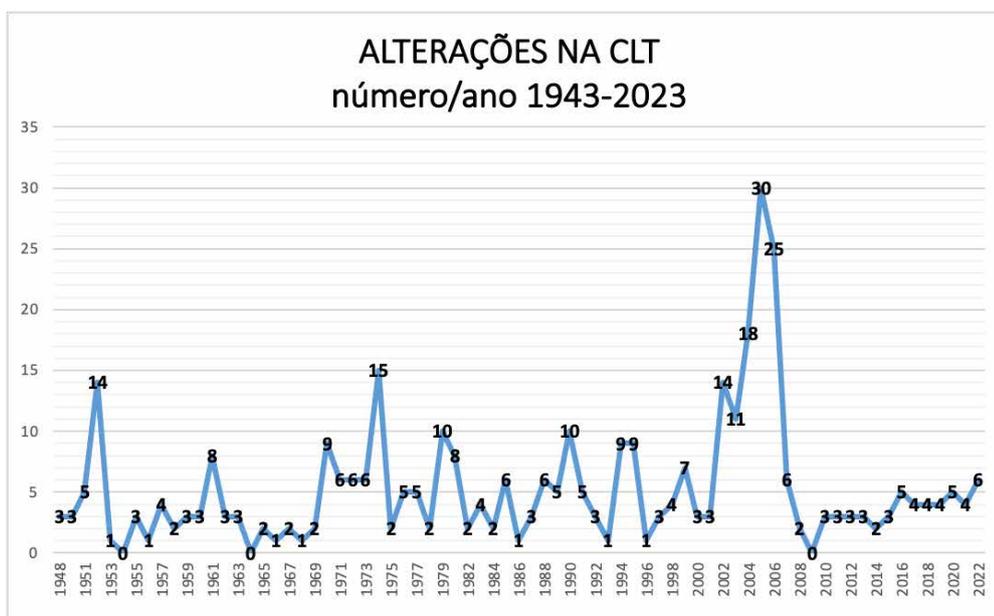


Tabela 6. Fonte: a autora

Em termos de impacto, porém, nada se compara a 2017, ano em que foi aprovada a Reforma Trabalhista, que “craquelou” o diploma legislativo, afetando sobremaneira a sua sistematização, inclusive no aspecto principiológico. A reforma, a bem da verdade, resultou de uma janela de oportunidades.

## 1.2 A CLT em temas

Em termos de conteúdo, nos governos Bolsonaro e Temer, que ostentam o título de maior período de inclusões na CLT, as matérias regulatórias se cingiram primordialmente à fiscalização e multas, assim como contrato de trabalho e regras de segurança no trabalho. (VALOR ECONÔMICO, 2023) Foram igualmente incorporadas regras sobre teletrabalho, muito embora desnecessárias, eis que pela redação do art. 6º, antes da alteração procedida pela Lei 12.551, de 2011, já se pudesse inferir a possibilidade da vigência de um marco regulatório para tal modalidade de trabalho.

O presidente Bolsonaro insistiu em uma tentativa de viabilizar a criação de um contrato “verde-amarelo”, por meio de 705 (setecentas e cinco) alterações, de um total de 899 (oitocentas e noventa nove) durante o seu governo. (VALOR ECONÔMICO, 2023)

Os governos de esquerda, com presidentes do Partido dos Trabalhadores, muito pouco mudaram a CLT, o que indica que não destroçaram suas regras, mas tampouco aproveitaram o exercício do poder para incrementar direitos com melhoria das condições dos trabalhadores; as matérias que sofreram mudanças diziam respeito a motoristas profissionais e processo do trabalho. (VALOR ECONÔMICO, 2023).

No período do presidente Fernando Henrique Cardoso foram objeto de mudança os direitos trabalhistas das mulheres, assim como regras de *lockout* e greves, para estabelecer penalidades. (VALOR ECONÔMICO, 2023)

Durante a ditadura civil-militar no Brasil as mudanças visaram o direito coletivo, tanto no tocante ao dito “imposto” sindical, quanto à fiscalização dos sindicatos, assim como na identificação dos trabalhadores e segurança do trabalho, para controle social. (VALOR ECONÔMICO, 2023)

## 2 PERSPECTIVAS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Atualmente os críticos da CLT indicam que as alterações que urgem para o futuro que nos aguarda seriam condições para implementar incremento numérico de postos de trabalho, já que a octogenária estaria velha e ultrapassada, absolutamente desconectada do tempo atual e das condições “modernas” de trabalho. Imperioso salientar que um marco regulatório em si considerado não é suficiente nem para criar, nem para destruir postos de trabalho, pois resultam especificamente das condições econômicas e demandas pela produção e consumo de bens e serviços. O fundamento do elevado custo do trabalho pela ótica da necessidade de observância de direitos e cumprimento da legislação trabalhista é totalmente falacioso, mas, no entanto, serve como argumento justificador que “legítima” a redução de direitos. Se assim não fosse, em períodos de baixa inflação, amplo crescimento econômico, haveria ampliação de direitos trabalhistas por conta da necessidade maior de trabalhadores, com a ampliação de postos de trabalho.

Sabe-se, também, que as regras jurídicas são meros textos gráficos a serem interpretados, por meio de processos hermenêuticos, que são “atualizados” dentro dos limites de possibilidade que o próprio vernáculo permite, não havendo nem mais interpretações autênticas.

Afirma-se, ainda, que essa Consolidação das Leis do Trabalho, que inicialmente regulamentava apenas as relações de trabalho de operários na indústria, tinha três grandes objetivos até o momento não

atingidos. O primeiro era apontar para o futuro como garantia de segurança nas relações jurídicas ao fixar, com anterioridade, normas a serem observadas, de modo a incentivar o processo de industrialização urbana de um Brasil indiscutivelmente agrícola/rural. Assim, poderia servir para “atrair mão de obra do campo para cidade e, assim, abastecer e fortalecer as incipientes fábricas”, pois os custos já estariam previamente dados. (WESTIN, 2023) O Brasil continua sendo um país com uma importância internacional reconhecida pelo agronegócio. Nesse trilhar, merece destaque o fato de que os trabalhadores rurais terem sido, como pontua Ferreira, os grandes ausentes do Estado varguista: “os trabalhadores do campo não receberam os benefícios da legislação social e trabalhista, voltados fundamentalmente para a população urbana, sobretudo a sindicalizada [...] Seus reflexos chegaram ao campo, mas como ecos de um som longínquo”. (FERREIRA, 1997, p. 58).

Um segundo escopo seria o de evitar derramamento de sangue resultado de uma “luta de classes”: a “criação de regras para o mercado de trabalho reduziria a exploração e, conseqüentemente, a insatisfação do operariado com os patrões e o governo, afastando o risco de rebeliões populares e instabilidade política e econômica”. (WESTIN, 2023) As palavras do Ministro Marcondes Filho em um discurso, sintetizam a construção do mito da doação na ideologia do trabalhismo varguista, pela visão de que a história do Brasil teria “dois capítulos”, antes e depois de Vargas, que atuou para excepcionar a “regra de violências”:

Muitos livros de doutrina política ensinam que o século dezenove foi o século da democracia, do liberalismo, do governo para o povo. Mas quando se procura nos livros de história a realização da doutrina, verifica-se que a redução das horas de trabalho, a fixação dos salários, a proteção à infância, a justiça social, o direito de organização, foram obtidos a poder de greves, sabotagens, de sacrifícios, de revoltas e de cruentas lutas. Assim foi em todas as nações a história dessa doutrina, que era democracia nos livros e sangue popular nas barricadas. O gênio político do Sr. Getúlio Vargas conseguiu fazer do Brasil uma luminosa exceção dessa regra de violências, conseguiu transportar do livro para a vida, o governo para o povo. (PARANHOS, 1984, p. 64-65)

Não obstante a própria contratualidade, tida por muitos como um “acordo de vontades”, sintetizaria um consenso e, assim, aglutinaria interesses antes contrapostos, a própria execução do contrato, pela via do reconhecimento de um poder diretivo ao empregador, nada mais faz do que ocultar a permanência de distintos e antagônicos interesses, mascarando pela via da cooptação do trabalho pelo capital, a eterna e inafastável luta de classes.

O terceiro era enfrentar e aniquilar o “comunismo”, com o controle e fiscalização da atuação sindical e das manifestações grevistas. Ao que se constata nos últimos anos, a pauta de temor do comunismo, adotado como inimigo (imaginário) a combater, serve mais do que nada para abrir espaços para pautas conservadoras. Note-se que diante do discurso anticomunista, a pauta da “segurança nacional”, que levou o governo Vargas e extinguir a ANL e de suas atividades, tidas como subversivas, assim como o “medo (não justificado, como narra a história) da instauração da ditadura do proletariado chamou a atenção da burguesia e da Igreja Católica. Esse foi o fundamento invocado por Getúlio Vargas para, em 10 de novembro, com um novo golpe, instaurar o Estado Novo”. No imaginário popular, então, medidas repressoras dirigidas aos sindicalistas e à oposição, seriam bem-vindas porquanto afastariam o fantasma do comunismo e projetavam um espírito de colaboração entre as classes sociais antagônicas, instalando o corporativismo e afastando-se de qualquer luta. (ALLAN, 2016, p. 90) Ainda hoje permanece um temor ao “comunismo”.

No fluir do tempo tem-se como certo que não há “evolução”, nem “progresso” em curso, no

sentido de que toda mudança ocorrida, o novo que se apresenta, resultaria de uma necessidade e viria para aprimoramento. Constituem-se, a bem da verdade, possibilidades por oportunidades abertas aos que tem poder de intervenção. O resto é mera discursividade retórica legitimadora.

O que se pretendeu como objetivos se perdeu na história como condição inerente e ligada à Consolidação das Leis do Trabalho; por vezes é simplesmente reinventado e permanece. Interessa menos se se materializou o que se propôs, do que identificar o que se tinha como escopo revelado como legitimação. O novo é o velho; o velho é o novo.

### 3 A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COMO PAUTA DE LUTAS

O apagamento das conquistas dos trabalhadores incorporada nas leis faz parte da estratégia de legitimação de governos ditatoriais e populistas, em uma perspectiva de cooptação pelo mito da doação ou concessão. Como pontua Gohn,

a despeito de inúmeras interpretações que atribuem as conquistas realizadas às elites, por serem esclarecidas ou maquiavélicas, antecipando-se aos conflitos e decretando regras de controle social por meio dos políticos, foram as lutas dos trabalhadores, pertencentes às camadas populares ou médias da população, que conquistaram as leis surgidas. Foram lutas de várias décadas, originárias de movimento das inúmeras organizações, de diferentes matizes ideológicos [em] um processo de construção da cidadania [que] nunca foi linear. Ao contrário, sempre foi cheio de avanços e recuos, de fluxos e refluxos. (GOHN, 2001, p. 200-201)

É importante, então, se dar conta, primeiramente, que a Consolidação das Leis do Trabalho é uma “consolidação”, pelo que não surgiu do “nada”, como se tivesse eclodido em geração espontânea. Ela, então, de uma parte “consolida” os movimentos sociais reivindicatórios anteriores, a exemplo das greves, inclusive por todas as de 1917 e, de outra parte, (co)ordena, na forma de “consolidação”, a legislação anterior em vigor, garantindo uma sistematicidade. Não houve tempo de anomia e, de repente, após irromper o Decreto-lei 5.452/43, surge um novo não antes existente. Fora mais bem uma compilação, na forma de sistematização das regras jurídicas antes vigente, a partir de um princípio reitor, o da proteção, que lhe conforma, para em uma unidade, agregar.

E, ao consolidar, não migrou, nem como inspiração, da *Carta del Lavoro*, de Mussolini, como ponderam alguns (ROMITA, 2001, p.29). Tal ilação é totalmente destituída de razão, se constituindo como mera retórica empreendida e disseminada – uma lenda laboral –, com o fim de depreciar o seu conteúdo pelo mito da origem. Segundo confirmou, ainda em vida, um dos consolidadores, o Ministro Arnaldo Sussekind, em entrevista publicada:

A alegação de que a CLT é uma cópia da Carta del Lavoro, repetida por 99% de pessoas que nunca leram esse documento de Mussolini, é absolutamente falsa. Desde logo convém lembrar que a CLT tem 922 artigos; e a referida Carta, apenas 30. Desses, somente 11 diziam respeito aos direitos e à magistratura do trabalho. Quase todos repetiam princípios e normas historicamente consagrados, tipo: o trabalho noturno deve ter remuneração superior ao diurno; o empregado tem direito ao repouso semanal, em regra coincidente com o domingo; (GOMES; PESSANHA; MOREL, 2004, p. 78)

Agregou que foram outras as fontes de inspiração Consolidação das Leis do Trabalho:

Inspiramo-nos nas teses do I Congresso de Direito Social, a que já me referi, nos pareceres de Oliveira Viana e Oscar Saraiva, aprovados pelo Ministro do Trabalho, criando uma jurisprudência

administrativa naquelas advocatórias, na encíclica *Rerum Novarum* e nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho. Essas foram as nossas três grandes fontes materiais. (GOMES; PESSANHA; MOREL, 2004, p. 77)

Diversas foram as normas jurídicas que regularam o trabalho livre antes da Consolidação das Leis do Trabalho e que evidenciam o equívoco de se atribuir a regulação das relações de trabalho ao governo de Getúlio Vargas, já que na cronologia histórica, antes já havia disciplina vigente.

Era de 1830 a primeira lei que regulou o contrato escrito de locação de serviços agrícolas celebrado por brasileiro ou estrangeiro dentro ou fora do império, salvo com “africanos bárbaros” (art. 7º), que veio pela caneta de D. Pedro I, Imperador constitucional, Defensor Perpétuo do Brasil. (BRASIL, 1830)

A Lei 396, de 2 de setembro de 1846, de D. Pedro II, Imperador constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, ao fixar os vencimentos do caixeiro estrangeiro e limita o seu número nas casas comerciais (art. 12), fora a precursora da nacionalização do trabalho, prevista no corpo da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943. (BRASIL, 1846)

O Decreto 2827, de 15 de março de 1879, da Assembleia Geral, revogou as Leis de locação de serviço anteriores de 1830 e 1837. Regulava o contrato de locação de serviço e parceria agrícola fora a primeira lei geral sobre trabalho rural, com aplicação subsidiária do Código Comercial (art. 226 e seguintes) às “empreitadas e trabalhos concernentes a obras e fábricas respectivas à agricultura” e das Ordenações (Liv. 4, Tit. 29 a 35) às demais locações de serviços. Várias disposições sobre hipóteses de justa causa previstas na CLT ali já se encontravam previstas (ar. 37 e 38). (BRASIL, 1879)

Pelas mãos do Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório, veio a primeira lei de cunho realmente tutelar e trabalhista: o Decreto 1313 de 17 de janeiro de 1891, “afim de impedir que, com prejuízo próprio e da prosperidade futura da pátria, sejam sacrificadas milhares de crianças”. Muito embora dizem não tenha sido efetivamente aplicado, proibia o trabalho de menores de 12 anos e de aprendizes a menores de 8 anos nas fábricas de tecidos Capital Federal. Menores do sexo feminino de 12 a 15 anos e do sexo masculino de 12 a 14 anos somente poderiam trabalhar durante 7 (sete) horas não consecutivas ou quatro horas seguidas. (BRASIL, 1891)

O Decreto 979, de 06 de janeiro de 1903, oriundo do Poder Legislativo, fora a primeira legislação de sindicalização rural. (BRASIL, 1903) No Brasil, em uma espécie de inversão, a sindicalização inicial no espaço rural, sendo compatível com a realidade de então, de um país com economia essencialmente agrícola. Posteriormente, pelo Decreto 1637 de 05 de junho de 1907, (BRASIL, 1907) foi regulada a sindicalização geral, para urbanos e rurais, sob influência da legislação francesa de 1884. Assegura-se que não fora aplicada.

A primeira lei protetiva dos salários foi a Lei 1150 de 05 de janeiro de 1904, que dispunha sobre os salários dos trabalhadores agrícolas como crédito privilegiado:

Art. 1º E' privilegiada a divida proveniente de salarios de trabalhador agricola, afim de ser pago pelo producto da colheita para a qual houver concorrido com o seu trabalho, precipuamente a quaesquer outros creditos, salvo as que forem garantidas por hypotheca ou penhor agricola devidamente inscripto e transcripto. (BRASIL, 1904)

A Lei 3724 de 15 de janeiro de 1919 se constituiu na primeira lei sobre acidente de trabalho, em situação de infortúnio de corrente do “facto do trabalho ou durante este” (art. 2º) prestado por operários (trabalho por conta de outrem), acarretando responsabilidade do “patrão”, com exceção das situações de

força maior ou dolo da vítima ou de “estranhos”. (BRASIL, 1919)

Até mesmo a dignidade da pessoa humana já se encontrava como fundamento jurídico. A Constituição de 1934, por exemplo, em seu art. 115 já estabelecia a necessidade da observância da existência digna como base da ordem econômica: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos, existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. (BRASIL, 1934)

O extenso elenco de leis que tratam de regulamentar o trabalho livre vigentes antes da Consolidação das Leis do Trabalho dão conta que não se trata tomar 1943 como data de inauguração do marco regulatório de direitos dos trabalhadores; várias são as leis que posteriormente tiveram seu conteúdo regulatório contido direta ou indiretamente na CLT. (Tabela 7)

• <b>Ordenações do Reino (Liv. 4, Tit. 29 a 35)</b> – trabalho livre (raro)
• <b>Constituição de 25 de março de 1824</b> – art. 179 - liberdade do trabalho, indústria e comércio e art. 179, n. 24 – abolição das corporações de ofício, seus juizes e mestres
• <b>Lei de 13 de setembro de 1830</b> – contrato escrito de locação de serviços agrícolas
• <b>Lei 108 de 11 de outubro de 1837</b> – contrato de locação de serviços de colonos
• <b>Lei 396 de 02 de setembro de 1846</b> – fixa os vencimentos do caixeiro estrangeiro e limita o seu número nas casas comerciais
• <b>Código Comercial de 1850</b> (Lei 556, de 25 de junho de 1850) – proteção do trabalhador no comércio
• <b>Lei 2040 de 28 de setembro de 1871</b> – declara livres os filhos de mulher escrava
• <b>Decreto 2827 de 15 de março de 1879</b> – regula contrato de locação de serviço e parceria agrícola
• <b>Lei de 13 de maio de 1888</b> – abolição da escravatura
• <b>Decreto 213 de 22 de fevereiro de 1890</b> – revoga as Leis de 13 de setembro de 1830, de 11 de outubro de 1837 e Decreto 2827 de 15 de março de 1879
• <b>Constituição de 1891</b> – liberdade de associação e de trabalho
• <b>Decreto de 23 de junho de 1890</b> – trabalho de menores nas fábricas
• <b>Decreto 1313 de 17 de janeiro de 1891</b> – proíbe trabalho de menores de 12 anos e aprendizes a menores de 8 anos nas fábricas do distrito federal
• <b>Lei 173 de 10 de setembro de 1893</b> – regulamenta o dispositivo constitucional sobre associações religiosas, morais, científicas, artísticas, políticas ou de simples recreio (art. 72, parágrafo 3)
• <b>Decreto 979 de 06 de janeiro de 1903</b> – sindicalização rural
• <b>Lei 1150 de 05 de janeiro de 1904</b> – salários do trabalhador agrícola como crédito privilegiado
• <b>Lei 1607 de 29 de dezembro de 1906</b> – proteção do salário
• <b>Decreto 1637 de 05 de junho de 1907</b> – lei sindical geral (urbano e rural)
• <b>Decreto 6532 de 20 de junho de 1907</b> – regulamenta o Decreto 979/03 (revogado pelo Decreto 23611 de 20 de dezembro de 1933)
• <b>Decreto 6562 de 16 de julho de 1907</b> – duração do trabalho artístico
• <b>Código Civil (Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916)</b> – contrato de locação de serviços
• <b>1918</b> – Criação na Câmara dos Deputados da Comissão de Legislação Social
• <b>Decreto 3550 de 16 de outubro de 1918</b> – cria o Departamento Nacional do Trabalho por transformação do serviço de Povoamento para fiscalizar a aplicação das leis do trabalho.
• <b>Lei 3724 de 15 de janeiro de 1919</b> – acidente de trabalho – regulamentada pelo Decreto Federal 13498 de 12.03.1919
• <b>Lei 1869 de 10 de outubro de 1922</b> – cria Tribunais Rurais
• <b>Lei 4682 de 24 de janeiro de 1923</b> – Lei Eloy Chaves – aposentadoria e estabilidade
• <b>Decreto 16027 de 30 de abril de 1923</b> – cria o Conselho Nacional do Trabalho – regulamentando parcialmente pelo Decreto 3550/1918
• <b>Decreto 18388 de 27 de dezembro de 1924</b> – Regulamento do Conselho de Assistência e Proteção de Menores

• <b>Lei 4892 de 24 de dezembro de 1924 (1925)</b> – Lei de Férias – 15 dias de férias a empregados no comércio, sem prejuízo da remuneração, a empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais, bancários e jornalísticos
• <b>Lei 5109 de 20 de dezembro de 1926</b> – substitui a Lei Eloy Chaves – regulamentada pelos Decretos 17940 e 17941 de 11 de outubro de 1927
• <b>Lei 5221 de 12 de agosto de 1927 (Lei Celerada)</b> – autoriza fechamento de associações operárias
• <b>Decreto 17934-A de 12 de outubro de 1927</b> – Código de menores
• <b>Decreto 17940 de 11 de outubro de 1927</b> – regulamenta a Lei 5109/26
• <b>Decreto 17941 de 11 de outubro de 1927</b> – regulamento de férias
• <b>Decreto 18074 de 19 de janeiro de 1928</b> – novo regulamento do Conselho Nacional do Trabalho
• <b>Decreto legislativo 5485</b> – cria seguro contra enfermidade e morte em favor do pessoal de empresa de comunicações telegráficas e radiotelegráficas
• <b>Decreto legislativo 5492 de 16 de julho de 1928 e Decreto 18527 de 10 de dezembro de 1928</b> - Lei Getúlio Vargas – locação de serviços teatrais
• <b>Decreto 18527 de 10 de dezembro de 1928</b> – regulamenta Lei Getúlio Vargas (lei dos artistas)
• <b>Lei 5746 de 09 de dezembro de 1929</b> – estabelece como crédito privilegiado dos prepostos e empregados pelos salários vencidos no ano anterior à declaração de falência
• <b>Decreto 19433 de 26 de novembro de 1930</b> – cria Ministério do Trabalho
• <b>Decreto 19482 de 13 de dezembro de 1930</b> – Lei dos dois terços – nacionalização do trabalho
• <b>Decreto 19671-A de 04 de fevereiro de 1931</b> – cria o Departamento Nacional do Trabalho
• <b>Decreto 19770 de 19 de março de 1931</b> - Lei de sindicalização
• <b>Decreto 21175 de 21 de fevereiro de 1932</b> – cria carteira profissional para comércio e indústria
• <b>Decreto 21690 de 01 de agosto de 1932</b> – cria inspetorias regionais do trabalho
• <b>Decreto 22042 de 03 de novembro de 1932</b> – trabalho de menores
• <b>Decreto 22131 de 23 de novembro de 1932</b> – multas por infração das leis trabalhistas
• <b>Constituição de 1934</b> – direitos trabalhistas
• <b>Decreto 24637 de 10 de julho de 1934</b> – acidentes de trabalho
• <b>Decreto 24694 de 12 de julho de 1934</b> – lei de sindicalização
• <b>Lei 62 de 05 de junho de 1935</b> – rescisão do contrato de trabalho
• <b>Decreto 85 de 14 de março de 1935</b> – seguro sobre acidentes de trabalho
• <b>Lei 185 de 14 de janeiro de 1936</b> – institui comissões de salário-mínimo
• <b>Constituição de 1937 de 10 de novembro de 1937</b> – direitos trabalhistas
• <b>Lei 435 de 17 de maio de 1937</b> – empregador único a empresa principal de grupos industriais
• <b>Decreto-lei 39 de 03 de dezembro de 1937</b> – execução de julgados nos conflitos entre empregadores e empregados
• <b>Decreto-lei 910 de 30 de novembro de 1938</b> – duração e condições de trabalho em empresas jornalísticas
• <b>Decreto-lei 1237 de 02 de maio de 1939</b> – organiza a Justiça do Trabalho
• <b>Decreto-lei 1346 de 15 de junho de 1939</b> – reorganiza o Conselho Nacional do Trabalho
• <b>Decreto-lei 1402 de 05 de julho de 1939</b> – organiza a sindicalização profissional e a proíbe nas estatais
• <b>Decreto-lei 2162 de 01 de maio de 1940</b> – cria o salário-mínimo
• <b>Decreto-lei 2363 de 03 de julho de 1940</b> – concede às associações civis funções de órgão técnico consultivo
• <b>Decreto-lei 2381 de 09 de julho de 1940</b> – enquadramento sindical
• <b>Decreto 9596 de 12 de dezembro de 1940</b> – regulamento da Justiça do Trabalho
• <b>Decreto 6597 de 13 de dezembro de 1940</b> – regulamento do Conselho Nacional do Trabalho
• <b>Decreto-lei 3078 de 27 de fevereiro de 1941</b> locação dos empregados em serviços domésticos
• <b>Decreto-lei 3085 de 03 de março de 1941</b> – registro de professores
• <b>Decreto-lei 3200 de 19 de abril de 1941</b> – proteção da família (abono familiar)
• <b>Decreto-lei 3616 de 13 de setembro de 1941</b> – proteção do trabalho do menor
• <b>Decreto-lei 3813 de 10 de novembro de 1941</b> – pagamento de salários
• <b>Decreto-lei 4048 de 22 de janeiro de 1942</b> – cria o Senai

• <b>Decreto-lei 4114 de 14 de fevereiro de 1942</b> – aplicação legislação ao extranumerário de empresas da União ou por esta administrada
• <b>Decreto-lei 4289 de 14 de maio de 1942</b> – recolhimento e aplicação da contribuição sindical
• <b>Decreto-lei 4362 de 06 de junho de 1942</b> – colocação de trabalhadores maiores de 45 anos
• <b>Decreto-lei 4481 de 16 de julho de 1942</b> – aprendizagem de industriários
• <b>Decreto-lei 4936 de 07 de novembro de 1942</b> – aprendizagem de industriários

Tabela 7. Lista de normas jurídicas anteriores à Consolidação das Leis do Trabalho. Fonte: autora

Getúlio Vargas, entretanto, leva a crer que seria a Consolidação das Leis do Trabalho o marco inicial das normas laborais protetivas, ao afirmar que desde 1943 “o trabalhador brasileiro possui [...] o seu código de direitos, a sua carta de emancipação econômica. E, sabe, perfeitamente, o que isto vale, o que isso representa como patrimônio cultura e material, sobretudo na hora de lutas e incertezas”. (SILVA; CARNEIRO, 2004, p. 145). Diante da história melhor é tentar compreender os fatos, analisar criticamente as narrativas, evitando posições duais excludentes, como tudo de bom ou tudo de mal. Vargas, e a CLT, entraram na História, e como previu/anteviu em sua Carta-testamento, “a resposta do povo virá mais tarde...” Não temos mais a CLT de Vargas de 1943, mas ainda temos a CLT, que não é, nem foi de Vargas, nem em 1943, pois é a CLT dos brasileiros.

#### 4 PARA CONCLUIR

A vida das leis segue seu rumo para o futuro como um veículo com faróis acessos (de preferência com a luz alta acessa), seguindo adiante; é possível olhar pelo retrovisor, mas a única marcha possível é para frente. Não há de se imaginar de um diploma legislativo permaneça por oito décadas sem deixar suas marcas, e sem que tenha sido possível ou necessário alterá-lo. É a convivência com os trabalhadores, na participação no social que impõe uma constante atualização. E o leitor, diante do mundo do texto, na autonomia que lhe é inerente, se projeta, como uma mirada no espelho da vida, para ver o mundo pelos seus olhos, como uma imagem de si mesmo.

A CLT não é um código de conquista dos trabalhadores; também é isso. Mas não é só isso. Não por outra razão no curso da sua história as alterações ora atendem mais interesses do trabalho, ora do capital. De todo modo, eis a contradição inerente ao direito do trabalho, refletida nos seus marcos regulatórios:

é verdade que a CLT também protege o empregador. Ela lhe permite, acima de tudo, comandar o trabalho do empregado. Além disso, se pensarmos a CLT de uma forma maior, mais ampla, podemos concluir que ela serve ao próprio sistema em que vivemos – o sistema capitalista. Pois ela o torna um pouco mais humano, ou menos desumano, evitando que os trabalhadores se revoltem. Assim, ajuda também a fortalecer-lo, a legitimá-lo. (VIANA, 2013, p. 81)

Eis a dinâmica que informa e permeia todo o sistema regulatório. Como indica French, nem outorga, nem artificialismo: a CLT, dotada de uma ambiguidade ambiciosa, era tão imaginária quanto real (FRENCH, 2001, p. 75) A materialidade da legislação trabalhista é o resultado das leis anteriores, que revelaram processos de luta e, ainda, mesmo que a CLT quando do seu nascedouro não tivesse sido realidade presente como efeito imediato, sob justificativa de que seria “avançada demais” ou que previa uma sociedade de operários em um país industrializado ao passo que o Brasil ainda transitada como economia rural, se tornou fato histórico e marco legal. Simbolicamente se fez e se faz presente como

marco regulatório legal e, assim, pelo jurídico imperativo. Aponta para a construção da sociedade que se quer. Assim, ao final, “as leis trabalhistas tornaram-se ‘reais’ nos locais de trabalho somente na medida em que os trabalhadores lutaram para transformar a lei de um ideal imaginário em uma realidade futura possível”. (FRENCH, 2001, p. 10) Em 1943, a CLT visava uma sociedade salarial, com rede de proteção social. Hoje, é importante que os hermenutas da CLT, os legisladores, os trabalhadores e os capitalistas se questionem sobre como projetam o futuro de todos, para saber se os marcos regulatórios atenderão ou viabilizam tal desejo/interesse.

Não se há de negar a sua inserção no modo de produção capitalista. Mas como legislação protetiva mantém ainda o poder diretivo do empregador; um poder que está presente de fato, independentemente do direito, mas estando no direito, encontra limites na previsão de direitos aos trabalhadores. Afinal, os direitos são necessários para os ausentes de poder; quem detém poder não necessita de direitos, já tem o poder que assegura a concretização de seus interesses. Os direitos e a proteção servem de limitadores ao poder.

Por certo que o trabalho e as condições do seu exercício mudam. Porém, as bases protecionistas das conquistas devem ser preservadas, inclusive como memória a luta de todos os trabalhadores. Mas

para uma corrente ideológica, direitos sociais são considerados despesas injustificáveis, populismo, demagogia, irresponsabilidade. Acontece que são eles que permitem a maior afirmação do ser humano no sistema econômico. A sociedade vai ter de escolher se quer ter trabalho precarizado ou regulado, mas o regulado é o que gera direitos, e isso não é incompatível com o funcionamento do sistema. Trata-se, portanto, mais de uma escolha do que um empecilho tecnológico. (DELGADO, 2023)

Como uma aposta na possibilidade de sobrevivência, é mister seguir em luta para manter o protagonismo da proteção, rumo ao centenário.

## REFERÊNCIAS

ALLAN, Nasser Ahmad. **Cultura jurídica trabalhista brasileira (1910-1945):** doutrina social católica e do anticomunismo. São Paulo: LTr, 2016.

**Arnaldo Sussekind, um construtor do direito do trabalho.** GOMES, Angela de Castro; PESSANHA, Elina G. da Fonte; MOREL, Regina de Moraes (Orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIAVASCHI, Magda. A construção e os fundamentos do direito do trabalho no Brasil. **Revista do Advogado**, 70 anos da CLT, São Paulo, an.33, n. 121, p. 178-185, nov.2013.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório da Comissão Especial.** Parecer ao Projeto de lei n. 6787, de 2016, do Poder Executivo. Câmara dos Deputados. Poder Legislativo. Brasília, 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto 1150 de 05 de janeiro de 1904.** Confere privilégio para pagamento de dívida

proveniente de salários de trabalhador rural. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1150-5-janeiro-1904-583459-publicacaooriginal-106277-pl.html>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto 1313 de 17 de janeiro de 1891**. Estabelece providencias para regularizar o trabalho dos menores empregados nas fabricas da Capital Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-norma-pe.html>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto 1637 de 05 de janeiro de 1907**. Crea sindicatos profissionais e sociedades cooperativas. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html#:~:text=Art.,interesses%20profissionais%20de%20seus%20membros.>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto 2827 de 15 de março de 1879**. Dispondo o modo como deve ser feito o contrato de locação de serviços. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2827-15-marco-1879-547285-publicacaooriginal-62001-pl.html>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto 3724 de 15 de janeiro de 1919**. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto 979 de 06 de janeiro de 1903**. Faculta aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de sindicato para defesa de seus interesses. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-979-6-janeiro-1903-584238-publicacaooriginal-107004-pl.html>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Lei 396 de 2 de setembro de 1846**. Fizando a despeza, e orçando a receita para os exercícios de 1846 – 1847 e 1847 e 1848. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-396-2-setembro-1846-560396-publicacaooriginal-83197-pl.html>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. **Lei de 13 de setembro de 1830**. Regula o contracto por escripto sobre prestação de serviços feitos por Brasileiros dentro ou fora do Império. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37984-13-setembro-1830-565648-publicacaooriginal-89398-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37984-13-setembro-1830-565648-publicacaooriginal-89398-pl.html)>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. SENADO FEDERAL. WESTIN, Ricardo. **CLT chega aos 80 anos com direitos do trabalhador sob disputa**. Agência senado. 28abr.2023. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2023/04/clt-chega-aos-80-anos-com-direitos-do-trabalhador-sob-disputa>>.

Acesso em: 01 ago. 2023.

VALOR ECONÔMICO. **CLT 80 anos:** veja os presidentes que mais alteraram a principal legislação trabalhista do país. 01mai.2023. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/05/01/clt-80-anos-veja-os-presidentes-que-mais-alteraram-a-principal-legislacao-trabalhista-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 01 ago. 2023.

COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes. A contratualidade no epicentro das novas matrizes do direito do trabalho. In: **Novas matrizes do direito do trabalho**. GUNTHER, Luiz Eduardo; COELHO JÚNIOR, Helio Gomes. (coord.) São Paulo: LTr, 2019, p. 85-91.

FERREIRA, Jorge. **Trabalhadores do Brasil:** o imaginário popular. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

FRENCH, John D. **Afogados em leis:** a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2001.

GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais:** a construção da cidadania dos brasileiros. 2ª Edição. São Paulo: Loyola, 2001.

PARANHOS, Adalberto. **Dialética da dominação:** dominação ideológica e consciência de classe. Campinas: Papirus, 1984.

ROMITA, Arion Sayão. **O fascismo no direito do trabalho brasileiro:** influência da *Carta del Lavoro* sobre a legislação trabalhista brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Hélio; CARNEIRO, Maria Cecília Ribas. **Vargas:** uma biografia política. Porto Alegre: LP&M, 2004.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Entrevista com Maurício Godinho Delgado.** CLT 80 anos: legislação promoveu cidadania e direitos para desenvolvimento econômico do Brasil. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/clt-80-anos-legisla%C3%A7%C3%A3o-promoveu-cidadania-e-deu-bases-para-desenvolvimento-econ%C3%B4mico-do-brasil>>. Acesso em: 01.ago.2023.

VIANA, Marcio Tulio. **70 anos da CLT:** uma história de trabalhadores. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

# HIPERSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR: PRESUNÇÃO RELATIVA OU ABSOLUTA? LIMITES À PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO PELO HIPERSUFICIENTE SOBRE O LEGISLADO

Alexandre Agra Belmonte\*

## RESUMO

O artigo tem por fim identificar a real extensão e profundidade interpretativa do tipo de empregado a que se refere o parágrafo único do art.444 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como estabelecer os limites à prevalência, sobre a legislação trabalhista, do que ele vier a negociar com o respectivo empregador.

**Palavras-chave:** Trabalhador hipersuficiente e princípios da proteção e da inalterabilidade lesiva. Requisitos caracterizadores da hipersuficiência: taxativos, cumulativos ou exemplificativos? Limites à autonomia de negociação do hipersuficiente. Trabalhador hipersuficiente e alto empregado

## ABSTRACT

The purpose of the text is to identify the real extent and interpretative depth of the type of employee referred to in the sole paragraph of article 444 of the Consolidation of Labor Laws, as well as to establish the limits to the prevalence, on labor legislation, of what he comes to negotiate with the respective employer

**Keywords:** Hypersufficient employee and principles of protection and inalterability harmful. Requirements characterizing hypersufficiency: exhaustive, cumulative or exemplary? Limits to the negotiation autonomy of the hypersufficient. Hypersufficient employee and high employee

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 acrescentou um parágrafo único ao art. 444 da CLT, para ali estabelecer que o empregado que possui (i) nível de ensino superior e (ii) auferir o dobro do limite do valor de pagamento de benefícios da previdência social, (iii) é detentor do poder de negociar condições de trabalho com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos de trabalho (art.444, parágrafo único, CLT).

O novel dispositivo introduzido pela reforma trabalhista alcança profissionais liberais como advogados, engenheiros, contadores, médicos,

1 Hypersufficient employee means worker who has autonomy to celebrity agreements of disposable rights without union intervention.

\*O autor é Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, doutor em Justiça e Sociedade, mestre em Direito das Relações Sociais, especialista em Direito Provado Aprofundado, presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, membro efetivo das Academias Nacional de Direito Desportivo e Brasileira de Direito Portuário e Marítimo e Doutor Honoris Causa da Universidade Santa Úrsula.

Recebido: 30/07/2023

Aprovado: 14/08/2023

 **JUSTIÇA DO TRABALHO**  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



arquitetos, tecnólogos e outros trabalhadores detentores de nível de ensino superior que, por auferirem salário mensal correspondente em agosto de 2023 a cerca de R\$15.000,00 (quinze mil reais), recebem da doutrina a alcunha de hipersuficientes e do legislador o poder negocial individual de alteração das condições de trabalho com eficácia equiparada ao poder negocial coletivo da categoria profissional a que pertencem.

Está claro que a legislação buscou estabelecer um nível diferenciado de proteção em relação a esse tipo de trabalhador subordinado. Fê-lo com base no patamar remuneratório e no nível educacional, partindo de duas premissas: a) os empregados que têm ganhos mensais correspondentes ao dobro do limite do valor de pagamento de benefícios da previdência social, seriam, pela remuneração diferenciada que supera a de mais de 70% dos trabalhadores brasileiros, profissionais presumidamente com fácil inserção no mercado de trabalho e, portanto, infensos ao receio de serem despedidos; e b) os empregados detentores de nível de ensino superior seriam, também presumidamente, suficientemente esclarecidos quanto ao alcance das alterações das condições de trabalho propostas pelo empregador, e a conveniência quanto à aceitação, recusa, ou apresentação de contraproposta.

Como a legislação trabalhista é orientada, entre outros, pelos princípios da proteção e da inalterabilidade lesiva, é preciso indagar se a mera interpretação literal é suficiente para dar plena eficácia aos ajustes e alterações contratuais realizadas entre o trabalhador hipersuficiente e respectivo empregador. Ou, em outras palavras, qual é, na prática, o alcance no novel dispositivo, inserido pela reforma trabalhista no parágrafo único do art.444 da Consolidação das Leis do Trabalho. Cuida-se de presunção absoluta ou relativa?

Outrossim, em determinado processo, a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no RO 0010636-07.2019.5.03.0113, julgamento 13/10/2020, em acórdão unânime de relatoria da Desembargadora Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo, afastou o requisito do diploma superior de certo jogador de futebol, para ainda assim caracterizá-lo como hipersuficiente. Considerou que a relevante influência social do empregado e a disponibilidade de meios de arcar com assessoramento seriam suficientes para dar-lhe autonomia privada de negociação da rescisão com o clube, por meio do afastamento de aplicação de multas, caso as parcelas da rescisão sofressem atraso<sup>2</sup>.

Portanto, revela-se igualmente importante verificar se os requisitos previstos na lei para caracterização da hipersuficiência são taxativos ou exemplificativos.

## 2 O PODER DIRETIVO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O Direito do Trabalho é composto por um conjunto de regras constitucionais, tratados internacionais e regras infraconstitucionais que têm por fim assegurar ao trabalhador direitos fundamentais imprescindíveis ao relacionamento jurídico de trabalho e do qual as partes não possuem o poder de dispor, ou então buscam afastar abusos, fraudes, alterações contratuais e outros atos destinados a colocar em risco a integridade dos direitos trabalhistas.

Esse conjunto de regras é orientado por princípios que as referidas regras nacionais e internacionais compõem as normas jurídicas trabalhistas.

Os princípios são, como as regras, fontes do direito. *A priori*, estabelecem os critérios de

2 Segundo a Relatora e com base nos fatos e prova dos autos, “Considerando que embora a CLT estabeleça uma categoria de empregado hipersuficiente, ela não exclui a possibilidade de existirem outras formas de caracterização de hipersuficiência”.

ordenação ou regramento, e a *fortiori*, os de interpretação e aplicação das regras de Direito. Por isso mesmo fazem parte integrante das normas jurídicas.

O princípio da proteção do trabalhador é a própria razão da existência do direito do trabalho como regramento e fonte normativa das decisões judiciais. Significa que as normas trabalhistas devem ser interpretadas e concretizadas favoravelmente ao empregado, posto que identificado como a parte frágil na relação jurídica mantida com o empregador.

Nesse contexto, o chamado princípio da proteção do hipersuficiente contradiz a vulnerabilidade à qual, na condição de trabalhador subordinado, está sujeito.

O empregado é, por excelência, o merecedor de proteção especial num contexto em que o trabalho é prestado, de forma subordinada, como mão de obra para e por conta de outra pessoa que detém imenso poder no âmbito da relação individual do trabalho.

Esse poder patronal permite ao empregador organizar a atividade produtiva sem a ingerência do trabalhador; estabelecer regras de comportamento no ambiente de trabalho e de uso dos equipamentos; dirigir e fiscalizar a prestação de serviços, determinando o que, onde, quando e de que modo o trabalho deve ser realizado; e finalmente, diretamente punir o trabalhador pelo descumprimento de obrigações.

Diante do tamanho e eficácia imediata diretiva, fiscalizatória e punitiva do poder patronal, foi necessário que a Constituição, assim como protege o cidadão contra o poder do Estado, estabelecesse um rol específico de direitos fundamentais de garantia da dignidade da pessoa do trabalhador e de valorização do trabalho, além de direcionar a legislação infraconstitucional para a regulação da proteção às investidas patronais ilegais ou abusivas.

Portanto, o princípio da proteção do trabalhador está fundado na sua fragilidade em relação ao poder do empregador, fragilidade essa que lhe retira grande parte de sua autonomia na negociação das condições de trabalho, tornando-o hipossuficiente.

Em resumo, a assimetria da relação de emprego reside no tamanho e na eficácia imediata do poder patronal no contrato de trabalho, que desequilibra a igualdade de armas entre as partes.

Diante da já referida assimetria em relação ao poder empregatício, para o trabalhador ter condições reivindicatórias de melhorias, o legislador constitucional precisou considerar o empregado integrante nato da categoria profissional correlata à atividade econômica preponderante da empresa em que atua. Esse expediente permite que não ele, individualmente, mas sim a coletividade de trabalhadores possa ter condições de dialogar com a empresa ou a categoria econômica sobre condições de trabalho.

Do exposto resulta que o princípio trabalhista a ser considerado é o da proteção do trabalhador, não importa a sua condição social ou econômica e menos ainda o grau de instrução que detenha. Em outras palavras, não existe o princípio do trabalhador hipersuficiente. Em menor ou maior grau, todos os trabalhadores subordinados são hipossuficientes e merecedores de proteção especial.

E neste ponto é preciso abrir-se um parêntese. Nas relações de consumo ninguém questiona a fragilidade do consumidor perante a indústria, o comércio e o prestador de serviços. Muito menos a incidência da responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova e a reunião de direitos individuais homogêneos para postulação única. Qualquer consumidor, não importa se pobre, remediado ou milionário; não importa se analfabeto, com instrução básica, média ou superior, é tido pelo CDC como hipossuficiente. Se um bilionário ficar à deriva em alto mar por um defeito de fabricação em seu iate, será considerado hipossuficiente. Se sua mala com roupas Armani não chegarem, a cia. aérea precisará indenizar o dano moral.

Por que então essa dificuldade em aceitar o trabalhador como parte frágil na relação de trabalho, e merecedor do princípio da proteção? E onde finalmente se encaixa o chamado trabalhador

hipersuficiente? Levar o texto contido na lei ao pé da letra seria o mesmo que, comparativamente ao CDC, considerar hipersuficiente o consumidor com instrução de nível superior, cujos ganhos lhe permitem adquirir uma TV smart de 80 polegadas e hipossuficiente o que tem ensino médio e dinheiro para adquirir, assim mesmo à prestação, uma TV comum, de 20 polegadas.

Concluindo, o que está em discussão em se tratando do trabalhador chamado hipersuficiente não é, necessariamente, o princípio da proteção, e sim, de forma mais específica, o princípio da inalterabilidade lesiva das condições de trabalho, que informa o art.468 da CLT.

### **3 LIMITE OBJETIVO DE ALTERAÇÃO INDIVIDUAL DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO EM RELAÇÃO AO HIPERSUFICIENTE**

Quanto aos direitos enumerados no art.611-A, da CLT, considerados disponíveis, é válida a negociação individual e direta do hipersuficiente com o empregador.

Todavia, se os direitos previstos no art.611-B da CLT, considerados indisponíveis, são inegociáveis até mesmo entre as categorias profissional e econômica, não podem ser objeto de redução ou supressão, quer pela via individual, quer pela coletiva. Ou seja, assim como a lei considera objeto ilícito a supressão ou redução desses direitos por meio de convenção ou acordo coletivo (instrumentos normativos de negociação coletiva de direitos), igualmente constituem objeto ilícito a supressão ou redução desses direitos por meio de pactos individuais travados entre o hipersuficiente e respectivo empregador.

### **4 SUBORDINAÇÃO, AUTONOMIA E O PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE LESIVA**

Subordinação significa submissão, dependência.

Com base na doutrina de LUDOVICO BARASSI<sup>3</sup>, o primeiro jurista a definir o requisito da subordinação na *locatio operarum* em contraposição ao trabalho autônomo, a CLT expressamente estabelece como um dos requisitos da caracterização da relação de emprego a subordinação como dependência do trabalhador ao empregador. Essa dependência é, na sua forma original de interpretação, econômica, porque decorre da impossibilidade obreira de ter acesso ou controle aos meios produtivos que requerem a sua mão de obra.

É do empregador a organização da atividade produtiva na qual está inserido; o estabelecimento de regras para o seu desenvolvimento; e a direção e fiscalização do trabalho executado. Por tais razões, a subordinação objetiva em relação ao contrato (o que fazer, como fazer, para quem fazer e onde fazer) não elimina a dependência econômica pela inacessibilidade obreira aos meios produtivos, de titularidade e total controle pelo empregador.

O tempo passou e por uma série de motivos, inclusive de natureza prática, deu-se mais ênfase à subordinação derivada da determinação, direção e fiscalização do trabalho, com possibilidade de punição, do que à inacessibilidade aos meios de produção por conta própria; de formar clientela; de tomar ou participar das decisões, caracterizadoras da dependência econômica constante do art.3º da CLT.

A discussão a ser travada a partir da reforma trabalhista, que flexibilizou as normas trabalhistas, é apenas a da adequação do princípio da proteção do trabalhador ao atual estágio de desenvolvimento

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**, p. 400, apud BARASSI, Ludovico. *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*.

das relações de trabalho, e não do afastamento do princípio protetivo.

O chamado trabalhador hipersuficiente, merecedor de proteção como os demais trabalhadores, está inserido no contexto da flexibilização. Essa flexibilização pressupõe que o trabalhador com nível superior de instrução e que recebe salário diferenciado em relação à maioria dos trabalhadores brasileiros possa ter maior autonomia privada de pactuação. Nesse contexto, seria exceção à regra do *caput* do mesmo dispositivo legal, que em geral e no conjunto com os artigos 9º e art.468, da CLT, confere às partes margem muito pequena de liberdade contratual.

Desde logo, verifica-se que o parágrafo único ao art. 444 não conferiu a esse trabalhador a denominação de hipersuficiente. Todos os trabalhadores estão posicionados em condições de fragilização perante o empregador. Apenas alguns com mais intensidade e outros com menos.

A irrenunciabilidade de direitos trabalhistas indisponíveis por parte do empregado decorre da presunção de que o trabalhador poderia ser forçado a abrir mão de alguns direitos com o escopo de apenas garantir o trabalho. A desigualdade dos sujeitos na relação contratual é que ampara essa indisponibilidade. E assim como os hipossuficientes, os chamados hipersuficientes também não podem dispor dos direitos relacionados no art.611-B, o que confirma que todos os trabalhadores merecem proteção.

O objetivo da norma inscrita no parágrafo único do art.444 da CLT foi o de conferir ao portador de diploma universitário e que recebe salário diferenciado maior autonomia de pactuação para ajustes individuais com o empregador, que para outros trabalhadores dependeriam de ajuste coletivo.

O princípio da inalterabilidade lesiva tem por fim proteger o trabalhador contra os riscos da redução ou supressão de direitos por meio de alteração arbitrária das condições de trabalho ou mesmo se consentidas, se prejudiciais.

O principal efeito do que dispõe o novel parágrafo único do art. 444, é o de afastar, no plano individual, o disposto no *caput* do art.468 da CLT em relação a alterações prejudiciais disponíveis para ajuste coletivo, quando consentidas por um trabalhador, presume-se, capaz de avaliar os riscos de um ajuste ao qual livremente se submete quando opta por uma supressão ou redução de direitos como parte de uma negociação.

Evidentemente, se o hipersuficiente cometer erro substancial de avaliação da alteração proposta pelo empregador; for enganado; sofrer coação; estiver em estado de perigo; sofrer lesão (vícios da vontade, arts.138 a 157 do Código Civil); ou se tratar de redução ou supressão de direito indisponível (art.611-Bm CLT), a alteração poderá ser anulada.

## **5 LIMITES OBJETIVOS DE CARACTERIZAÇÃO DO HIPERSUFICIENTE. REQUISITOS TAXATIVOS, CUMULATIVOS OU APENAS EXEMPLIFICATIVOS?**

Os pressupostos de caracterização do hipersuficiente são cumulativos. Trata-se de um critério objetivo estabelecido pelo legislador.

Não obstante, esses requisitos, constantes do parágrafo único do art.444 da CLT, não devem ser sempre literalmente interpretados.

A respeito, note-se que nem todo trabalhador chamado hipersuficiente pode ser considerado alto empregado, assim considerado o empregado diferenciado, disputado no mercado de trabalho e detentor de salário substancialmente alto, características que se não anulam, tornam efetivamente reduzida a influência do poder patronal. Há diferença entre alto empregado, que detém grande autonomia e empregado hipersuficiente, que pode não deter nenhuma, cabendo ao magistrado fazer essa avaliação nos casos concretos.

Com efeito, diante do poder potestativo patronal de despedir, o risco do desemprego, mais acentuado a partir de certa faixa etária, pode levar o trabalhador hipersuficiente, não obstante esclarecido e com bom salário, a aceites indesejados.

Lado outro, o fato do trabalhador ser considerado alto empregado, com habilidade na arte, no esporte ou na sua área de atuação, não significa, por si só, que seja pessoa esclarecida, razão pela qual o parágrafo único do art.444 da CLT exige o requisito do nível de ensino superior como condição. É um critério objetivo que não deve ser afastado, exceto diante de prova contundente de aceitação consciente e desejada da redução ou supressão de direito em troca de situação considerada mais vantajosa ou por uma que não tenha gerado prejuízo para o trabalhador.

## 6 EM CONCLUSÃO

Trabalhador hipersuficiente é apenas uma denominação destinada a designar o empregado esclarecido e bem remunerado, presumidamente infenso a imposições patronais.

No entanto, renda diferenciada e diploma de nível superior não podem afastar o empregado do princípio da proteção, até porque a lei não exige para a validade do ato a presença de advogado que oriente juridicamente o trabalhador nas alterações contratuais propostas pelo empregador.

A negativa a alterações contratuais prejudiciais, frente à falta de proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa coloca o emprego e a subsistência de qualquer trabalhador em risco, independentemente do nível salarial percebido na empresa. Para que a hipersuficiência tenha plena eficácia, será preciso regulamentar o artigo 7º, I, da Constituição da República.

É possível falar em flexibilização da proteção conferida ao trabalhador com fundamento na renda e grau de instrução apenas em relação à redução ou supressão de normas trabalhistas disponíveis, que são as previstas no art.611-A, da CLT.

É vedado em relação ao hipersuficiente o poder de disposição em relação às matérias previstas no art.611-B, da CLT.

Os pressupostos de caracterização constantes do par. único do art.444 da CLT são objetivos e cumulativos. Mas considerando que o risco do desemprego, mais acentuado a partir de certa faixa etária, pode levar o trabalhador a aceites que as circunstâncias evidenciem como indesejados ou objeto de pressão, caberá ao magistrado dar-lhes a devida interpretação.

Nem todo trabalhador chamado hipersuficiente pode ser considerado alto empregado, em relação ao qual a influência do poder patronal é menor, por ser presumidamente valorizado ou requisitável no mercado. Há diferença entre alto empregado, disputado pelo mercado, e que detém grande autonomia e empregado hipersuficiente, que pode não deter nenhuma, cabendo ao magistrado fazer essa avaliação nos casos concretos.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, **RO 0010636-07.2019.5.03.0113**, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**, p. 400, apud BARASSI, Ludovico. *Il Contrato di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*.

**A INFORMALIDADE DO TRABALHO INFANTIL  
NAS PLATAFORMAS DIGITAIS SOB A  
PERSPECTIVA DA REGULAÇÃO JURÍDICA  
BRASILEIRA CONFORME A RECOMENDAÇÃO Nº  
204 DA OIT**

**INFORMAL CHILD LABOR ON DIGITAL  
PLATFORMS IN THE PERSPECTIVE OF  
BRAZILIAN LEGAL REGULATION,  
ACCORDING TO ILO RECOMMENDATION  
NO 204.**

**Ana Virgínia Moreira Gomes\***  
**Patrícia Moura Monteiro Cruz\*\***

**RESUMO**

A exploração do trabalho infantil por meios digitais constitui um problema que ultrapassa fronteiras geográficas e desperta especial atenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que reconhece a elevada incidência da economia informal como um desafio para os direitos dos trabalhadores e luta pela erradicação do trabalho infantil. Durante o período da pandemia global, todavia, esse tipo de exploração cresceu de forma significativa em razão de transformações operadas no cenário do entretenimento digital. Este trabalho objetiva analisar a proteção jurídica da infância diante da informalidade do trabalho prestado por crianças e adolescentes nas plataformas digitais no Brasil. Para alcançar o objetivo delimitado, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica, a partir de uma perspectiva conceitual e normativa sobre o trabalho informal de acordo com a Recomendação nº 204 da OIT. Em seguida, foram analisadas as transformações do trabalho infantil, a partir do avanço das novas tecnologias e os riscos envolvidos na exploração desse tipo de trabalho. Por fim, foram apresentadas respostas regulatórias em face da informalidade que permeia o trabalho desenvolvido por jovens e crianças no ambiente virtual, com a proposta de incumbir a responsabilização dos pais, empresas, governos e plataformas digitais na promoção do trabalho formal, digno e decente, com vistas à proteção da infância dos mais vulneráveis.

**Palavras-chave:** Trabalho infantil. Trabalho informal. Recomendação 204. OIT. Plataforma digital.

**ABSTRACT**

In relation to the work done by children and adolescents on digital platforms, this study intends to examine the issue of informality and evaluate the efficiency of Brazilian legislative regulation in protecting

\* Doutora em Direito do Trabalho / USP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Mestrado e Doutorado. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito do Trabalho e Seguridade Social na Universidade de Fortaleza. E-mail: [avmgomes@unifor.br](mailto:avmgomes@unifor.br).

\*\* Professora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Doutoranda em Direito Constitucional na Unifor. Mestre em Direito Constitucional pela Unifor. Bolsista pesquisadora da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento - FUNCAP. E-mail: [patriciamoura@unifor.br](mailto:patriciamoura@unifor.br).

Recebido: 20/09/2023  
Aprovado: 25/09/2023

childhood. Since the global pandemic, there has been a marked increase in the use of child labor in the digital environment, which has had an effect on changes in the landscape of digital entertainment. The article raises a legitimate issue that is global in scope and has attracted the attention of the International Labour Organization (ILO), which sees the prevalence of the informal sector as a threat to workers' rights. According to ILO Recommendation No. 204, a conceptual and regulatory perspective on informal labour was created in order to attain the specified purpose. The evolution of child labor was then examined, starting with the development of new technology and the dangers associated with the exploitation of this kind of job. The proposal to assign the responsibility of parents, businesses, governments, and digital platforms in promoting formal, dignified, and decent work, with a view to protecting the childhood of the most vulnerable, is the final regulatory response to the informality that permeates the work performed by young people and children in the virtual environment.

Keywords: Child labor. Informal work. Recommendation 204. ILO. Digital platform.

## 1 INTRODUÇÃO

Em pesquisa divulgada em agosto de 2022<sup>1</sup>, no Brasil, 88% das crianças e adolescentes que são usuários de internet possuem perfil em rede social. As plataformas sociais mais utilizadas pelo público de 9 a 17 anos de idade, no ano de 2021, foram: TikTok, Instagram e Facebook.

A exploração do trabalho infantil por meio dos dispositivos digitais sofreu aumento considerável no pós pandemia global, uma vez que nesse período as famílias tiveram que se adaptar ao distanciamento do trabalho e dos amigos e permanecer em suas residências. As unidades familiares que na sua formação tinham crianças e adolescentes ficaram mais suscetíveis ao uso de telas e navegação pelas redes sociais, muitas vezes como forma de compensar a falta de disponibilidade de espaço e de outras crianças para interagir.

Desde o início da pandemia, houve um crescimento no número de registros de imagens e vídeos dos menores, até porque o tempo de exposição da família ao ócio sofreu influência direta do isolamento social. Assim, até mesmo na eventualidade de publicação de imagem dos menores foi possível experimentar os efeitos das mídias sociais, de modo que até mesmo uma postagem desprezível pudesse despertar intenções futuras com finalidades comerciais.

A legislação protetiva dos trabalhadores, em especial a evolução normativa sobre o trabalho infantil vem desde a década de 1980 avançando significativamente, como se verifica na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e Adolescente e na Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças de 1989. No entanto, a introdução das mídias sociais levantou novos questionamentos acerca da regulação do trabalho desenvolvido pelos influenciadores digitais menores de idade, bem como investigar os riscos de exploração financeira e os danos causados aos influenciadores mirins.

A metodologia adotada no presente trabalho foi investigação de cunho bibliográfico, a partir da pesquisa pura de abordagem qualitativa e, quanto à finalidade, exploratória. O estudo abrange a questão da informalidade do trabalho presente na indústria do entretenimento que se utiliza da exposição e trabalho de crianças e adolescentes nas plataformas digitais, para fins de conferir a regulação do trabalho desenvolvido pelos menores de idade de forma a evitar violações a direitos constitucionalmente

1 Pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação. "Caminhos para uma conectividade significativa: como novas dinâmicas de acesso à Internet impactam as práticas online e o bem-estar de crianças e adolescentes?" divulgada no 7º Simpósio Crianças e Adolescentes na Internet. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/kids-online/analises/> Acesso em: 03 dez. 2022.

garantidos tais como à vida, à dignidade, ao lazer e à proteção de dados pessoais.

O estudo identifica na legislação atual a proteção a valores fundamentais na formação da criança e do adolescente, como o lazer e o respeito, o direito à vida, condições peculiares do desenvolvimento físico e psicológico, bem como a proteção aos dados pessoais, inclusive no meio digital. A pesquisa busca investigar quais seriam as principais barreiras em potencial na questão da regulamentação do trabalho desenvolvido pelos menores produtores de conteúdo nas mídias sociais.

Inicialmente, serão apresentadas as noções conceituais sobre setor informal, desde o conceito adotado por Hart, na década de 70, até a terminologia do trabalho informal, em consonância com os termos previstos na Recomendação n. 204 da OIT, de modo que se possa fazer as ponderações de forma a conjugar a questão da informalidade e as relações jurídicas digitais do trabalho infantil.

Na segunda seção, serão discutidas as principais problemáticas dos potenciais riscos aos quais as crianças e adolescentes estão submetidos ao produzir conteúdos digitais e se exporem publicamente nas plataformas como Instagram, Youtube, Facebook, Tiktok e Roblox.

Na terceira parte do artigo, será analisada a regulação do trabalho infantil vigente no país, bem como as propostas para maior proteção, notadamente quanto ao desenvolvimento de jogos e nas mídias sociais que possam efetivamente responsabilizar as plataformas digitais no combate à exploração do menor.

Por fim, para melhor compreensão acerca da regulação jurídica referente ao trabalho infantil nos ambientes *online* e das medidas necessárias para concretização quanto à proteção da infância, serão apresentados os desafios para a promoção do trabalho formal e decente para esses novos trabalhadores e as perspectivas de proteção efetiva da mão-de-obra das crianças e adolescentes.

Esta pesquisa foi realizado como o apoio da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento – FUNCAP.

## **2 A QUESTÃO DA INFORMALIDADE DO TRABALHO DE ACORDO COM A RECOMENDAÇÃO 204 DA OIT**

No intuito de apresentar os desafios jurídicos que permeiam o trabalho desenvolvido por crianças e adolescentes nas plataformas digitais, a partir da análise das transformações advindas da tecnologia no cenário laboral e do estudo sobre os potenciais riscos envolvidos na atividade, convém tratar inicialmente do esboço conceitual acerca dos termos informalidade e trabalho informal.

### **2.1 Informalidade: origem, conceito e reflexões**

A questão metodológica que permeia a definição da *informalidade* envolve diversas denominações. A depender do referencial teórico que direciona as análises, a informalidade pode ser apresentada como “conceito, termo, noção, categoria analítica, categoria de entendimento” (PERES, 2015, p. 271).

Na década de 70, o antropólogo britânico Keith Hart publica artigo intitulado *Informal Income Opportunities and Urban Employment in Ghana*, no qual apresenta classificação das atividades como formal e informal a partir da realidade das cidades do mencionado país africano. De acordo com a clássica conceituação da informalidade de Hart (1973), existem variáveis para fins de conceituar renda formal e informal a depender da forma como o trabalho é executado:

A variável-chave é o grau de racionalização do trabalho, ou seja, se o trabalho é recrutado de

forma permanente e regular para recompensas fixas. Muitas empresas que operam com alguma medida de burocracia são passíveis de enumeração por meio de pesquisas e, portanto, constituem o “setor moderno” da economia urbana. O restante - aqueles que escapam da enumeração - são classificados de diversas maneiras, como “setor urbano de baixa produtividade”, “exército de reserva de subempregados e desempregados” e “setor urbano tradicional”, entre outros. Esses termos tornam a análise mais difícil, supondo o que deve ser demonstrado.<sup>2</sup> (HART, 1973, p. 68) (tradução da autora)

A partir da adoção do termo “setor informal” pela Organização Internacional do Trabalho - OIT, no Programa Mundial de Emprego do *Bureau International du Travail - BIT*, houve uma ampla divulgação sobre o trabalho de Hart, bem como uma certa adequação da terminologia no documento publicado no ano de 1972, para assim tratar sobre “estratégias para aumentar o emprego produtivo” no país africano Quênia (ILO, 1972). Ao longo dos anos seguintes, vincula-se a questão do aumento dos lucros das empresas ao setor informal, com finalidade de reduzir cada vez mais o custo da mão de obra, no cenário do mundo mais globalizado com a divisão do trabalho no âmbito internacional.

Naquela época, considerava-se que o Sul Global, à medida que a economia se desenvolvesse, haveria uma redução proporcional do setor informal. No entanto, não apenas o trabalho informal não deixou de existir<sup>3</sup> nos países em desenvolvimento, como houve a informalização do emprego formal nos países desenvolvidos, o chamado Norte Global. Sobre as mudanças na forma de produção, bem como a questão da busca das empresas por trabalho mais flexíveis, Fudge observa que a expectativa de que a força de trabalho informal seria incorporada ao setor formal à medida que as economias avançassem provou ser falsa. Conforme a autora, a expectativa de que a força de trabalho informal seria incorporada ao setor formal à medida que as economias avançassem provou ser falsa. Na realidade, tanto nos países desenvolvidos quanto nos em desenvolvimento, o setor informal perdurou e, à medida que o emprego formal se tornou informal, a maioria dos trabalhadores agora ocupa empregos de baixa qualificação, inadequadamente remunerados, inconsistentes e incertos. (2020, p. 106)

Para o economista americano Michael J. Piore (2020, p. 116), o termo informalidade implicaria mais do que a não conformidade com os regulamentos formais, falta de estrutura, uma espécie de anarquia. Considerando a informalidade como “uma realidade onipresente mas multifacetada”, como bem contextualizado por Dias (2021, p. 439), o trabalho informal pode se manifestar nas mais variadas formas. Por essa razão, se faz necessário analisar as condições concretas do trabalho prestado e a efetiva proteção dos direitos dos trabalhadores, a partir da regulação vigente, para daí então compreender as possíveis respostas para combater a informalidade.

2 No original, em inglês: “The distinction between formal and informal income opportunities is based essentially on that between wage-earning and self-employment. The key variable is the degree of rationalisation of work - that is to say, whether or not labour is recruited on a permanent and regular basis for fixed rewards. Most enterprises run with some measure of bureaucracy are amenable to enumeration by surveys, and - as such - constitute the 'modern sector' of the urban economy. The remainder - that is, those who escape enumeration - are variously classified as 'the low-productivity urban sector', 'the reserve army of underemployed and unemployed', 'the urban traditional sector', and so on. These terms beggar analysis by assuming what has to be demonstrated”. (HART, 1973, p. 68)

3 Em contraponto com o chamado “fenômeno transitório” do trabalho informal no Sul Global, a economista Uma Rani demonstra a persistência do trabalho informal, que se mostra prevalente no Sul e no Norte Global. A partir de dados recentes, Rani (2020, p. 89) define as “trajetórias de velhas e novas formas de trabalho informal” e revela que mais da metade de todos os trabalhadores ocupam empregos informais de forma autônoma, na função de diaristas esporádicas, trabalhadores domésticos, sem qualquer proteção social e trabalhista (2020, p. 89).

## 2.2 A informalidade do trabalho infantil digital nos termos da Recomendação n. 204 da OIT

Analisada a questão conceitual da informalidade, passa-se a verificar a viabilidade de considerar o trabalho digital infantil no Brasil como trabalho informal, na perspectiva da Recomendação n. 204 adotada pela Conferência Internacional do Trabalho no ano de 2015.

A Recomendação n. 204 da OIT é a primeira norma internacional voltada especificamente à transição da economia informal à formal. A recomendação possui como um dos objetivos assegurar os direitos fundamentais dos trabalhadores e assegurar oportunidades de segurança de rendimentos, meios de vida e capacidade de empreender nessa transição (OIT, 2015).

Para fins de aplicação da referida Recomendação, o conceito de “economia informal” engloba as atividades econômicas dos trabalhadores que não estão cobertas, ou ainda, aquelas que são cobertas de forma insuficiente pelas disposições formais. A Recomendação considera as unidades econômicas tanto que empregam mão de obra, como também a propriedade de indivíduos que trabalham por conta própria, sozinhos ou com apoio de trabalhadores familiares.

A questão do trabalho infantil digital se faz presente nas discussões da OIT.<sup>4</sup> As plataformas de conteúdo digital possuem alcance mundial com a divulgação de trabalhos de crianças das mais variadas nacionalidades. Há países que contam com regulação específica sobre o tema, fato que contribui com a preocupação de nível multinacional diante da vulnerabilidade dos menores à exploração do trabalho digital.

Em que pese haver uma relação privada entre as empresas contratantes, os pais dos menores e a plataforma digital, assim como ser dos pais o dever de criar e educar seus filhos, é possível haver a regulação do Estado com o objetivo de intervir nas relações privadas para fins de resguardar o interesse de proteger a criança.

A seguir são apresentados alguns dos mais relevantes princípios norteadores indicados na Recomendação n. 204 da OIT, a serem adotados como estratégias coerentes com objetivo de facilitar a transição do trabalho informal para o formal:

[...] a especificidade dos contextos, da legislação, das políticas, práticas e prioridades nacionais para a transição para a economia formal; [...] a promoção e a proteção efetivas dos direitos humanos daqueles que operam na economia informal; [...] a concretização de trabalho decente para todos através do respeito pelos princípios e direitos fundamentais no trabalho, na lei e na prática; [...] a preservação e expansão, durante a transição para a economia formal, do potencial empreendedor, da criatividade, do dinamismo, das competências e capacidades inovadoras dos trabalhadores e das unidades econômicas da economia informal; (OIT, 2015).

Dentre as orientações previstas na recomendação, a OIT (2015) aponta que os membros devem adotar medidas para promover o trabalho decente e aplicar os princípios e direitos fundamentais no trabalho relativamente a todos os trabalhadores que operam na economia informal. Para tanto, estão previstas as seguintes medidas: “liberdade de associação e reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; abolição efetiva do trabalho infantil; e eliminação da discriminação em matéria de emprego e à profissão.” (OIT, 2015). A norma confere ainda, na lei e na prática, o direito progressivo a todos os trabalhadores da economia informal de

4 Destaque para os instrumentos da Organização Internacional do Trabalho - OIT que “são valiosos para alcançar melhores condições de trabalho num mercado de trabalho globalizado, em que as novas tecnologias continuarão a transformar o local de trabalho.” (VERMA, MEMORIA, GOMES, 2021, p. 5-6).

acesso à seguridade social, proteção da maternidade, condições decentes e salário-mínimo.

Na visão do autor George Borjas, na condição de protagonistas da história, os trabalhadores tomam decisões acerca de qual trabalho exercer motivados pelo “desejo de otimizar”, a partir da melhor opção disponível no mercado dentre as diversas alternativas, com objetivo de “maximizar seu bem-estar” (2012, p. 21). Por sua vez, as empresas atuam como coadjuvantes, no que se refere a quais tipos de trabalhadores decide contratar, o valor da remuneração e a jornada de trabalho, com objetivo de maximizar os lucros. Assim, de acordo com o referido economista, “a demanda por trabalho da empresa é uma demanda derivada, ou seja, advinda dos desejos dos consumidores”. (BORJAS, 2012, p. 22).

O avanço da tecnologia impactou diretamente na forma de ofertar produtos e serviços aos consumidores, de modo que houve a migração do trabalho desenvolvido por crianças e adolescentes para as plataformas digitais, uma vez que o ambiente virtual concentra considerável parte dos consumidores finais, cuja lógica há tempos se explica pela demanda por trabalho da economia.

A atuação dos jovens nas plataformas digitais mediante a contraprestação pode ser configurada como trabalho, cujo serviço prestado não encontra na legislação pátria regulação específica, motivo pelo qual tal atividade pertence à economia informal. A insuficiência de regulação do trabalho infantil na nova indústria do entretenimento carece de regulação para fins protetivos, bem como a adoção de políticas, como será demonstrado. A discussão se inicia a partir da questão se essa atividade digital realizada por crianças deve simplesmente ser considerada trabalho infantil e, conseqüentemente, proibida ou se deve ser considerada uma exceção, como o caso do trabalho artístico e regulado.

A primeira solução enfrenta a nosso ver um grande obstáculo que é a baixa possibilidade concreta de ser efetiva, dada a participação que já ocorre de crianças em meios de comunicação digitais. Partindo-se para a segunda opção, nos parece ser necessário caracterizar a situação de informalidade na qual a atividade está sendo realizada hoje e discutir a sua necessária regulação. Observa-se ainda que as duas opções não são excludentes. Há trabalho infantil digital que deve ser proibido e, possivelmente, modalidades de atuação digital de crianças que podem ser permitidas e reguladas.

A partir do esboço conceitual apresentado acerca do trabalho informal, bem como as principais orientações acerca das implementações e procedimentos eficazes contidos na recomendação em análise, é possível apresentar o atual cenário em que se verifica a exploração do trabalho digital dos menores de idade, investigar os principais riscos envolvidos na atividades, para então traçar as perspectivas dos desafios a serem enfrentados no âmbito jurídico e político em favor da proteção do trabalho infantil digno e decente.

### 3 A TRANSFORMAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL E AS NOVAS TECNOLOGIAS

A exposição de imagens dos menores na *internet*, o incremento no uso das redes sociais e o crescimento do mercado *online* refletiram na proliferação de empresas que buscam melhor ranqueamento na demanda por produtos e serviços. Uma pesquisa do Conselho Executivo das Normas Padrão - CENP<sup>5</sup> divulgou que as redes sociais receberam, no ano de 2021, o valor de R\$ 1,43 bilhão de investimento

5 O Conselho Executivo das Normas Padrão - CENP possui um Fórum da Autorregulação do Mercado Publicitário que pesquisa sobre metadados relativos a compras de mídia realizadas e veiculadas por agências por ordem e conta de clientes anunciantes. O painel contou com a participação de 298 agências de publicidade, sendo 245 matrizes e 53 filiais, que possuem condições técnicas para implementação. A pesquisa foi realizada no Sistema Cenp-Meios no período de janeiro a dezembro de 2021. Os dados da pesquisa foram divulgados pelo Conselho em 17 de março de 2022. Disponível em: <https://cenp.com.br/cenp-meio/>. Acesso em 31 mai. 2022.

publicitário realizado por anunciantes, veículos de comunicação e agências de propaganda no Brasil.

O valor de investimento nas redes sociais superou o importe de investimento realizado nas mídias tradicionais como jornal, revista, rádio e cinema no mesmo ano. Somado a esse fato, tem-se que o número de profissionais que atuam nas redes sociais cresceu exponencialmente em todo o mundo, notadamente no que tange aos usuários menores.

### 3.1 Impactos positivos e negativos advindos da tecnologia no trabalho das crianças e adolescentes

Houve uma ampliação do espaço publicitário nas mídias sociais com o aumento da demanda por serviços e produtos *on line*, especialmente no período pós pandemia do COVID-19. Formou-se então o cenário propício para novas estratégias de marketing das empresas com o aumento da procura pelos influenciadores mirins. Com a finalidade de aproximar-se ainda mais do público-alvo, as tecnologias estão sendo utilizadas pelas empresas e agências de publicidade para conectar indivíduos do mesmo grupo.

No chamado “Novo Mundo do Trabalho” (MOREIRA, 2021, p. 156), existem novos riscos na era digital, cuja forma de trabalhar domina a informalidade e a precariedade. No que tange ao trabalho infantil, as atividades de interação social com os seguidores, publicação de fotos da rotina e transmissão de jogos *online* acabam por derrubar as fronteiras que diferenciam trabalho e diversão. Antes a decisão de se divertir partiria da criança, contudo, quando o entretenimento se transforma em trabalho, o menor se vê compelido a realizar atividades de forma rotineira não por vontade própria, mas para fins de engajamentos e cumprimento de contratos.

O incremento do uso de tecnologias por crianças e adolescentes não é um fator prejudicial, por si só, especialmente na questão do desenvolvimento pessoal e social, e na possibilidade de ampliar as conexões e conferir oportunidades de aprendizado em nível global. Conforme destacado no relatório<sup>6</sup> “Children in a Digital World”, elaborado pela UNICEF - *United Nations Children’s Fund*, é preciso adotar ações para que se possa acompanhar essas mudanças advindas da tecnologia:

Se aproveitada da forma certa e universalmente acessível, a tecnologia digital pode mudar o jogo para crianças deixadas para trás - seja por causa da pobreza, raça, etnia, gênero, deficiência, deslocamento ou isolamento geográfico - conectando-as a um mundo de oportunidades e fornecendo com as habilidades necessárias para ter sucesso em um mundo digital. Contudo, a menos que expandamos o acesso, a tecnologia digital pode criar novas divisões que impedem as crianças de atingir seu potencial. E se não agirmos agora para acompanhar as rápidas mudanças, os riscos online podem tornar as crianças vulneráveis mais suscetíveis à exploração, abuso e até mesmo ao tráfico, bem como ameaças mais sutis ao seu bem-estar<sup>7</sup>. (UNICEF, 2017) (tradução da autora)

6 United Nations Children’s Fund - UNICEF. Children in a Digital World 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/media/48601/file> Acesso em: 11 dez. 2022.

7 No original, em inglês: “If leveraged in the right way and universally accessible, digital technology can be a game changer for children being left behind – whether because of poverty, race, ethnicity, gender, disability, displacement or geographic isolation – connecting them to a world of opportunity and providing them with the skills they need to succeed in a digital world. But unless we expand access, digital technology may create new divides that prevent children from fulfilling their potential. And if we don’t act now to keep pace with rapid change, online risks may make vulnerable

A Recomendação nº 0389 da Organização da Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE também reconhece que o ambiente digital é parte fundamental da vida e das interações das crianças em diversos contextos que envolvem: educação formal, informal, recreação, entretenimento, cultura e meio de socialização<sup>8</sup>. No entanto, para que o ambiente digital possa proporcionar toda sua potência de desenvolvimento aos menores, é preciso identificar e mitigar os riscos existentes na exploração do trabalho nas plataformas sociais.

Ao tratar sobre o reforço dos mecanismos de proteção e da autonomia dos menores no ambiente virtual, Fernández (2022, p. 252) destaca a dependência da capacidade de controle dos pais ou responsáveis em relação às crianças e adolescentes uma vez que não existem mecanismos eficazes nas plataformas para verificar a veracidade da idade declarada pelo usuário. Ainda que o fator idade não possa mensurar a exata maturidade e conhecimento do menor, trata-se de uma indicação objetiva que assume certo grau de maturidade de consentimento pelos menores.

No Brasil, contabiliza-se no ano de 2022 mais de 500 mil influenciadores e, mesmo não havendo regulamentação dessa profissão, tal contingente já ultrapassa a quantidade de dentistas, arquitetos e engenheiros civis. O estudo divulgado pela multinacional Nielsen (2022, *on line*) revela que a maior parte dos influenciadores digitais são pessoas comuns, fora do cenário dos superfamosos, uma vez que o objetivo atual das marcas digitais seria aproximar-se do público geral, com o objetivo de gerar mais conexão entre o influenciador e os consumidores em potencial.

A escolha na contratação de influenciadores digitais “comuns” pelas empresas de produtos e serviços com público-alvo formado por criança e adolescente reflete diretamente na demanda de novas estrelas nas mídias sociais. No cenário por trás dos influenciadores mirins há um universo de agências digitais que criam verdadeiros profissionais da indústria do entretenimento. Muitos dos influenciadores digitais desenvolvem seus primeiros trabalhos desde a sua primeira infância, com vinculação da sua imagem a marcas de produtos e serviços nacionais e internacionais.

Essa mudança de cenário enseja a relevância de voltar o olhar acadêmico para o trabalho realizado pelos menores de idade nas plataformas digitais, especialmente com objetivo de promover a proteção das crianças e adolescentes nesse mercado de trabalho em amplo crescimento. A escolha da produção de conteúdo pelas mídias sociais em detrimento da mídia tradicional é um fenômeno relativamente recente, daí a necessidade de aprofundar o estudo sobre essa forma de trabalho com vista a identificar as condições nas quais é possível considerá-la trabalho informal.

A depender do número de seguidores, segundo dados fornecidos pela empresa de marketing SamyRoad (2022, *online*), os faturamentos nas redes sociais pelos influenciadores digitais variam de R\$ 15 mil a R\$ 500 mil por mês. Por este motivo, verifica-se a importância de pesquisar sobre a questão da regulação específica do trabalho infantil nas plataformas digitais tais quais, Instagram, Youtube, Facebook, Tiktok e Roblox. As cifras apresentadas pelos influenciadores digitais funcionam como verdadeiras iscas para atrair famílias, crianças e jovens a ingressarem no mercado de trabalho nas plataformas.

.....  
children more susceptible to exploitation, abuse and even trafficking – as well as more subtle threats to their well-being”.

8 Recomendação OCDE (0389). Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389>  
Acesso em: 06 dez. 2022.

### 3.2 A exploração do trabalho infantil nas plataformas e os riscos envolvidos na atividade

Existem recursos e políticas de segurança criadas pelas plataformas digitais com a finalidade de assegurar limites de comunicação e acesso nas contas dos menores. No entanto, tais procedimentos não se mostram suficientes para coibir a exploração do trabalho infantil, já que muitas vezes o próprio genitor cria o perfil em seu nome e associa a conta com a criança, sendo facilmente burlado o critério de idade mínima e as configurações diferenciadas para os usuários menores de idade.

Muitas vezes disfarçados de trabalho artístico, alguns pais são atraídos pela velocidade de ascensão midiática oportunizados pelas plataformas digitais que transformam em pouco tempo seus filhos em celebridades nas redes sociais. O perigo reside justamente quando o conteúdo gerado pelo menor nas redes sociais não se configura propriamente como uma prestação de serviço.

Em troca de uma audiência fiel e na busca incessante de angariar um número cada vez maior de seguidores, as celebridades mirins são submetidas a gravações rotineiras que revelam a falta do controle de tempo de trabalho no seu cotidiano, fato que reiteradamente surge na mídia demonstrando os efeitos que podem na causa na vida dos menores.

Muitas vezes os canais de famílias no Youtube, nos quais se verifica maior a exploração da imagem de crianças e adolescentes, apresentam seus vídeos sob os cortes da edição, o que oculta a realidade que pode estar acontecendo por trás das câmeras. Um caso americano que lançou luz no caso de exploração de trabalho infantil em vídeos que tinham a aparência de inofensivos foi representado por uma família do Arizona formada pela mãe e sete filhos adotivos que estrelavam os vídeos do Canal “Fantastic Adventures”<sup>9</sup>. O canal acumulou mais de 242 milhões de visualizações e nos vídeos que rendiam em média US\$ 20 mil houve denúncias de negligência, jornadas exaustivas e até mesmo abuso físico praticados pela mãe contra seus sete filhos adotivos.

Um dos casos que ganhou repercussão na grande mídia brasileira versa sobre os possíveis excessos cometidos pela genitora na exploração de imagem de sua filha de apenas treze anos, durante a gravação de vídeos diários que retratavam situações inusitadas e que colocavam em risco a integridade física e psicológica da menor.

Com objetivo de investigar as denúncias de irregularidades sobre o conteúdo publicitário e mercadológico do canal do Youtube da genitora e de suas filhas, o Ministério Público instaurou inquérito civil público<sup>10</sup> e ação civil pública contra o Google e o Youtube. Na época, os canais do Youtube da mãe juntamente com suas filhas acumulavam mais de treze milhões de inscritos e os vídeos que rendiam quase cinquenta milhões de visualizações por mês, motivo pelo qual lançou luz na problemática da ausência de regulamentação específica e ausência de responsabilização da plataforma que monetiza dos conteúdos produzidos em a exploração do trabalho infantil com relatos de maus tratos e abuso psicológico.

No julgamento da ação civil pública, em que pese os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal para que o provedor de aplicações na internet inclua na página de denúncia de conteúdo impróprio um item relativo à proibição e abusividade da veiculação de propaganda ou promoção de produtos e serviços protagonizados por crianças, a ação foi julgada improcedente.

9 CHUCK, Elizabeth. Child abuse charges against YouTube channel's mom underscore lack of oversight for kids. **NBC News**: New York, 2019. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/child%20-abuse-charges-contra%20youtube-channel-s-mom-underscore-lack-n985526> Acesso em: 02 jun. 2022.

10 Inquérito Civil nº 1.22.000.000752/2016-23 apresentado pelo Ministério Público Federal.

De acordo com a decisão da 10ª Vara Federal de Belo Horizonte<sup>11</sup>, diante da ausência de regulamentação sobre o tema, a empresa não teria a obrigação legal de realizar o prévio controle sobre os vídeos postados pelos usuários da plataforma, em que pese haja benefício direto com a exploração da atividade infantil desempenhada.

Relevante destacar ainda que a exposição dos jovens em excesso às redes sociais pode causar dependência e incentivar até mesmo violações à integridade física pelos usuários, tais como mutilações do próprio corpo e indução ao suicídio<sup>12</sup>, uma vez que os menores são mais vulneráveis, principalmente por ainda não possuírem seu desenvolvimento físico e moral completamente formados.

Os programadores, influenciadores ou *streamers* mirins, ao trabalharem no ambiente virtual, encontram-se expostos aos riscos da predação digital. Em resumo, no âmbito laboral, esses trabalhadores não possuem uma limitação de jornada de trabalho, nem mesmo existe fiscalização direta dos ambientes ou domicílios, onde executam as atividades por meio da tecnologia da informação, razão pela qual se demonstra a relevância de analisar as possíveis perspectivas no combate ao trabalho infantil nas mídias digitais.

#### **4 OS DESAFIOS PARA A PROMOÇÃO DO TRABALHO DIGITAL INFANTIL DIGNO E DECENTE NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO**

Considerados os riscos aos quais as crianças e adolescentes estão expostos, mostra-se relevante investigar o cenário jurídico brasileiro vigente, com a finalidade de analisar a necessidade acerca da assunção da proteção à infância no que se refere ao trabalho executado por meio das plataformas digitais.

##### **4.1 Análise sobre (in)eficácia da regulação trabalhista brasileira**

Apesar das expectativas dos economistas do desenvolvimento nas décadas de 50 e 60 sobre a transitoriedade do setor informal para o formal a partir do desenvolvimento do setor industrial, que iria receber a mão de obra desse setor, não apenas o setor informal não desapareceu, como “prosperou de várias formas desde então e, de fato, é parte integrante dos processos de industrialização, desenvolvimento e globalização” (RANI, 2020, p. 91).

Assim, em que pese seja possível constatar os avanços na tecnologia com surgimento de novas formas de trabalho na era digital, a regulação trabalhista carece de atualização para fins de regular a atividade desempenhada por crianças e adolescentes. Os riscos inerentes à exposição da imagem da criança e do adolescente, assim como os possíveis danos decorrentes de exploração financeira dos menores na indústria de entretenimento digital, sinalizam a deficiência da regulação brasileira em favor da proteção do menor e do combate efetivo ao trabalho infantil.

O cenário do trabalho infantil relacionado às novas mídias sociais e à questão dos jogos eletrônicos encontra-se em fase de evolução. É desafiador realizar a qualificação jurídica a partir das repercussões geradas pelas atividades de crianças e adolescentes que fazem o uso de tecnologia, contudo

11 Ação Civil Pública nº 0054856-33.2016.4.01.3800 e 0034899-63.2017.4.01.0000.

12 “A falta de políticas de controle das redes sociais e o uso desregulado por crianças e adolescentes podem potencializar casos de suicídio e autotilação, na opinião do presidente do Sindicato dos Estabelecimentos Particulares de Ensino do Ceará, Professor Airton de Almeida”. Polícia investiga convites para suicídio coletivo em escolas de Fortaleza. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/11/policia-investiga-convites-para-suicidio-coletivo-em-escolas-de-fortaleza.shtml> Acesso em: 25 nov. 2022

não se pode negar que o “Poder Público precisa estar preparado para exercer a sua função como agente normativo e regulador da atividade econômica, mas também para garantir os compromissos e metas sociais presentes na Constituição da República” (GOMES, COSTA, 2020, p. 3).

Conforme preconiza a Constituição Federal brasileira de 1988, no seu artigo 7º, inciso XXXIII, o trabalho do menor com idade entre quatorze e dezesseis anos somente é permitido se realizado na condição de aprendiz. O trabalho artístico é permitido desde que seja compatível com saúde física, psíquica e social, que assegure a frequência da criança e do adolescente à escola, bem como não seja noturno, perigoso ou insalubre. De acordo com a interpretação que possa ser dada pela redação da Constituição Federal de 1988 e da Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho artístico de menores é permitido, desde que seja autorizado judicialmente no caso concreto, (PIOVESAN, 1997). Ocorre que nem todos os trabalhos realizados pelos jovens nas plataformas digitais podem ser considerados artísticos, uma vez que torna mais visível a necessidade de haver uma regulação específica.

No Estado Democrático de Direito, o direito ao trabalho digno na condição de direito fundamental atesta a necessidade de ampliar a responsabilização dos particulares diante do impacto que a exploração infantil pode causar na sociedade como um todo. A respeito da inclusão do direito ao trabalho nessa categoria, vale destacar as palavras da constitucionalista Ana Maria D'Ávila: “importância da incorporação desses direitos no elenco dos direitos fundamentais é inegável visto que despertaram a consciência da necessidade de proteger não apenas o indivíduo, mas a sociedade na qual ele se desenvolve como ser social.” (LOPES, 2001, p. 64).

Além dos princípios de moralidade que permeiam o trabalho infantil, o princípio da solidariedade como essencial à responsabilidade civil das plataformas digitais, bem como o direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, estão assegurados constitucionalmente e inseridos nos direitos e garantias fundamentais a partir da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022.

No Brasil, o desenvolvimento de trabalho infantil artístico propriamente dito fica à critério da autoridade judicial que analisará caso a caso no âmbito da Justiça Estadual. Contudo, a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira não acompanhou a evolução tecnológica, de forma que os jogadores *on line*, desenvolvedores de programas e influenciadores digitais não gozam da mesma proteção que assistem aos artistas e esportistas mirins tradicionais, fato que evidencia uma falha essencial do sistema.

A ausência de regulação específica de trabalhadores no mundo digital não se mostra presente apenas no âmbito da legislação brasileira, tendo sido uma pauta atual discutida em nível global. A questão dos jogos eletrônicos, tais como o *e-sports*, por exemplo, necessita ser devidamente regulada para identificar se trata de uma modalidade esportiva ou inerente ao setor do entretenimento (SANTINI, PETTINELLI, 2023, p. 205).

Tramita o Projeto de Lei nº 205/2023 que visa regular as competições de jogos eletrônicos como uma modalidade esportiva. Para o parlamentar autor do projeto de alteração legislativa, a prática esportiva eletrônica realizada pelos participantes com recursos tecnológicos da informação e comunicação deve ser considerada esporte, uma vez se tratar de resultado determinado preponderantemente pelo desempenho intelectual e destreza do jogador (BRASIL, 2023).

Independentemente de haver regulação que formalize a atividade desempenhada por jovens e crianças nas plataformas digitais, não se pode negar o atrativo, seja econômico ou social, que as redes sociais exercem nos menores e suas famílias. A respeito dos riscos aos quais os trabalhadores infantis

se submetem, Homero Batista Silva destaca como temerária a decisão de a criança e o adolescente se desviar do caminho da educação para seguir um dom, por exemplo:

A criança e o adolescente devem necessariamente investir sua energia e tempo útil em estudos, na formação cultural e no preparo para a vida em sociedade. Cada minuto retirado do tempo útil fará falta. Assim sendo, mostra-se temerária a tese segundo a qual os adolescentes contemplados com o dom da música, das artes ou dos esportes devam ser retirados do caminho dos estudos e da formação integral do ser humano para desde cedo se dedicarem aos ofícios artísticos. (2021, p. 172).

Muitas vezes a opção de seguir o caminho em razão de um dom cede espaço para uma imposição dos pais. Isso porque os genitores do menor são os principais responsáveis pela exploração do trabalho do influenciador mirim, inexistindo mecanismos de proteção efetiva dos retornos financeiros acumulados pelo menor, nem mesmo fiscalização acerca das condutas realizadas por trás das telas e câmeras. Deve-se ainda observar que, de fato, os pais podem ser os principais responsáveis pela opção de obter vantagens sociais e financeiras pelo trabalho desenvolvido pelos menores, mas não os únicos.

Ainda com a possibilidade de mitigar o princípio da autonomia privada inerente às relações entre os particulares, deve prevalecer a eficácia do direito fundamental ao trabalho digno, especialmente com alicerce no dever social do Estado e da proibição ao retrocesso. (ALCÂNTRA, XEREZ, 2018). Assim, apesar de ter no ordenamento jurídico brasileiro regulação acerca do trabalho infantil no âmbito artístico e esportivo, não há legislação específica sobre o trabalho desempenhado pelas crianças e adolescentes nas plataformas digitais capaz de assegurar condições dignas, eis que na prática, não há fiscalização direta por parte das instituições de proteção do menor, limitação de jornada de trabalho, resguardo quanto à remuneração mínima auferida, nem mesmo efetiva segurança quanto à proteção dos dados pessoais.

#### **4.2 Perspectivas de proteção efetiva da mão-de-obra das crianças e adolescentes**

O atrativo dos holofotes e até mesmo o retorno financeiro oriundo do trabalho das estrelas infantis pode transformar aqueles que detêm o viés acolhedor e protetor da criança para seu algoz, razão pela qual deverá haver contornos claros e eficazes no ordenamento jurídicos capazes de garantir os direitos dos influenciadores do futuro. Nesse contexto, sobre a manifestação da eficácia do ordenamento jurídico aplicável à conduta a ser regulada, Hans Kelsen destaca que “a conduta das pessoas corresponde em geral e grosso modo a esse ordenamento, sem ter em conta os motivos pelos quais ela é determinada” (1999, p. 18).

Conforme analisado no tópico inaugural do presente artigo, a Recomendação n. 204 da OIT apresenta uma série de medidas e orientação dirigidas aos seus membros para permitir cenário favorável à transição do trabalho informal para o formal. No que tange à possibilidade de observância dessas medidas pelos atores envolvidos no trabalho infantil digital, é pertinente apresentar a combinação dos seguintes meios: leis e normas nacionais, políticas e programas e coordenação eficaz entre entidades públicas, por exemplos.

Conforme demonstrada a visão do economista Michael J. Piore, que considera a informalidade mais do que simplesmente falta de conformidade com os regulamentos, mas sim uma falta de estrutura, como uma espécie de anarquia (2020, p. 116), é possível traçar esse paralelo com o trabalho infantil na *internet*. Isso porque, considerando a proliferação do número de usuários menores que se valem do ambiente virtual para exercer atividade econômica, com escassa ou quase nenhuma fiscalização, denota-se espaço propício para excessos e exploração ilegal da mão de obra de crianças e adolescentes.

A abertura de contas em nome dos responsáveis legais, mas que a bem da verdade são

compartilhadas com menores de idade, por exemplo, representa um dos pontos de partida para que haja a produção de conteúdo de forma irrestrita e sem qualquer fiscalização. Não se verifica a comprovação de prévia autorização judicial para que haja o trabalho prestado pelos menores, de modo que mais se assemelha à questão de anarquia apontada por Piore (2020), que também destaca que o setor informal pode ser encarado como um modelo de trabalho mais atraente do que o setor formal.

É importante a discussão sobre o trabalho desempenhado pelos menores nas plataformas digitais, sobre o papel a ser desempenhado pela regulação, por exemplo, sobre a destinação específica da renda produzida pelo trabalho do menor. Por certo, a legislação de forma isolada pode não trazer a eficácia necessária para efetivar a proteção do trabalhador, no entanto, é relevante promover o diálogo na academia, no Judiciário e Legislativo sobre a necessidade de regular de forma específica essas atividades desempenhadas por crianças na era digital, com exigência do compromisso por parte do governo, das organizações nacionais e internacionais, dos pais e responsáveis pelo menor e ainda das empresas de tecnologia,

Acredita-se que a legislação específica que regula o trabalho infantil de influenciadores e jogadores *on line* elaborada em outros países possam nortear os pontos cruciais a serem normatizados no Brasil. O fato de as plataformas digitais possuírem alcance multinacional enseja a colaboração entre os Estados para fim de pactuação de acordos com a previsão de sanções a serem aplicadas nas relações privadas que envolvam a realização de trabalho infantil no meio virtual.

Nos EUA, existe uma legislação estadual conhecida como Lei Coogan - Lei do Ator Infantil da Califórnia criada após o ajuizamento de ação por um ator menor contra seus pais, na qual prevê que pelo menos 15% dos ganhos de entretenimento brutos auferidos pelo menor sejam direcionados a uma conta que apenas será acessada após a maioridade do profissional, enquanto os outros 85% sejam destinados a cobrir despesas da própria criança. Isso significa que os pais não devem usufruir da renda auferida pelo trabalhador menor.

Em determinados estados americanos, a lei de proteção ao trabalho infantil exige que, nos sets de gravação na indústria do entretenimento tradicional, deve haver um assistente social e um educador. Contudo, a mesma regra não vale para as produções de conteúdo de mídias sociais, fato esse que apesar da dificuldade de resguardar a presença física desses profissionais em proteção da criança, não elide a fiscalização e responsabilização pelas próprias plataformas digitais.

No período da pandemia do COVID-19, a França aprovou lei que alterou seu Código do Trabalho para regular a exploração comercial da imagem de menores de dezesseis anos nas plataformas digitais. De acordo com a Lei 2020-1266 de 19/10/2020<sup>13</sup>, faz-se necessária declaração de autoridade competente para autorizar distribuição de imagem do menor nas plataformas de vídeos, são feitas recomendações sobre jornadas, segurança das condições de realização dos vídeos, alerta sobre prejuízos psicológicos e obrigações financeiras para os responsáveis.

Conforme a legislação francesa, as plataformas digitais possuem obrigações relacionadas à promoção de informações sobre legislação e regulação aplicáveis, ao direito da exclusão de dados pessoais do menor, à sensibilização sobre consequências da divulgação da imagem do menor, à disposição de medidas para proteger direitos, dignidade e integridade moral e física.

De outro lado, no Brasil, acredita-se que as políticas e os termos de condições de uso das

.....  
13 LOI n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054>  
Acesso em 03. jun 2022.

plataformas digitais não apresentam efetivo interesse na regulação de combate à exploração do trabalho de crianças e adolescentes, uma vez que essa exploração corresponde a um generoso percentual de faturamento dos conteúdos produzidos e trabalhos realizados com o público infantil.

Atualmente, se houver algum conteúdo que viole as regras de Política de segurança infantil do Youtube<sup>14</sup>, por exemplo, o responsável receberá apenas uma notificação por email com um alerta, e no terceiro aviso, isso no lapso de 90 dias, o canal será encerrado. Ou seja, inexistente qualquer forma de ação preventiva ou conduta fiscalizatória por parte da plataforma que iniba a exploração do menor, sendo considerado o meio tecnológico um campo propício à proliferação de condutas abusivas daqueles que verdadeiramente são os influenciadores do futuro.

Neste sentido, em nenhum dos casos acima narrados existe legislação específica sobre a temática. A criação de página de denúncia de condutas que sejam impróprias ou ilegais, como o caso de exploração de trabalho infantil, decorre atualmente de mera política interna de controle de conteúdo pelo próprio provedor da internet, sem que haja uma obrigatoriedade legal para as plataformas digitais.

Em análise do direito comparado, verifica-se que uma das medidas para se assegurar que o trabalho desenvolvido pela criança ou adolescente seja revertido em prol dos mesmos seria a criação de mecanismos pelas plataformas, no sentido de direcionar os ganhos oriundos da monetização do conteúdo produzido pelo menor exclusivamente em poupanças a serem movimentadas após a maioridade, ou destinados a pagar despesas em saúde ou educação do menor.

Igualmente como ocorre no exercício de trabalho infantil no meio artístico e na prática desportiva, almeja-se que sejam estipuladas condições e critérios na exigência de permissões para o desenvolvimento de trabalhos na qualidade de influenciadores digitais nas redes sociais, bem como para os jogadores de games eletrônicos em razão do vazio jurídico identificado.

A atual situação das plataformas digitais é cômoda, uma vez que essas se beneficiam diretamente dos trabalhos realizados pelas crianças e adolescentes, com a possibilidade de esquivar-se do cumprimento de medidas de segurança e exigências legais sob a justificativa de não haver regulação específica sobre o trabalho nas mídias tecnológicas. Necessário proporcionar aos menores um ambiente digital seguro, de modo que haja o reconhecimento por todos os atores, organizações públicas e privadas que desempenham papel ativo na definição de prática e políticas, da “responsabilidade compartilhada, cooperação e engajamento positivo” (OCDE, 2021).

A dificuldade de manter a criança a salvo de qualquer forma de negligência, exploração laboral e exposição excessiva de sua imagem e seus dados pessoais nas atividades tidas como “artísticas” ou “esportivas” nas mídias sociais exige uma responsabilização por parte das próprias plataformas digitais. A prevenção e o combate são os desafios do trabalho decente a serem enfrentados por lideranças sociais, políticas e econômicas, de modo a conferir proteção jurídica a essas crianças.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exploração do trabalho infantil e exposição de imagem nas plataformas digitais como Instagram, Youtube, Facebook, Tiktok e Roblox, podem submeter crianças a situações constrangedoras, causar prejuízos à saúde, ao aprendizado, danos à formação moral, e violar o direito fundamental à proteção de seus dados pessoais. As consequências dos malefícios causados pela exploração de crianças

14 YOUTUBE. Política de segurança infantil. Termos de Serviço do Youtube. Google 2022. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801999?hl=pt-BR> Acesso em 03 jun. 2022.

influenciadoras e *streamers* extrapolam o meio em que vive o menor, de forma a afetar toda a coletividade por violar normas de proteção à infância.

Compreende-se que existe um regime de trabalho infantil realizado pelas crianças e adolescentes influenciadores digitais e programadores de games eletrônicos que carece de regulação no âmbito nacional. A legislação brasileira que versa sobre trabalho artístico infantil não se mostra suficiente para amparar e proteger os trabalhadores infantis digitais, demonstrando a carência de regulação específica do trabalho desenvolvido nas plataformas digitais no sentido de preservar direitos, inclusive, fundamentais, como à vida, à segurança, à saúde, à infância e dos dados pessoais.

A legislação específica que regula o trabalho infantil no meio digital elaborada em outros países pode nortear os pontos cruciais a serem normatizados no Brasil. Cita-se, por exemplo, medidas para se assegurar que o trabalho desenvolvido pela criança ou adolescente seja efetivamente fiscalizado, com averiguação das condições do local em que o trabalho é prestado e da jornada de trabalho, em extensão ao que ocorre quando o trabalho infantil é realizado de forma presencial.

Sugere-se ainda que a remuneração pelo trabalho prestado pelo menor seja revertida em prol dele mesmo, a partir da edição de mecanismos pelas plataformas, no sentido de direcionar os ganhos oriundos da monetização do conteúdo produzido pelo menor exclusivamente em poupanças a serem movimentadas após a maioridade, ou destinados a pagar despesas em saúde ou educação do menor.

Igualmente como ocorre no exercício de trabalho infantil no meio artístico e na prática desportiva, almeja-se que sejam estipuladas condições e critérios na exigência de permissões para o desenvolvimento de trabalhos na qualidade de influenciadores digitais nas redes sociais, bem como para os *streamers* mirins, em razão do vazio jurídico identificado.

A indústria do entretenimento digital possui relevância no cenário econômico e social de forma que possui papel de protagonismo na melhoria das condições de trabalho dos produtores de conteúdo digital e precisam assumir a missão de contribuir com medidas, procedimentos e ações conjuntas com entidades públicas, para fins de alcançar o efetivo compromisso de combater o trabalho de criança e adolescente e estimular a almejada infância plena.

A autorização do trabalho digital da criança, desde que consagre a sua condição peculiar e se atenha à capacitação profissional do mercado de trabalho, conforme previsão legal trazida na Consolidação das Leis do Trabalho e do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se mostra suficiente quanto ao atingimento do objetivo de salvaguardar os interesses do menor, diante da dificuldade de proceder à fiscalização e controle do trabalho realizado frente às telas e celulares dos menores e de seus responsáveis diretos.

Assim, no que diz respeito à questão da eficácia da regulação jurídica brasileira da atividade prestada pelos menores no ambiente virtual, verificou-se que a legislação trabalhista vigente não se mostra adequada à proteção do trabalho prestado por crianças e adolescentes nas plataformas digitais, uma vez que a disposição atual das regras trabalhistas revela lacunas quanto à fiscalização do trabalho desempenhado.

Conclui-se que o trabalho infantil desempenhado nas plataformas digitais, por não ser abrangido de forma suficiente pelas disposições formais, pode ser considerado como trabalho informal, de acordo com a terminologia de setor informal adotada na Recomendação n. 204 da OIT.

Em que pese a referida recomendação apresente as orientações dirigidas ao setor informal com especial atenção às pessoas mais afetadas pelas questões econômicas, raciais, sociais, migratórias e de gênero, é preciso considerar a fragilidade da regulação que reside no trabalho prestado pelas crianças

e adolescentes, uma vez que estas não possuem sequer discernimento sobre a sua própria condição de trabalhador.

A exploração do trabalho infantil carece de especial atenção quanto à sua informalidade, uma vez que a vulnerabilidade dos menores extrapola questões da esfera laboral, pois expõe esses trabalhadores a aspectos mais graves, tais como potencial exploração sexual, prejuízos à integridade física e psicológica e até mesmo riscos à vida do menor. Diante da proteção social inadequada e ausência de diálogo social sobre os riscos aos quais os trabalhadores infantis estão expostos na era digital, é pertinente exaltar as orientações previstas na Recomendação n. 204 da OIT no sentido de reconhecer a informalidade desse setor.

Como bem indagado por Piore, seria pertinente analisar em quais circunstâncias a “informalidade é uma resposta à modernidade e quando é um regressão a formas mais antigas de exploração do trabalho<sup>15</sup>” (2020, p.118), pois não se pode negar que o trabalho infantil digital é resultado da *modernização* da tecnologia nos meios de comunicação, mas também admite a prestação de serviços pelos menores, sem fiscalização quanto à limite de jornada de trabalho, nem mesmo averiguação do ambiente físico em que o trabalho é prestado, ou seja, sem amparo à infância, cujas condições podem caracterizar uma verdadeira *regressão* das proteções legais conquistadas desde a Revolução Industrial no combate à exploração da mão de obra infantil.

O fato de as plataformas digitais deterem alcance multinacional enseja a colaboração entre os Estados para fim de pactuação de acordos com a previsão de sanções a serem aplicadas nas relações privadas que envolvam a realização de trabalho infantil no meio virtual. No âmbito nacional, constata-se que a proteção da infância exige compromisso por parte de todos os agentes da sociedade, desde a responsabilização dos pais e das empresas que exploram o trabalho infantil. Há ainda a necessidade de fiscalização deste trabalho pelas instituições governamentais e promoção do debate no âmbito legislativo para fins de adequação das normas laborais às novas formas de trabalho advindas pela tecnologia, especialmente com foco na defesa dos mais vulneráveis, como são as crianças e adolescentes, os verdadeiros influenciadores do futuro.

## REFERÊNCIAS

ALCANTARA, D. C.; XEREZ, R. M. Análise da concretização do direito fundamental ao trabalho pelo Tribunal Superior do Trabalho à luz da Teoria da Eficácia nas Relações Privadas. **Revista de Direito do Trabalho** (São Paulo), v. 193, p. 59-85, 2018.

BORJAS, George J.. **Economia do Trabalho**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH Editora, 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 205 de 2 de fevereiro de 2023**. Projeto define *eSports* como modalidade esportiva. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2346952> Acesso em: 11 abr. 2023.

CHUCK, Elizabeth. Child abuse charges against YouTube channel’s mom underscore lack of oversight for kids. **NBC News**: New York, 2019. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/>

15 No original, em inglês: “to ask whether and under what circumstances informality is a response to modernity and when it is a regression to older forms of labour exploitation.” (POIRE, 2020, p. 118)

[child%20abuse-charges-contra%20youtube-channel-s-mom-underscore-lack-n985526](#). Acesso em: 02 jun. 2022.

COOGAN LAW. **At present, Coogan Accounts** (a.k.a Blocked Trust Accounts and Trust Accounts) are required by the State of California, New York, Illinois, Louisiana and New Mexico. Disponível em: <https://www.sagaftra.org/membership-benefits/young-performers/coogan-law>. Acesso em: 03 jun. 2022.

DIAS, Eduardo Rocha. Estratégias para ampliar a proteção social dos trabalhadores informais no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; POMPEU, Gina Marcílio; ALVITES, Elena (Orgs.). **Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana**. Fundação Fênix: Porto Alegre, 2021.

FERNÁNDEZ, Itziar Gomes. Posição jurídica de crianças e adolescentes em ambientes digitais. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 23, n. 2, p. 239–258, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejil.31079>. Acesso em: 22 dez. 2022.

FRANCE. **LOI n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l’exploitation commerciale de l’image d’enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054>. Acesso em: 03. jun 2022.

FUDGE, Judy. *Revising labour law for work*. In: CHEN, Martha; CARRÉ, Françoise. **The Informal Economy Revisited: examining the past, envisioning the future**. Routledge: London, 2020, p. 106-109.

GOMES, Ana Virginia Moreira; COSTA, Juliana de Castro. **A precarização do trabalho na economia compartilhada: O caso UBER**. *Prima Facie (Faro)*, v. 19, p. 2-40, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/44086>. Acesso em: 4 dez. 2022.

HART, Keith. Informal income opportunities and urban employment in Ghana. *Journal of Modern African Studies*, **Cambridge University Press**, v. 3, n. 11, p. 61-89, 1973.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Employment, incomes and equality: a strategy for increasing productive employment in Kenya**. Geneva: ILO, 1972. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1972/72B09\\_608\\_engl.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1972/72B09_608_engl.pdf). Acesso em: 5 dez. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOPES, Ana Maria D. ’Ávila. **Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais**. Passo Fundo: UPF, 2001.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Direito do trabalho na era digital**. Ed. Almedina: Coimbra, 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD).  
Recomendação n. 0389. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Recomendação n. 204. 2015.

PERES, Thiago Brandão. Informalidade: um conceito em busca de uma teoria. **Revista da ABET**, v. 14, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/27956/15023>. Acesso em: 30 nov. 2022.

PIORE, Michael J. Enforcement of labour standards in developing countries: Challenges and solutions. *In*: CHEN, Martha; CARRÉ, Françoise. **The Informal Economy Revisited: examining the past, envisioning the future**. Routledge: London, 2020, p. 116-119.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RANI, Uma. Old and new forms of informal employment. *In*: CHEN, Martha; CARRÉ, Françoise. **The Informal Economy Revisited: examining the past, envisioning the future**. Routledge: London, 2020, p. 89-91.

SAMYROAD. **Digital Influencer é a profissão da atualidade**. Saiba quanto estão faturando os influenciadores digitais, São Paulo, 4 mai. 2022. Disponível em: <https://samyroad.com/pt/blog/marketing-de-influencia-pt/digital-influencer-e-a-profissao-da-atualidade-2022/> Acesso em: 25 mai. 2022.

SANTINI, Fabrizia; PETTINELLI, Roberto. Technological evolution and labour law. Between ‘sport’ and ‘entertainment’: the e-sports. *In*: MENEGATTI, Emanuele (org.). **Law, Technology and Labour**, v. 1, Italian Labour Law e-Studies: Bologna, 2023, p. 204-223.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do trabalho aplicado: Direito individual do trabalho**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

THE NIELSEN COMPANY (US), LLC. **Nielsen’s 2022 Global Annual Marketing Report**. Disponível em: <https://annualmarketingreport.nielsen.com/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

VERMA, Anil; MEMORIA, Caroline Viriato; GOMES, Ana Virgínia Moreira. O programa *better work* da OIT e estratégias para a promoção do trabalho decente na cadeia produtiva do vestuário da cidade de Fortaleza: uma proposta de adaptação para a realidade local. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 26, p. 1-13, 2021.

# COMPETÊNCIA FUNCIONAL E TERRITORIAL NA LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS GENÉRICAS

## FUNCTIONAL AND TERRITORIAL JURISDICTION IN THE LIQUIDATION AND ENFORCEMENT OF GENERIC CLASS JUDGMENTS

### COMPETENCIA FUNCIONAL Y TERRITORIAL EN LA LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS GENÉRICAS

**André Araújo Molina\***

#### RESUMO

A Justiça do Trabalho é materialmente competente para julgar as ações de natureza coletiva, inclusive as que veiculam direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, cujo procedimento é o resultante do acoplamento da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, escapando do procedimento-padrão previsto na CLT, premissa que remete à necessidade de reflexão, revisão e compreensão quanto aos critérios especiais para a definição da competência, especialmente as de natureza funcional e territorial nas etapas de liquidação e execução das sentenças coletivas genéricas, sendo este o objeto preciso da pesquisa que anima o artigo, tencionando esclarecer quais são as regras para a definição da competência nestas fases, diante da existência de atual e ampla divergência nos tribunais brasileiros.

**Palavras-chave:** Jurisdição trabalhista. Ação coletiva. Competência. Liquidação. Execução

#### ABSTRACT

The Labor Court is materially competent to judge actions of a collective nature, including those that convey homogeneous individual rights of workers, whose procedure is the result of the coupling of the Public Civil Action Law and the Consumer Protection Code, escaping the procedure-standard provided for in the CLT, a premise that refers to the need for reflection, revision and understanding regarding the special criteria for the definition of competence, especially those of a functional and territorial nature in the liquidation and enforcement stages of generic collective judgments, which is the precise object of the research that animates the paper, intending to clarify what are the rules for the definition of competence in these phases, in view of the existence of current and wide divergence in the Brazilian courts.

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Pós-Doutor em Direito do Trabalho (USP), Doutor em Filosofia do Direito (PUC-SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC-SP), Bacharel em Direito (UFMT), Titular da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT), Titular da Academia Mato-Grossense de Direito (AMD), Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) e Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região (Mato Grosso). Contato: [aamolina@bol.com.br](mailto:aamolina@bol.com.br)

Recebido: 04/09/2023  
Aprovado: 11/09/2023

 **JUSTIÇA DO TRABALHO**  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



**Keywords:** Labor jurisdiction. Class actions. Competence. Liquidation. Enforcement.

## RESUMEN

El Tribunal del Trabajo tiene competencia material para juzgar acciones de carácter colectivo, incluidas aquellas que transmiten derechos individuales homogéneos de los trabajadores, cuyo procedimiento es resultado del acoplamiento de la Ley de Acción Civil Pública y el Código de Protección al Consumidor, escapando del procedimiento-norma previsto en la CLT, premisa que remite a la necesidad de reflexión, revisión y comprensión respecto de los criterios especiales para la definición de competencias, especialmente los de carácter funcional y territorial en las etapas de liquidación y ejecución de las sentencias colectivas genéricas, que es la objeto preciso de la investigación que anima el artículo, pretendiendo aclarar cuáles son las reglas para la definición de competencia en estas fases, en vista de la existencia de actuales y amplias divergencias en los tribunales brasileños.

**Palabras clave:** Jurisdicción laboral. Acción colectiva. Competencia. Liquidación. Ejecución.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao adotar a fórmula política do Estado Democrático de Direito, no qual há a garantia de direitos fundamentais das três dimensões, preocupou-se com a ampliação dos mecanismos de proteção coletiva dos direitos de natureza transindividual, reforçando o papel institucional do Ministério Público (arts. 127 e 129), instituindo a Defensoria Pública (art. 134) e garantindo a legitimação de entes para a defesa dos interesses coletivos em juízo, como são os sindicatos (art. 8º, III) e as associações civis (art. 5º, XVII), naquela época por intermédio da ação popular e da ação civil pública, que estavam previstas em leis ordinárias anteriores ao novo texto constitucional e que foram por ele recepcionadas.

Logo depois, para além dos direitos difusos e coletivos defendidos judicialmente por intermédio das citadas ações especiais, foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), que aumentou os mecanismos processuais de defesa dos direitos coletivos em juízo, agregando a possibilidade de ajuizamento de ações civis coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos (art. 91 do CDC), o que foi reforçado com o Estatuto do Ministério Público da União (art. 6º, XII, da LC n. 75/1993).

Assim, desde os anos 1990, estruturou-se um microsistema processual coletivo próprio, formado pela Lei de Ação Civil Pública (LACP), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), a LC 75/1993 e, de forma complementar, o Código de Processo Civil (CPC)<sup>1</sup>, para a defesa em juízo dos direitos coletivos em sentido amplo, diferente do procedimento-padrão do CPC de 1973, que era seguido nas ações individuais distribuídas na Justiça Comum.

No âmbito da Justiça do Trabalho, nos anos posteriores à promulgação da nova Constituição, houve muita resistência quanto à admissão das ações de natureza coletiva dentro da sua esfera de competência material, cujos entraves perduraram por mais de uma década.

Foi somente a partir dos anos 2000, que os entendimentos alinharam-se em favor da competência material da Justiça Especializada para julgar as ações coletivas que versavam sobre os direitos transindividuais trabalhistas, especialmente vinculados ao meio ambiente do trabalho, com a posterior

1 O art. 19 da LACP determina a aplicação do CPC ao procedimento da ação civil pública, naquilo que não conflitar com as disposições da lei especial, bem como o art. 21 da LACP autoriza a recepção das regras procedimentais do CDC, formando um único sistema a partir do diálogo entre os três diplomas legislativos.

consagração da ampla legitimidade do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos, inclusive para a defesa dos direitos individuais homogêneos, quando estes entes passaram a se valer do microsistema processual formado pela LACP, pelo CDC e, de forma subsidiária, pela CLT e CPC, que em conjunto regravam processualmente as ações civis públicas e as ações civis coletivas que chegavam na jurisdição especializada.

A defesa em juízo dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito segue o rito da LACP, na essência, e, de outro lado, a defesa dos direitos individuais homogêneos entra em movimento pela via disciplinada no CDC, principalmente. Embora as três espécies de direitos transindividuais possuam uma origem comum que os aproxima, justificando a existência das tutelas diferenciadas próprias e a construção de uma teoria processual coletiva<sup>2</sup>, de outro lado há traços que os afastam, razões pelas quais os ritos processuais executivos também seguem caminhos um pouco diferentes, quando se trata de cada uma das espécies de direitos materiais transindividuais, a começar pela divergência quanto à definição da legitimidade executiva e da competência para as etapas de liquidação e execução das sentenças coletivas.

As ações da primeira modalidade são propostas e executadas diretamente pelos legitimados coletivos (art. 15 da LACP) e dentro dos autos do mesmo processo sincrético, visando o cumprimento das obrigações de fazer ou não-fazer (art. 11 da LACP) ou as de pagar, cujos valores liquidados e executados serão revertidos à comunidade atingida ou recolhidos em benefício dos fundos criados por lei para a reconstituição dos bens lesados (art. 13 da LACP).

Não há, aqui, para a efetivação das tutelas protetivas dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, nenhuma divergência doutrinária ou jurisprudencial de destaque quanto à definição da legitimidade executiva dos entes coletivos e da competência funcional e territorial do mesmo juízo para as etapas de liquidação e execução, na medida em que todos os atos – de cognição e execução – ocorrem nos mesmos autos do processo e perante o juízo originário, definido pelas normas do art. 2º da LACP c/c art. 93 do CDC, que elegeram o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano como regra geral, além dos critérios subsidiários quando a sua extensão for regional ou nacional (OJ n. 130 da SDI-1 do TST).

Contudo, na hipótese específica dos direitos e interesses individuais homogêneos, são especiais tanto a legitimidade executiva quanto a regra de competência para a efetivação da decisão, na medida em que o CDC exige uma sentença genérica para pôr fim ao processo de cognição, com a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados, e, a partir do trânsito em julgado, abre-se a legitimidade primária dos trabalhadores substituídos para liquidarem e executarem os próprios direitos materiais reconhecidos, momento em que surge a divergência quanto ao juízo competente para fazê-lo, pois é comum acontecer de uma sentença coletiva reconhecer direitos de milhares de trabalhadores domiciliados em todos os Estados do país.

Exatamente neste ponto, visando compreender o procedimento executivo para as sentenças coletivas que reconhecem direitos individuais homogêneos, especialmente as regras para a definição da legitimidade e competência para a liquidação e execução individuais é que este artigo foi pensado, para tanto percorremos o caminho que passará pela demonstração da legitimidade primária dos trabalhadores, que utilizarão ações autônomas para promoverem a liquidação e execução, premissa que aclarará a

2 Por todos: ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003 e VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007.

interpretação dos critérios legais para a fixação da competência funcional e territorial executiva para estas novas ações individuais.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO E A LEGITIMIDADE PRIMÁRIA DOS TRABALHADORES SUBSTITUÍDOS PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS GENÉRICAS

A Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a essencial função de defesa dos interesses sociais, difusos e coletivos (arts. 127, *caput*, e 129, III), especialmente por meio da ação civil pública (art. 129, III), mas ressaltou que a sua legitimação para estas ações não impede a de terceiros, segundo o disposto na Constituição e na lei (art. 129, § 1º).

Esta cláusula, além de compartilhar a legitimidade com outros órgãos ou entidades, como a Defensoria Pública (art. 134 da CF c/c LC n. 80/1994), as associações (art. 5º, XXI, da CF) e os entes sindicais (art. 8º, III, da CF), também recepcionou o art. 5º da LACP, que prevê um rol maior de legitimados para a ação civil pública, e deu sustentação ao art. 82 do CDC, que trata dos legitimados para as ações civis coletivas, especialmente para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 91 do CDC).

No início, houve divergência em torno da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos, na medida em que o art. 129, III, da Constituição, fala apenas dos direitos difusos e coletivos, sendo que foi o art. 82 do CDC que atribuiu, de modo expresso, a legitimidade para a última categoria de direitos metaindividuais em 1990.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do dispositivo, eis que os direitos individuais homogêneos seriam espécies de direitos coletivos, previstos na Constituição. Neste sentido: “O Ministério Público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social (...)”<sup>3</sup>

A leitura benéfica também se consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 601: “O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público.” (DJe de 15.02.2018).

Em relação à Defensoria Pública, em decisão com repercussão geral reconhecida, revestindo-se da natureza jurídica de precedente obrigatório, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte interpretação: “A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos ou coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.”<sup>45</sup>

Nos limites da Justiça do Trabalho, em regra, as ações civis públicas e as ações civis coletivas são propostas pelo Ministério Público do Trabalho, pela Defensoria Pública da União, comprovada a defesa dos necessitados, pelos entes sindicais ou pelas associações, que atuam como legitimados extraordinários ou em representação, no caso das associações. Os referidos legitimados coletivos atuam individualmente ou em litisconsórcio ativo facultativo, seguindo com o processo de cognição até a sentença coletiva,

3 STF – 2ª Turma - RE n. 470.135 AgR-ED – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 29.06.2007.

4 STF – Plenário – RE n. 733.433 – Rel. Min. Dias Toffoli – DJE de 07.04.2016 – Tema 607.

5 No mesmo sentido: “A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.” (STF – Plenário – ADI n. 3.943 – Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia – DJE 06.08.2015).

avanzando no esgotamento da fase recursal e a certificação do trânsito em julgado.

Isto é, os legitimados coletivos propõem as ações coletivas na defesa dos direitos individuais homogêneos do universo de substituídos ou representados, seguindo com as fases postulatória, instrutória, decisória e recursal, segundo o procedimento do CDC, principalmente.

A sentença genérica, proferida na forma do art. 95 do CDC, a depender da pretensão trazida, poderá desde logo fixar o valor da condenação (*quantum debeatur*), dependendo apenas a identificação dos beneficiários (*cui debeatur*) para a liquidação e execução, mas há pretensões em que os danos não podem ser, desde o conhecimento, delimitados, quando então o juiz apenas fixará a responsabilidade do réu, delegando para a liquidação a identificação dos beneficiários e os respectivos valores de cada substituído, conforme a extensão do dano atinja cada um deles forma individualizada.

Em quaisquer das duas hipóteses, a sentença genérica sempre dependerá de uma liquidação, para, no mínimo, definirem-se os beneficiários, de modo que não há possibilidade de ser executada diretamente, após o trânsito em julgado e antes de ser liquidada, justamente porque os elementos para qualquer execução não estarão presentes em uma sentença genérica.

Teori Albino Zavascki explica que o título executivo judicial apto à execução deve conter a afirmação a respeito de cinco pontos: (1) ser devido (*an debeatur*), (2) a quem é devido (*cui debeatur*), (3) quem deve (*quis debeat*), (4) o que é devido e (5) em que quantidade é devido (*quantum debeatur*). Nas ações coletivas que veiculam direitos individuais homogêneos, as sentenças genéricas definem apenas (a) ser devido e (b) quem deve, nada havendo em relação aos demais três itens citados. Por isto, será na necessária liquidação, a ser promovida pelo titular do direito material individual, reconhecido genericamente na sentença, que os demais itens serão alegados e provados, inclusive o resíduo de *an debeatur*, para que o título executivo tenha a aptidão de ser executado (2.000, p. 338).

Cândido Rangel Dinamarco, em lição didática, explica que a sentença condenatória genérica do art. 95 do CDC “situa-se a meio caminho entre o abstrato da lei e o concreto da sentença em litígios individuais. É menos abstrata que a primeira, porque já afirma uma determinada conduta. Mas é menos concreta que qualquer sentença tradicional, porque não chega a afirmar quem é o lesado, nem o valor da lesão sofrida.” (1999, p. 97).

Diante desta particularidade, o mesmo autor, deriva a conclusão que será necessária a liquidação pelo procedimento comum, de forma individualizada, porque inclui a pretensão do demandante ao reconhecimento de sua própria condição de lesado, muito além da definição do *quantum debeatur*, daí porque Dinamarco intitula de “liquidação imprópria”, que como uma verdadeira ação, contera a alegação de fatos, que limitam o objeto de conhecimento do juiz, a oferta de defesa, a produção de provas e será finalizada por sentença declaratória, suscetível de recurso de apelação, por se tratar esta modalidade de liquidação de uma verdadeira ação. (2019, p. 715-718).

Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que a ação para liquidação pelo procedimento comum, dos arts. 509, II, e 511, do CPC, tem natureza jurídica de ação autônoma de conhecimento. Por isso:

Oferecida ou não a resposta, a liquidação seguirá o procedimento comum e será decidida, necessariamente, por *sentença*, eis que o pronunciamento aí tem aptidão para pôr fim a uma fase cognitiva (complementar) do procedimento em primeira instância. Desde que verse sobre questão de mérito e se torne irrecorrível, a decisão que encerra a liquidação tem aptidão para revestir-se da coisa julgada material. (2017, p. 244)

A leitura atenta dos arts. 97 e 98 do CDC confirmam a lição dos citados autores.

O primeiro dispositivo diz que a liquidação poderá ser promovida pela vítima, já o art. 98, *caput*, diz que a execução poderá ser coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em “sentença de liquidação”. O § 1º do art. 98 é ainda mais contundente, ao prever que a execução coletiva far-se-á com base em certidão das “sentenças de liquidação”, da qual deverá constar a ocorrência ou não do “trânsito em julgado.”

Deveras, a liquidação das sentenças genéricas que reconhecem direitos individuais homogêneos não se confunde com a liquidação das sentenças individuais, as quais são uma mera fase incidental e prévia, que ocorre após o trânsito em julgado, estando posicionada dentro da fase de execução, no bojo de um mesmo processo sincrético.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ensinam que existem três técnicas processuais para viabilizar a liquidação da sentença, quais sejam: a fase de liquidação, a liquidação incidente e o processo de liquidação, este último tendo natureza de processo autônomo de conhecimento, instaurado com esta exclusiva finalidade.

Embora a regra seja a liquidação como mera fase do processo sincrético, depois do encerramento da fase de conhecimento, é exigível, em algumas situações, que seja buscada por meio de um processo autônomo. Tal se dá nos casos de sentença penal condenatória, sentença arbitral, sentença estrangeira homologada pelo STJ, na decisão que julga procedente a revisão criminal, “bem como a sentença coletiva nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos.” (2016, p. 427).

Isto porque, segundo os autores, a liquidação será pelo procedimento comum, do art. 509, II, do CPC, no qual há necessidade de alegar e provar fatos novos, referentes ao dano individualmente sofrido pela autor da liquidação; demonstrar a relação de causalidade entre este dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença genérica; a titularidade individual do direito e a sua extensão (*quantum*), cujo processo se encerrará, em primeira instância, com a prolação de uma sentença. (2016, p. 430).

Quer dizer que a liquidação das sentenças genéricas (art. 95 do CDC) tem natureza de ação, já que nela haverá a alegação e a comprovação de fatos novos (art. 509, II, do CPC), com instrução, dilação probatória, resolução por uma sentença de conhecimento, desafiando o recurso de apelação no processo civil e o recurso ordinário no processo do trabalho.

Para confirmar a natureza jurídica cognitiva da ação de liquidação, basta imaginar a situação do trabalhador que não se encontra albergado pelos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada coletiva, bem por isso receberá uma sentença declaratória negativa, afirmando a inexistência do direito material e, por isso, nenhum ato de execução terá sido praticado.

Neste exemplo, a parte terá exercido o direito de ação, houve resistência e a sua pretensão cognitiva foi rejeitada, tudo dentro da ação de liquidação pelo procedimento comum, sem que nenhum ato típico de liquidação e execução tenha sido ou venha a ser praticado.

Porém, os tribunais trabalhistas vacilam em torno deste tema, misturando a natureza jurídica da liquidação nas ações individuais, que se posiciona como uma mera fase incidental dentro da execução (arts. 872 e 879 da CLT), com a ação de liquidação, pelo procedimento comum, do art. 509, II, do CPC, que é específica para a complementação do título executivo decorrente das sentenças coletivas genéricas (art. 95 do CDC).

A origem desta confusão está no projeto estrutural da CLT (arts. 872 e 879, com a atual redação dada pelas Leis n. 2.244/1954 e 2.275/1954), que foi pensado para atender as ações individuais, condizente com o então vigente art. 906 do CPC de 1939<sup>6</sup>, que considerava a liquidação como integrante

6 “A execução terá início pela liquidação, quando a sentença exequenda não fixar o valor da condenação ou não lhe

do processo autônomo de execução.

A confusão é aprofundada com a diretriz equivocada vinda da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho<sup>7</sup>, no sentido de que as ações individuais para liquidar e executar as sentenças coletivas genéricas devem ser distribuídas na classe de “cumprimento de sentença”, como se fossem uma espécie execução, que na verdade não tem nada de cumprimento, mas de ação autônoma de conhecimento, que poderá, inclusive, ser encerrada por uma sentença declaratória de que o autor não é beneficiário dos efeitos da sentença coletiva genérica, sem que nenhum ato de execução tenha sido praticado.

Esta confusão conceitual induz os tribunais a receberem estas ações como processo de execução, de cujo “pecado original” decorrem os equívocos quanto à sua natureza jurídica, a legitimidade ativa e os critérios para a fixação da competência funcional e territorial do juízo.

Esclarecida a natureza jurídica das ações de liquidação e execução, impropriamente chamadas de cumprimento de sentença, o art. 97 do CDC, quanto à legitimidade ativa, diz que a liquidação da sentença genérica poderá ser promovida pela vítima e seus sucessores, bem como pelos legitimados coletivos previstos no art. 82 da mesma lei, porém, neste último caso, apenas poderão fazê-lo decorrido o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, conforme exige o art. 100 do CDC.

Teori Albino Zavascki, comentando os citados dispositivos, leciona:

O caráter genérico da sentença de procedência e a inviabilidade de sua liquidação e execução por substituto processual autônomo são dois indicativos importantes da opção feita pelo legislador brasileiro em tema de defesa coletiva de direito individual, qual seja: o titular do direito material não pode ser obrigatoriamente vinculado ao processo ou aos efeitos da sentença. Obtida a sentença *genérica* de procedência, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para seu cumprimento, em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá de iniciativa do próprio titular do direito lesado, que será, por conseguinte, representado e não substituído no processo. (1995, p. 92).

A partir das sentenças condenatórias proferidas em ações coletivas que veiculam os direitos individuais homogêneos, transitada em julgado a decisão, surge a legitimidade primária e direta das vítimas e sucessores para a liquidação, que não poderá ser proposta, imediatamente, pelos legitimados coletivos responsáveis pela fase cognitiva.

Patrícia Miranda Pizzol observa, com precisão, que não há legitimidade concorrente entre os legitimados extraordinários e os titulares dos direitos individuais homogêneos, já que estes últimos têm preferência em relação aos primeiros para a propositura da liquidação. (1998, p. 184).

Firmes nesta idêntica premissa, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier são contundentes ao defender que só “nasce” a legitimação para o início da liquidação e para a posterior execução, se atendidos os requisitos do art. 100 do CDC, ou seja, se não tiver ocorrido iniciativa dos interessados no prazo de um ano. Antes disso, o pleito formulado por qualquer dos legitimados coletivos deverá resultar na extinção da liquidação sem julgamento do mérito, porque faltará uma das condições

.....  
individualar o objeto.”

7 TST – CGJT – ConsAdm n. 1000171-51.2019.5.00.0000 c/c Ofício Circular SECG/CGJT nº 009/2020, de 19 de fevereiro de 2020. A leitura do referido procedimento administrativo revela que a sua decisão baseou-se não na interpretação dos artigos específicos do CDC e do CPC, quanto à liquidação pelo procedimento comum, mas, principalmente, nas informações prestadas pelo Grupo Gestor Nacional das Tabelas Processuais Unificadas da Justiça do Trabalho, decidindo de forma pragmática qual das classes disponíveis no sistema do PJE seria mais adequada para receber estas liquidações e execuções, colocando-se os entraves burocráticos do sistema na frente do ordenamento jurídico.

para o exercício do direito, que é a legitimidade ativa (2007, p. 274).

Parece-nos muito claro que a norma jurídica construída a partir da leitura conjugada dos arts. 97 e 100 do CDC é no sentido de que os legitimados coletivos para a ação não possuem legitimidade direta para dar início à liquidação da sentença genérica que reconhece a violação de direitos individuais homogêneos: apenas as vítimas e seus sucessores possuem legitimidade ativa primária para dar início à liquidação.

Apenas nos casos especiais, quando atendidos os requisitos – prazo de um ano e quantidade mínima de habilitações individuais –, é que estariam autorizados os entes coletivos a dar início à fase de liquidação, nos mesmos autos da ação coletiva de conhecimento, mas não para individualizar os danos que cada vítima sofreu, muito menos para receber qualquer valor, mas para, defendendo os altos objetivos da tutela coletiva dos direitos, buscar a fixação de uma indenização fluída (*fluid recovery*), cujo proveito será, necessariamente, revertido ao fundo criado por lei para a recomposição dos danos (art. 100, parágrafo único, do CDC).

Trata-se, neste caso, do arbitramento judicial de uma indenização proporcional aos danos estimados que foram causados ao universo de atingidos e não da liquidação matemática dos danos sofridos individualmente pelas vítimas, até porque os legitimados coletivos sequer possuem acesso aos dados pessoais das vítimas a permitir, em tese, uma liquidação específica.

Disto segue a conclusão inescapável de que se o legitimado coletivo não possui legitimidade primária, direta e imediata, para liquidar e executar a sentença coletiva genérica, serão as próprias vítimas ou sucessores que tomarão a iniciativa de liquidar e executar, a partir do título executivo judicial, enquanto verdadeiros legitimados primários, diretos e imediatos.

Basta imaginar a ação coletiva em que se pleiteia o reconhecimento de dano moral coletivo e de danos morais individuais, para cada uma das vítimas afetadas por um acidente ambiental. Neste exemplo, a sentença já teria condições, se for o caso, de arbitrar a indenização coletiva (direito difuso e coletivo) e o valor do dano moral de cada um dos afetados (direito individual homogêneo), delegando para a liquidação apenas a identificação dos beneficiados e a cobrança da indenização por estes, de suas cotas individuais.

Lado outro, em uma outra ação em que se aponta irregularidade no pagamento de uma determinada verba de natureza salarial, travestida de verba indenizatória, a sentença terá de ser, necessariamente, genérica, na medida em que a extensão do dano sofrido por cada um dos atingidos dependerá de uma série de detalhes, como o salário básico, a função exercida, o tempo de contrato, o período de recebimento da verba etc., a justificar o porquê de o legislador do CDC ter sido sábio ao conceder, apenas, aos beneficiários, a legitimidade direta e primária para a liquidação e a execução individuais.

Na jurisdição civil, o Superior Tribunal de Justiça tem decisões recentes na linha de que a legitimidade dos entes coletivos, que ajuizaram a ação civil pública, em defesa dos direitos individuais homogêneos dos substituídos, é apenas subsidiária e condicionada para as etapas de liquidação e execução.<sup>8</sup>

Na visão deste tribunal, os arts. 97 e 100 do CDC não autorizam que a associação que figurou como autora da ação coletiva possa propor o respectivo cumprimento imediato da sentença genérica,

8 Exemplificativamente: “Os sujeitos previstos no rol do art. 82 do CDC têm legitimidade subsidiária para a liquidação e execução da sentença coletiva, na forma dos arts. 97 e 98 do CDC, caso não haja habilitação por parte dos beneficiários ou haja em número incompatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC.” (STJ – 3ª Turma – REsp n. 1.955.899 – Rel.ª Min.ª Nancy Andrihgi – DJe 21.03.2022).

na medida em que a opção legislativa foi para que as vítimas persigam as indenizações pelos prejuízos sofridos individualmente, de modo que apenas superado o prazo de um ano e em não havendo um número proporcional de execuções individuais, é que estaria autorizada a legitimidade subsidiária do ente coletivo para buscar o arbitramento da indenização global e fluída que recomporia os prejuízos causados à coletividade.

Se o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações civis não têm a sua legitimidade reconhecida para liquidarem e executarem os direitos individuais dos substituídos, quanto aos sindicatos, o Supremo Tribunal Federal extraiu conclusão mais ampla, de que estes podem liquidar e executar os direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, de forma concorrente com estes ou em representação.<sup>910</sup>

Porém, mesmo nos casos de liquidações e execuções pelos entes sindicais, tal não ocorre nos mesmos autos da ação coletiva de conhecimento, mas por meio de ações individuais, como quer o CDC, de modo que surge o debate sobre a competência do juízo que irá fazê-lo.

### **3 COMPETÊNCIA FUNCIONAL E TERRITORIAL PARA ALIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS GENÉRICAS QUE RECONHECEM DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DOS TRABALHADORES**

A regra geral, nas ações individuais, que trabalham dentro da lógica do processo sincrético, é que o juízo responsável pela fase de conhecimento é o funcionalmente competente para a fase de execução dos títulos executivos judiciais. O art. 516, II, do CPC, deixa expresso que o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, bem como o art. 877 da CLT, quanto ao processo do trabalho, afirma que é competente para a execução das decisões o juiz que tiver julgado originalmente o dissídio.

Se a mesma regra fosse aplicada às ações coletivas, não restaria dúvida que o juízo que proferiu a sentença coletiva genérica seria o responsável pelas liquidações e execuções, mesmo quando estas fossem distribuídas, em processo autônomos, pelos beneficiários, seus sucessores ou substituídos pelo sindicato. Porém, o microsistema legislativo dos processos coletivos, afastou-se das regras de competência executiva das ações individuais, para criar um modelo próprio, mais afinado à ideia de acesso à justiça, que é o coração da tendência de coletivização da tutela dos direitos transindividuais.

Para as ações civis públicas que veiculam direitos ou interesses difusos e coletivos em sentido estrito, o juízo originário da fase de conhecimento será o funcionalmente competente para a liquidação e a execução do título executivo. Neste caso, a rigor, a efetivação é mera fase de cumprimento da sentença, visto na perspectiva de um processo sincrético, que segue nos mesmos autos do processo, como em qualquer ação individual, com a única ressalva de que, na hipótese de o autor da ação não promover o impulsionamento da execução, quaisquer um dos legitimados poderá assumir a condição e dar início ou prosseguimento na fase de execução, nos mesmos autos do processo, a teor do art. 15 da LACP.

Contudo, nas ações coletivas que reconhecem, por uma sentença genérica, direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, a regra de competência para a efetivação da decisão é especial, escapando

9 STF – Tribunal Pleno – RE n. 883-642-RG – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJE 26.06.2015 – Tema 823.

10 Para aprofundamentos sobre o tema, consultar: MOLINA, André Araújo. A legitimidade ativa para a liquidação e execução da sentença coletiva genérica na jurisdição trabalhista. In: DELGADO, Mauricio Godinho; BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas; COSTA, Adriene Domingues et al. (Coord.). **A efetividade da execução trabalhista: estudos Enamat**. Brasília, 2023, vol. 3, p. 265-287.

das disposições gerais, acima citadas, do CPC, da CLT e da LACP.

Definido, no tópico anterior, que a legitimidade direta e primária é dos substituídos para a individualização e efetivação dos direitos materiais reconhecidos, estes podem escolher, conforme o art. 98 do CDC, pela distribuição da ação de liquidação e execução, autônoma e independente, tanto no mesmo juízo que proferiu a sentença coletiva exequenda, quanto no foro do seu próprio domicílio, de modo a facilitar o acesso à jurisdição.

Eis o texto integral do dispositivo citado:

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

§ 2º É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Ao estabelecer foros concorrentes, o legislador especializado foi sábio ao facultar aos beneficiários a escolha de qual foro seja o mais acessível, especialmente quando as ações de liquidação e execução – impropriamente classificadas como “cumprimento de sentença” na Justiça do Trabalho – forem promovidas pelas vítimas individualmente.

Não faria mesmo nenhum sentido a interpretação que restringisse apenas ao juízo do conhecimento a competência funcional para a liquidação e execução individual, nos casos de danos regionais ou mesmo nacionais, obrigando o deslocamento das vítimas para localidades distintas daquelas em que estão domiciliadas, além de que sobrecarregaria o juízo originário com uma infinidade de novas liquidações, impugnações, recursos etc., jogando por água à baixo os ganhos que o microsistema de tutela coletiva dos direitos tentou implementar em busca da aceleração da jurisdição.

Se uma empresa de âmbito nacional, com filiais em todos os Estados da Federação, lesar direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, a ação de conhecimento, ajuizada pelo ente sindical nacional ou pelo Ministério Público do Trabalho, será distribuída em uma Vara do Trabalho de qualquer cidade que seja sede de Tribunal Regional do Trabalho ou no Distrito Federal, mas as milhares de liquidações e execuções individuais não são atraídas para o mesmo juízo originário; seriam, por opção das vítimas, visando facilitar o acesso à justiça, dentro do espírito do art. 98 do CDC, pulverizadas em qualquer Vara do Trabalho que fosse coincidente com o domicílio do trabalhador liquidante, ainda que seja na cidade interiorana mais distante geograficamente da Vara do Trabalho que proferiu a sentença genérica na fase de cognição.

A este respeito, Hugo Nigro Mazzilli defende que, a partir da leitura atenta do art. 98, I e II, do CDC, conjugado com o art. 101, I, do CDC, mesmo que o art. 97, parágrafo único, do mesmo diploma, tenha sido vetado, fica claro compreender que o legislador buscou dissociar o juízo da liquidação da sentença do juízo da ação condenatória, significando que a lei permitiu “ao credor liquidar a sentença em foro diverso do da ação condenatória, assim contrariando a regra geral. Se a lei assim o fez, é porque desejava favorecer o credor, permitindo-lhe liquidar a sentença em seu domicílio.” (2005, p. 474).

Na jurisdição trabalhista, esta regra da escolha do foro competente pelo beneficiário que vai promover a sua liquidação e execução, tem maior razão de ser pela ideia de efetividade, na medida em que, segundo Raimundo Simão de Melo, “busca-se facilitar o acesso à jurisdição executória e a vida das vítimas, pois se tivessem que ir sempre ao juiz condenatório, muitas vezes distante do seu domicílio,

certamente, em certas ocasiões, deixariam, pela dificuldade de tempo e despesas, de executar seu dano.” (2004, p. 211).

Nada obstante a nossa compreensão e a advertência da doutrina, muitos julgados têm confundido as coisas, misturando a regra de competência para a execução nas ações civis públicas que veiculam pretensões em defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, regradas pela LACP, ou a regra do art. 877 da CLT, própria dos processos individuais, com a competência para a liquidação e execução das sentenças que reconheceram violação a direitos individuais homogêneos, do art. 98 do CDC, com isto criando obstáculos injustificáveis às vítimas ou aos seus sucessores.

Exemplificativamente, em caso concreto distribuído na 3ª Vara do Trabalho de São José – TRT da 12ª Região, domicílio do trabalhador que seria beneficiado, o juízo decidiu que o “art. 877 da CLT é de clareza solar acerca da competência para execução de decisões, que, no caso concreto, não é deste juízo. O processo principal não tramita nesta unidade e nem sequer neste regional. Assim, falece competência a este juízo para processar a execução provisória. Determino a extinção do processo”<sup>11</sup>, partindo-se do pressuposto equivocado que o juízo da 2ª Vara do Trabalho de Brasília-DF – TRT da 10ª Região, responsável pela sentença genérica, que era o competente para a liquidação e execução da sua própria decisão, causando embaraços ao acesso à justiça e atrasando a entrega do direito material, a partir da incidência de dispositivo legal impróprio para regradar a competência funcional nas ações coletivas.

Nada obstante esta confusão, ainda recorrente em alguns Tribunais Regionais, fato é que a SDI-2 do TST tem alinhado a sua interpretação no sentido de que a competência para as execuções individuais decorrentes de sentenças coletivas genéricas não se submete à regra geral do art. 877 da CLT, que indica o juízo do conhecimento como o competente para a execução, mas que o tratamento legislativo é aquele do art. 98 do CDC, que garante às vítimas ou seus sucessores o direito de ajuizarem a liquidação e execução em seu próprio domicílio, ainda que em outro juízo ou tribunal diverso daquele responsável pela condenação.<sup>12</sup>

Neste sentido o ilustrativo e recente acórdão da SDI-2 do TST:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. PROVIMENTO CONDENATÓRIO PROFERIDO EM BRASÍLIA-DF E EXECUÇÃO PROPOSTA EM BELO HORIZONTE-MG. APLICAÇÃO DAS NORMAS QUE COMPÕEM O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO. OPÇÃO DO TRABALHADOR POR JUÍZO DE SUA CONVENIÊNCIA. 1. Cuida-se de ação autônoma de execução de sentença coletiva. 2. Com inspiração no ideal protetivo que fundamenta o direito material do trabalho, os critérios legais que definem a competência territorial dos órgãos da Justiça do Trabalho objetivam facilitar ao trabalhador, reputado hipossuficiente pela ordem jurídica, o amplo acesso à justiça (CF, artigo 5º, XXXV). Enquanto garantia fundamental da cidadania, deduzida na Carta Magna em forma de princípio, o amplo acesso à Justiça representa horizonte axiológico e parâmetro hermenêutico que deve orientar o julgador na definição da norma jurídica do caso concreto. Se a lei confere ao trabalhador a possibilidade de optar pelo juízo que lhe for conveniente para a execução da sentença coletiva, deve ser respeitada a escolha do exequente, em consonância com as normas de regência (artigo 98, § 2º, I, do CDC c/c artigo 516, parágrafo único, do CPC de 2015), desde que dentro dos parâmetros legais e sem prejuízo para a parte executada. 3. Oportuno registrar que, malgrado o Sindicato tenha ajuizado a ação de execução em proveito de mais de um substituído, essa circunstância não afasta sua natureza individual. Conflito de competência admitido para declarar a competência do Juízo da 24ª Vara

11 TRT da 12ª Região – 3ª Vara do Trabalho de São José – Processo n. 000808-52-2018.5.12.0054 – Sentença de 27.09.2018.

12 Por todos: TST – SDI-2 – CC n. 001421-83.2012.5.00.0000 – Rel. Min. Alexandre Agra Belmonte – DEJT 06.09.2012.

do Trabalho de Belo Horizonte-MG, suscitado.<sup>13</sup>

Foi esta também a compreensão da Corte Especial do STJ, em julgamento afetado pelo rito do art. 543-C do CPC revogado, quando definiu que a sentença genérica proferida em ação coletiva, que garantiu direitos individuais homogêneos aos expurgos inflacionários dos correntistas de determinada instituição bancária, que a “liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos”.<sup>14</sup>

Definido, enfim, que é o próprio trabalhador beneficiado pela sentença coletiva, em nome próprio ou substituído pelo sindicato, quem exerce o direito potestativo de escolher entre os juízos com competência concorrente, especialmente àquele do seu próprio domicílio, como técnica que prestigia o melhor acesso à justiça, uma segunda divergência quanto ao tema da competência surge quando a vítima está domiciliada na mesma localidade em que a ação foi julgada no conhecimento, ocasião em que aparece a dúvida se deverá ser por livre distribuição, para quaisquer das Varas do Trabalho da localidade, ou se, por prevenção, será no mesmo juízo que decidiu a questão durante o processo de conhecimento.

Os tribunais possuem posição divergente quanto ao tema.

Por exemplo, o TRT da 21ª Região tem decisão plenária pela prevenção do juízo da cognição nestes casos, cuja decisão ostenta a natureza jurídica de precedente obrigatório dentro dos limites de sua jurisdição (arts. 926 e 927, V, do CPC). Ei-lo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE TÍTULO COLETIVO - ROL RESTRITO DE CREDITORES - **PREVENÇÃO DO JUÍZO “DA CONDENAÇÃO”** - ART. 98, § 2º, I, DO CDC. **A execução individual de título judicial coletivo deve ser processada e julgada no juízo “da condenação” (art. 98, § 2º, I, CDC).** É faculdade do credor eleger foro diverso para garantir a efetividade da medida e facilitar o acesso à justiça, hipótese não verificada no caso em exame, em que os Juízos conflitantes atuam na mesma sede e jurisdição. Na realidade, a ação coletiva ajuizada em benefício de um universo restrito e identificável de trabalhadores (ASG’s e camareiras do hotel Marsol de Natal) se assemelha a uma ação plúrima, para fins de execução do julgado, atraindo a regra geral prevista no art. 877 da CLT: “É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originariamente o dissídio”. Sendo assim, compete à 10ª Vara do Trabalho de Natal, a quem o feito foi originariamente distribuído e onde se processa a Ação Coletiva nº 0000746-37.2014.5.21.0010, processar e julgar a Execução de Título Judicial nº 0001409-78.2017.5.21.0010 (ExTiJu).<sup>15</sup>

De outro lado, exemplificativamente, o TRT da 23ª Região tem decisão plenária no sentido da livre distribuição em igual hipótese, cuja decisão, nos limites da jurisdição trabalhista mato-grossense, também ostenta natureza de precedente obrigatório:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AJUZAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS PARA LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO. PREVENÇÃO Tratando-se de ação por meio do qual se busca a tutela de direitos individuais homogêneos, a sentença coletiva prolatada será genérica no sentido de ser certa quanto ao dever de indenizar, mas não em relação aos prejuízos individualmente sofridos,

13 TST – SDI-2 – CCCiv n. 0002101-19.2022.5.00.0000 – Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues – DEJT 10.06.2022.

14 STJ – Corte Especial – REsp. n. 1.243.887 – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 12.12.2011.

15 TRT 21ª Região – Tribunal Pleno – CC n. 0000007-55.2018.5.21.0000 – Red. p/ o ac. Des. José Barbosa Filho – Julgamento: 05.03.2018.

os quais deverão ser liquidados, ou seja, o substituído tem que provar a existência do dano individual, seu montante e o nexo com o dano genérico reconhecido na sentença. Tal situação enseja a observância da previsão contida no art. 509, II, do CPC, de que a liquidação será feita “pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo”. Desse modo, a liquidação e o cumprimento da sentença ou sua execução deverão ser promovidas em autos apartados. Em exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, tal ação individual será distribuída de forma aleatória, não havendo que se falar em prevenção do juízo por onde tramitou o processo coletivo. Conflito Negativo de Competência que se julga improcedente.<sup>16</sup>

A nossa compreensão é a de que, se pertence à vítima a escolha do foro onde poderá distribuir a sua liquidação e execução, por corolário, caso o seu domicílio coincida com o juízo que proferiu a sentença coletiva genérica, haverá de ocorrer a livre distribuição, principalmente por se tratar de ação individual, autônoma e com natureza jurídica diversa da ação coletiva, não atendendo os requisitos processuais para a prevenção do juízo da cognição.

A norma jurídica construída a partir da detida interpretação do art. 98, § 2º, I e II, do CDC, reforça que a execução, após a liquidação ter sido realizada pela vítima, poderá seguir sendo individual, nos mesmos autos da liquidação, bem como poderá ser coletiva, gerando a reunião dos títulos executivos já liquidados e transitados em julgado; neste último caso, a execução coletiva será no mesmo juízo que proferiu a sentença genérica no conhecimento.

Logo, se a execução coletiva se dá no mesmo juízo da cognição, por prevenção, de outro lado, quando a execução for individual, após a complementação do título, com a cognição complementada na ação de liquidação, o próprio beneficiário teve o direito de escolher executar no juízo da ação condenatória ou prosseguir no mesmo juízo da liquidação, o que faz induzir a conclusão de que este é diverso daquele.

Se o juízo da liquidação individual é diferente do juízo da execução coletiva, que é no mesmo juízo da cognição, por evidente que o juízo da liquidação e do posterior cumprimento individual foi firmado pela livre distribuição, a critério da vítima, sem se submeter a regras de prevenção, mesmo que domiciliado no local em que está o foro do conhecimento, estando com a razão o TRT da 23ª Região na divergência apresentada acima.

Exatamente neste ponto, já afirmou acórdão ilustrativo da Corte Especial do STJ que, “o só fato de o § 2º prever que é competente para a execução o juízo ou da liquidação ou da ação condenatória revela, seguramente, que o juízo da liquidação pode ser diverso do juízo da ação condenatória. O dispositivo perderia totalmente o sentido caso a liquidação de sentença devesse ser pleiteada, necessariamente, no juízo da condenação.”<sup>17</sup>

Também o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado na mesma direção:

A sentença proferida em ação coletiva torna certa a obrigação em relação a cada um dos substituídos, estando pacificado na jurisprudência pátria o entendimento de que a execução deverá ser ajuizada individualmente ou em pequenos grupos, e que o Juízo competente será determinado por livre distribuição, sob pena da Vara em que foi proferida a sentença de procedência ficar sobrecarregada com volume da execução em detrimento dos demais jurisdicionados.<sup>18</sup>

16 TRT da 23ª Região – Tribunal Pleno – Processo n. 0000866-77.2019.5.23.0001 - Rel. Des. Tarcísio Regis Valente – Data de assinatura: 28.06.2021.

17 STJ – Corte Especial – REsp. n. 1.243.887 – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 12.12.2011.

18 STF – RE n. 1.057.670 – Rel. Min. Roberto Barroso – DJE 09.08.2017.

Esta desvinculação entre o juízo do conhecimento e o da liquidação e execução é uma tendência, inclusive, no processo individual contemporâneo, na medida em que o art. 516, parágrafo único, do CPC, permite que ocorra o deslocamento do processo executivo, quando o executado muda seu domicílio ou os bens se encontrarem em outro local, em qualquer estágio da marcha executiva.

O legislador moderno relativizou a competência executiva do juízo da cognição (que era a regra do art. 575, II, do CPC de 1973), rompendo com o dogma da *perpetuatio jurisdictionis*, para adotar a tendência dos processos executivos itinerantes, que vem sendo prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup>, mirando a sua maior efetividade.

A competência funcional executiva, que no regime anterior era absoluta, agora relativizou-se, por escolha do credor, concedendo a ele a opção pelo deslocamento do processo executivo para outro juízo, territorialmente diverso, onde encontram-se atualmente os bens a serem executados, inclusive nas execuções individuais, com muito mais razão nos processos coletivos, em que a regra já era especial, prevista nos arts. 98 e 101, I, do CDC.

#### 4 CONCLUSÕES

As ações coletivas distribuídas na Justiça do Trabalho não seguem, em regra, o procedimento-padrão previsto na CLT para as ações individuais, mas o procedimento previsto no microsistema que é formado pela Lei de Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor e, de forma subsidiária, pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Código de Processo Civil, que em conjunto regram processualmente as ações civis públicas e as ações civis coletivas que chegam na jurisdição especializada.

A defesa em juízo dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito segue, na essência, o rito da LACP, e, de outro lado, a defesa dos direitos individuais homogêneos segue o rito do CDC, principalmente, razões pelas quais os procedimentos de liquidação e execução – quanto à legitimidade ativa e a competência – são diversos da regra geral da CLT e diferentes entre si, mesmo dentro do microsistema coletivo, conforme se trate de cada uma das espécies de direitos materiais transindividuais reconhecidos na sentença.

A sentença coletiva que reconhece os direitos individuais homogêneos, proferida na forma do art. 95 do CDC, não identifica os beneficiários individuais e nem fixa os valores devidos a cada um destes, de modo que há necessidade de complementação cognitiva, que é realizada por meio de uma liquidação pelo procedimento comum (arts. 509, II, e 511, do CPC), a qual têm natureza jurídica de ação autônoma de conhecimento, impropriamente chamada de “cumprimento de sentença” na Justiça do Trabalho, cuja legitimidade primária repousa sobre os beneficiários da decisão genérica, quem têm o direito de optar por distribuir estas demandas individuais tanto no juízo da cognição, quanto no seu próprio domicílio, o qual poderá estar, inclusive, fora dos limites geográficos do Tribunal Regional do Trabalho em que proferida a sentença coletiva genérica a ser complementada e executada (art. 98 do CDC).

Se, por coincidência, o domicílio do trabalhador beneficiado, que liquida e executa individualmente a sentença coletiva, for no mesmo local em que a decisão foi proferida, não haverá prevenção, por se tratar de uma nova ação, com partes e objetos distintos, mas livre distribuição da ação individual para quaisquer das Varas do Trabalho daquela localidade (art. 98, § 2º, I, do CDC c/c STF – RE n. 1.057.670 – Rel. Min. Roberto Barroso – DJE 09.08.2017).

19 STJ – 3ª Turma – REsp n. 1.776.382 – Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi – DJe 05.12.2019.

**REFERÊNCIAS**

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença. In: BARBOSA
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, vol. IV.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na Justiça do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.
- MOLINA, André Araújo. A legitimidade ativa para a liquidação e execução da sentença coletiva genérica na jurisdição trabalhista. In: DELGADO, Mauricio Godinho; BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas; COSTA, Adriene Domingues et al. (Coord.). **A efetividade da execução trabalhista: estudos Enamat**. Brasília, 2023, vol. 3, p. 265-287.
- MOREIRA, José Carlos (coord.). **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.
- VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a liquidação das sentenças coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2.000, vol. 08.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 32, n. 127, jul./set. 1995.

# LÓGICA, MATEMÁTICA E PRINCÍPIOS SISTÊMICOS DA MODELAGEM DE POLÍTICAS DE ORDEM MUNDIAL (WOMP) NAS POLÍTICAS GLOBAIS DE DIREITO DO TRABALHO

## LOGICA, MATEMATICA E PRINCIPII SISTEMICI DEL WORLD ORDER POLICY MODELLING (WOMP) NELLE POLITICHE GLOBALI DEL DIRITTO LAVORO

Andrea Pitasi\*

### 1 INTRODUÇÃO

Este ensaio condensa mais de 30 anos de atividades interdisciplinares de três missões em pelo menos três continentes, que deram origem a publicações em pelo menos cinco idiomas, geraram o estabelecimento e/ou a consultoria estratégica para a transformação de várias organizações em escala planetária, incluindo a metamorfose de uma corporação norte-americana com uso intensivo de conhecimento em uma *holding* maltesa ainda mais intangível e com uso intensivo de conhecimento, e inspiraram o estabelecimento de duas organizações sem fins lucrativos, uma com sede na Itália e outra no Uruguai, ambas agora transnacionais e globais em suas estratégias de rede. A melhor teoria também é uma visão estratégica; a melhor pesquisa empírica é aplicável à modelagem de políticas. A estrutura epistemológica e teórica geral é a dos sistemas sociais evolutivos complexos na forma de uma constelação de significados imateriais. Daí um ensaio que combina didática e consultoria estratégica, conectado pela indispensável atividade de pesquisa também inspirada pela concepção pragmatista de W. James de que todo conhecimento realmente válido se torna um valor monetário e pela prestigiosa lição durkhemiana que, de fato, abre “The Rules”, de que as coisas que são fatos sociais não podem ser compreendidas pelos significados e pela semântica com os quais o mundo vulgar as representa com suas atitudes, percepções, opiniões e comportamentos em uma base fortemente emocional e reativa.

Sem conceitos adequados que sirvam como posições em sistemas teóricos e, ao mesmo tempo, como recipientes de dados que permitam todo o processo, desde a conceituação até a medição, por meio dos delicados modos de classificação, sem os quais não há conhecimento algum, mas apenas sentimento e significado subjetivo.

\* Presidente da World Complexity Science Academy Professor da Universidade “G.d’Annunzio” – Chieti – Pescara, Itália. <https://andreapitasi.academia.edu/www.wcsaglobal.org>

Tradução do artigo: Marco Antônio César Villatore. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”. Professor Associado I da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, do Curso de Graduação e, também, de Pós-Graduação (Mestrado e do Doutorado), ambas em Direito. Advogado. E-mail: [marcovillatore@gmail.com](mailto:marcovillatore@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6658857270253086>

Recebido: 31/07/2023

Aprovado: 15/08/2023

Daí um conjunto de princípios viáveis de Modelagem da Política de Ordem Mundial (WOMP) que oferecem uma espécie de “manual arquitetônico” da ordem mundial.

Há duas concepções básicas do direito: uma não científica com uma matriz antropológica, na qual o direito é visto como o produto de costumes, hábitos, valores ético-morais, ideias políticas de uma comunidade fechada em uma base de identidade que muitas vezes pode derivar de dois floreios venenosos do século XIX, a saber, nação e classe (Chevallier, 1968). Essa concepção é disfuncional para o direito e para seu uso estratégico, tático e científico, pois muitas vezes se baseia em um “paradigma” de justiça, enchendo o direito com aspectos éticos, morais, políticos e de senso comum que não pertencem ao direito, que, em vez disso, é fundado no princípio da validade, tanto epistemológica quanto heurísticamente. Esse direito de base antropológica cria várias disfunções, incluindo grande fragmentação, grandes contradições entre normas, até mesmo no mesmo nível hierárquico de fontes, e, acima de tudo, uma expansão desnecessária e dispendiosa da burocracia, uma proliferação de leis, normas, regulamentos etc., muitas vezes inúteis para o desenvolvimento socioeconômico e simplesmente gerados por um mecanismo que busca, em vão, justificar seu próprio significado e tarefa. Mais burocracia e mais burocratas significam a destruição de qualquer chance de desenvolvimento socioeconômico.

A outra concepção, a que é o tema deste ensaio, é matemática. O direito como uma linguagem altamente abstrata, formalizada, artificial e positiva, muito acima de qualquer “antropologia jurídica local”, como Kelsen já havia intuído em seus “Lineamenti”. Em seu contexto histórico, o direito começou a ser abstrato e positivo a partir do nível internacional. Os estados-nação, portanto, só seriam capazes de produzir uma antropologia jurídica local de má qualidade, que, ao inserir elementos não jurídicos no direito (identidade nacional, ética, valores morais, ideias políticas e senso comum etc.), apenas tornaria o direito impotente, reduzindo-o aos caprichos da política local. O direito científico e estrategicamente projetado, por outro lado, nada mais é do que uma linguagem abstrata formalizada entre as ciências políticas e sociais, equivalente ao que a matemática é entre as ciências naturais: uma linguagem formalizada, abstrata, artificial, positiva e unificadora. Desse ponto de vista, a cientificidade do direito depende da universalidade de sua relação validade-eficácia; o conteúdo (trabalho, família, comércio etc.) não afeta a linguagem formalizada, assim como em  $a+b=c$  não precisamos conhecer o conteúdo de  $a$ ,  $b$ ,  $c$ . Nesse sentido, seja a didática universitária, o treinamento profissional superior ou a consultoria estratégica, o processo que conecta todos eles é a pesquisa.

Este ensaio liga a didática, o treinamento e a consultoria por meio da pesquisa teórico-prática, da qual emergem os princípios sistêmicos de uma autêntica “arquitetura da ordem mundial”, na qual a OIT é uma peça muito importante na frente de trabalho. Mesmo sob a perspectiva dos BRICS emergentes, seria difícil imaginar que as políticas e os direitos trabalhistas no Brasil, na China, na Índia etc. estejam destinados a convergir para um modelo unificado abstrato, sob pena de implosão dos próprios BRICS, que se canibalizariam por meio de uma concorrência interna que beneficiaria principalmente o NAFTA e a União Europeia. “Ah, mas como é possível fazer os BRICS crescerem? A China e o Brasil têm culturas muito diferentes.” Qualquer pessoa que queira boicotar processos de unificação, cooperação e harmonia invocará diferenças culturais, que são irrelevantes para uma linguagem jurídica verdadeiramente funcional.

Portanto, vejamos os princípios dessa “arquitetura”.

Este ensaio, conforme mencionado acima, condensa uma atividade interdisciplinar de três missões que resultou em publicações em pelo menos cinco idiomas e gerou o estabelecimento e/ou a consultoria estratégica para a transformação de algumas organizações em escala planetária, como, por exemplo, a metamorfose de uma corporação norte-americana com uso intensivo de conhecimento

em uma holding maltesa ainda mais intangível e com uso intensivo de conhecimento. A melhor teoria também é uma visão estratégica; a melhor pesquisa empírica é aplicável à modelagem de políticas. A estrutura epistemológica e teórica geral é a de sistemas sociais evolutivos complexos na forma de uma constelação de sentidos intangíveis.

Daí um ensaio de três perguntas também inspirado na concepção pragmatista de W. James de que todo conhecimento verdadeiramente válido se torna valor monetário e na prestigiosa lição durkheimiana: “se existe uma ciência da sociedade, pode-se considerar que ela não consiste em uma mera paráfrase de preconceitos tradicionais, mas que nos faz ver as coisas de forma diferente de como elas aparecem para o vulgar. O objetivo de toda ciência é, de fato, fazer descobertas, e toda descoberta perturba mais ou menos as opiniões transmitidas” (Durkheim, 2008: 5). Os fatos sociais, na verdade, não podem ser apreendidos pelos significados e pela semântica com que o mundo vulgar os representa com suas atitudes, percepções e opiniões com uma base fortemente emocional e reativa. Sem conceitos adequados que sirvam como posições em sistemas teóricos e, ao mesmo tempo, como recipientes de dados que permitam todo o processo, da conceituação à medição, passando pelos delicados modos de classificação sem os quais não há conhecimento algum, mas apenas sensação e significado subjetivo. Daí um conjunto de princípios viáveis de *World Orde Policy Modelling* (WOMP) que oferece uma espécie de “manual de arquitetura” da ordem mundial, sabendo que:

- 1) não há casos únicos em que haja conhecimento válido e confiável que gere valor monetário. Há sempre um modelo de projeto conceitual “universal”, ou seja, uma referência conceitual com suas declinações contextuais para conformidade;
- 2) o ponto de partida para a aplicação desses princípios está vinculado a um *modus operandi* “triangular”: o projeto real em uma chave construtivista, a observação comportamental não intrusiva, ou o menos intrusiva possível, dos sujeitos envolvidos e a escuta fenomenológica deles. Sabendo que as percepções e opiniões serão eventualmente obtidas a partir daí para serem consideradas na revisão e no design, mas que nenhum conhecimento no sentido estrito emergirá dessa escuta.

Vamos conceituar em categorias não tendenciosas.

A ordem mundial já vê um número cada vez menor de Jogadores Globais cada vez maiores, sofisticados, conectados em rede e intangíveis. O jogo assume principalmente três formas: autoridade máxima, múltiplos propulsores e hiperformas. A soberania (S) e a expansão monetária (EM) estão conectadas por proporcionalidade direta de acordo com a fórmula  $S=(f)EM$ .

Nem sempre é assim, mas se não for assim, geralmente não é, como mostra o dilema de Triffin (1991). Cada recurso em cada organização pode ser mapeado em uma das quatro categorias a seguir: alta (A), estratégica (S), baixa (B), disponibilidade (R), ou seja, em ordem decrescente de importância: AS-AR, BS-BR, BS-AR. Essa é a chamada Matriz de Kraljic.

Cada definição de agenda segue um esquema de quatro quadrantes para o gerenciamento do tempo: importante-urgente, importante-não urgente, não importante-urgente, não importante-não urgente. Esse é o chamado Modelo Covey (Pitasi, 2003).

Em qualquer processo de inovação e evolução, a desigualdade é inevitável e necessária porque, sem ela, não haveria pioneiros ou grandes impulsionadores. Ao mesmo tempo, os processos evolutivos implicam que a desigualdade não se cristaliza, mas permanece fluida, como ensinam os ganhadores do Prêmio Nobel de Economia Simon Kuznets e Angus Deaton, de cujos trabalhos surge um teorema.

A lei de Sturgeon afirma que 90% de qualquer coisa é “besteira” (Dennet, 2017). De forma mais elegante, o termo “ruído” será usado como sinônimo nestas páginas. Essa lei serve para otimização da gestão e definição da agenda.

Quais são os 10% que contam para entender a ordem mundial? Como ela está evoluindo? Tudo isso está em uma fórmula inerente à sua evolução. Inicialmente, o nível de autoconsciência da espécie humana não era muito diferente do de uma vaca pastando (Ortega y Gasset, 2000): FÓRMULA GERAL WOEP ou PRINCÍPIO ZERO WOEP= $Le(Re \times I/S)+Dem(Vx Dn)+De(CxE)+T(Sx Ro/W)$ . O acrônimo WOEP significa World Order Evolutionary Pattern (padrão evolutivo da ordem mundial). É também um jogo de palavras com “woe prevention”. (Le) significa, por outro lado, Expansão Legislativa, que se refere à reconfiguração (da ordem legislativa), multiplicada pela desigualdade social (desigualdade) dividida pela velocidade com que essa desigualdade é gerenciada. (Dem) é a demografia expressa pela fórmula Variedade (V) multiplicada por Densidade, (Dn) - variedade, densidade. Além disso, há o desenvolvimento (development), que se baseia na multiplicação da complexidade (complexity) pela facilidade (easiness), que veremos exemplificada abaixo quando o jogo de três vias for dividido em quatro cenários. Por fim, consideramos a tecnologia, que tem impacto na velocidade de multiplicação do ciclo Rogeriano (Ro) sobre os custos transacionais de Williamson (W). Essa fórmula sistêmica discerne a evolução significativa da ordem mundial (os 10% que importam) e os 90% que são ruídos (percepções, emoções provocadas pela mídia na opinião pública, a construção de inimigos inexistentes etc.).

E o uso da matemática nas ciências sociais políticas está, acima de tudo, na dimensão da lógica e da estratégia/heurística da pesquisa, e não tanto na mera técnica quantitativa, que certamente é útil, mas não é dirigida (Pitasi, 2023a). Convertendo a fórmula WOEP em binária, a expansão evolutiva máxima das quatro variáveis é codificada como zero (0), enquanto a contração implosiva máxima com um (1), isto é, Le 0/1, D 0/1, De 0/1, T 0/1. Portanto, 0000<WOEP>1111. Em 0000, os processos convergentes de fusão/confederação/expansão legislativa, com vários nomes e procedimentos, aumentam em escala e alavancagem, a demografia mundial aumenta rapidamente, o desenvolvimento se acelera com a destruição criativa do que é simples e complicado, dando lugar ao que é complexo e fácil e, finalmente, a tecnologia, convergente e global, torna-se um poderoso multiplicador. Em 1111, o quadro é exatamente o oposto. Por fim, uma versão restrita da fórmula geral pode ser formalizada: WOEP= $Cx-Co/E-S$ , em que Cx representa complexidade/complexidade, Co representa complexidade/complicação, E representa facilidade/facilidade e S representa simplicidade/simplicidade.

A primeira grande peneira para discernir os 10%-90% de Sturgeon é a percepção de que, entre uma espontaneidade natural e histórica ingênua, de um lado, e conspirações fantasiosas, de outro, há uma rede interconectada de planejamento, consultoria estratégica, modelagem de políticas, elaboração de leis, manipulação por especialistas, geralmente nos bastidores, roteiristas e diretores dos quais os políticos são os atores. Como se projeta uma organização? Como redigimos uma “boa” lei e que significado damos a esse adjetivo no estudo a seguir? Quais são as formas emergentes que estão surgindo a partir desses roteiros e diretores? O que o cidadão pode fazer, ou evitar, para se orientar e se desenvolver nesses cenários emergentes? E, acima de tudo, o que é o Gegnet? (Pitasi, 2023b). Este ensaio foi concebido como um texto de três missões. Ele se destina principalmente a acadêmicos, gerentes de alto nível, profissionais de alto nível, modeladores de políticas de alto nível, formuladores de políticas de alto nível e àqueles que gostariam de crescer e se dedicar a esse campo (estudantes universitários). O estilo é de alta divulgação e é isotrópico, assim como o Modelo Toyota-Kaizen, o Modelo Tesla, o Lean Thinking, o Balance Scorecard de Kaplan e Norton ou o Modelo do Oceano Azul.

Vamos esclarecer “isotropicamente” tomando o Artigo 3º. da Constituição italiana ( <https://>

[www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione.pdf](http://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione.pdf)) como exemplo e ver como alterá-lo, isotropicamente. “Todos os cidadãos [lê-se no texto] têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, condições pessoais e sociais”. Mais lógico seria: “Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei”. O resto é “demais”, pois não existem enumerações completas. De acordo com o Art. 3º., as diferenças de gênero não são cobertas, apenas as diferenças de sexo. Portanto, essa revisão não entra na substância política do artigo, simplesmente o redesenha isotropicamente. Isotrópica é o nível intermediário entre a norma jurídica (institucionalmente prescritiva) e a norma social (toda impregnada de juízos de valor, senso comum, sem valor jurídico, etc.). A norma isotrópica não prevê sanções legais, nem sanções morais ou sociais se for violada. Violar uma norma isotrópica é projetar algo que, em primeiro lugar, está destinado a não funcionar.

Mesmo ao analisar os 17 objetivos (<https://www.un.org/sustainabledevelopment/>) para um mundo sustentável listados pela ONU, percebe-se que há algo “demais”: 5 (igualdade de gênero) é uma subclasse lógica de 10 (redução da desigualdade) que poderia ser renomeada como Políticas de Igualdade. Não se trata apenas de um fator de elegância estética. 16 metas são um múltiplo par de quatro que podem ser organizadas em quatro categorias de quatro metas cada. Semântica e visualmente, as Políticas de igualdade são mais rápidas, mais acessíveis e inclusivas do que duas mais específicas, igualdade de gênero e redução de desigualdades. É um fator de otimização da gestão para os custos transacionais de Williamson (contratuais, organizacionais, econômicos). Além disso, 16 objetivos são mais fáceis de alcançar do que 17. Um objetivo a menos significa menos burocracia e menos custos econômicos, portanto, menos gasto de energia.

Os Global Players são gigantes de três cabeças: lobby e relações públicas institucionais, sem fins lucrativos, negócios. Três cabeças no mesmo corpo: é por isso que o raciocínio por oposições dialéticas não funciona mais (se é que já funcionou).

Os três supersistemas (Etzioni, 1967) envolvidos no jogo de três vias são, portanto, nomeados aqui:

1. supersistema da autoridade máxima ou SUPERSYSTEM1;
2. sistema de várias hélices ou SUPERSYSTEM2;
3. hiperforma ou SUPERSISTEMA3. Aqui examinaremos o Hypercity como um caso de hiperforma.

Para fins de brevidade, usarei “sociólogo” e “sociólogo jurídico e político” como sinônimos nestas páginas. A tese deste ensaio é que, há pelo menos quatro séculos, a ordem mundial tem se tornado cada vez mais globalizada, interconectada horizontalmente e alinhada em uma hélice quádrupla cíclica (expansão legislativa-demografia-desenvolvimento-tecnologia: LEDDET). Isso sancionou o triunfo das leituras geográficas e geopolíticas sincronizadas sobre as verticais histórico-filológicas em quase todos os aspectos estratégicos da mudança socioeconômica-tecnológica-política-jurídica (lembrando, no entanto, que todas as épocas interconectam verticalidade e horizontalidade).

A ordem mundial atual, especialmente após as quatro grandes aberturas, caracterizadas por períodos cada vez mais curtos, de alto impacto e quase seculares (1608-88, 1770-90, 1880-89, 1985-89), está cada vez mais interconectada horizontalmente em três níveis sistêmicos apresentados acima como SUPERSISTEMAS 1, 2 e 3.

Esses três atores globais são geradores de capital, significado e valor agregado nas mais amplas

e formalizadas acepções do termo. Nesse cenário sistêmico de três níveis, a grande maioria das formas de Estado e de governo se tornou obsoleta, principalmente porque as formas não são funções sistêmicas, muito menos sistemas. Portanto, por exemplo, conforme descrito pelo dilema de Triffin, nem a soberania nem a expansão monetária são propriedades de formas de Estado e/ou formas de governo. Em vez disso, a soberania e a expansão monetária são funções evolutivas sistêmicas que remodelam as formas contingentes da ordem mundial. A soberania e a expansão monetária fazem parte, respectivamente, da expansão legislativa e do desenvolvimento da hélice quádrupla já mencionada.

As quatro épocas mencionadas acima compuseram uma tendência universalista e cosmopolita em nível memético, genético e global, que agora está se acelerando e expandindo ainda mais. Vamos dar uma breve olhada nas contribuições dessas quatro épocas para a tendência global em curso:

#### 1.1608-1689 (por volta de).

a) a disputa comercial marítima entre China, Holanda e Portugal (uma disputa que Portugal e Holanda, cerca de quarenta anos depois, continuariam no que hoje é o Nordeste do Brasil). Tratada por U. Grotius em *De Jure Praedae* (1604-1608), ela inaugurou o primeiro fundamento jurídico da globalização do comércio, tornando impossível uma “história europeia vertical” sem uma geopolítica horizontal com a África, a Ásia, as Américas etc. Na verdade, isso já havia começado com Cristóvão Colombo em 1492, mas na época não se compreendia a extensão disso e a missão era considerada apenas uma importação de recursos materiais e uma exportação de modelos sociais;

b) na década de 1930, a Bolha das Tulipas inaugurou o conceito de economia financeira. O Decreto dos Regentes de Haarlem de 2 de abril de 1637 já havia deixado claro, ao estourar a bolha em um mercado ativo e próspero, que a regulamentação legal, especialmente em uma base local de mercados financeiros, semeia pobreza para todos;

c) também na década de 1930, foi fundado o que hoje chamamos de ciência. É por isso que qualquer projeto de neo-humanismo hoje soa bastante engraçado: antes do século XVII, a principal fonte de conhecimento estava ausente e o que hoje seria, no máximo, categorizado como crença ou opinião, era considerado conhecimento. O salto da arte para a tecnologia, com todas as suas excentricidades, é interrompido pela entrada da ciência, com sua bagagem de generalização e universalidade;

d) é o século de J. Locke e sua tripartição de poderes no *Segundo Tratado sobre o Governo* (1689). É a época em que o poder federativo estabelece as bases do projeto atual da ordem mundial;

e) ocorreu a Pequena Era do Gelo, que se seguiria no século seguinte, deixando claro que a evolução do nosso planeta não pede permissão à nossa espécie;

f) Guilherme de Orange liderou a Revolução Gloriosa em 1688-89, cujos princípios e ideais encontraremos novamente, reformulados, no século seguinte.

#### 2.1770-1790 (por volta de).

a) iluminismo. Kantiano, de estilo alemão, portador de uma nova mentalidade enciclopédica e nocionalista, auxiliar de seu predecessor do século XVIII no fornecimento de noções e conteúdo àqueles que tradicionalmente não tinham acesso a eles. Mas esse fornecimento de noções só tinha valor quando a mentalidade já havia sido alterada;

b) a Guerra da Independência americana e a Revolução francesa, ambas impossíveis

fora de uma mentalidade iluminista;

c) a Revolução Industrial começou a tomar forma.

3.1880-1889 (por volta de).

a) triunfo da Revolução Industrial em seu sentido positivista. O conhecimento, a ciência, a técnica e a tecnologia, com um toque de arte, não criam mais obras individuais, mas sim formatos que podem ser reproduzidos em todo o mundo, como exemplificam as obras de Gustave Eiffel e, com bom humor, George Ritzer (1993);

b) o positivismo e a “mcdonaldização” ante litteram fizeram do Brasil o primeiro laboratório cosmopolita global.

4.1985-1989, por volta de (Dahrendorf, 1990).

a) aceleração do que foi mencionado acima. Fim das ideologias e da política;

b) o Papa João Paulo II, Ronald Reagan, Mihail Gorbachev e Deng Xiao Ping convergem em uma visão global unificada que pulveriza as especificidades liberais, comunistas, socialistas e cristãs de uma só vez. Fica claro que a política não precisa de política;

c) Queda do Muro de Berlim (9 de novembro de 1989) e o nascimento da *World Wide Web*.

O objetivo deste ensaio é um exame introdutório dos princípios ativos, mecanismos, métodos e padrões de design que moldaram a ordem mundial atual, reduzindo as formas tradicionais de Estado e governo a categorias zumbis (Beck, 2003).

Nesse cenário, a sociologia jurídica e política tem como foco o estudo, a observação e a modelagem dos processos de institucionalização e suas formas constitutivas. No entanto, esse processo de institucionalização, para ser adequadamente observado, compreendido e construído, precisa, nos cenários global e cosmopolita do Gegnet (Schurmann, 1995; Cipolla, 2018), ou seja, daquela abertura ilimitada para o possível, muito mais horizontal como o Equador do que vertical como as narrativas históricas, sem a qual o conhecimento teórico e aplicado das ciências políticas e sociais implodiria em um nacionalismo metodológico obsoleto (como apontado com veemência por Beck, 2003 e 2017). Isso reduziria uma figura altamente estratégica e intensiva em conhecimento, como o sociólogo jurídico-político, a pouco mais do que um travesti administrativo da política local assumida (Berger-Luckmann, 1997), sem nenhuma imaginação sociológica, uma deficiência peculiar aos trabalhadores de colarinho branco (Wright Mills, 1966 e 2018). É precisamente uma sociologia de Gegnet (Pitasi 2023b) que proponho neste meu pequeno volume introdutório a um campo epistemológico, teórico, metodológico, técnico e aplicativo específico da sociologia jurídica e política entre as ciências políticas e sociais, sem pretender ser exaustivo, mas oferecendo uma perspectiva um pouco diferente daquela dos manuais habituais, que geralmente são ou uma transmissão vertical (história do pensamento sociológico a partir de Comte) ou uma lista de técnicas descritas de forma mais ou menos árida. Por outro lado, de acordo com Ardigò (1988), Ammassari (1992) e Cipolla (1998), acredito que seja necessário apresentar um projeto de pesquisa estratégica que combine epistemologia e heurística, metodologia e técnicas em um ciclo unificado e substancialmente reproduzível. Obviamente, esse projeto será apresentado neste ensaio, mas não será explorado em todos os seus aspectos.

A ordem mundial é projetada na prancheta de desenho. Ela é adaptada e ajustada, metaforicamente, durante a construção e, quando o prédio está pronto, começa-se a pensar nos detalhes estéticos, deixando a decisão de mobiliar para as pessoas que morarão lá por último. Hoje em dia, não

é tão incomum vender o apartamento a possíveis compradores quando ele ainda é apenas um projeto no papel. Dependendo do tipo de projeto, o possível comprador obviamente tem a liberdade de escolha (eu compro/não compro), mas tem uma margem de manobra bastante limitada para fazer propostas de alterações no projeto. O pedido de instalação de uma quadra de tênis pode ser considerado se for uma vila, mas se for um apartamento, a voz do comprador em potencial não será ouvida. A ordem mundial é um grande projeto com projetos menores em diferentes escalas dentro dele, chamados de corporações multinacionais, organizações internacionais, estados federais, estados nacionais, governos regionais, áreas metropolitanas, municípios etc. Não é coincidência que, em suas origens (segunda metade do século XIX), a sociologia tenha nascido como engenharia social e, não muito diferente, a psicologia tenha se apresentado ao mundo como a engenharia das almas. Ora, tomar literalmente os princípios do positivismo hoje talvez seja ingênuo, mas, ao mesmo tempo, seria totalmente ingênuo considerar a sociedade mundial como fruto espontâneo de um processo diacrônico natural. Se a seleção natural das espécies da memória darwiniana pode se aplicar a outras espécies, então a nossa começou a trapacear desde o início, acendendo o primeiro fogo e fabricando as primeiras ferramentas.

Seleção natural *versus* seleção artificial.

O que mais são as organizações internacionais ou as corporações multinacionais senão truques da grande trapaça chamada *Homo sapiens*, que planeja proativamente adaptando o mundo a si mesmo, enquanto outras espécies se adaptam ao mundo? Entre os humanos, até mesmo o bem-estar ou a guerra são fenômenos artificiais. A Cruz Vermelha (Onion, 2009) foi, e é, outra tentativa artificial de enganar o “destino natural” do soldado ferido. A ordem mundial, portanto, é um projeto artificial, como já era conhecido por Hobbes, cujo *Leviatã* era precisamente a resposta artificial à condição natural do “*Homo Homini Lupus*”. A artificialidade da ordem mundial fica ainda mais clara no trabalho citado de Locke, que separa os poderes legislativo, executivo e federal. Usando uma metáfora (minha, é claro, não a de Locke), pode-se afirmar que a ordem mundial é uma caixa de Lego gigante que pode ser recombinação de várias maneiras por seus projetistas (Pitasi, 2021). Basta dar uma olhada em um globo da época de Vermeer ou em um de 1780 ou 1990 para entender o trabalho de design introduzido. Pense na Paz de Westphalia (1648), no Congresso de Viena (1815), no Plano Marshall ou, mais recentemente, na Perestroika. Este último, realizado apenas parcialmente, mas que redesenhou um mundo aberto após o dos blocos opostos do bipolarismo.

Mesmo que o Positivismo não possa mais ser tomado literalmente, os templos positivistas em Porto Alegre e no Rio de Janeiro que ainda funcionam hoje e o lema “Ordem e Progresso” na bandeira brasileira nos lembram que o próprio Brasil foi, e ainda é, um experimento positivista (Toscano, 1993). A ordem mundial é um trabalho de design artificial humano. “O objetivo deste livro é falar sem intermediários aos cidadãos do mundo sobre as coisas que dizem respeito a todos nós, sem exceção” (Gorbachev, 1987: 3). Essa poderosa declaração é a cifra do projeto de ordem mundial em que vivemos. A Perestroika é um trabalho de design decisivo, pois adapta a consciência e a participação política (na época soviética), deixando claro desde o início que a ordem mundial é uma só e que todos são cidadãos dela. Quando isso é percebido, não há retorno ao passado. É um processo irreversível, sem saída. Essa conscientização, a percepção da singularidade do mundo como a esfera suprema (Sloterdijk, 2014-15), já havia surgido com força na década de 1960, quando a Terra foi vista pela primeira vez do espaço (McLuhan, Powers, 1989). Mesmo geomorficamente, um planeta único e indivisível, ou melhor, divisível, sob a condição de sua própria destruição. O fim dos mitos e superstições. Transformando toda a humanidade na pele de cada um de nós (McLuhan, 1967) e destacando que dentro de nossa espécie existem, de fato, diferenças genético-étnicas, mas que elas não afetam o isomorfismo da espécie.

Esse projeto de mundo unificado eu gosto de chamar de Gegnet e, portanto, a sociologia jurídico-política proposta aqui pode ser chamada de sociologia Gegnet, ou *Gegnetssoziologie*. Gegnet (Schurmann, 1995) é um termo epistemológico que significa abertura ilimitada para o possível, que é exatamente a conceituação mais sintética possível da condição humana, do estado evolutivo de nossa espécie entre ameaças e oportunidades, forças e restrições. A espécie humana, de fato, está entre as poucas espécies animais, talvez a única, capaz de viver em qualquer lugar. Por muito tempo, muitas disciplinas convergiram para essa concepção do homem como um ser genérico, unificado ao longo do tempo em uma chave epistemológica por meio da abordagem sistêmica construtivista de sistemas complexos, uma abordagem que evoluiu e sofreu mutações desde o Iluminismo kantiano até Cassirer, von Foerster, von Glasersfeld e Niklas Luhmann, autor, não surpreendentemente, da monumental obra de seis volumes *Sociological Enlightenment*. Essa visão do ser genérico também pertence, com nomes diferentes, à etologia humana (K. Lorenz, I. Eibl-Eibesfeldt), à sociobiologia (E.O. Wilson), à antroposofia (E.O. Wilson) e à filosofia (E.O. Wilson). Wilson), à antroposofia (Gehlen), às variantes mais prestigiadas e recentes da filosofia teórica (pense na obra de três volumes de Peter Sloterdijk, *Spheres*), até mesmo à neurociência e, em particular, à neurofisiologia (de P. D. McLean a G. Marcus): os limites psico-bio-evolutivos do homem não têm nada a ver com diferenças irrelevantes de raça. De fato, não há raças na espécie humana. O único problema real, na espécie humana como um todo, é que nossos cérebros veem e experimentam desconexões relativas, mas incômodas, entre as três camadas que compõem o cérebro reptiliano, o sistema límbico e o neocórtex.

O primeiro é ancestral, primitivo, territorial, passivo-agressivo. Imaginemos um réptil em seu “feudo”, o pântano. O olfato é seu sentido orientador e o perímetro de seu microcosmo é bastante restrito, mas ele não saberia como viver ou se imaginar em outro lugar. O sistema límbico, em uma aproximação boa e razoável, coincide com o estágio evolutivo do cavalo, isto é, com horizontes muito mais amplos, mobilidade muito maior e visão como seu principal sentido, fatores que o tornam mais flexível do que o olfato empoleirado, mas ainda sem um desenvolvimento neocortical significativo. Répteis e cavalos vivem em mundos reais, ou seja, *wirklich*, que eles aceitam, por assim dizer, da natureza, pois não podem alterá-la, nem podem descobri-la ou inventá-la, pois não podem processar símbolos e memes, já que esse processamento só é possível por meio do neocórtex do cérebro. Precisamente com o desenvolvimento do neocórtex cerebral, a espécie humana e sua sociedade adquirem a consciência de serem realidades *sui generis*, abstratas, artificiais e, ainda assim, reais: um avião, um trem ou um computador são, em todos os sentidos, tangíveis e reais e, ainda assim, não poderiam existir se não tivessem sido projetados artificialmente pelo neocórtex cerebral, dando origem a uma realidade não menos real do que a *Wirklichkeit*, mas com origens totalmente artificiais na mente humana. O *Sachlichkeit* abrange tanto as criações tangíveis (edifícios, armas, barcos a motor etc.) quanto as intangíveis (diplomas, índices comerciais e financeiros, roteiros etc.). A espécie humana é a única a experimentar sua *Sachlichkeit* e não apenas sua *Wirklichkeit*.

Vários paradigmas epistemológicos e disciplinas unificados pela abordagem evolucionária e de sistemas sociais complexos têm convergido para esse ponto desde pelo menos a década de 1960. Esses paradigmas destacam como o *Wirklichkeit* em cenários evolucionários indicou, acima de tudo, certos limites neurofisiológicos óbvios da natureza humana que, às vezes, são confundidos em nível social com os limites da evolução, que, de qualquer forma, avança inexoravelmente. Isso é demonstrado pelo cérebro reptiliano do modelo trino de P.D. McLean, amplamente adotado por McLuhan em *Il villaggio globale (A aldeia global)*, por L. Gallino em seu volume sobre o ator social e por A. Ardigò em *Per una sociologia oltre il postmoderno (Por uma sociologia além do pós-modernismo)*, onde Ardigò também

o adotou criticamente na interpretação proposta por Gallino. Ser genérico retorna explicitamente na *Teoria da Ação e da Complexidade* de G. Piazzini e, mais implicitamente, em *A Estratégia do Gene* (1983) de S.S. Acquaviva, cujas categorias de necessidades baseadas na sociogenética são da espécie humana e não de uma sociedade específica. A generalidade do homem e o caráter *sui generis* da *Sachlichkeit* das sociedades humanas também retornam nas ciências cognitivas: *Enlightenment Now!* de S. Pinker e os vários livros de D.C. Dennett atestam como a racionalidade, embora com todas as suas limitações, continua sendo o melhor timoneiro para a espécie humana enquanto ela navega pelos oceanos da experiência (também) perceptiva e emocional.

Até mesmo a genética e suas aplicações geo-histórico-sociais não oferecem um quadro muito diferente: é racional observar a recombinação intrínseca, contínua e incessante de genes e memes desde que o *sapiens* deixou a África para se aventurar no mundo então conhecido e alcançável. A percepção dessa recombinação corresponde a uma consciência do cosmopolitismo inerente da espécie humana. Essa consciência nasceu com o Iluminismo, mas com um mal-entendido fundamental na época: o cosmopolitismo era um ideal a ser alcançado, uma unificação do que estava separado na época, ao passo que uma consciência adequada no sentido cosmopolita consiste em abrir os olhos para as interconexões genéticas e meméticas que sempre envolveram toda a humanidade. A “típica” *Sachertorte* vienense nunca teria existido sem os nativos americanos, Cristóvão Colombo, Isabela e Fernando de Castela, mestres confeitores holandeses e bávaros etc. A geo-história e a sociologia dos genes e dos memes seguem trajetórias interdisciplinares que envolvem principalmente, mas não apenas, geneticistas. De R. Dawkins a L. L. Cavalli Sforza e L. Stuppia, onde a genética também ocupa um lugar cada vez mais proeminente entre as ciências de sistemas evolutivos complexos aplicados à análise e à modelagem política de desafios (ameaças, oportunidades) com impacto global que nossa espécie sempre enfrentou. O fato de que essas são recombinações genéticas é um dado adquirido para qualquer pessoa que tenha lido até mesmo Darwin; o fato de que são recombinações meméticas pode ser menos intuitivo. São precisamente L. L. Cavalli Sforza e R. Dawkins que introduzem o conceito de memes, que eles consideram o equivalente em transmissão cultural, horizontal e vertical, ao que os genes são em transmissão genética, horizontal e vertical. Assim como Dawkins, com *The Selfish Gene*, lançou o conceito de memes, N. Luhmann escreveu *Sociological Enlightenment*, seguido por *Social Systems* e, finalmente, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, três obras decisivas do mesmo autor, publicadas em pouco mais de duas décadas, até o ano anterior à morte de Luhmann (1998). Embora o conceito de memes não tenha sido introduzido no campo de Luhmann, suas obras abriram o caminho para a memética na sociologia. Um artigo bastante curto, mas decisivo, intitulado *Warum AGIL?* ou *Why AGIL?* foi um ataque frontal e perturbador ao conceito de sistema social formulado no final da década de 1940 e início da década de 1950 por T. Parsons e seu conceito de cultura como latência e cola da sociedade. Um ataque não menos importante a Parsons também se deve a P. De Nardis (1988) em seu *L'equivoco sistema*. Parsons, em *The Social System*, descreve não como o sistema social funciona *tout court*, mas como a sociedade americana funcionava, pelo menos em suas intenções, em antagonismo à sociedade soviética. Sociedades descomplicadas, baseadas em “valores éticos” que se consideravam o bem e o antagonista o mal em um reducionismo que parecia uma barragem abismal diante da complexidade oceânica do mundo.

Complexidades que tanto Luhmann quanto De Nardis (1988 e 1999) descarregam no esquema AGIL, a barragem parsonsiana da metáfora. Em poucas palavras, a barragem foi descrita por Parsons de acordo com quatro funções: Adaptação - recuperação e proteção dos recursos materiais: tarefa da medicina, da biologia e da economia; Integração: função normalizadora e integradora desempenhada pela lei; Definição de metas: das metas da sociedade como um todo, tarefa da política; Latência: socialização

progressiva da criança à sociedade, tarefa desempenhada pela família, pela escola e pela mídia de massa. De acordo com Parsons, aqui a criança deveria ter sido socializada desde cedo para os valores “bons e justos” que, ao internalizá-los, ela reencontraria como adulto e bom cidadão, formalizados nos direitos existentes e válidos como meio de integração do cidadão adulto e normal, claramente distinto do desviante.

Mais uma vez, uma abordagem reducionista que Luhman também atacaria em *The Lost Paradigm* ao negar, por razões óbvias de reducionismo e hipersimplificação, qualquer pretensão da ética de fundar a ordem social. Luhmann, e mais indiretamente De Nardis (1988 e 1999) e Bellasi (1987), falsificam a AGIL ao refutar a conexão entre latência e integração, de fato usando o modelo de transmissão horizontal e vertical também encontrado em Cavalli Sforza. Na realidade, a crítica à AGIL é horizontal, porque é bastante improvável que uma criança receba da família, da escola, da religião e da mídia de massa o mesmo pacote idêntico e imutável de valores de forma totalmente consistente. Isso poderia acontecer, na melhor das hipóteses, em uma ilha remota no oceano onde prevalece uma ditadura totalitária. Basta que a mãe e o pai divirjam em um único valor para que o modelo AGIL dê um salto horizontal. Supondo, por outro lado, que horizontalmente a transmissão tenha funcionado suficientemente, será que temos certeza de que verticalmente, diacronicamente, o modelo ainda será válido? Será que temos certeza de que os valores da infância serão a base das normas legais de quando formos adultos? A demografia, a tecnologia, o desenvolvimento e o sistema jurídico serão muito diferentes entre o cenário da criança e o da criança que se torna adulta e depois idosa. As tradições culturais como sequências rigidamente lineares inevitavelmente se desintegrarão. Isso não quer dizer que não haja transmissão, mas que não há reprodução automática do “idêntico”, mas sim recombinação entre fragmentos de tradições implodidas e fragmentos de novas concepções pelo neocórtex. Esses fragmentos em contínua recombinação são os memes. Se a pizza de abacaxi se tornar popular e um item obrigatório na dieta, pouco importa se sua origem é napolitana ou havaiana.

Portanto, as tradições culturais e a cultura não existem se forem entendidas como padrões lineares de reprodução que são essencialmente idênticos ou com variação mínima. Em vez disso, há recombinações meméticas nas quais o acaso e a necessidade se entrelaçam de forma dinâmica, processual e relativamente instável, gerando mutações recombinatórias e diferenciações de variedade, e não simples reproduções de densidade. Um processo que nenhum timoneiro pode governar e gerenciar de forma completa e integral (termos que se excluem mutuamente com relação ao que é complexo e, portanto, completo e integral nunca será), mas isso não é motivo para desistir do timoneiro, como ensina a cibernética de N. Wiener a H. Laborit. O primeiro, pai da disciplina, definindo o homem mais como uma chama do que como uma pedra em sua *Introdução à Cibernética*; o segundo, mostrando com seus estudos sobre a cidade como um sistema cibernético o poder evolutivo dos atratores de variedade e densidade genética e memética. Adotando a sintaxe e a semântica de sistemas sociais evolutivos complexos, a evolução é, portanto, a transição frequentemente caótica e turbulenta de cenários simples e complicados para cenários complexos e fáceis.

Alguns exemplos podem ajudar a esclarecer. Antes, porém, deixe-me esclarecer uma última passagem. Eu mencionei duas contribuições estratégicas, dois modos da Perestroika. A primeira foi tornar o Gagnet da ordem mundial claro e visível, a segunda, separar definitivamente o socialismo do comunismo. Eles, de fato, embora partam da mesma raiz ideológica “cada um de acordo com suas habilidades”, levam respectivamente a “cada um de acordo com sua necessidade” (comunismo) e a “cada um de acordo com seu trabalho” (socialismo, cf. Gorbachev, 1987: 128-132). E é a partir daí que se torna cada vez mais evidente que o capitalismo e o socialismo são dois lados da mesma moeda também

em termos de modos organizacionais (Schumpeter, 1970). Em Gegnet, eles são tão hibridizados que efetivamente descartaram codificações binárias simplistas, como direita/esquerda, e se concentraram na criatividade e na inovação (Gorbachev, 1987: 76) de baixo para cima, pedindo aos cidadãos que sejam designers ativos. Designers, ênfase: cidadãos proativos e proativos, não cidadãos críticos passivos-agressivos típicos do antigo comunismo de necessidades.

O Gegnet é, portanto, a ordem mundial composta por um número cada vez menor de Global Players cada vez maiores, embora não seja um jogo de soma zero e esteja aberto a soluções expansionistas, intangíveis e vantajosas para todos. Os vencedores, ou seja, aqueles que conseguem resistir à tempestade dentro de um período razoável de tempo e que conseguem seguir em frente com poucas reservas sobre o sistema; os perdedores, ou seja, aqueles presos em situações estruturais resultantes de erros de projeto (...), que buscam remédio em soluções que negam, ou pelo menos impedem, o funcionamento do sistema econômico global (Kissinger, 2015: 367). São aqueles que seguem o caminho do folclore local, da implosão autárquica, remontando a um passado idealizado e mitologizado que nunca existiu.

Erros de projeto, observe com atenção! Os bem-sucedidos, ao contrário, se expandem ao experimentar um sucesso evolutivo que é tão turbulento quanto empolgante. Citando Kundera: “uma vida no centro da história não é um piquenique” (2022: 32).

Mais precisamente no centro da geografia política (geopolítica Garfield 2013, Kaplan 2013 e 2022), a prevalência de modelos de transmissão horizontal sobre os verticais, exceto por uma sistematização do que pode ser reatualizado adaptando-o ao presente, deixou clara a falácia de qualquer tentativa de buscar significado no céu ou no túmulo (Dershowitz, 2001).

## **2 COMPLEXO É FÁCIL: PRINCÍPIOS SISTÊMICOS DO PROJETO DE GOVERNANÇA ESTRATÉGICA**

Os parlamentos, em teoria, seriam órgãos de tomada de decisões legislativas. Entretanto, a elaboração de uma lei é uma questão para especialistas em elaboração legislativa e hermenêutica jurídica. As leis tomam forma, portanto, nem sempre por meio do trabalho dos parlamentares, mas por meio do trabalho de especialistas nos bastidores. Por trás de qualquer político, que na verdade é um ator, há roteiristas (os mais variados lobbies: militar, religioso, de orientação sexual etc.) e o diretor com a equipe (spin doctors, redatores etc.). Como se projeta um político? Pelo menos desde a Paz de Westfália (1648) até a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), a Perestroika e os quatro volumes de *A Governança da China*, de Xi Jinping, tem se tornado cada vez mais evidente que a ordem mundial é o resultado de um projeto de “mesa” em vez de espontaneidade histórica. Desde as organizações mais colossais até as mini-empresas adhocráticas mais rápidas (para usar um termo caro a H. Mintzberg, 1996). Quando você erra no design, o erro se reproduz.

Aqueles que projetam errado, projetam errado de fato, como aconteceu na União Europeia entre seus órgãos intergovernamentais e seus órgãos supranacionais, cujo equilíbrio é errado e paralisante. Até que o projeto seja corrigido, como Kissinger também explica em seu livro *The World Order*, qualquer resultado eleitoral europeu será de pouca importância.

O objetivo do volume a seguir é oferecer uma introdução aos princípios epistemológicos, teóricos, metodológicos e técnicos da Modelagem de Políticas de Ordem Mundial (como De Nardis, 1999, a define). Como já foi mencionado, a política é um jogo de aparências composto por atores mais ou menos talentosos que pretendem se aproveitar do sentimento da *doxa*, jogando pavlovianamente com as emoções da opinião pública. É por isso que, seja qual for o problema, ela não consegue resolvê-

lo. É por isso que é a “dramatização do insignificante” (Dahrendorf, 1993). Os desafios globais que a espécie humana enfrenta atualmente, por outro lado, exigem cidadãos com uma grande quantidade de conhecimento qualitativamente confiável e válido, uma autoconsciência aguda de si mesmos no mundo e, finalmente, uma capacidade plena de formular problemas de forma clara e conceitual (definição de problemas) que identifiquem as soluções mais simples e mais complexas (solução de problemas). Isso significa discernir o que é fácil e complexo do que é complicado e simples.

A racionalidade humana é limitada, mas isso não significa render-se aos limites das percepções e da emocionalidade de uma economia não cognitiva que busca a solução mais simples só porque ela é, de fato, simples. O fato de que motoristas humanos e/ou automatizados podem cometer erros não é, de forma alguma, motivo para colocar um chimpanzé bêbado no volante, mesmo que seja amado pela maioria.

Vejam, portanto, em resumo, as características exigidas dos cidadãos globais para enfrentar os desafios da governança global e da WOPM em nosso tempo.

### **Princípio 1. Discernir o conhecimento do que não é conhecimento. O que não é conhecimento?**

Uma opinião, um sentimento, uma emoção, uma crença, um provérbio popular, um comportamento automático: tudo isso agora não tem mais sentido. Nada disso é conhecimento. O conhecimento, para ser tal, emerge de procedimentos terminológico-conceituais transparentes e não ambíguos (um pré-requisito para qualquer classificação e medição) e tem valor estratégico, aplicativo e de alto nível, generalizável, se não universal em um cenário sincrônico horizontal e global. O mundo muda e o conhecimento evolui com o passar dos anos, até chegar inevitavelmente à obsolescência e ser substituído por novos conhecimentos construídos por meio de procedimentos transparentes e da inequivocidade terminológico-conceitual. Ele tem um valor estratégico, aplicativo e altamente generalizável, se não universal. A velocidade com que o conhecimento é atualizado dentro dos modos descritos acima se torna estratégica e decisiva.

### **Princípio 2. Consciência profunda e aguda de si mesmo no mundo**

Cada um de nós vive quatro vidas simultaneamente: a) uma vida psicossocial (a do nosso eu interior e das nossas relações afetivas); b) uma vida à escala micro (o nosso bairro ou em todo o caso os locais onde nos sentimos em casa como um restaurante, um café, etc.); c) uma vida em mesoescala (eleições políticas nacionais, etc.); d) uma vida em macroescala (mercados financeiros e tecnologias globais, OMC, OMPI, ONU, OIT, OMS, OCDE, questões ecológicas, inteligência artificial, etc.). Todas elas têm em comum o fato de estarem aparentemente fora do controle das outras três vidas e, ainda assim, terem um poder de impacto sobre as outras três que não permite que se faça vista grossa. O mundo, de fato, está circunscrito a um horizonte que é, na melhor das hipóteses, meso, se não exclusivamente psicossocial e micro. Os cidadãos que estão conscientes de todos os quatro aspectos de suas vidas e não fogem em busca de soluções complicadas e simples (como buscar justificativas na história) são e serão os protagonistas de nosso tempo. Os outros se tornarão rebanhos a serem gerenciados emocionalmente e colocados nos currais construídos para eles por políticos ou gurus.

### **Princípio 3. Uma velocidade notável de discernimento entre o que é relevante e o que é insignificante**

Em primeiro lugar, distinguir entre o que é conhecimento e o que é ruído. Em segundo lugar, observar cada destino social em todas as nossas quatro vidas. Terceiro, a capacidade rápida de definir e resolver problemas complexos e fáceis. O complexo é fácil, como veremos no capítulo a seguir.

### **Princípio 4 O complexo é fácil de configurar e resolver**

Aqui apresento dois pares de conceitos: complexidade/complexidade e facilidade/simplicidade, que não definirei, mas ilustrarei com quatro exemplos: 1) o deserto. Um indivíduo se encontra andando a pé no meio do deserto, sem comida, água ou tecnologia. O sol bate violentamente e a temperatura ultrapassa os cinquenta graus centígrados; 2) o pescador. Um pescador tem uma pequena casa na praia e um pequeno barco com redes de pesca. Atrás de sua casa há uma pequena vila com banco, hospital e outros serviços essenciais. Em suma, ele tem “tudo o que precisa”; 3) o engarrafamento. Ninguém tem a intenção de criar um engarrafamento. Nem os motoristas, nem o Departamento de Transporte, nem o governo central. Na verdade, ele é um prejuízo tanto em termos ecológicos quanto em termos de sustentabilidade tout court. No entanto, os congestionamentos se formam diariamente; 4) um brunch metropolitano. Imagine que você está em uma rua principal de uma metrópole. É hora do almoço e você está com fome. Além da possibilidade de comer em casa, você também tem três grandes supermercados em um raio de duas quadras. Você também tem 40 cafês, restaurantes e bistrôs em sua vizinhança. Nesse momento, você tem meia hora para almoçar e voltar ao trabalho. Nesse dia, porém, você não tem vontade de cozinhar, então come fora. Você tem que escolher; na verdade, você é literalmente mimado pela escolha. Nesse momento, você começa a selecionar, excluindo: a) aqueles cuja culinária não lhe agrada; b) aqueles que lhe causam má impressão; c) aqueles que são educados, mas lentos; d) aqueles que são muito caros. E assim por diante. Isso leva alguns minutos, no máximo, mas geralmente trinta segundos são suficientes. Naquele dia, a pessoa escolhe o local X; amanhã, ela pode muito bem optar pelo local Y. Portanto, se você decidisse pelo local X hoje, isso seria uma redução contingente na complexidade, já que ela só pode ser reduzida contingentemente. E amanhã seu horizonte de escolha será amplo novamente.

### **Princípio 5. Elimine falsas soluções simples e complicada**

Os exemplos 1 a 4 estão na ordem do mais complicado e simples para o mais complexo e fácil. No primeiro, a margem de escolha do indivíduo na natureza selvagem existe, mas é muito pequena, enquanto no segundo, o pescador tem mais liberdade de manobra. No entanto, a vida do pescador está limitada a três quilômetros. Basta um evento imprevisto, como um grande maremoto, para que todo o seu mundo acabe. O brunch metropolitano, por outro lado, mostra um cenário eficiente de gerenciamento complexo e simples! Portanto, o exemplo 1 é de longe o caso mais complicado e simples, enquanto o exemplo 4 é o mais complexo e fácil. Se alguém perdesse o emprego, isso poderia ser uma tragédia absoluta em um cenário de escassez total como o 1 ou o 2. No entanto, não é o caso do cenário 4, em

que o envio oportuno de seu currículo poderia lhe proporcionar rapidamente um emprego equivalente, se não melhor.

Sua evolução e governança exigem um pensamento estratégico especialmente voltado para a definição e solução de problemas complexos e fáceis, que é a forma viável de inteligência em nosso planeta.

### **Princípio 6. Se não for estratégico, não será prático**

Lidar com linhas de pesquisa nas quais as ciências políticas e sociais da complexidade poderiam unir forças de forma interdisciplinar, sem qualquer pretensão de exaustão de minha parte, na verdade aplaudindo qualquer sinergia mais ampla precisamente porque defendo um pensamento estratégico fácil e complexo.

### **Princípio 7. A complexidade algorítmica resolve a antiga antinomia entre holismo e reducionismo**

Uma abordagem interdisciplinar dos desafios decisivos do impacto global é possível dentro de uma gestão estratégica da complexidade algorítmica que atua como uma hélice tripla entre as plataformas tecnológicas das ciências exatas, o fornecimento de conteúdo das ciências humanas e os sistemas sociais evolutivos e complexos (SSEC) de governança global desenvolvidos pelas ciências políticas e sociais.

A complexidade algorítmica gerenciada pelos SSECs evita a prolixidade vazia do ruído semântico confundido com outra coisa. A riqueza lexical das ciências humanas e o reducionismo tão caro às ciências exatas, que às vezes se esquecem de que a complexidade algorítmica é a formalização e a formulação de uma sequência em sua forma mais sintética, tornam-na um pouco simples e complicada demais.

### **Princípio 8. A autorreferencialidade dos sistemas complexos e a seleção do ruído ambiental**

Os sistemas sociais complexos são relativamente poucos em número e cada um é especificado por seu próprio código binário (com seu próprio esquema binário e generalização simbólica) e seu próprio programa. Em resumo, os sistemas sociais podem ser listados em ordem alfabética: Arte, Economia, Direito, Política, Religião e Ciência.

### **Princípio 9. Formas, como o estado, e mídias, como o dinheiro, são desprovidas de autorreferencialidade, portanto, não são sistemas**

Vimos o exemplo da forma de estado dentro do sistema jurídico acima e não vou me alongar mais. No entanto, os sistemas de mídia também não são. Uma mídia, nesse sentido, é no máximo a linguagem falada pelo sistema; no caso da economia, a linguagem é a do valor contado de qualquer coisa. O dinheiro é o meio simbólico que formaliza a comunicação do sistema econômico, não o sistema econômico.

Suponha uma fórmula, uma “equação”,  $a+b+c/3X= c(6x-a)$ . Não estamos interessados em desenvolver isso porque não se trata de um ensaio matemático. Em vez disso, estamos interessados em introduzir uma distinção: a fórmula/equação é uma forma, enquanto as letras, os números e os símbolos

que a compõem (a, b, c, X, 3, 6, = etc.) são mídias. Nem a forma nem a mídia são sistemas; o sistema de referência é a ciência, e ninguém afirma que uma fórmula é o sistema da ciência.

### 3 UM RESUMO INICIAL DOS PRINCÍPIOS COMPLEXOS E FÁCEIS DO PROJETO LEGISLATIVO E DA HERMENÊUTICA JURÍDICA PARA O WOPM

1. tenha em mente a Fórmula WOEP ou Princípio Zero;
2. na modelagem legislativa e de políticas, sempre opte pelas soluções complexas e fáceis de acordo com os princípios relevantes da introdução;
3. tenha em mente um projeto horizontal e federativo. Isso permitirá flexibilidade, simplificação e velocidade processual, de modo a tornar o texto legal o mais essencial possível em termos de complexidade algorítmica;
4. projetar legislativamente de acordo com modelos algorítmicos. Eles gerarão o mínimo possível de ruído semântico e, portanto, uma lógica organizacional enxuta (no sentido do *Lean Thinking*). Somente assim a burocracia poderá ser eficiente, reduzindo ao mínimo a restritividade administrativa local, que só gera entropia, desorganização e multiplicação de trabalho com valor agregado zero. Dessa forma, os custos organizacionais, econômicos e contratuais, conhecidos como custos transacionais de Williamson, poderiam ser reduzidos;
5. a linguagem jurídica se baseia em formalizações sintáticas e gramaticais da relação validade-eficácia (ou seja, teoria jurídica geral-sociologia jurídica) e somente sob essas condições o direito é tal. Se isso não tomar forma, a *reentrada da* subjetividade política poderia criar uma forte contingencialização do direito, que seria reduzido de conceitos e fatos a casualidades puramente políticas e, portanto, deixaria de ser direito;
6. nesse sentido, o legislador (que, em um futuro próximo, poderá ser a IA) e/ou o consultor legislativo operam em um nível puramente isotrópico, ou seja, de formalizar padrões operacionais que podem ser reproduzidos globalmente a partir de conceitos formulados de acordo com a complexidade algorítmica mais precisa possível;
7. como qualquer idioma, o direito possui várias formas comunicativas, mas sua racionalidade vem da lógica dedutiva, portanto, não há uma racionalidade científica interna específica do direito;
8. o acoplamento estrutural mais viável para dar racionalidade ao direito é aquele com a economia por meio da abordagem Law & Economics, cujo grande expoente é D. Friedmann (2004);
9. uso da lei como linguagem: a lei entendida como a matemática das ordens sociais e dos processos de institucionalização horizontalmente conduzidos em escala global.

### 4 PRINCÍPIOS DE LÓGICA ORGANIZACIONAL E PROJETO GEOPOLÍTICO E O WOPM

A lei é um produto abstrato e simbólico do neocórtex cerebral, portanto é um fenômeno totalmente *sachlich*. Embora em um nível etológico até mesmo os animais inferiores possam organizar, por exemplo, as regras do rebanho, as restrições naturais fazem com que as próprias regras sejam contextuais, operacionais e automáticas - como no caso do imprinting - enquanto a lei *sachlich* serve para conceituar e normalizar o abstrato e o ausente. Legisla-se sobre conceitos e fatos que são tão generalizáveis quanto possível para normalizar e gerenciar casos que (ainda?) não surgiram.

Se formos à raiz da ciência jurídica (Falzea, 2008), acreditou-se por algum tempo que o direito

se originou na natureza e, mesmo antes disso, nos deuses. Entretanto, este meu pequeno livro não é uma introdução à história do pensamento jurídico. É precisamente por esse motivo que só extrairéi do passado o que ainda é estritamente necessário, sistematizável e viável na fase de planejamento jurídico do WOPM. Tanto os teólogos jurídicos quanto os advogados naturais se dissolvem em um paradoxo: para expandir a vontade divina ou os direitos naturais por meio da lei, ambos precisam que a lei se torne abstrata, artificial, *sachlich*, positiva, formalizada.

Aqueles que apóiam essa tese são chamados de legal-formalistas ou positivistas jurídicos. Eles estão cientes do niilismo inerente a qualquer construção jurídica que seja, por si só, desprovida de justiça ou verdade. O triunfo do jusformalismo ocorreu por volta de 1608 com a publicação de *De Jure Predae*, de Grotius, que, para resolver uma disputa de comércio marítimo (e pirataria) entre a China, a Holanda e Portugal, de fato encontrou uma solução jusformalista. As bases “históricas” do formalismo jurídico podem ser encontradas no tratado de Kant sobre a *Paz Perpétua* (1795), um esboço engenhoso do que mais tarde se tornaria a ONU, no pensamento de von Savigny, no Universalismo Incondicional de Rudolf Stammler e, finalmente, nos *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934) de Hans Kelsen (1881-1973).

É justamente a partir das *Diretrizes que iniciarei* minha análise concisa do formalismo jurídico, sem o qual a consultoria em estratégia legislativa jamais teria existido. Não vivemos em um vácuo, somos feitos de passado e presente. Do passado, extraímos seletiva e sistematicamente o mínimo necessário para viver agora e olhar para o futuro. Em *Lineaments*, Kelsen lança uma mensagem poderosa e aparentemente contracorrente em 1934, o ano seguinte à ascensão de Adolf Hitler ao poder. De acordo com Kelsen, o direito é abstrato, artificial, formalizado e universalizável. Se o direito natural ou o direito teológico eram, em essência, baseados antropologicamente em nível local, a partir de Kelsen o direito é formalizado e modelado como a matemática da sociedade (Pitasi, 2023a), isto é, como uma linguagem entre as ciências sociais políticas equivalente à linguagem matemática entre as ciências exatas. Hoje falamos de direito transnacional e supranacional, e é bem sabido que a concepção do direito tem cinco modelos básicos: institucional, internacional (também chamado de intergovernamental), federal, supranacional e sistêmico-constitutivista:

1. o modelo institucional, por meio do qual os estados-nação, governos regionais e pouco mais são projetados. Esse foi o principal modelo entre os séculos XVII e XVIII. Ele ainda pode ser usado em pequena escala, mas atualmente flui para esquemas geralmente rígidos e burocráticos;
2. o modelo internacional teorizado pelo neokantiano Kelsen e que levou à criação da ONU. Um modelo revolucionário para sua época, mas insuficientemente sistêmico hoje;
3. o modelo federal pode ser entendido de duas maneiras: a) o modelo lockiano original da ordem mundial indefinidamente componível e recomponível. Essa concepção ainda é viável; b) como um modelo específico que, por exemplo, com esquemas mais centralizados ou descentralizados, hoje conota os EUA e o Brasil como federações e a Rússia e a Suíça como confederações;
4. o modelo supranacional da autoridade máxima corresponde ao design criativo, inovador e problemático da atual UE. Discutirei isso detalhadamente;
5. é a cifra teórica de todo o meu ensaio. Ela permite que os outros quatro modelos sejam remodelados e reconfigurados, recombinao-os instrumentalmente em um projeto completamente *sachlich*.

Obviamente, porém, a questão é mais complexa do que isso. Por exemplo, todos os cinco modelos são constelações intangíveis de significado abstrato (Normann, 2002), ou seja, têm limites

mutáveis, carecem de ontologia material, são compostos principalmente de espaço vazio que oscila entre Grossraum, um grande espaço, ainda indistinto e moldável, e as pequenas nações, conforme definido por Milan Kundera (2022) em seu ensaio de 1967 recentemente republicado. O que Kundera quer dizer com pequena nação? “É uma pequena nação que a qualquer momento pode ver sua existência questionada, que pode desaparecer e está ciente disso” (Kundera, 2022: 62-63). Como os estados-nação são formas e não sistemas (Luhmann 1990a, 1995a e 1997a), eles estão igualmente sujeitos a esse desaparecimento. Da mesma forma que os antigos impérios coloniais ou a URSS. Portanto, hoje está bem claro que a unidade elementar “pequena nação” é sinônimo da própria nação, independentemente das características geopolíticas ou geográficas dessa nação.

Hoje, cada estado-nação é um resquício meramente formal da Paz de Westfália (1648). Ela projetou uma ordem mundial viável para a época, que, no entanto, hoje está obsoleta, dada a diferença entre crescimento (tangível, concreto, específico, “físico”, cf. Smil, 2022) e desenvolvimento (intangível, abstrato, universal, artificial, formalizado, interconectado e essencialmente ilimitado).

A diferença era desconhecida na época, tanto que nem mesmo a bolha das tulipas mencionada anteriormente foi uma lição sobre o fato de que os ciclos intangíveis de desenvolvimento têm seu próprio processo (Goudsblom, 1994). Esse planejamento é certamente possível, mas em um nível que é, precisamente, abstrato, artificial e positivo de abertura ilimitada para o possível (Gegnet). A fragilidade e a transitoriedade das nações derivam de sua própria rigidez subjetivamente conotativa. Como vimos nas páginas anteriores, o cosmopolitismo é intrínseco à nossa evolução como espécie. Se cada contexto local quisesse fazer para si apenas o que lhe é típico, logo se veria sem nada em suas mãos. Por exemplo: sem Américas, sem tomate “mediterrâneo”. Por esse motivo, também, a produção legislativa local é uma solução ruim inspirada em um raciocínio perdedor: já que o ar está poluído e os ventos o carregam para todos os lugares, é melhor colocarmos um saco plástico intacto em volta da cabeça e fechá-lo bem, bem fechado. A resposta a essa “solução” é o design e a escala transsoberanos altamente alavancados em suas formas construtivistas e sistêmicas. Essas formas podem se recombinar tanto vertical quanto horizontalmente e revelar um enorme potencial de hibridização sistêmica. A esse respeito, os princípios da lógica organizacional de Mintzberg (1996: 243) são inestimáveis para a compreensão dessa hibridização sistêmica e evolutiva entre cinco modelos que Mintzberg (1996: 416-435) inicialmente considerou estarem em conflito entre si devido às suas diferentes direções funcionais, mas que depois percebeu a convergência dos cinco modelos que apresento aqui em síntese extrema. Eu os apresento como a Pentapartição de Mintzberg:

1. a estrutura simples governada diretamente pela liderança estratégica e caracterizada por uma forte centralização. Em essência, o modelo institucional mais simplista;
2. a burocracia mecânica trata da padronização dos processos organizacionais gerenciados por uma tecnoestrutura com relativa descentralização horizontal. É nesse ponto que a revolução kelseniana se encontra em sua época;
3. a burocracia profissional na qual as capacidades são padronizadas e gerenciadas por um núcleo operacional a partir do qual se desenvolve uma crescente descentralização vertical e horizontal. Um modelo federal toma forma aqui;
4. a solução divisional com sua padronização de resultados, seu gerenciamento a partir da linha intermediária com descentralização vertical limitada torna esse modelo obsoleto hoje, se usado exclusivamente. No máximo, ele pode ser acoplado estruturalmente à lógica em um modelo institucional simples;

5. a adhocracia trata da adaptação mútua facilitada por uma equipe de apoio que ativa a descentralização seletiva. Ela se adapta bem à variante federal lockiana, a partir da qual pode ser redesenhada em uma escala supranacional sistêmico-construtivista, convergindo o transnacional para o supranacional, de modo que propriedades sistêmicas *sui generis* surjam irreversivelmente unificando a *unitas multiplex* do design para superar os limites das organizações internacionais sujeitas à contingência.

## 5 AS CINCO ARMADILHAS A SEREM EVITADAS

As armadilhas em questão mostram alguns dos desvios na ciência social política que, nas décadas de 1970 e 1980, poderiam ter gerado, e de fato geraram, volumes que hoje são completamente irrelevantes para essas ciências vivas. Talvez interessante para os historiadores da disciplina, guardiões da memória como legítima.

1 a deriva da discursividade filosófica, crítica, ideológica e normativa. Se uma teoria não assume uma forma estratégica, ela é apenas um discurso, não uma teoria, muito menos uma teoria científica.

2 o desvio técnico-operacional dos dados que falam por si mesmos. Qualquer pessoa que tenha assistido a qualquer exame de metodologia de pesquisa política e social sabe que os dados que falam por si só rimam com a leitura de borras de café, embora disfarçados por formas aparentemente supertécnicas.

3 a tendência populista do pensamento crítico, não no sentido kantiano, mas no sentido advocatício. Uma teoria científica que confunde epistemologia e objeto já está dissolvida desde o início.

4 o desvio estético-expressivo-subjetivo, por diferentes razões, segue o caminho do pensamento crítico. Por outro lado, a sociologia que usa a estética como heurística criativa-imaginativa à la Wright Mills certamente tem um escopo diferente.

5 o desvio populista do senso comum: assim como qualquer pessoa com um coração batendo não é necessariamente um cardiologista, e qualquer pessoa com um teto sobre a cabeça não é necessariamente um engenheiro de construção, qualquer pessoa que viva em sociedade também não é necessariamente um sociólogo.

## 6 PRINCÍPIOS CONCLUSIVOS E COROLÁRIOS

1 a percepção de que toda operação de observação é, ao mesmo tempo, uma construção que descreve, constrói, molda e inventa. A pesquisa, especialmente quando aplicada, pode ser ideologicamente neutra, mas ainda assim é uma definidora de tendências.

2 qualquer pesquisa sem a ilusão de objetividade absoluta tem na consistência, convergência e transparência de seu processo até os resultados sua melhor garantia de qualidade, confiabilidade e reprodutibilidade. É legítimo desconfiar de qualquer atividade de consultoria estratégica e de ensino superior que não seja baseada em pesquisa.

3 grande atenção aos cinco modelos de design legislativo e como eles se encaixam na Pentapartição de Mintzberg.

4 com o mesmo objetivo estratégico, mantenha o W (=Williamson) contratual, econômico e, acima de tudo, organizacional o mais baixo possível.

5 evolução horizontal das plataformas globais, facilitando a lição de TZD e R. Triffin (1997)

“Unity makes Peace”.

6 a construção da observação também constrói e molda a “caixa”, o contexto, no qual o sujeito cujo comportamento observamos se move e sobre cuja influência exercemos ou gostaríamos de exercer.

7 a observação fenomenológica, por outro lado, serve para dar voz, por meio da empatia, ao sujeito observado, permitindo que ele narre as coisas como elas são do seu ponto de vista, de acordo com sua experiência, percepções e emoções.

8 o construtivismo, o comportamentalismo e a fenomenologia são epistemologias e heurísticas, não fés confessionais ou doutrinas ideológicas e, portanto, têm um significado estratégico e instrumental, não ontológico.

## BIBLIOGRAFIA

- Acquaviva S. S. (1983). *La strategia del gene*. Roma-Bari: Laterza.
- Alexy R. (2012). *Teoria dei diritti fondamentali*. Bologna: Il Mulino.
- Ammassari P. (1992). *Saggi metodologici*. Milano: FrancoAngeli.
- Ardigò A. (1980). *Crisi di governabilità e mondi vitali*. Bologna: Cappelli.
- Ardigò A. (1988). *Per una sociologia oltre il postmoderno*. Roma-Bari: Laterza.
- Ardigò A. *In* N. Luhmann (1989). *Comunicazione ecologica*. Milano: FrancoAngeli.
- Atlan H. (1986). *Tra il fumo e il cristallo*. Firenze-Torino: Hopefulmonster.
- Attali J. J. (2016). *Breve storia del futuro*. Roma: Fazi.
- Banfield E. (2010). *Le basi morali di una società arretrata*. Bologna: Il Mulino.
- Baraldi C.; Corsi G.; Esposito E. (2002). *Luhmann in glossario*. Milano: FrancoAngeli.
- Beck U.; Giddens A.; Lash S. (1999). *Modernizzazione riflessiva*. Trieste: Asterios Editore.
- Beck U. (2003). *La società cosmopolita*. Bologna: Il Mulino.
- Beck U. (2008). *Costruire la propria vita*. Bologna: Il Mulino.
- Beck U. (2017). *La metamorfosi del mondo*. Roma-Bari: Laterza.
- Berger P. L.; Luckmann T. (1997). *La realtà come costruzione sociale*. Bologna: Il Mulino.
- Bellasi P. (1987). *Il paesaggio mancante*. Bologna: Cappelli.
- Bodin J. J. (1756). *De La Republique*. Paris-London: Veuve Quillau.
- Carta Winter L. A. (Ed, 2020). *MERCOSUL, MERCOSUR e seu cotidiano social, economico e juridico*. Curitiba: Instituto Memoria.
- Chaitin G. (2006). *Teoria algoritmica della complessità*. Torino: Giappichelli.
- Chan Kim W., Mauborgne R. (2015). *Strategia Oceano Blu*. Milano: Rizzoli.

- Chan Kim W., Mauborgne R. (2017). *Oceano Blu. Cambiare oltre la competizione*. Milano: Rizzoli.
- Chevallier J. J. (1968). *Le grandi opere del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino.
- Chevallier J. J. (1989). *Storia del pensiero politico. L'Età moderna (Vol. 2)*. Bologna: Il Mulino.
- Cipolla C. (1998). *Il ciclo metodologico della ricerca sociale*. Milano: FrancoAngeli.
- Cipolla C. (2009). *Darwin e Dunant*. Milano: FrancoAngeli.
- Cipolla C. (2018). *Heidegger. Un'interpretazione sociologica*. Milano: FrancoAngeli.
- Collins R. (1992). *Teorie sociologiche*. Bologna: il Mulino.
- Cominelli L. (2016). *Cognizione del diritto*. Milano: FrancoAngeli.
- Costituzione Italiana. Aggiornato alla legge costituzionale 11 febbraio 2022, N.1. Testo disponibile all'indirizzo web <https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione.pdf>.
- Dahrendorf R. (1990). *Riflessioni sulla rivoluzione in Europa*. Roma-Bari: Laterza.
- Dahrendorf R. (1991). *Per un nuovo liberalismo*. Roma-Bari: Laterza.
- D'Alessandro L. (1994). *Regola giuridica e regola di verità*. In M. Foucault, *La verità e le forme giuridiche*. Napoli: La città del sole.
- D'Alessandro L., a cura di (2005). *Conoscere per innovare*. Napoli: Loffredo.
- Dahrendorf R. (1990). 1989. *Riflessioni sulla rivoluzione in Europa. Lettera immaginaria a un amico di Varsavia*. Roma-Bari: Laterza.
- Dahrendorf R. (1993). *Per un nuovo liberalismo*. Roma-Bari: Laterza.
- Dawkins R. (2002). In Blackmore S. (2002), *La macchina dei memi*. Milano: Instar Libri.
- Dawkins R. (2004). *Il cappellaio del diavolo*. Milano: Raffaello Cortina.
- Dawkins R. (2009). *The Selfish Gene*. London: Oxford University Press.
- Dawkins R. (2016). *Il racconto dell'antenato*. Milano: Mondadori.
- Dawkins R. (2022). *Il gene egoista. La parte immortale di ogni essere vivente*. Milano: Mondadori.
- Deaton A. (2015). *La grande fuga*. Bologna: il Mulino.
- De Kerkchove D., a cura di (1993). *Brainframes*. Bologna: Baskerville.
- Delattre P. (1984). *Teoria dei sistemi ed epistemologia*. Torino: Einaudi.
- De Nardis P. (1988). *L'equivoco sistema*. Milano: FrancoAngeli.
- De Nardis P. (1999). *Sociologia del limite*. Roma: Meltemi.
- Dennett D. C. (2004a). *L'evoluzione della libertà*. Milano: Raffaello Cortina.
- Dennett D. C. (2004b). *L'idea pericolosa di Darwin*. Torino: Bollati Boringhieri.

- Dennet D. C. (2017). *Strumenti per pensare*. Milano: Raffaello Cortina.
- Dershowitz A. (2001). *Rights from Wrongs*. Torino: Codice.
- De Sousa Santos B. (2017). *A difícil democracia*. Sao Paulo: Boitempo Editorial.
- De Swaan A. (2015). *Reparto assassini*. Torino: Einaudi.
- Downing D. (2009). *Dictionary of Mathematics Terms*. New York: Barron's.
- Durkheim E. (2008). *Le Regole del metodo sociologico*. Torino: Einaudi.
- Eco U. (1964). *Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*. Milano: Bompiani.
- Eibl Eibelsfeldt I. (1992). *L'uomo a rischio*. Torino: Bollati & Boringhieri.
- Eibl Eibelsfeldt I. (1996). *I fondamenti dell'etologia umana*. Milano: Adelphi.
- Eibl Eibelsfeldt I. (2007). *Amore e odio*. Milano: Adelphi.
- Falzea A. (2008). *Introduzione alle scienze giuridiche*. Milano: Giuffrè.
- Fernandes Manzano J. A. (2013). *Regole comunicazione del capitalismo accademico*. Napoli: Loffredo.
- Fernandez Manzano J. A. (2014). *Un estado global par un mundo plural*. Madrid: Siglo Veinteuno.
- Ferone E. (2013). *Regole e comunicazione del capitalismo accademico*. Napoli: Loffredo.
- Friedmann D. D. (2004). *L'ordine del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Friedman L. (2002). *La società orizzontale*. Bologna: Il Mulino.
- Galgano F. (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Garfield S. (2013). *On the map*. New York: Profile Books.
- Giovanni Paolo II (1994). *Varcare la soglia della speranza*. Milano: Mondadori.
- Giovanni Paolo II (2005). *Memoria ed identità*. Milano: Rizzoli.
- Giovanni Paolo II (2010). *Tutte le encicliche*. Milano: Bompiani.
- Golding M. P.; Edmunson W. A. (2005). *The Blackwell guide to the Philosophy of law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell.
- Gorbaciov M. S. (1987). *Perestrojka*. Milano: Mondadori.
- Gorbaciov M. S. (1989). *La casa comune europea*. Milano: Mondadori.
- Gorbaciov M. S. (2020). *What is at stake now*. Cambridge: Polity.
- Gumplowicz L. (1983). *La Lutte des races, recherches sociologiques*. Paris: Guillaumin &CO.
- Gumplowicz L. (1985). *Aperçus Sociologiques*. Paris: Maloine.

- Goudsblom J. (1994). *Fire and civilization*. London: Penguin.
- Hardy G. H. (2002). *Apologia di un matematico*. Milano: Garzanti.
- Hobbes T. (1985). *Leviathan*. London: Penguin.
- Hughes R. (2003). *La cultura del piagnisteo*. Milano: Adelphi.
- Jimenez Ruiz J. (2014). *El orden juridico multinivel entre los paradigmas de libertad y seguridad*. Madrid: Cuadernos del el Congreso de los Diputados.
- Kant I. (2013). *Per la pace perpetua*. Milano: Feltrinelli.
- Kaplan R. D. (2013). *The revenge of geography*. New York: Random House.
- Kaplan R. D. (2022). *Adriatico un incontro di civiltà*. Venezia: Marsilio.
- Kelsen H. (1981). *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Kelsen H. (2000). *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Kissinger H. (2015). *L'ordine mondiale*. Milano: Mondadori.
- Krugman P. (2009). *Il ritorno dell'economia della depressione*. Milano: Garzanti.
- Kundera M. (2022). *L'occidente prigioniero*. Milano: Adelphi.
- Kuznets S. (1973). *Tecnologia, popolazione, sviluppo*. Bologna: il Mulino.
- Kuznets S. (1990). *Popolazione, tecnologia, sviluppo*. Bologna: Il Mulino.
- Lakoff G.; Nunez R. E. (2005). *Da dove viene la matematica*. Torino: Bollati Boringhieri.
- László E. (1998). *Terzo Millennio: la sfida e la visione*. Milano: Corbaccio.
- László E. (2008a). *Il pericolo e l'opportunità*. Roma: Aracne.
- László E. (2008b). *Worldshift*. Milano: FrancoAngeli.
- Leydesdorff L. (2006). *Knowledge Based Economy*. New York: Universal Publishers.
- Llovet J. (2012). *Adios a la universidad el eclipse de las Humanidades*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Locke J. (1998). *Secondo trattato sul governo*. Milano: Rizzoli.
- Lowi T. J. (1999). *La scienza delle politiche*. Bologna: Il Mulino.
- Lowi T. J. (2009). *Arenas of Power*. Boulder: Paradigm Publishers.
- Luhmann N. (1983a). *Come è possibile l'ordine sociale?* Roma-Bari: Laterza.
- Luhmann N. (1983b). *Illuminismo sociologico*. Milano: Il Saggiatore.
- Luhmann N. (1988a). *Warum Agil?* In *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 40, 1: 127.

- Luhmann N. (1988b). *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag.
- Luhmann, N. (1989). *Ecological Communication*. Chicago: University of Chicago Press.
- Luhmann N. (1990a). *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Bologna: il Mulino.
- Luhmann N. (1990b). *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Luhmann N. (1990c). *Essays on Self Reference*. New York: Columbia University Press.
- Luhmann N. (1993). *Come stanno le cose? Cosa ci sta dietro? Le due sociologie e la teoria della società*. In «Teoria sociologica», nr. 2/93, Milano: FrancoAngeli.
- Luhmann N. (1995). *Organisation und Entscheidung*. Opladen: WDV.
- Luhmann N. (1997a). *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt-Main: Suhrkamp Verlag.
- Luhmann N. (1997b). *Globalization of World Society: How to conceive of Modern Society?* In *International Review of Sociology*. 7,1: 67.
- Luhmann N. (1999a). *Essays on Self-Reference*. New York: Columbia University Press.
- Luhmann N., Schorr K.E. (1999b). *Il sistema educativo. Problemi di riflessività*. Roma: Armando.
- Luhmann N. (2000). *La realtà dei mass media*. Milano: FrancoAngeli.
- Luhmann N. (2002). *Theories of Distinction*. Stanford: Stanford University Press.
- Luhmann N. (2006a). *Il paradigma perduto*. Roma: Meltemi.
- Luhmann N. (2006b). *Osservazioni sul moderno*. Roma: Armando.
- Luhmann N. (2007). *La sociedad de la sociedad*. México: Herder.
- Luhmann N. (2008, IV ed.). *Rechtssoziologie* Vs Verlag Fur Sozialwissenschaften. Wiesbaden.
- Luhmann R. (1990). *Essays on Self Reference*. New York: Columbia University Press.
- Luhmann R., De Giorgi R. (1992). *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli.
- MacLean P. D. (1984). *Evoluzione del cervello e comportamento umano*. Torino: Einaudi.
- Maggioni G. (2008). *Percorsi di sociologia del diritto*. Napoli: Liguori.
- Mammarella G. (1990). *Da Yalta alla Perestrojka*. Roma-Bari: Laterza.
- Marradi A. (2007). *Concetti e metodo per la ricerca sociale*. Firenze: La giuntina.
- Marradi A. (2007). *Metodologia delle scienze sociali*. Bologna: Il Mulino.
- McInerny D. Q. (2004). *Being Logical*. New York: Random House.
- McLuhan M. (1983). *Gli strumenti del comunicare*. Milano: Il Saggiatore.
- McLuhan M. (1989). *The Global Village: Transformations in World Life and Media in the 21st Century*.

Oxford: OUP Oxford.

McLuhan M. (1967). *Gli strumenti del comunicare*. Milano: Il Saggiatore

Medwed D. S. (Ed.) (2017). *Wrongful convictions and the DNA Revolution*. Cambridge: Cambridge University Press.

Merton R. K. (2000). *Teoria e struttura sociale*. Bologna: Il Mulino.

Mintzberg H. (1996). *La progettazione dell'organizzazione aziendale*. Bologna: Il Mulino.

Montesquieu (2013). *Lo spirito delle leggi*. Milano: Rizzoli.

Münch R. (2008a). *Akademische Kapitalismus*. Frankfurt: Suhrkamp.

Münch R. (2008b). *Globale Eliten und Lokale Autoritaeten*. Frankfurt: Suhrkamp.

Normann R. (2002). *Ridisegnare l'impresa*. Milano: Etas.

Nowotny H. (2007). *Curiosità insaziabile*. Torino: Codice editore.

Ohmae K. (1996). *La fine dello stato-nazione*. Milano: Baldini& Castoldi.

Oliveira Veira G. (2020). *O Mercosul Social – Integracao e paradiplomacia*. In Carta Winter L.A., *Mercosul – Mercosur e seu cotidiano social, economico e juridico*. Curitiba: Instituto Memoria.

Ortega y Gasset J. (2000). *L'uomo e la gente*. Roma: Armando.

Parsons T. (1965). *Il sistema sociale*. Milano: Edizioni di Comunità Pitasi A., Ferone E. (2008). *Il tempo zero del desiderio*. Milano: McGraw-Hill.

Pascuzzi G. (2013). *La creatività del giurista*. Bologna: Zanichelli.

Pascuzzi G. (2017). *Il problem solving nelle professioni giuridiche*. Bologna: Il Mulino.

Piaget J. (2000). *L'epistemologia genetica*. Roma-Bari: Laterza.

Piazzi G. (1989). *Teoria dell'azione e complessità*. Milano: FrancoAngeli.

Pinker S. (2017a). *Come funziona la mente*. Roma: Castelvecchi.

Pinker S. (2017b). *Il declino della violenza*. Milano: Mondadori.

Pinker S. (2018). *Illuminismo adesso*. Milano: Mondadori.

Pitasi A. (2003). *Universi Paralleli. Saperi della pubblica amministrazione, cambiamento sociale e stili di vita dei cittadini*. Milano: FrancoAngeli.

Pitasi A. (2007a). *Sfide del nostro tempo*. Roma: Aracne.

Pitasi A. (2007b). *Un seimiliardesimo di umanità*. Milano: Guerini.

Pitasi A.; Ferone E. (2008a). *Il Tempo Zero del Desiderio. Una strategia evolutiva per l'economia e la società della conoscenza*. Milano: Mc Graw Hill.

- Pitasi A., a cura (2010a). *Regole e Finzioni*. Milano: FrancoAngeli.
- Pitasi A. (2010b). *Teoria sistemica e complessità morfogenetica del capitalismo*. Roma: Aracne.
- Pitasi A. (2012a). *Hypercitizenship and the Management of Genetic Diversity*. *World Futures Journal*. 68,4-5: 314.
- Pitasi A. (2012b). *Ipercittadinanza*. Milano: Franco Angeli.
- Pitasi A. (2013). *Hypercitizenship and the Evolution of a Global Identity*. *Journal of Sociological Research*. 4, 2: 314. DOI: 10.1080/02604027.2012.679571.
- Pitasi A. (2014a). *The metaconvergence spiral rethinking sociological working styles systemically*. *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*. 4, 9: 160. DOI: 10.6007/IJARBSS/v4-i9/1145.
- Pitasi A. (2014b). *The Sociological Semantics of Complex Systems* in *Journal of Sociological Research*. 5, 1: 203. DOI: 10.5296/jsr.v5i1.5953.
- Pitasi A. (2015). *A Systemic Approach to Hypercitizenship*. In Bonazzi M., Di Simone V. (eds), *Redesigning Worldwide Connections*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing.
- A. Pitasi; Bonazzi M.; Ferone E. (2017a). *Systemic Research Design and Key Global Changes*. In Fabó E., Ferone E., Ming Chen J, *Systemic Actions in Complex Scenarios*. Cambridge: Scholars Publishing.
- Pitasi A.; Stuppia L.; Ferone E.; Manzoli L.; Ruzzeddu M. (2017b). *The Infector Stigma: Centralizing Health Policies in an Age of Global Migration Flows*. In Qudrat-Ullah H., Tsisis P. (Eds), *Innovative Healthcare Systems for the 21st Century*. Berlin: Springer. DOI:10.1007/978-3-319-55774-8\_5.
- Pitasi A.; Ferone E. (2017c). *1978-1989 Le radici socio-politiche dell'ipercittadinanza*. In Petroccia S., a cura di, *Between Global and Local*. Bologna: Esculapio.
- Pitasi A.; E. Ferone (2017d). *Il legislatore come stratega globale*. In Petroccia S., a cura di, *Between Global and Local Cultural Changes Vol 2*. Bologna: Esculapio
- Pitasi A. (2017e). *Systemic evolution*. In Petroccia S., a cura di, *Between Global and Local Citizenship and Social Change Vol 1*. Bologna: Esculapio.
- Pitasi A (2017f). *Hypercitizenship beyond methodological nationalism*. In Petroccia S., a cura di, *Between Global and Local Citizenship and Social Change*. Bologna: Esculapio.
- Pitasi A. (2017g). *Methodologically Designing for hypercitizenship*. In Petroccia S. (a cura) *Between Global and Local Citizenship and Social Change*. Bologna: Esculapio.
- Pitasi A. (2021a). *The Hypercitizen World Game*. Paris-Torino. L'Harmattan.
- Pitasi A. (2021b). *Evoluzione e conoscenza*. Roma: TAB.
- Pitasi A. (2021c). *Everything is Amsterdam*. Bologna: Fabbri.
- Pitasi A. (2023a). *La matematica della società*. Roma: Tab.

- Pitasi A. (2023b). The Ggnetssoziologie manifesto. *Central European Political Science Review*. 91, 24: 27.
- Pitasi A. (2023c). *Complejo es facil*. Buenos Aires: OAD.
- Pitasi A. (2023d). *Lo sguardo smeraldo di Amsterdam*. Buenos Aires: OAD.
- Popper K. R. (1970). *Logica della scoperta scientifica*. Torino: Einaudi.
- Popper K. R. (1972). *Congetture e confutazioni 2 voll*. Bologna: Il Mulino.
- Popper K. R. (1973-74). *La società aperta e i suoi nemici*. Roma: Armando.
- Rehbinder M. (1982). *Sociologia del diritto*. Padova: Cedam.
- Ritzer G. (1993). *The Mcdonaldization of Society*. London: Sage.
- Ritzer G., Ryan M.J. (2011). *A Concise Encyclopedia of Sociology*. Oxford: Wiley-Blackwell.
- Rousseau J. J. (1966). *Il contratto sociale*. Torino: Einaudi.
- Sabine G. H. (1979). *Storia delle dottrine politiche*. Milano: ETAS.
- Schauer F. (2017). *La forza del diritto*. Milano: Mimesis.
- Schmitt C. (1981). *Il custode della costituzione*. Milano: Giuffrè.
- Schmitt C. (2015). *Stato, grande spazio, nomos*. Milano: Adelphi.
- Schmitt C. (2007). *Posizioni e concetti*. Milano: Giuffrè.
- Schumpeter J. A. (1970). *Capitalismo, socialismo, democrazia*. Milano: ETAS.
- Schur E. (1970). *Sociologia del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Schurmann R. (1995). *Dai principi all'anarchia*. Bologna: Il Mulino.
- Seabright P. (2005). *In compagnia degli estranei*. Torino: Codice.
- Slaughter S.; Leslie L. (1997). *Academic Capitalism*. Baltimore-London: The John Hopkins University Press.
- Slaughter S.; Rhoades G. (2004). *Academic Capitalism and the New Economy*. Baltimore: The John Hopkins University Press.
- Sloterdijk P. (2014). *Sfere I*. Milano: Raffaello Cortina.
- Sloterdijk P. (2014). *Sfere II*. Milano: Raffaello Cortina.
- Sloterdijk P. (2015). *Sfere III*. Milano: Raffaello Cortina.
- Smil V. (2022). *How the World Really Works: A Scientist's Guide to Our Past, Present and Future*. New York: Viking.
- Sokal A.; Bricmont J. (1997). *Imposture intellettuali*. Milano: Garzanti.

Sustainable Development Goals. 17 Goals to Transform Our World. Texto disponibile all'indirizzo web: <https://www.un.org/sustainabledevelopment>.

Spencer-Brown G. Laws of Form. Leipzig: Bohmeier Verlag.

Stengers L. (2005). Cosmopolitiche. Roma: L. Sossella Editore.

Stewart T. A. (1999). Il Capitale intellettuale. Milano: Ponte alle Grazie.

Stewart T. A. (2002). La Ricchezza del Sapere. L'organizzazione del capitale intellettuale nel XXI secolo. Milano: Ponte alle Grazie.

Toffler A., Toffler H. (2010). La rivoluzione del benessere. Roma: Casini Editore.

Toscano M. A. (1993). Liturgie del moderno. Positivisti a Rio de Janeiro. Lucca: Pacini Fazi.

Touraine A. (1978). Per la sociologia. Torino: Einaudi.

Touraine A. (1993). Critica della Modernità. Milano: Il Saggiatore.

Triffin R. (1997). Dollaro, euro e moneta mondiale. Bologna: Il Mulino.

Turri M. (2011). L'università in transizione. Milano: Guerini e Associati.

von Foerster H. (1987). Sistemi che osservano. Roma: Astrolabio.

von Hayek F. (2001). La denazionalizzazione della moneta. Milano: ETAS.

Weber M. (2008). La scienza come professione. Milano: Bompiani.

Whyte W. H. (1956). The Organization man. New York: Simon and Schuster.

Wright Mills C. (1966). Colletti Bianchi. Torino: Einaudi.

Wright Mills C. (2018). L'immaginazione sociologica. Milano: il Saggiatore.

# THE UNITED STATES SUPREME COURT'S NEW CONSERVATIVE SUPERMAJORITY: A CONSTITUTIONAL COUNTER-REVOLUTION?

Augustus Bonner Cochran, III\*

\* Adeline A. Lorigans Professor of Political Science Emeritus, Agnes Scott College, Atlanta, Georgia, USA. He received his doctorate in political science from the University of North Carolina-Chapel Hill and his juris doctorate in law from Georgia State University. He is author of *Sexual Harassment and the Law: The Mechelle Vinson Case* (University Press of Kansas, 2004) and *Lochner x Nova Iorque: O Caso dos Padeiros Que Trabalhavam Demais* (Editora Juruá, Curitiba, 2022). He would like to thank Luiz Eduardo Gunther, Marco Antonio Villatore, and the Revista of the Tribunal Regional do Trabalho of Region 9 for their kind invitation to submit this article for publication. Thanks also to PPGD Coordinator Gustavo Silveira Siqueira, Judge João Renda Leal Fernandes, and the Universidade do Estado do Rio de Janeiro for their hospitality and generosity in inviting him to be visiting professor first semester of 2023. He also wants to thank the participants in his UERJ course, "A Suprema Corte dos EUA e as Diferentes Visões Alternativas sobre a Constituição," for their interest and insights about U.S. constitutional law.

Recebido: 01/08/2023

Aprovado: 16/08/2023

## 1 U.S. CONSTITUTIONAL LAW: CHANGE AMIDST CONTINUITY

The United States has the oldest written constitution in the world. Its staying power has proved remarkable, with the same brief document (fewer than ten printed pages) serving as the nation's fundamental law since 1787 with only twenty-seven amendments (the first ten adopted immediately after its adoption, the three most important modifications coming after the Civil War in mid-19<sup>th</sup> century, and merely 11 ratified in the twentieth century, none after 1992). The basic principles embodied in the constitutions have remained constant, with separation of powers along with checks and balances and federalism shaping the basic structures of government. The meanings of these principles, however, have evolved, and the distribution of power within government has shifted radically over time. Evolving doctrines reflect the role of the courts in interpreting the constitution, an authority established by the Supreme Court, rather than explicitly stated in the constitution's text.<sup>1</sup> This role as interpreter, along with an independent judiciary enjoying lifetime tenure and a highly political selection process (all federal judges are nominated by the President and confirmed by a majority of the Senate) combine to create a federal judiciary with not only significant legal authority but also potent political power. The apex of the courts' power is the exercise of judicial review: federal courts are empowered to rule statutes and actions of the other branches of government and of the states unconstitutional and hence void. The Court's interpretive authority has doubtless contributed to the constitution's longevity, allowing flexibility of legal doctrines for a rapidly changing society.

## 2 THE CURRENT CONJUNCTURE: INCREMENTAL CHANGE, A NEW CONSTITUTIONAL CYCLE, OR A CONSTITUTIONAL COUP?

Given the institutional arrangements of U.S. government, constitutional change by judicial interpretation is normal, so it is no surprise that constitutional law is change and that judges are the agents of that change.

Ironically, even the advocates of originalism, who claim to interpret constitutional provisions according to their meanings supposedly fixed in 1787, in effect practice a form of “living constitutionalism” by seeking to alter stable meanings of various constitutional provisions by court decisions.<sup>ii</sup> Yet the current conservative originalists do not conceive of themselves as updating constitutional meanings to fit the present, but rather their self-defined task is to restore the original, unchanging meanings that have been corrupted by past liberal courts – in effect, to resurrect the “Constitution in Exile” (so named because the predominant jurisprudence of the last decades has supposedly substituted liberal interpretations for the true, timeless principles embedded in the original document).

The current conjuncture in constitutional law is the result of several decades of struggle by a conservative legal movement.<sup>iii</sup> Despite early disappointments, based on assuming that merely appointing conservatives to the judiciary could fundamentally reorient constitutional law, this movement learned that radical change required creating new institutions, such as think tanks and the incredibly effective Federalist Society, and a new professional culture. Beginning with Nixon’s presidency, judicial appointments have been overwhelmingly Republicans nominated by Republican presidents (14 out of 19 appointments since 1970), and the Supreme Court clearly shifted from the liberalism of the Warren Court to the right, beginning tentatively during the Burger years (1969 – 1985) and picking up speed under Chief Justice Rehnquist (1985 – 2005). Yet conservative goals remained unmet – at the time of Rehnquist’s death in 2005, abortion remained legal (if restricted); affirmative action was upheld (begrudgingly and temporarily); gun control laws (weak and ineffective though they were) had not been struck; religious liberty still balanced a somewhat tempered free exercise clause with a complex and context-dependent establishment clause; and deregulation was growing, but the so-called administrative state still seemed viable. After 18 years of the Roberts court, however, all of the main goals of the conservative legal movement had been, or were in the process of being, achieved.<sup>iv</sup>

Yet some liberal observers retained their faith in Chief Justice Roberts as a moderating force on the Court, acting, as he had in upholding the constitutionality of Obamacare,<sup>v</sup> as a drag on the more radically conservative justices. The Chief Justice’s image as an institutionalist, diluting decisions in order to maintain the Court’s credibility by issuing more moderate rulings that appear less “political,” was further burnished this term by decisions rejecting more far-fetched conservative assaults on Section 2 of the Voting Rights Act and claims to exclusive power over national elections proposed by the independent state legislatures theory, supposedly confirming his grip on the Court despite the Trump-created six-to-three conservative supermajority.<sup>vi</sup> More critical observers, however, noted moderate decisions represented only a sprinkling among the spate of extremely conservative decisions handed down this term as well as last, but also that even these “defeats” contained less visible victories for conservative goals.<sup>vii</sup> In fact, most of the conservatives’ unadulterated victories have only been accomplished in the last two years of the Chief Justice’s long tenure, after his position as swing vote was undermined by the three new justices added to the Court by Trump, establishing a six-to-three conservative “supermajority” which rendered Roberts’ vote superfluous for conservative outcomes.<sup>viii</sup>

Rather than Roberts successfully circumscribing the new supermajority’s right turn within the normal channels of limited, evolutionary change,<sup>ix</sup> the Court at present seems to be poised to make a radical break with the dominant constitutional paradigm of legal liberalism, established during the last decisive turning point in constitutional history, 1937. This view comports with theories of constitutional jurisprudence that understand that history as exhibiting cycles characterized by decades of doctrinal stability punctuated by decisive turning points in the Supreme Court’s understanding of the country’s basic legal framework. Such constitutional “moments” (Ackerman), sometimes seen as

anti-oligarchic (Fishkin and Forbath) or republican (Pope), or simply as cycles (Balkin), have recurred periodically throughout history, in effect producing multiple constitutions instead of one continuous one, given that the understanding of the original document changed so dramatically after convulsive political upheavals.<sup>x</sup> Such bold moments of constitutional change probably both reflect and affect the underlying convulsions, perhaps aiding in breaking the logjams retarding progress in the political system. If so, the United States appears primed for such a break. The current political alignment is widely recognized as polarized and stagnant; actually, the recently proposed concept of calcification better captures the extreme dysfunctionality of U.S. politics.<sup>x1</sup> Though such determinations are difficult at close range, perhaps the time is ripe for a new cycle of constitutional law and a decisive break in U.S. politics – although the content and even the direction of such changes remain impossible to predict with any certainty, depending on the outcome of numerous struggles, including the invincibility of the conservative Supreme Court supermajority vs. the reaction of reforms to reign in the Court.

### 3 SUPREME COURT IDEOLOGIES AND CONTENDING CONSTITUTIONAL VISIONS

To unmask the ideology of contemporary justices of the Supreme Court as well as to surface the political visions enshrined in constitutional jurisprudence, it is helpful to take a brief tour through at least the most recent cycles of constitutional law.

After the Civil War (1861-1865), three key amendments fundamentally reshaped not only American society but also the original constitution of 1787. The thirteenth amendment abolished slavery; the fifteenth amendment assured that the right to vote could not be abridged because of race (formally, although it was superseded by rampant discrimination in practice); and most importantly, the fourteenth amendment, which aimed to guarantee full and equal citizenship to the recently emancipated ex-enslaved persons by assuring that no state could deny the privileges or immunities of national citizenship, the due process of law, or the equal protection of the laws. Almost immediately, however, the conservative Supreme Court began to dilute these protections for formerly enslaved people while applying them to expand the rights of corporations.<sup>xii</sup> Toward the end of the nineteenth century, rapid social changes, particularly the proletarianization of the native working class, as small farmers and crafts workers lost their properties and were forced into factory work; urbanization; conglomeration of competitive businesses into giant corporations (“trusts”); and immigration, combined to provoke various reform movements of populist, progressive, or socialist tendencies. The legislative reforms enacted by these social movements in turn evoked a reaction from the courts in defense of capital, white supremacy, and entrenched elites. The epitome of racist reaction came in *Plessy v. Ferguson*, the 1896 case in which the Supreme Court gave its imprimatur to legalized segregation, holding that Jim Crow laws did not violate the equal protection of the fourteenth amendment because they were “separate but equal.”<sup>xiii</sup> But the paradigmatic instance of judicial hostility to social reform, specifically labor protections, came with *Lochner v. New York*.<sup>xiv</sup> To remedy the horrendous conditions in which bakers labored in New York City tenements, the state legislature unanimously passed the Bakeshop Reform Act limiting bakers’ hours to 10 per day/60 per week. Challenged by a bakery owner, the law was struck by the U.S. Supreme Court as a violation of liberty of contract, seen as included in the “liberty” protected by the fourteenth amendment, although contractual liberty is not mentioned explicitly in the constitution. Although recognizing that states have “police powers” to legislate for the health, safety, welfare, and morals of the community, the majority of five justices believed that the Bakeshop Act was not a reasonable application of legitimate police powers. Two dissenting opinions, garnering four dissenting votes, attacked the decision as an

invalid use of raw political power: relying on substantive due process to create a non-existing right to contract; exhibiting extreme judicial activism in substituting the policy judgments of the justices for the will of an elected legislature; being formalistic in ignoring the reality of unhealthy working conditions; and falsely upholding equality against “class legislation” (protecting one group’s interest against another’s) while resulting in protections for owners against workers’ rights. Although not all reforms were invalidated as unconstitutional at the end of the 19<sup>th</sup> and beginning of the 20<sup>th</sup> centuries, enough were so that *Lochner* came to be viewed as representative of the Supreme Court’s vision and rulings during this period, nicknamed the “*Lochner* Era” (roughly 1897 – 1935).<sup>xv</sup>

Even if the Court was not consistently conservative but rather oscillated in its decisions during this epoch, critics used *Lochner* to capture the many flaws they detected in the Court’s jurisprudence. And significantly, when Franklin Roosevelt was elected president during the Great Depression, the Court was still dominated by four solidly conservative justices (the “Four Horsemen”) who generally commanded a majority relying on a couple of swing votes to defeat the minority liberals. This rigidly conservative Court ignored the popular support for Roosevelt’s reform and relief programs and struck down the major pillars of the New Deal. Enjoying a popular mandate in the landslide elections of 1936, FDR proposed to reform the Court by creating generous retirement packages for justices over 70 and ½ years old and allowing the president to nominate an additional justice to the court for every justice who failed to avail themselves of the offer (a plan that could have added up to six new justices to the nine already on the bench). Although the number of justices is not fixed in the constitution and has varied from five to ten, and despite FDR’s overwhelming popularity and backing for the New Deal, the plan failed to garner political support. Whether or not resulting from the threat to pack the court, however, a sufficient number of justices changed their thinking, and voting, or retired to fundamentally alter the Court’s decisions.<sup>xvi</sup> The jurisprudence of the *Lochner* era, based on activist judges enforcing formal equality, property rights, and limited and decentralized government, yielded to a new era of New Deal liberalism emphasizing judicial restraint fostering civil rights and liberties, social reforms, more egalitarian policies, and an activist and enlarged welfare state – an abrupt and fundamental transformation dubbed the “Constitutional Revolution of 1937.” This “paradigm shift”<sup>xvii</sup> established New Deal liberalism as the predominant approach to understanding constitutional language for a generation or constitutional cycle, marginalizing alternative constitutional visions. But challengers to this liberal orthodoxy have gathered force in recent decades and have succeeded, or at least are appearing to succeed so far, in mounting a constitutional “counter-revolution” portending a sharp break with liberal legalism and the adoption of competing constitutional perspectives.

Legal Liberalism: The “legal liberalism” that dominated U.S. constitutional law from 1937 until recently was complex and naturally developed with the evolving nature of society and its constitutional conundrums. Initially, its strongest hallmark was its commitment to judicial restraint; in reaction to the activist conservatism of anti-reformist judges during the *Lochner* Era, New Deal justices preached and practiced restraint in the exercise of judicial review, allowing almost any regulatory legislation to pass constitutional muster. In the famous *Carolene Products* Footnote Four, the Court announced that it would no longer second-guess elected governments’ regulation of the economy (as long as they were enacted for legitimate goals and employed reasonable means – the so-called “mere rationality” test), but it would scrutinize policies more skeptically in three instances: 1) when the legislation infringed on fundamental rights protected by the constitution; 2) when the law restricted democratic procedures; or 3) when the law invidiously affected vulnerable minorities. The reasoning behind this decision was that elected governments, not unelected judges, should make policies and that citizens unhappy with

these policies could use democratic processes (elections, lobbying, etc.) to challenge them. In the three instances described in Footnote Four, however, litigation would have to substitute for normal democratic procedures because 1) the fundamental legal rights that undergird democratic politics might be denied to citizens; 2) the procedures by which the popular will is determined were potentially being distorted; or 3) some “discrete or insular” minorities are subject to discrimination that in effect renders them a “permanent minority” with no chance of winning majority support for their interests.<sup>XVIII</sup> In these instances, the Court would apply “strict scrutiny” – the government would have to demonstrate that the law aimed to achieve a “compelling” (not merely legitimate or even important) interest and that the means employed were necessary (sometimes described as “narrowly tailored” or “least burdensome possible” and not merely “rational” or “substantially related”). In other words, the liberal Supreme Court renounced the *Lochner* Era Court’s prioritization of economic rights of contract and property, based on its underlying vision of a constitution that protected a laissez-faire version of capitalism, and instead focused on protecting civil rights and liberties but allowing regulations appropriate for welfare state (or “modern”) capitalism. The Court’s permissive view of federalism, based on a generous interpretation of the national government’s powers under the commerce clause, also continued the trend, rapidly expanded during the New Deal and even more so to fight World War II, of a growing and active national government, the so-called administrative state.

After World War II, however, the Court increasingly moved into areas affecting social policies. Having fought against the abominable racism of fascism, the racial discrimination embodied in legal segregation in the South’s Jim Crow system came under more vigorous attack. The movement for civil rights for racial minorities, initially Southern blacks, compelled the court to be more activist in its exercise of judicial review in overturning popularly enacted laws enforcing the separation of the races and endorsing discrimination against African Americans. The Warren Court declared racial segregation unconstitutional (overruling *Plessy*) in *Brown v. Board of Education* and its progeny; waded in to the “political thicket” in requiring reapportionment based on “one man, one vote”; dramatically expanded the procedural rights of criminally accused defendants; adopted rules protecting the free exercise of minority religions while restricting the establishment of majority Christianity (most controversially rejecting prayers in public schools); and found a privacy right not explicitly named in the text of the constitution. The trend continued even after Nixon appointed four justices, instituting a more conservative Burger Court: women’s equality rights were strengthened, and the 1973 *Roe v. Wade* decision held that constitutionally protected privacy included the right to decide to terminate pregnancy.

Justifying this activist agenda was the liberals’ determination to be “realistic” about both the consequences of legal decisions and the necessities of modern capitalist democracies. Proposed by Progressive critics of the *Lochner* Era courts’ formalism, legal realism argued that law should be more enlightened and effective by taking into account the social context of legal disputes as well as formal rules, recognizing that, as Justice Holmes famously stated, that “the life of the law has been not logic, but experience.”<sup>XIX</sup> In fact, it can be argued that the difference between 20<sup>th</sup> century, New Deal liberalism and the classical laissez-faire liberalism of the 19<sup>th</sup> century is not so much a philosophical disagreement, with the theoretical roots of both anchored in Locke’s emphasis on individual rights and limited government, but rather an empirical dispute over whether a “small” or “big” government can best protect individuals given the facts of modern life. With judges who no longer blocked reforms but rather legitimated active regulatory and welfare policies, who actively protected civil rights and civil liberties, and who were willing to accommodate legal interpretations and precedents compatible with a vigorous modern capitalist state, liberals came to view the courts as key instruments of social change. In fact, Kalman

makes this article of faith the defining characteristic of legal liberalism, using the term to refer to “trust in the potential of courts, particularly the Supreme Court, to bring about ‘those specific social reforms that affect large groups of people . . . policy change with national impact.’”<sup>XX</sup>

Conservatism: Although FDR’s policies were widely popular, producing Democratic majorities in Congress and mostly Democratic Presidents for at least four decades after the Depression, the New Deal was never truly accepted by powerful elites.<sup>XXI</sup> Still, New Deal liberalism was hegemonic among moderate conservative politicians, for example, President Dwight Eisenhower, and even legal conservatives accepted the progressive critiques of *Lochnerism* as illicitly using substantive due process to justify an anti-majoritarian judicial activism. Beginning with Barry Goldwater’s resounding defeat for president in 1964 and culminating in Ronald Reagan’s triumph in 1980, however, conservatism was transformed as a “new right” surfaced these seeds of reaction against New Deal liberalism. Arguing that the welfare state had run its course, and in fact was harming progress, undermining individual flourishing and liberty, perhaps even containing the seeds of totalitarianism, the newly energized conservatives instituted a series of governmental rollbacks and reorientations that came to be known as neoliberalism. Reaganism, following the same playbook as Thatcherism in Britain, enacted privatization, deregulation, tax cuts, and anti-union measures, while bolstering military spending. Although its rhetoric, like its 19<sup>th</sup> century version of liberalism, glorified the minimal state, this set of neoliberal policies was unlike classical liberalism in entailing more of a redeployment than a reduction of the state’s role.<sup>XXII</sup>

The new conservatism soon manifest itself within a newly energized conservative legal movement that had many reverberations with *Lochnerian* jurisprudence, including a reorientation of individual rights from emphasizing civil liberties and rights to revaluing economic rights. Seen through the more libertarian eyes of contemporary conservatism, government regulations are viewed as inherently coercive, while the market is valued for its responsiveness to individual choice (again, this liberating view of the market vs. liberal’s beliefs that government can enhance individual freedom is founded as much in different readings of modern reality as in philosophical principle). This shift was accompanied by a renewed view that the role of government in the economy was limited not just as a matter of policy but by the constitution, and that the national government’s role was severely constrained by states’ rights. Equality was seen, as by Jacksonian egalitarianism, as same treatment, and conservative judges adopted the formalistic view that the constitution was “colorblind.” Going beyond formal equality of opportunity was construed as government redistribution of wealth, in effect the government choosing sides in social competition and ensuring “special rights” for favored groups. These more libertarian ideals did not always comport easily or logically with classical (“Burkean” after the 18<sup>th</sup> century British thinker Edmund Burke) conservatism, with its emphasis on traditional social hierarchies, law and order, and religion, but various practical accommodations were continually being constructed and revamped.<sup>XXIII</sup> A final contradiction, and sure sign that the current conservative ambition seeks more than to merely moderate liberalism but rather aims to return to a “Constitution in Exile,” is the evolving views on the right of judicial review. Whereas “old conservatives” such as law professors such as nixed Supreme Court nominee Robert Bork and Chief Justice William Rehnquist accepted the anti-*Lochner* doctrine of judicial restraint, and centered the evils of judicial activism as the main axis of their criticisms of liberal courts, the “new” conservatives have begun to recognize that judicial activism, meaning at least the rejection of disfavored precedents and the invalidation of much welfare state social and economic legislation, will be necessary to overthrow the New Deal regime and restore a legal and political order resembling that of the pre-1937 *Lochner* Era. While conservative politicians continue to berate liberals for “liberal judicial activism,” and conservative judges still adhere at least verbally to judicial restraint,

new conservative academics are beginning to broach the need for a more activist conservative judicial role and even to preach the resurrection of *Lochner* as valid constitutional law.<sup>XXIV</sup>

Civic Republicanism: One final vision of constitutionalism is worth noting, although this approach lacks the political heft of liberalism and conservatism. This vision operates at the margins of the political arena, stemming mainly from a revival of “republicanism” among law professors in the 1990s, but currently enjoying a second wave of interest.<sup>XXV</sup> Before dismissing this vision as purely academic and politically insignificant, it is well to recall the influence of the Federalist Society, which began as a club for conservative law students; one should also notice that of republicanism is little known today, adherents argue that it once had a major place in the way Americans understood the constitution, including the founding generation, but persisting throughout U.S. history.<sup>XXVI</sup> If this claim is correct, it implies that even though the explicit language and concepts of republicanism enjoy little visibility, its basic values resonate deeply with traditional American ideology, and in fact, many adherents to progressive politics seem to implicitly advocate republican ideas without recognizing it as a coherent alternative to liberalism and conservatism.<sup>XXVII</sup>

Civic republicanism is less hyper-individualistic than liberalism, whether in its 19<sup>th</sup> or 20<sup>th</sup> century version. Rather than seeing people as isolated atoms, it recognizes that individuals are embedded in social relations and structures, giving republicanism more of a sense of community and of the public than competing visions. Republicans also de-emphasize the split between private and public spheres, a schism so crucial to liberalism. They recognize that politics and economics cannot be sharply separated; as James Harrington, an 18<sup>th</sup> century British republican stated, “power follows property.” This insight leads republicans to stress the necessity of equal citizenship, which requires some limits to economic inequality for a republican form of government. Thus, republicans such as Ganesh Sitaraman stand neo-Lochnerian conservatism on its head, agreeing that the constitution does necessarily entail a political economy and not just political procedures as legal liberals contend, but the republican version of constitutional political economy is the opposite of that envisioned by *Lochner* – not a laissez faire inegalitarian market but an economy with egalitarian limits imposed politically.

Republicans, however, do not advocate equality at the price of liberty, because they do not conceive of liberty and equality as being opposing values requiring some tradeoff, as do liberals. Instead, some measure of equality is a prerequisite of real liberty because republicans define freedom not in negative terms as freedom from interference but rather more positively as independence, lack of dominance or subordination. They also recognize that private parties and social structures as well as government can be sources of domination.<sup>XXVIII</sup> Republicans value choice, but recognize that subordinate status, and not just interfering behavior, can limit choices.<sup>XXIX</sup> If liberty means being free of subordination to the arbitrary will of another, republicans thus place great value on citizenship and democracy, so that citizens can enjoy self-government not only as individuals but as participants in making the laws in a free state. This self-governing democracy, in turn, demands much of citizens: that they be virtuous (not in a moralistic individual sense that defines that word today) in the sense of being devoted to the common good and willing to exercise the duties of citizenship. The great danger to republics is seen as corruption, not merely bribery but the subversion of the general public interest by partial private interests, a corruption that historically has given rise to oligarchies and demagoguery and spelled the end of free republics. Many of these ideas have influence in the contemporary American public sphere, even if the coherent vision of republicanism remains largely unarticulated beyond the academy.

The New Supermajority: Justices appointed by Republican Party presidents have been numerically predominant throughout the decades since the Warren Court in the 1960s. Since 1970,

Republican presidents have nominated almost three-quarters (14 of 19) of new justices although the country has been led by Republican presidents only about 60% of this time. In fact, there has not been a majority of Democratic-appointed justices since the Warren Court – the Burger, Rehnquist, and Roberts Courts have all had Republican majorities, although Republican appointed justices did not always vote along conservative lines (e.g., Brennan, Stevens, Souter, and even Blackmun and Kennedy) until recent times. Courts in recent years have often featured a liberal-conservative split along a four-to-four alignment with a moderately conservative Republican playing the role of swing vote (Powell, O’Connor, Kennedy, and even Roberts providing the “vote of Minerva”). This pattern was broken as the Republican Party turned sharply to the right after the rise of the Tea Party in 2010. Senator Mitch McConnell first blocked President Obama’s nomination of Merrick Garland during the last year of Obama’s term, then powered through the confirmation of Amy Coney Barrett in the waning days of the Trump lame duck presidency, to produce a “supermajority” of six solidly conservative votes (Thomas, Roberts, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, and Barrett) to three reliably liberals (Kagan, Sotomayor, and Jackson).<sup>xxx</sup>

For several reasons, it is difficult to match justices’ votes with political ideologies, or even with the constitutional visions discussed above. In the first place, cases present concrete legal issues, not more abstract political principles. Also, several justices, especially the Trump and Biden appointees, have not served long enough to establish clearly discernable voting patterns. Finally, various political and strategic factors, both internal and external to the Court, influence position taking and voting. Still, the six-three conservative-liberal pattern is crystal clear. Moreover, within the conservative bloc, there appears to be a less obvious, more fluid but nonetheless apparent division between more moderate conservatives (Roberts, Kavanaugh, Barrett) versus more extreme conservatives (Gorsuch, Thomas, and Alito). The difference among conservatives appears to be less a matter of substantive ideology or policy and more a question of strategy. The moderates prefer taking a slower, more incremental approach to changing constitutional doctrine, believing that a minimalist strategy will prevent the Court from appearing too “political,” thus risking the loss of legitimacy as a purely legal institution with the public. The justices in the more extreme bloc seem more impatient with this gradualist strategy, apparently believing that now is the moment to redeem the “lost constitution” of pre-Warren Court (or even Lochnerian) days and that the majority should “strike while the iron is hot” to remedy the constitutional heresies introduced by the “Constitutional Revolution of 1937.” To the extent that the more extreme wing can bring the “moderates” along to form solidly conservative majorities, the current supermajority threatens to roll back the constitutional law paradigm of the last eight decades in a conservative “counter-revolution.”

#### 4 NOVEL METHODS OF INTERPRETATION

Central to the conservative legal movement has been not only a more libertarian substantive vision of law but also advocacy of a method of interpretation as the one valid way to understand the constitution and other legal texts: originalism. Despite its claims to be the true traditional approach, originalism as adopted by the conservative legal movement is actually quite new, dating from the Reagan era. In the 1980s, Reagan’s Attorney General Edwin Meese and Justice Department lawyers began to harshly criticize the Warren Court and legal liberals for adopting the concept of a “living constitution,” one whose proper meaning would necessarily change with the times and corresponding social changes. In place of this flexible way of understanding constitutional provisions, originalists claimed that the only legitimate meaning was the meaning attributed to the constitution’s words by its authors. That understanding would not change; if circumstances changed such that application of the original provisions

were not appropriate, the proper solution was to amend the constitution (or pass a new statute, if the text being interpreted was legislation), not to allow judges to modify the meanings according to their notion of what was suitable law in contemporary cases. The great virtue of this method touted by its advocates was its objectivity – the meaning of the text was fixed in the words as written by the authors themselves, independent of the subjective opinions and values of the judge applying the law. Practicing this method would produce results that were more stable and predictable, as well as valid and ultimately more democratic (since the meaning would flow from authors with some claim to represent popular sovereignty, since constitutions are popularly ratified and statutes are passed by elected legislators) compared to the variable, unforeseeable, and potentially idiosyncratic results stemming from unelected judges applying a variety of eclectic methods (including not only trying to discern original intent but also interpreting the words themselves, following precedents (*stare decisis*), discerning the purpose of the provision, including as shaped by the overall structure and purpose of the document, balancing various values, and pragmatically assessing the consequences of alternative rulings).

It soon emerged, however, that there was not one originalism but two: the old, or original originalism, argued that the true meaning of the text was to be found in what the authors, or framers if interpreting the constitution, intended the document to mean. Hence they looked for evidence of intent – whether in legislative histories, news accounts, statements in public and private documents, etc., trying to get inside the minds of the authors. Justice Antonin Scalia was a harsh critic of this original intent approach, however, pointing out that intent was subjective and nebulous. Not only is it difficult to know the true intent of another person (not to mention persons dead for over two hundred years), but sometimes people do not know their own intentions, let alone act consistently with them for a variety of reasons. Scalia and others promoted a new originalism, or textualism, that argued for focusing exclusively on the words of the text and trying to understand the meaning of those words as the authors would have understood them at the time they wrote them, that is, the public meaning of the words when written.<sup>xxxI</sup>

The difference between old and new originalism was on full display in *Bostock v. Clayton County*<sup>xxxII</sup> in which the issue was whether Title VII of the Civil Rights Act of 1964 prohibits discrimination based on sexual orientation or gender manifestation. Both authors of majority and minority opinions claimed to be using originalism but arrived at contrary conclusions. Justice Gorsuch, writing for the Court, focused on the text of Title VII that prevents discrimination in employment “because of . . . sex.” His majority opinion asserted that these words are manifestly broad enough to include sexual orientation and an individual’s presentation of gender, since both are aspects of the ample understanding of the word “sex.” Justice Alito, however, wrote in his dissent that it is impossible to imagine that the members of Congress who passed the Civil Rights Act in 1964 had intended to forbid discrimination other than between men and women and certainly had had no intention to protect homosexuals or other gender non-conformists. So focusing on the words of the statute, the text itself, as opposed to the minds of the authors, the intent of the legislators, produced results diametrically opposed to each other, rather than one, supposedly objective, interpretation.

Critics of originalism level a battery of charges against the supposed merits of this method of interpretation. Among other problems, skeptics doubt that the original intent of the framers of the constitution can be known, that there is sufficient evidence of their intent (or intents – since people are rarely of one mind, and there were multiple authors with conflicting views, and it is not even clear who the “authors” were – the fifty-five who attended the drafting constitution, including or not sixteen attendees who failed to sign it, or the thousands who attended ratifying conventions, including or not those who opposed or reluctantly endorsed the new constitution). And what about the absence of intent?

Could the framers in 1787 had an intent about speech issues on the internet? Or a right to possess semi-automatic weapons? More serious than purely methodological critiques are those who question the democratic claims of originalists – do we really want to be governed by the values and understanding of the elite white males, including many intricately implicated in slavery? – and the practicality of abiding by the constraints adopted over two centuries ago – can a government limited by a constitution adopted a century before the industrial revolution in this country respond effectively to climate change caused by modern industry? In the end, the critics chafe against the notion of living “under the dead hand of the past.”

Textualism, or the new originalism, suffers from many of the same methodological shortcomings as original intent. Ultimately, however, because of the ambiguity inherent in the English language (not unique to English, however), the method proves to be subjective; meaning relies on choices – choices as basic as which portions of text to analyze, for example<sup>xxxiii</sup> - made by the interpreter, not on meaning objectively embedded in words themselves. Professor Reva Siegel argues that originalism is not really one thing, a method of interpretation, but really two: a methodological approach and a political movement. Originalism as methodology, warts and all, has its supporters and detractors, but its main political appeal to supporters is that it claims to be objective, an approach that only expert practitioners, such as judges, can apply to understand the constitution and other legal texts. Thus, originalism both excludes broader, more democratic participation in establishing the meanings of law while it also veils the subjective and conservative values prioritized by originalists as they assert their substantive visions of law, a practice Siegel derisively labels “living originalism.”<sup>xxxiv</sup>

## 5 RECENT DECISIONS, NEW DOCTRINES

A brief survey of some of the most salient decisions rendered by the Supreme Court in recent years, especially the key opinions announced at the ends of court terms in June of 2022 and 2023, serves to highlight the dramatic influence of the new supermajority on various areas of law, especially constitutional interpretations.

Labor and Employment: The Supreme Court has a long tradition of hostility to workers and especially to unions. In fact, arguably one of the principal purposes of passing the National Labor Relations Act (NLRA) was to remove employment relations from the realm of judge-decreed common law to the domain governed by legislation adopted by a popularly elected body. Arguably, judges have been “deradicalizing” labor law ever since,<sup>xxxv</sup> although conservative Congressional majorities, as with the enactment of the Taft-Hartley and Landrum-Griffith amendments, as well as conservative presidents from Eisenhower to Trump, exercising their power to shape the National Labor Relations Board (NLRB) through appointments, have aided the rightward migration. Recent decisions demonstrate that the Supreme Court continues in this traditional vein of anti-workerism.

The Roberts Court handed down the two most important labor decisions even before the supermajority was consolidated. In 2017 *Epic Systems v. Lewis* continued a string of cases in which the Court prioritized consent to arbitration over worker rights.<sup>xxxvi</sup> In *Epic Systems*, the Court agreed to enforce an employee’s agreement (consent here was ludicrously formal, as employees had been notified by email that coming to work the next day constituted consent!) to individually arbitrate employment disputes rather than sue collectively in a class action, despite workers’ rights to pursue “concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection” guaranteed by Section 7 of the NLRA. In 2019 *Janus v. AFSCME* struck a blow against public employees’ right to organize

collectively by finding that the mandatory payment of agency fees (money collected to allay the cost of union negotiation of a collective bargaining agreement from the paychecks of employees in the covered bargaining unit) under an agreement covered by state law was an unconstitutional infringement of an objecting employee's free speech rights (in effect, forcing him to endorse the union through acquiescing in the fee payments).<sup>xxxvii</sup> Although both employees in these cases enjoyed the same "choice" (to accept an imposed contract or quit), the Court found one "consent" valid and the other continued employment a choice "coerced" by the state.<sup>xxxviii</sup> The logical inconsistency, however, pales in the face of a more obvious consistency: both decisions undermine workers' ability to collectively advance their interests in both the private (*Epic Systems*) and public (*Janus*) sectors.

More recent cases have continued this anti-worker tilt. In 2021, the Court used the takings clause of the fifth amendment to invalidate a California agricultural worker law that guaranteed union organizers limited access to landowners' property in order to discuss unionization with their employees. In *Cedar Point Nursery*, the majority held that this was in effect a takings of the landowners' property by the government.<sup>xxxix</sup> The ruling eschewed precedents in order to make new law. In the first place, under existing labor law union organizers can be denied access to private property if other means to communicate with workers are available, so the Court could have merely applied this rule and found alternative access available. The decision also modified takings jurisprudence by failing to treat the access law as an instance of possible regulatory takings. If instead of a physical seizure of property a regulation simply "goes too far" in burdening an owner's property rights, it can be judged a takings, requiring both a public purpose and just compensation. Three factors determine what is "too far": the character of the government action, the economic impact of the regulation, and the interference with reasonable investment-backed expectations. But Chief Justice Roberts, writing for the majority, ruled that the California organizer access law amounted to a physical, not merely regulatory, takings, obliterating the Court's traditional distinction between temporary physical invasions and permanent physical occupations. Since the access right was permanent, even though the access was intermittent, the law constituted a takings and required that the government justly compensate Cedar Point Nursery.

During this past term, the Court again ruled against a union in *Glacier Northwest v. International Brotherhood of Teamsters*.<sup>xl</sup> The company had sued the union in state court for damages it alleged the union intentionally inflicted by calling a strike that caused some of the company's concrete product to be ruined. The union argued that state damage claims were preempted by national law; under the *Garmon* doctrine, such claims are preempted and referred to the NLRB when the union's actions are "arguably protected" by the NLRA. Finding that the Teamsters not only unreasonably failed to protect their employer's perishable product, concrete, against "foreseeable, aggravated, and imminent danger due to the sudden cessation of work," but actually helped create the danger by pouring the concrete into trucks before striking, where it could spoil and possibly damage the trucks as well if left idle, a surprisingly broad coalition of eight justices agreed that the union's actions were not arguably protected by the NLRA and thus the company could sue the union for damages in state court. Two liberals joined the moderate conservatives in the majority opinion, possibly to stave off a harsher decision favored by the far-right justices, several of whom would have overturned precedent and made it far easier for employers to sue unions for damages incurred because of strikes. In a lone dissent, Justice Jackson emphasized that by not deferring to the much more expert Labor Board, the Court was substituting its reading of the complex facts of the case instead of letting an administrative agency experienced in the intricacies of labor relations judge the circumstances surrounding the dispute. Although the decision could have been worse from labor's perspective, because it merely applied rather than revised legal

doctrine, the practical effect is to chill the right to strike, protected by the NLRA; since all strikes incur costs to the employer (as well as to the union), unions will be more hesitant to exercise the “economic weapon” on behalf of their interests and rights if they have to worry about compensating their employers for any costs that they could have reasonably foreseen and avoided.<sup>XL1</sup> But in effect, the Court in its two most recent cases reveals that it continues to value property rights over worker rights.<sup>XLII</sup>

Speech: Since long before the advent of the supermajority, the Roberts Court has enjoyed the reputation among some analysts as a staunch defender of free expression, and indeed, the Supreme Court in recent years has upheld a wide array of free speech claims against sundry challengers. The praise for the Roberts Court as a strong civil libertarian must be qualified, however. For one thing, despite some variation, the “speech” protected has at least in some cases seemed disconnected from the traditional political expression that some theorists see as the core of the first amendment’s concerns. Also, the Court’s sharpest critics allege that the Court has managed to invert free speech doctrine such that the constitution’s key right, instead of protecting the weak and despised, now serves as a bulwark to protect the powerful and comfortable.<sup>XLIII</sup>

This Court’s prototypical free speech decision was *Citizens United v. Federal Elections Commission*.<sup>XLIV</sup> The Court went beyond the actual factual disputes in the case, beyond even what the parties were seeking, to announce a doubly abstract ruling reaffirming that spending money in elections counts as speech protected by the constitution and that campaign expenditures by corporations as well as real people deserved this constitutional protection. The symbolic as well as specific impact of this ruling had wide-ranging practical impact, opening the floodgates for money from large donors to inundate the American political system. This decision can be seen as part of a larger deregulatory scheme that some have labeled “first amendment Lochnerism.”<sup>XLV</sup> These decisions, seeing regulations as “forced expression,” have been criticized as a “civil rights movement for corporations,”<sup>XLVI</sup> and on a par with the Court’s weaponizing the first amendment against workers as well as for employers (e.g., *Janus*).

This term the Court issued a couple of decisions protecting the speech of social media giants against torts suits by people claiming indirect harm from postings online. The rulings hinged on Section 230 of the Communication Decency Act which protects social media companies from liability based on material posted by users of their platforms.<sup>XLVII</sup> The Court also made it slightly more difficult for Colorado to prosecute an alleged online harasser by requiring a subjective state of mind of at least recklessness (as opposed to intent) on the part of the harasser to constitute a true threat, rather than an objective standard by which a reasonable person would have understood the messages to have been threatening.<sup>XLVIII</sup> This term’s most significant free expression case, however, fell squarely within the deregulatory framework that favors the strong and traditional hierarchies, and since it collaterally involved religious beliefs, will be discussed below under religious liberty.

Second Amendment (guns): In 2022, the day before the most explosive decision of the term was announced, the Court announced an opinion that rivaled *Dobbs* as an example of what critics decry about originalism and called into question the wisdom of using a (questionable) image of society in 1787 as the criteria for laws appropriate for today’s society, one notably rocked almost weekly by mass shootings. Ever since the Supreme Court ruled in *District of Columbia v. Heller*<sup>XLIX</sup> in 2008 that the second amendment protected an individual right to gun ownership, and not merely the existence of state militias as opposed to a standing army as had been the consensual interpretation previously, federal lower courts had used a bifurcated test to assess the constitutionality of gun regulations: if the regulation severely burdened the ownership of guns, judges applied strict scrutiny, but if the restriction was not an onerous burden, judges used a more lenient intermediate level scrutiny. But in *New York Rifle & Pistol*

*Association v. Bruen*, Justice Thomas upended this practice and substituted a new test more consistent with his originalist belief that constitutional “meaning is fixed according to the understandings of those who ratified it”: whether the restriction was “consistent with this Nation’s historical tradition of firearm regulation.” Applying this test, he held that a New York requirement that a person had to show “proper cause” for need to carry a gun was a violation of the second amendment. He stated that this test should not preclude all restrictions, e.g., bans on carrying guns in sensitive areas such as school or government buildings, and that the contested regulation need not be a “dead ringer” for traditional regulations but could be analogous to such historical laws. Still, lower courts are already striking even commonsense restrictions such as laws prohibiting gun ownership by persons under domestic restraint orders or with drug convictions, decisions that show how inapt the “consistent with tradition” is for dealing with contemporary problems not even recognized when the second amendment was adopted and how this vague test is already generating a flood new appeals to the Supreme Court.

Abortion: Without a doubt the decision of the supermajority that has grabbed the most attention and aroused the most intense public backlash was the *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*<sup>L</sup> decision that overturned *Roe v. Wade*<sup>LI</sup> and ended a half-century of constitutional protection for a right to decide to terminate pregnancy. The decision was controversial even before it was released because the draft opinion was leaked in April before the official ruling was announced in June, an impropriety almost unheard of in the Court’s history.<sup>LII</sup> Beyond the political heat generated, the decision is notable as an example of originalism and its critics and as an exemplar of the more incremental as opposed to radical strategies among the new supermajority.

Justice Alito, writing for five conservative justices, launched a witheringly hostile attack on not only *Roe*, which had established a constitutional right to abortion in 1973, but also on the more centrist *Planned Parenthood of Southeast Pennsylvania v. Casey*,<sup>LIII</sup> written by three moderate conservatives in 1992, a decision that had upheld the constitutional right but rejected *Roe*’s trimester scheme in favor of an “undue burden” test, under which Republican state legislatures and increasingly conservative courts had conspired to whittle away at abortion rights in recent decades. Instead, Alito insisted that the proper standard was whether the framers of the fourteenth amendment would have intended that the “liberty” protected by its due process clause include a privacy right covering abortions. Noting that not only did three-fourths of the states ratifying the amendment criminalize abortion but also that the vast majority of states still had criminal statutes when *Roe* was decided, and claiming that even the traditional common law treated abortion as a crime, Alito ruled that there was no constitutional basis for abortion rights (although he emphasized that his decision did not threaten other privacy rights, since unlike abortion, they did not involve the life of a fetus). He also assayed the criteria that the Court uses in weighing whether it is justified in overturning precedent (adhered to in *Casey* as reasons not to invalidate *Roe* entirely) and concluded that none of them indicated adhering to past abortion precedents.

The three liberal justices issued an acerbic dissent. The opinion written jointly emphasized the importance of *stare decisis* and argued that all the criteria for following precedence dictated that the Court should uphold abortion rights. They criticized Alito’s history as superficial (an example of “law office history” written by judges and clerks who lack the expertise of historians) and sought to correct the account of the common law, noting that abortions before “quickening” were not considered criminal offenses. The more telling attack on originalism, however, was based on the observation that in 1868, the framers of the fourteenth amendment were all men and that women at that time were by and large denied citizenship and the vote, meaning that women’s intents and understandings would have been entirely excluded from “original intent.” They also noted the negative practical impact on participation

and equal citizenship in the economy as well as in public life the majority's decision would have.<sup>LIV</sup>

Concurrences revealed divergences within the supermajority. Justice Thomas penned a yet more extreme opinion in which he denounced all substantive due process jurisprudence and suggested that the Court rethink other decisions finding rights based on an implicit right to privacy not explicitly protected in the constitution. Thomas' stance would threaten a wide array of popular rights, from marriage equality and gay sex all the way to contraception for married couples. Justice Kavanaugh, on the other hand, tried to assuage the public that the majority opinion would not entail radical implications such as retroactively criminalizing abortions or banning travel to other states to obtain an abortion. Justice Roberts rejected the reasoning of Alito's majority opinion: he concurred that Mississippi's ban on abortions before fifteen weeks was constitutional, but he did not believe that it was necessary to overturn *Roe* to uphold this statute since fifteen weeks still left a reasonable time for a woman to decide about an abortion without unduly burdening her decision. Arguing for a minimalist approach ("if it is not necessary to decide, it is necessary not to decide"), Roberts urged (unsuccessfully) the Court to leave the issue of the constitutionality of abortion bans to another day.

Reaction has been heated, and polarized. Many conservative states have enacted statutes even more restrictive than the Mississippi law at issue in *Dobbs*. Liberals have marched and protested and voted – passing popular abortion referendums and punishing Republicans at the polls (though mainly by deflating expectations of a “red wave” in the 2022 midterm elections; the real test awaits 2024). Much confusion reigns about what is legal or illegal under the widely varied state laws that are now permitted. Finally, although many have read Alito's opinion as returning the issue of abortion to the states, his argument that the constitution does not guarantee a right to decide to terminate a pregnancy and that his originalist holding returns the issue “to the people and their elected representatives” leaves open space for the Congress to pass national legislation on the subject. Democrats have called for a national statute to protect abortion rights, while not surprisingly Republicans have introduced bills to ban abortion nationwide, but the gridlock hamstringing the national government probably ensures that the present situation, with about half the states permitting relatively open access and about half severely restricting abortions, will continue until elections can break the logjam (which is not inconceivable, given the salience of the issue and the skew of about two-thirds of the public favoring legal access).

Discrimination and Affirmative Action: The Court's June decision against affirmative action in college admissions as discriminatory came as no surprise to anyone since race-based equal protection, like abortion, has been another era where increasingly conservative justices have been gradually retreating from 1970s precedents established by the Burger Court. In 1978, Justice Powell crafted a finely balanced opinion in *Bakke* that held that diversity in student bodies could be a compelling interest to justify the consideration of race in admissions decisions.<sup>LIV</sup> A skeptical majority of five justices reluctantly affirmed this holding in 2003, but Justice O'Connor famously opined that “The Court expects that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary.”<sup>LVI</sup> But a two decades wait was sufficient for the restive supermajority, who agreed to hear challenges to admissions at both Harvard and the University of North Carolina, both highly selective institutions that considered race as part of admissions decisions. Students For Fair Admissions, brainchild of Edward Blum, a prominent conservative culture warrior who engineered the successful challenge to the Voting Rights Act's preclearance requirement in the *Shelby County v. Holder* decision authored by Chief Justice Roberts,<sup>LVII</sup> alleged that the universities were advantaging African American applicants while discriminating against, among others, Asian Americans.

The Chief Justice wrote for the majority that the schools' admissions processes “cannot be

reconciled with the guarantees of the Equal Protection Clause” (or Title VI of the 1964 Civil Rights Act, which forbids racial discrimination in education by private institutions like Harvard) because they “lack sufficiently focused and measurable objectives warranting the use of race, unavoidably employ race in a negative manner, involve racial stereotyping, and lack meaningful endpoints.” In a dissent mirroring progressives’ legal realist critiques of *Lochner* Era formalism, Justice Sotomayor criticized the majority for a holding that “cements a superficial rule of colorblindness as a constitutional principle in an endemically segregated society where race has always mattered and continues to matter,” noting that legal equality will be subverted by a decision that entrenches real racial inequality in education.

Commentators have differed on the practical significance of the decision. Some have noted that few colleges are highly selective and that banning affirmative action at elite institutions will affect few college applicants.<sup>LVIII</sup> Others provocatively suggested that the changing demography of the country, with a highly pluralistic ethnic mix replacing a more bifurcated white-black division, rather than legal doctrine doomed race-conscious policies.<sup>LIX</sup> Still others noted that Roberts left the door open to other measures to foster diversity, mentioning that although these particular race-conscious policies were unconstitutional, nothing in the holding prohibits schools from “considering an applicants discussion of how race affected his or her life.” Many diversity advocates have long suggested race-neutral means, such as economic standing, educational background, or more nebulous factors such as “resourcefulness,” as criteria that could produce racially diverse student bodies without explicitly considering race.<sup>LX</sup>

Perhaps the longer-term impact depends on the repercussions for various efforts to mitigate racial disparities in various fields, especially whether the decision chills diversity and inclusion programs in the workplace. And the key to that issue may be the dueling visions of constitutional equality on display in opinions offered by the Court’s only two African American justices. Justice Thomas, long a vocal critic of affirmative action despite being a beneficiary of such policies, wrote that “While I am painfully aware of the social and economic ravages which have befallen my race and all who suffer discrimination, I hold out enduring hope that this country will live up to its principles so clearly enunciated in the Declaration of Independence and the Constitution of the United States: that all men are created equal, are equal citizens, and must be treated equally before the law.” Justice Jackson detailed the actual history of the fourteenth amendment, adopted to guarantee the equal rights of recently enslaved people, to debunk a false originalism that sustains an “ostrich-like” vision of the constitution as colorblind. She strongly assailed the majority: “With let-them-eat-cake obliviousness today, the majority pulls the ripcord and announces ‘colorblindness for all’ by legal fiat. But deeming race irrelevant in law does not make it so in life,” but rather undermines the efforts of universities to solve “America’s real-world problems.”<sup>LXI</sup>

Religious Liberty: If the current Supreme Court can predictably be counted on to be hostile to workers, one group that is almost assured of favorable treatment in Court is Christians, or at least some Christian sects. Arguably, religion has always fared well legally and politically in the United States, a country where religiosity is exceptionally strong relative to comparably developed nations, and the constitution in its very first amendment has not one, but two clauses aimed at protecting religious conscience: a ban on government prohibiting the free exercise of religion and an injunction against government making any law “respecting an establishment of religion.” The current supermajority, however, has expanded religious protections even beyond these religious freedoms and employed freedom of expression and anti-discrimination to enhance what conservatives call religious liberty.

After Justice Scalia led a conservative majority in diluting the strong free exercise standards established by the liberal Warren Court, a bipartisan reaction in Congress and conservative counter-reaction in the courts began ratcheting back up the level of protection afforded religious groups claiming

that laws infringed their practice of their religion.<sup>LXII</sup> Part of the explanation hinges on the groups making free exercise claims; whereas in the past claimants tended to be members of non-mainstream religions, such as Seven Day Adventists, Jehovah's Witnesses, or Orthodox Jews, more recent suits have involved more politically powerful religions, especially evangelical Christians and the Catholic church. Corresponding to trends in free exercise, the Supreme Court has weakened the prohibition on establishing religion. Again, whereas historically the Court had restrained more powerful religions in their attempts to have governments endorse their religious views with the objective of protecting less powerful sects, the conservative justices sought to dilute the standards used to define establishment.<sup>LXIII</sup>

These seemingly contradictory trends combined and culminated in 2022 in the case of a football coach who wished to pray on the field after his school's games.<sup>LXIV</sup> Based on a controversial, and critics charge distorted, reading of the facts, Justice Gorsuch held that the coach's free speech as well as free exercise rights were violated when the Bremerton School District tried to prevent him from praying. Characterizing the prayers as personal and private, Gorsuch dismissed the district's reason for trying to stop them based on concerns of an establishment clause violation. In the course of dismissing the establishment clause defense as not a compelling justification, the justice asserted that the *Lemon* test, a strict standard for establishment violations first enunciated in 1971 that had increasingly been supplemented or ignored in recent years, had been explicitly rejected by the Court. The dissenting liberal justices complained vociferously that based on dubious mischaracterizations of the facts, the majority were egregiously downplaying the grave danger that the prayers on public property, at the end of a school sponsored event, by a coach who not only was a public employee of the district but also leader respected by youthful students, ran a serious risk of appearance of public endorsement of religion.

Not only have the plaintiffs in religious rights cases changed, but also the types of claims involved recently are different. Whereas formerly claims involved the personal exercise of explicitly religious practices, such as respecting the sabbath or wearing religious clothing, today such free exercise claims tend to involve secular conduct that affects other people, with the paradigmatic case being persons engaged in commerce who do not wish to serve LGBTQ+ customers. In June the conservative majority ruled for a website designer who contended that having to design wedding sites for same-sex marriages would amount to coerced speech. Despite (again) a shaky factual basis and a highly dubious claim to standing and ripeness, Justice Gorsuch found that Colorado's Anti-Discrimination Act would violate 303 Creative LLC's free speech by forcing her to seem to endorse couples' unions that contravened her religious belief that marriage is only between a man and a woman. Gorsuch did not accept that all businesses have a right to discriminate on any basis; critics had worried that a favorable ruling for the plaintiff here could open the door to rampant racial discrimination, almost sanctioning a return to a private, individualistic form of segregation. Gorsuch sought instead to distinguish web design as a particularly expressive form of commercial activity. To the extent he failed to clarify the distinction between expressive and non-expressive business activities, however, a plethora of litigation is almost sure to follow.

In dissent, Justice Sotomayor wrote almost a treatise on anti-discrimination law. She showed that historically racial bigots had made the same types of justifications for discrimination based on beliefs they argued should be protected by free speech and free exercise of religion. She noted that the majority's affirmation that alternative sources exist for services such as wedding websites or wedding cakes for LGBTQ+ couples begs the question; the purpose of anti-discrimination laws is not to ensure the adequacy of available services but to prevent the real harms of discrimination and assaults on personal dignity occasioned by refusals or second-class service. In other words, she once again urged legal

realism and presented a vision of a society based on actual, not merely formal, equality.

Professor Elizabeth Sepper anticipated the current decisions almost a decade earlier when she characterized the conservative movement to safeguard “religious liberty” as “Free Exercise Lochnerism” (analogous to free speech Lochnerism). Noting that exempting businesses (both physical persons and corporations) from general regulations such as anti-discrimination laws on the basis of claimed religious beliefs threatened, if “exemptions lead to exemptions,” to result in “deregulation by exemption.” She noted the similarity to underlying assumptions behind Lochnerian jurisprudence: a severe skepticism about governmental regulation based on a view of the marketplace as a pre-political, natural, and generally beneficent private ordering towards which is required governmental neutrality among groups. Thus, any government regulation is resisted as redistribution, a taking from some to favor others, because it represents a deviation from a set of social relations antedating government policies, structured naturally without legal regulation beyond a few common law rules such as property rights and contract law. Legislated law that disturbs the natural ordering is seen as “class legislation,” prohibited by a constitution based implicitly on this laissez faire political economy. Just as forcing bakers to contract for ten hours or fewer of work violate their rights to free contracting implicitly protected in a Lochnerian view of the constitution, so forcing businesses to contract to provide gay couples wedding services is judged to violate constitutional principles that protect free markets from regulation illicitly favoring new egalitarian rules limiting traditional (“natural” or God-ordained) hierarchies.<sup>LXV</sup>

One interesting insight furnished by this perspective is the potential for free exercise and free expression Lochnerism to reconcile the seemingly contradictory philosophical principles of libertarian and traditional conservatism. The deregulatory thrust of the Supreme Court’s recent rulings both diminishes the government’s authority to regulate the economy and also weakens government policies undermining traditional hierarchies and social authority. Not coincidentally, these new constitutional protections please the two main bases of the Republican party: business elites seeking unrestricted laissez faire markets and populist evangelical Christians seeking to stymie challenges to “traditional values.”

Professor Leah Litman has published a provocative analysis that links the new Supreme Court’s approaches in anti-discrimination law and religious liberty. She argues that the conservative justices now perceive conservative Christian groups to be persecuted minorities – not so much because of actual discriminatory behavior harming them as much as the fact that their beliefs about traditional social hierarchies are no longer accepted as unquestionably hegemonic, but now are often criticized as being homophobic, sexist, racist, xenophobic, anti-scientific, or simply narrow-minded. Combined with the conservative view that the United States has now achieved a largely racism-free, colorblind society, Litman argues that conservative judges are making it easier to sue alleging discriminatory infringements on religious freedom than claiming racial discrimination.<sup>LXVI</sup> Ironically, both the new anti-discrimination jurisprudence and religious liberty law demonstrate how conservatives live in a different empirical world, since these claims are based more on a reading of “alternative facts” than a rejection of legal liberalism’s core principles. Thus, conservatives give extensive lip service to the principle of non-discrimination, quoting ad nauseum *Brown* and Martin Luther King’s “I Have a Dream” speech as if they were descriptions of current reality rather than aspirations for a better society. And when protecting religious free exercise (and simultaneously diluting anti-establishment principles), conservatives accept *Carolene Product’s* injunction for the Court to scrupulously scrutinize laws adversely affecting “discrete

and insulated minorities,” but misperceive loss of hegemonic status as qualifying conservative Christian groups for such special judicial protection.

Administrative State: Decisions about administrative regulations have received much less public attention than the Court’s rulings on abortion and religious liberty/discrimination, possibly because they seem more technical and procedural. Their potential impact, especially in the long run, however, is possibly more serious. And they constitute the very core of the conservative legal movement’s goals, as given popular expression by Steve Bannon who announced at the beginning of Trump’s administration its goal would be nothing less than to “deconstruct the administrative state.”<sup>LXVII</sup> As the Supreme Court moved right slowly during the Rehnquist era and since, there have been hints that conservatives sought to dismantle the modern centralized active state established by the New Deal (even though less firmly consolidated than in most Western European democracies). There were several cases where the previous liberal Courts’ acquiescence of national power was deemed incompatible with a more traditional decentralized federalism.<sup>LXVIII</sup> The national government’s administrative agencies have also had their powers challenged in cases prescient of contemporary doctrinal developments. The initial position of the conservative legal movement, however, was to carve out a very deferential stance toward executive autonomy. The *Chevron* doctrine was created in the context of the Reagan administration at a time when liberals had lost the presidency to a staunch conservative but retained a toehold in the federal courts. Reagan appointed agency heads who gave conservative glosses to laws passed under much more liberal administrations, in some cases actually ignoring or reversing the original purposes of laws. When activists sued to reverse these new conservative policies, liberal judges were tempted to constrain these new policies, holding them to be invalid interpretations of their authorizing statutes. In *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, however, Justice Stevens decreed that the proper role for judges involved a two-step analysis: first, to determine if there was genuine ambiguity in the statute, and second, if there was, to defer to the implementing agency’s interpretation, provided it was reasonable.<sup>LXIX</sup> This *Chevron* doctrine put the (more liberal) courts in a very deferential posture relative to (more conservative) executive agencies, and no one was a more enthusiastic cheerleader for the doctrine than Justice Scalia. With Democratic administrations, however, especially Obama’s, and with Trump’s successes in putting extreme conservatives in federal judgeships, conservatives have begun to rethink *Chevron* deference to what they pejoratively call “the deep state,” increasingly limiting its scope or ignoring it altogether.<sup>LXX</sup>

The Covid 19 pandemic’s need for more extensive regulation to protect public health invoked some of the starker assaults on administrative agencies’ regulations. The Supreme Court found that the Center for Disease Control did not have authority to limit housing evictions as a health measure,<sup>LXXI</sup> but a bigger blow to combatting Covid in the face of vaccine hesitancy came when the majority of the Supreme Court held that the Occupational Health and Safety Administration did not have the authority to mandate that large employers require their employees to get vaccinated or test and mask. The majority per curiam opinion was based on straightforward textual analysis of the agency’s authorizing statute, but a concurrence by Justice Gorsuch, describing a major questions exception to judicial deference to agency interpretations, presaged the emergence of a significant innovation.<sup>LXXII</sup>

The major questions doctrine was first adopted by the Court as a justification to rule against the Environmental Protection Agency in June of 2022. Siding with West Virginia’s challenge to President Obama’s power plan (which had never been implemented, was revoked by Trump, and was in limbo

while the Biden administration developed its own plan – leading many to argue that there was no “case or controversy” involved and thus the issue was not “ripe” for decision), Chief Justice Roberts invoked this novel doctrine, despite it not having a long history or basis in constitutional text (demonstrating the slipperiness of these highly touted conservative methods of interpretation). According to the major questions approach, when the agency’s interpretation of their authority or of the statute authorizing the regulation is not sufficiently clear and affects an issue having significant political or economic impact, rather than deferring to the agency’s interpretation, courts should disallow the regulation and demand that Congress “speak with clarity” about its intent for its legislation.<sup>LXXIII</sup>

Critics have concentrated their fire on three aspects of this novel doctrine. First, critics point out that modern social problems demand solutions that legislatures cannot anticipate (e.g., the Clean Air Act was passed in 1963 and expanded in 1977 and 1990, before widespread recognition of climate change), and even about known problems, legislators lack the expertise to fashion detailed solutions. Thus, effective legislation must of necessity be rather general and flexible, with administrative agencies filling in the specifics. Second, critics charge that it amounts to a power grab by and for activist judges because it lodges broad discretion in the hands of courts at the expense of agency judgments. Two crucial triggers open the door for subjective political decisions by judges. First, when is a law insufficiently clear? Second, when does an issue have sufficiently significant political or economic impact? Both of these criteria that supposedly justify the court taking decisions into their own hands lack objective standards, leaving the door wide open for judges’ political views to determine the issue.<sup>LXXIV</sup> Although conservatives decry executive agencies as being bureaucratic and unaccountable, critics note the irony that this doctrine removes regulatory decisions to federal judges, who as trained lawyers, lack scientific expertise and as unelected, lifetime appointees, have less democratic accountability than agencies who are responsible to both the elected Congress and the president for appointments and budgets. A third criticism of the major questions doctrine unveils its underlying policy bias in the current political context. Conservatives no longer look forward to reliable control the executive branch (as Republicans have lost the popular vote for president in every election but one since 1988) but do have the upper hand in the judicial branch. Furthermore, given the narrow balance of partisan margins in the Congress and the multiple veto nature of our checked and balanced legislative process (including non-constitutional checks such as the filibuster in the Senate in addition to separation of powers checks), judges striking regulations and demanding new clarifying statutes is tantamount to deregulation. This outcome matches exactly conservative policy preferences – a dismantling of the administrative state in favor of a pre-New Deal Lochnerian minimal government.<sup>LXXV</sup>

This June the supermajority did not rely on the major questions doctrine to continue its attack on environmental legislation but instead employed a politically slanted textualism to strike down an important provision of the Clean Water Act. In *Sackett v. EPA*, the issue was whether a family could fill in wetlands on their lot in order to build a house. Although the EPA ruled that this action would violate wetlands protection, Justice Alito wrote a majority opinion asserting that this regulation went beyond the agency’s authority to protect the “waters of the United States,” defined as navigable waterways and “adjacent” wetlands. Alito asserted that “adjacent” meant that wetlands had to have a surface connection to navigable waterways, but Justice Kavanaugh, who concurred in the result but rejected Alito’s rationale, noted that “adjacent” merely means nearby, not “adjoining,” as two houses can be adjacent even though

separated by a fence. Quite apart from legal issues of interpretation, these two environmental law cases from the last two Court terms show the extreme danger of allowing judges to fashion critical environmental policy for a world threatened by the disastrous effects of drastic climate change.

Another decision announced this year that received significant attention was *Biden v. Nebraska* in which the Court's majority blocked the President's plan to grant substantial debt relief for student loans under the authority of the Higher Education Relief Opportunities for Students (HEROES) Act. This statute authorizes the Secretary of Education to "waive or modify" any provision in student assistance programs in case of a national emergency. Declaring that the Covid pandemic had created such a triggering event, the administration announced a plan to forgive student loan debts up to \$10,000 (double this figure for low-income debtors). The first hurdle to six states who challenged the plan was establishing standing, since none could show an "injury in fact," but the Court allowed Missouri to sue in the name of its independent loan collection agency despite that entity's autonomy (and failure to join or support the suit) and lack of any evidence of any loss. In a much-criticized textualist analysis, Chief Justice Roberts ruled that "modify" referred only to small, gradual changes, while "waiver" meant the entire nullification of a requirement; in a reverse-Goldilocks analysis, Roberts then found that the partial loan forgiveness was too large-scale to qualify as a modification, too partial to count as a waiver, falling into an impermissible no-man's land in between.<sup>LXXVI</sup> In a profound dissent, Justice Kagan asserts that "the Court, by deciding this case, exercises authority it does not have. It violates the Constitution."<sup>LXXVII</sup> In criticizing the Court's lack of judicial restraint in striking down policies that it political opposes rather than judging them on legal grounds, she notes that the Court is not acting like a court. One could argue that the supermajority is returning to the Supreme Court's *Lochner*-Era role of playing "super-legislature," shaping public policy rather than allowing elected bodies to make the requisite political judgments.

Several commentators have reacted with a "gloom, not doom" assessment of these decisions, noting that they merely invalidate particular interpretations or regulations and not the statutes themselves.<sup>LXXVIII</sup> Several caveats suggest that these attacks on the administrative state are more serious, however. First, as noted, new or amended legislation is almost impossible in the state of semi-permanent gridlock currently paralyzing American government. Second, new policies are themselves subject to constraints because of these rulings. For example, new climate initiatives have taken the form of more passive, market-reactive subsidies to private renewable energy investments instead of regulations, partly at least because of Supreme Court hostility to environmental regulation.<sup>LXXIX</sup> And Biden's unusually forceful promise to pursue another plan to relieve student debt under another statute will be subject to cumbersome procedural stipulations that the HEROES act could have avoided by being an emergency measure. A more serious threat for the long run is the possibility that the supermajority could go beyond relying on its own readings of particular statutes or even be discontent with the huge discretionary power it has appropriated for itself under the major questions doctrine, questioning not merely agency interpretations of legislative authority but rejecting Congress' authority to delegate rule-making power in the first place. The so-called non-delegation doctrine asserts that Congress cannot authorize executive agencies to make regulations without giving clear and specific guidance on how to implement laws. This doctrine has been used to strike national statutes only three times, all at the height of *Lochnerian* antipathy to the New Deal in 1936-37, and it lacks support in a longer and earlier history solidly in

support of Congressional delegations. Yet some of the more extreme conservatives on the Supreme Court have indicated interest in reviving the non-delegation rule, and at least one critic of the major questions doctrine sees it as not merely a readily accessible exception to *Chevron* deference but as a Trojan horse for reintroducing the more radical non-delegation principle.<sup>LXXX</sup> Finally, some political observers have noted a schism among conservative elites in their approaches to the administrative state: while the conservative legal movement, or at least the supermajority of justices on the Supreme Court, seems intent on disempowering administrative agencies, Trump and his supporters seem more determined to politicize them if they are successful in regaining the White House, consolidating presidential control over the “deep state,” and “weaponizing” the bureaucracy for vengeance against Trump’s political enemies.<sup>LXXXI</sup>

**Elections:** If both prongs of the attack on the administrative agencies arguably represent oblique threats to democracy by the more extreme right elements of conservatism, the Court’s decisions in the far-right direct challenges to democratic voting and election laws seem to reflect more moderation. These rulings have surprised some observers, who note that the Roberts Court has a record of undermining democratic procedures. For example, the Chief Justice himself invalidated the pre-clearance provisions the Voting Rights Act, an effective guard of minority voting rights.<sup>LXXXII</sup> And in 2019, Roberts rejected a challenge to partisan gerrymandering, holding that the long-standing practice might be unfair, but that “fairness” was a ideal that lacked judicially manageable standards, meaning that the issue was a non-justiciable political question beyond the proper realm for courts.<sup>LXXXIII</sup> More recently with a supermajority firmly in place, the six conservative justices approved two Arizona voting restrictions (against counting provisionally ballots cast in the wrong precincts and against delivering others’ absentee ballots to polling places, so-called “vote harvesting”) against Voting Rights Act challenges. Section 2 of the VRA as amended in 1982 prohibits election rules with discriminatory effects as well as intents, but writing for the majority, Justice Alito suggested that all voting rules entail burdens and, using 1982 as a baseline, he weighed the Arizona restrictions against the state’s interest in fraud prevention (a largely chimerical concern in U.S. elections, but one that looms large in conservative circles, especially since Trump’s loss in 2020, supposedly in a stolen election according to what liberals call “the Big Lie”). Justice Kagan in dissent noted that the very purpose of the 1982 law was to eradicate unnecessarily restrictive laws common at that time (a kind of 1984-ish originalism that enshrined the very status quo that the law intended to remedy into a benchmark for what was permissible) and that Alito’s reasoning ignored the actual text of the law.<sup>LXXXIV</sup>

In two 2023 decisions, the Chief Justice assembled more moderate majorities who backed more centrist opinions. In a Voting Rights suit challenging Alabama’s congressional map, Roberts surprised worried voting rights activists by striking the districts as racially discriminatory based on the facts of the case and the Court’s precedents (and perhaps on an assessment that Alabama’s arguments to reinterpret that precedence were too far reaching). The longevity of the decision could be doubtful, however, as the majority included the three liberal justices, more normally isolated in dissent, and Justice Kavanaugh, who concurred separately, noting that Section 2 might have a limited temporal validity (analogously to Justice O’Connor’s endorsement in *Grutter* of an expiration date for affirmative action).<sup>LXXXV</sup>

Roberts also managed to deflate a radical conservative interpretation of the Elections Clause in *Moore v. Harper* decided in June.<sup>LXXXVI</sup> The liberal as well as the more moderate justices ruled against

conservatives' extreme version of the so-called independent state legislature theory. This theory, first hinted at in Chief Justice Rehnquist's concurrence in *Bush v. Gore*, reads the electoral clause literally as vesting state authority to direct federal elections for Congressional representatives and presidential electors exclusively in the "Legislature thereof," precluding any constraints being placed on state legislators by state governors, state courts, state constitutions, or potentially even the voters acting through referenda. Opponents of this theory, in addition to denouncing the shockingly undemocratic implications that it could possibly justify, made textualist arguments noting that at the time of adoption of the constitution, "legislature" connoted the entire legislative process, including gubernatorial roles and judicial review by state courts, as well as the legislature as a specific institution.<sup>LXXXVII</sup> Based on precedents and historic practices, Roberts rejected the North Carolina legislature's assertion that its redistricting map was exempt from review by the North Carolina Supreme Court. But having rebuffed the extreme claim that state legislatures can regulate federal elections without being subject to state law, Roberts left the door cracked for future attempts to free state legislatures from the checks and balances of their state legal systems. Elections expert Richard Pildes points out that Roberts' subtle observation that "state courts may not transgress the ordinary bounds of judicial review such that they arrogate to themselves the power vested in state legislatures to regulate federal elections" assures that the Supreme Court, and not state law and other state checks, will ultimately decide the limits of state legislatures' authority in shaping electoral laws.<sup>LXXXVIII</sup>

Although radical attempts to revise voting and electoral laws seem to have been thus far thwarted, skeptics on the left remain wary of future developments. Critics charge that Republican strategists, who as recently as the George W. Bush administration were touting a "permanent Republican majority," now seem reconciled to reigning in democratic procedures in order to ensure that a Republican minority can govern, depending on anti-majoritarian institutions such as the Electoral College, gerrymandering, unlimited campaign donations, the Senate filibuster, and ultimately, the unelected federal courts. The most thoughtful analysis of this threat comes from historian Nancy MacLean, who uses a biography of economist James Buchanan and his public choice constitutionalism to buttress her contention that the right wants to construct a version of democracy in which a wealthy elite rules by limiting popular sovereignty through a constitution interpreted as prioritizing economic rights such as property and contract protection.<sup>LXXXIX</sup> Such a minoritarian "democracy" might resemble the *Lochner* Era, when the Supreme Court's jealous protection of economic rights limited popular reforms, preserving the economic dominance of corporations and wealthy Robber Barons as well as solidifying traditional social hierarchies. Such a "rollback of the twentieth century" would indeed amount to a constitutional counter-revolution.<sup>XC</sup>

## 6 REACTIONS AND REFORMS TO THE SUPREME COURT:

The shocking decisions announced in June of 2022, especially *Dobbs*, have produced reverberations with public opinion, draining the Supreme Court of much of its popular support. Since 2020, the Court has reversed its overwhelmingly positive image with the public; instead of approving of the Court by 70 to 29 percent, opinion now views it unfavorably by 54 to 44 percent. This loss of approval no doubt reflects a shift from seeing the Court as "middle of the road" (56% in 2020) to

“conservative” (50% by 2023, with only 40% continuing to view the Court as centrist). And the public now has changed its mind about institutional power as well. In 2020, only 25 percent believed that the Court had too much power (65% said it had about the right amount); now a majority of 51 percent say that the Court is too powerful, with only 40 percent affirming that it has about the right amount of power. These perceptions, like almost all political stances in the U.S. nowadays, are sharply polarized by party. A strong majority (68%) of Republicans continue to have a favorable image of the Court, which they still mostly view as middle of the road and as having about the right power, while Democrats are much less favorable (only 24%) and overwhelmingly perceive the Court as conservative and too powerful.<sup>XCI</sup>

Perhaps more damaging to the Supreme Court’s popular prestige than even its more radical rulings were a series of revelations about close ties between several conservative justices and billionaire Republican donors and possible conflicts of interest among the justices more generally. The damaging stories began with reporting by ProPublica that Justice Thomas had enjoyed many free trips and luxury vacations at the expense of Houston billionaire and mega-funder of conservative causes, Harlan Crow, all without the required reporting. Stories followed about other favors received by the Justice from Crow. Thomas’ wife Ginni has long been the source of controversy because of her ties to far-right politics, including alleged indirect involvement in the disorders at the Capitol on January 8, 2021. The Thomas scandal was followed in quick order by reports of similar undisclosed entertainment of Justice Alito by Paul Singer, a hedge fund billionaire with frequent litigation before the Court. Then allegations of inadequate disclosures by Chief Justice Roberts of his wife’s \$10 million earnings as a legal recruiter drew further fire, and Justice Gorsuch was cited as profiting from a land sale to a buyer whose law firm had business before the court just shortly before assuming office. Even Justice Sotomayor received criticism for trips and appearances promoting her book. Since these news items, longstanding criticism of various justices for their political socializing and speechmaking has given way to heftier conflict of interest charges and calls for Congress to legislate an ethics code for the Court, since Supreme Court justices are exempt from the code of ethics regulating the behavior of all other federal justices. Democrats have sponsored and passed through Senate committee such a bill, but Republicans are resisting.<sup>XCII</sup> The Court itself seems reluctant to either adopt its own code or have one legislated for it, with Justice Alito baldly asserting that the latter would be unconstitutional because “No provision in the Constitution gives them [the Congress] the authority to regulate the Supreme Court – period.”<sup>XCIII</sup>

Even before the new supermajority had begun to hand down radically conservative decisions, the refusal of Republican to acquiesce in a final Obama appointment (in fact, McConnell managed to ensure that the Senate would not even hold hearings on Garland’s nomination) provoked a wave of outrage and demands for Supreme Court reform among Democrats. Democratic candidates for president responded with promises to pack or otherwise reform the Court, and when elected, Biden created a Presidential Commission on the Supreme Court. Far from being an instrument for change, however, the Commission proved to be a reliable tool for displacing political pressure as the President instructed Commissioners to consider and assess the pro’s and con’s of a wide arrange of reform proposals, but to make no recommendations (that might have accentuated, rather than diverted, pressure to act).<sup>XCIV</sup> Despite this limitation, the commission received a broad range of expert testimony, assembled a wide array of possible reforms, and amassed an impressive amount of information about the advantages and disadvantages of various options. In the process of studying the issues, a clear consensus seemed to

emerge – against proposals to expand the Court by adding justices (the idea of “packing” the Court, the suggestion that has received by far the most attention in the media) but in favor of ending life tenure, either by installing an age limit on active service or, even more supported, by instituting term limits.

Professors Ryan Doerfler and Samuel Moyn make a useful distinction between two types of reform proposals, each reflecting a different way of diagnosing the problem with the Supreme Court.<sup>xcv</sup> Liberals (perhaps better labeled as centrists or moderates, or derogatorily as “corporate Democrats”) since the Warren Court have maintained great faith in courts, the Supreme Court in particular, as a protector of the rule of law, a bulwark of American democracy, and even an instrument for social change. They view problems with the current Supreme Courts as stemming from having the wrong personnel on the Court – not just conservatives, but extremist conservatives who reject what liberals conceive to be “law” (legal liberalism, the hegemonic paradigm regnant since the New Deal). Their goal is to reign in or remove conservative justices and restore legitimacy to the Court. Progressives (perhaps better labeled leftists or even populists or democratic socialists) have a much less charitable view of the Supreme Court not merely as an aggregation of individual justices but as an institution; seeing the Court’s role in American politics as less democratic than elected branches, they think the basic problem with the Court is too much unresponsive and unaccountable power. Their goal is to reshape the institution to make it more democratic by reducing its power.

Differing diagnoses dispose critics to advocate different solutions. Liberals favor diluting the conservative justices’ influence by implementing reforms such as expanding the court; by limiting the justices tenure by imposing mandatory retirement ages or term limits; to expand the pool of decision-makers by drawing on a random set of judges from appeals courts; by requiring partisan balance on the court (limiting the number of judges from one party or creating an even number of seats); or revamping the selection process (replacing the current political procedure of presidential nomination and Senate confirmation with selection by a non-partisan panel). All of these are designed to make the justices less “political.” Critics further to the left tend to think that the Supreme Court is inherently political and that judges’ decisions will inevitably be influenced by ideological value judgments (although being political does not equate to being partisan, although with the justices’ party identifications matching perfectly their political ideologies for the first time in history since 2010,<sup>xcvi</sup> distinguishing the two can prove difficult at times). The solution must therefore be structural, not personal, rendering the Court’s role in our politics more democratic by disempowering it. Such reforms aim at the Court’s functions, especially judicial review, for example, by legislation stripping the Court of appellate jurisdiction in certain matters,<sup>xcvii</sup> requiring a supermajority for the Court to strike a law (or at least a Congressional statute); or allowing Congress (perhaps by a supermajority vote) to override decision of the Supreme Court. Doerfler and Moyn suggest criteria for choosing among reform proposals (neutrality, democracy, rights protection, regularity, pragmatism, and feasibility, both legal and political) and conclude by favoring institutional disempowering, contrasting personnel reforms as seeking non-partisan ends by non-partisan means, but favoring the non-partisan means of democratic elections toward the goal of progressive/partisan change (although recognizing that their preferred political outcomes are by no means assured by institutional reforms).

A more modest set of proposals is advocated by law professors Daniel Epps and Ganesh Sitaraman.<sup>xcviii</sup> Based on more limited criteria (preserving the Court’s non-partisanship, downplaying

the stakes in judicial appointments, and preserving judicial review while encouraging more judicial restraint), they propose two novel reforms: a lottery would treat all appeals court justices as associates of a Supreme Court that would operate through randomly selected panels to hear and decide cases; a balanced bench would require that only five justices would be nominated from each party, and these ten would then have to agree on the selection of another five justices chosen from current appeals court judges. Epps and Sitaraman's purpose in proposing the creative solutions is to preserve the Court's legitimacy as an institution "above the political fray," and although they would result in a dramatically restructured institution if adopted, their goal is evidently less radical than Doerfler and Moyn's goal of democratizing the Court by reducing its role and power in the U.S. political system.

## 7 FINAL CONSIDERATIONS

Although judgments must be tentative in the midst of the fray, momentous constitutional law changes are afoot in the United States. Whether this movement will amount to a constitutional counter-revolution, deposing the reigning paradigm operative for the last eighty years, or not cannot be definitively determined at this point – not least because politics, including judicial politics, is not pre-determined. Future directions depend not only on the Supreme Court justices, especially the conservatives, but also in the elite and popular reactions to the changes in constitutional doctrine that this Court has already made and will make in coming terms.

The pull between the more moderate and extreme poles of the supermajority will have the most significant short-term impact on how far the changes already underway will go. There is already some evidence that Chief Justice Roberts has not entirely lost control of the Court to Justices Thomas and Alito and their more radically conservative views. Decisions joining liberal and moderate conservative votes in upholding the Voting Rights Act and in rejecting the purest view of independent state legislatures theory has already convinced some observers that indeed "the Supreme Court reads electoral returns" and that Court majorities can be convinced to restrain conservative changes in order to avoid possibly inciting a loss of legitimacy and a negative public reaction to an obviously "political" and "extremely conservative" Court. Next term will pose the opportunity to continue the Court's sharp right turn, but it could also offer chances to lower the political temperature. With the more highly visible controversial decisions (involving guns, abortion, affirmative action, and LGBTQ+ rights) already in place, the Court might tone down its opinions, for example, in an upcoming second amendment challenge to restricting gun possession for persons convicted of domestic abuse<sup>XCIX</sup> – perhaps an obvious occasion to be less absolutist about rights to bear arms, and perhaps be less rigid in judging a wealth tax case of limited immediate impact though of potential far-reaching implications.<sup>C</sup> It could focus more on governmental issues near and dear to conservative priorities, undermining the administrative state, but of less fervent immediate concern to the public. Two such upcoming cases present chances to further hobble the administrative state: a case challenging the funding of the Consumer Financial Protection Agency<sup>CI</sup> and a case presenting a direct challenge to the *Chevron* doctrine.<sup>CII</sup> Although weakening federal administrative agencies might have alarming results for the public in the longer run, for instance, crippling the government's ability to deal effectively with climate and environmental issues, not to mention more mundane health, safety, and welfare concerns, its impacts are less immediate, visible,

and attributable to the Court, and can be shrouded under a cloud of abstract rhetoric about expanding “freedom” and reducing government “waste” and “meddling.” Or the Court might resort back to making procedural rulings with indirectly conservative consequences, as past conservative, but more balanced, Courts have done, to avoid the backlash that more visible substantive decisions might have.<sup>CIII</sup>

At least for the foreseeable future, moderate conservatives within the Court may be a more effective anchor against change than the threat of reform from outside the Court. The Democrats’ response to the conservative constitutional hard right turn to date has been surprisingly weak (even for the Democrats!). President Biden, probably reflecting his centrist politics and his generation of liberals’ veneration for the Supreme Court as well as his personal experience as long-time chair of the Senate Judiciary Committee, has limited his reaction to criticizing particular decisions without criticizing the Court per se. He has made it abundantly clear he is not interested in institutional reform and even most progressives have not gone beyond ritualistic calls to “pack” the Court, a personnel reform in Doerfler and Moyn’s classification and probably the least effective of all. Even if liberals had the desire for reforms, they lack the means, having only the slimmest majority in the Senate (and a nominal one at that, including several very conservative Democrats unwilling to back many party proposals) and having lost the House to the Republicans by an equally slim majority in 2022.

If stalemate seems most likely in the near term, much rests on the election of 2024 (as well as future elections, obviously). Having consolidated a “Trump Court” (perhaps an inaccurate label, since only three of the conservative six supermajority were appointed by Trump and the two most predictably conservative justices, Thomas and Alito, antedate Trump), conservatives can merely rest on their laurels and enjoy the fruits of past victories. On the other hand, liberals and the left should recognize that an electoral victory in 2024 that merely stops a return of Trump (who at this point seems intent on a comeback and likely to win the Republican nomination, although informed commentators judge him as a weak candidate in the general election) will not be sufficient to counteract the new supermajority on the Supreme Court. If, as in the 2020 election, a Democratic president defeats Trump but fails to bring along an accompanying secure Democratic majority, there will be no effective check on the Supreme Court’s right turn (except, to some extent, the inevitable drag of the lower courts, which if increasingly staffed with Democratic appointees, could furnish some resistance, although formally bound by Supreme Court binding precedents). This deadlock creates something of a Catch 22 for progressives, since a continued calcified status quo actually works to conservative advantage. Conservatives of a libertarian bent actually prefer a government unable to act, and a government that is stymied, prevented from taking effective actions to solve the public’s real problems, is likely to provoke conservative anti-government backlashes at the polls. It would appear then that nothing short of unprecedentedly strong progressive showings at the polls (as in 1936), as well as liberal political willingness to rethink their image of the Supreme Court and take on the arduous task of reform, can realistically lead to democratization of what has traditionally been an elitist veto point in a political system already checked at many points.

- I *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- II Reva Siegel, “Memory Games: Dobbs’s Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism, and Some Pathways for Resistance,” 101 *Tex. L. Rev.* 1127 (2023).
- III This movement’s strategies are astutely described and assessed by Steven Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement* (Princeton: Princeton University Press, 2008).
- IV Linda Greenhouse, “Roberts Court’s Accomplishments in 18 Years,” *New York Times* (July 11, 2023).
- V *National Federation of Independent Businesses v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).
- VI Adam Liptak, “In Court Rulings, The Chief Justice Exhibits His Sway,” *New York Times* (July 2, 2023): pp. 1, 20.
- VII Richard H. Pildes, “The Supreme Court Rejected a Dangerous Theory. But It’s Not All Good News,” *New York Times* (June 28, 2023), notes that although Roberts’ opinion in *Moore v. Harper* rejected the radical version of independent state legislature theory that claimed that state legislatures had unlimited authority to mandate federal election rules, it subtly adopted a weaker version in holding that state courts cannot arrogate to themselves power vested in state legislatures by the U.S. constitution’s electoral clause and asserted the federal court’s power to interpret state constitutions in this matter to assure that state courts do not “transgress the ordinary bounds of judicial review.” This tactic of rejecting a radically conservative result while embedding reasoning with starkly conservative implications in the rationale is exactly what Roberts did in his famous (infamous to hard-line conservatives) opinion upholding the constitutionality of Obamacare. While he concluded that the individual mandate requiring uncovered individuals to buy health insurance was constitutional under the spending powers of Congress, he affirmed the conservative justices’ views of a diminished commerce clause, insufficient to authorize the individual mandate, and arguably crippled the health reform’s scheme to expand Medicaid for the uninsured by allowing states to opt out of this provision of the Affordable Care Act.
- VIII Michael Waldman, *The Supermajority: How the Supreme Court Divided America* (New York: Simon & Schuster, 2023), provides a detailed and illuminating analysis of the changes that the 6-3 majority has wrought for the functioning of the Supreme Court and U.S. constitutional doctrine.
- IX Common law methods usually emphasize the importance of stare decisis (“let the decision stand,” deference to precedent). While this approach allows more flexibility and innovation than often recognized, it produces evolutionary doctrinal change and discourages abandoning old doctrine in favor of novelty.
- X Bruce Ackerman, *We the People* (Cambridge: Harvard University Press, 1991); Joseph Fishkin and William E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 2022); James Gray Pope, “Republican Moments,” 139 *U. Penn. L. Rev.* 287 (December 1990); Jack Balkin, “Cycles of Constitutional Time,” 101 *B. U. L. Rev.* 1723 (October, 2021). These various versions of constitutional cycles all reflect an underlying understanding of legal as well as political change as occurring through “punctuated equilibrium.” Terrence McDonough, “Social Structures of Accumulation and Punctuated Embeddedness,” *American Journal of Economics and Sociology*, v. 70, no. 5 (November, 2011), pp. 1234-1247. For an analysis linking constitutional cycles to electoral realignments, see Walter Dean Burnham, “Constitutional Moments and Punctuated Equilibria: A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman’s *We the People*,” 108 *Yale L. J.* 2237 (June, 1999).
- XI Thomas Edsall, “Gut-Level Hatred Is Consuming Our Political Life,” *New York Times* (July 19, 2023) describes the concept of calcification proposed by political scientists John Sides, Chris

Tausanovitch, and Lynn Vavreck in their 2022 book, The Bitter End, as involving polarization, but “polarization plus”: increasing homogeneity within parties and distinctions between the parties, predominance of identity issues, and closely balanced competition. Neal Devins and Lawrence Baum, “Split Definitive: How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court,” 2016 Sup. Ct. Rev. 301 (2016) note that since 2010, all the justices appointed by Democratic presidents are ideologically to the left of all the justices appointed by Republicans. Such an alignment of party and ideology is unique in American history, making the legal differences among the Court’s justices unusually brittle and acerbic, because not only are questions viewed through the lens of ideology but also through partisan loyalties. As Alexis de Toqueville noted, it is not unusual for constitutional questions to be political (“There is almost no political question, in the United States, that does not sooner or later resolve itself into a judicial question,” quoted in Waldman, p. 18), but it is one thing for the Court to be political – it was designed that way, but quite another, generally considered to be improper, to be partisan. The moderately conservative political scientists Thomas Mann and Norman Ornstein, after careers of defending American governing institutions, grabbed headlines in 2014 by publishing a book called It’s Even Worse than It Looks (New York: Basic Books, 2012), arguing that U.S. government was now “dysfunctional.” The title was modified for the paperback version published in 2016 to read, It’s Even Worse Than It Was, reflecting their even more pessimistic assessment of U.S. politics.

XII Adam Winkler, We the Corporations (New York: Liveright Publishing, 2018).

XIII *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896).

XIV *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

XV For a fuller portrait of the case, the arguments, the context, and later developments, see Augustus Bonner Cochran, III, Lochner x Nova Iorque: O Caso dos Padeiros Que Trabalhavam Demais (Curitiba: Editora Juruá, 2022). I would like to thank His Excellency Luis Eduardo Gunther for his kind invitation to publish this book as part of his Coleção Grande Julgamentos da História (Editora Juruá).

XVI Jeff Shesol, Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court (New York: W. W. Norton & Co., 2011).

XVII Thomas Kuhn, The Structure of Scientific Revolutions (Chicago: University of Chicago Press, 1962).

XVIII Lani Guinier, Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness in Representative Democracy (New York: Free Press, 1994).

XIX Laura Kalman, The Strange Career of Legal Liberalism (New Haven: Yale University Press, 1996), pp. 13-20. Interestingly, the battle of formalism vs. legal realism corresponds to a long-standing rift in U.S. public opinion. Decades ago, academic pollsters discovered that if questions were posed abstractly, the responses were overwhelmingly “conservative” (e.g., Americans want “less government”). But when questions are concrete, e.g., should specific programs or agencies be eliminated, the answers just as overwhelmingly “liberal.” Lloyd A. Cantril, The Political Beliefs of Americans (New York: Simon & Schuster, 1969), concluded that voters are ideologically conservative but pragmatically (or operationally) liberal. Benjamin Page and Lawrence Jacobs, Class War? What Americans Really Think About Economic Inequality (Chicago: University of Chicago Press, 2009) replicated these results more recently, indicating that this ideological/operational split is still a valid quirk of U.S. public opinion. The implications can be seen in electoral strategies, where Republicans tend to pitch their appeals at an abstract, rhetorical level, while Democrats propose concrete programs

to win votes.

XX Kalman., p. 2.

XXI Kim Fein Philips, Invisible Hands: The Businessmen's Crusade Against the New Deal (New York: W. W. Norton & Co., 2010) traces the roots of the new right back to business opponents of the New Deal.

XXII Jamie Peek, Constructions of Neoliberal Reason (New York: Oxford University Press, 2010).

XXIII During the Cold War, anti-Communism provided a common denominator for more libertarian and Burkean strands, as Communism could be seen as a threat to both liberty and tradition. Another, less consistent form of reconciliation was the tendency of conservatives to be libertarian in the economic sphere (e.g., deregulation) but classically conservative in social policies (e.g., state prohibitions on abortion or the establishment of (traditional) religion) – a reversal of the kinds of adaptations favored by liberals. Current legal conservatives seem to be still searching for a coherent combination of individual liberties and strong, traditional authority, as exhibited for instance in the idea of religious liberty.

XXIV David E. Bernstein, Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights Against Progressive Reform (Chicago: University of Chicago Press, 2011); Richard Epstein, The Classical Liberal Constitution: The Uncertain Quest for Limited Government (Cambridge, Harvard University Press, 2014); Randy Barnett, Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty (Princeton: Princeton University Press, 2013).

XXV See chapters 5 and 6 of Kalman. The current “revival of the revival” is typified by the publication of two new books interpreting the constitution as embodying civic republicanism, both of which have drawn great attention and generated much favorable discussion. Ganesh Sitaraman, The Crisis of the Middle-Class Constitution (New York: Alfred A. Knopf, 2017). The recent publication of Joseph Fiskin and William E. Forbath's The Anti-Oligarchy Constitution (New York: Oxford University Press, 2022) has garnered even more commentary and rethinking.

XXVI Michael Sandel, Democracy's Discontent (1997) argues that republicanism contended with liberalism throughout American history, although with diminishing force in the 20<sup>th</sup> century.

XXVII The name “republicanism,” even if modified as neo- or civic republicanism, is off-putting to many in today's political environment because of its association with the Republican Party. Ironically, in many ways the philosophy is antithetical to what the party stands for – although much of the platform of the Republican Party during its first years in the mid-nineteenth century reflected civic republican principles.

XXVIII This insight builds on the difference in Roman thought between *imperium*, political domination, and *dominium*, domination in the private sphere.

XXIX Elizabeth Anderson, Private Government (Princeton: Princeton University Press, 2017), provides an illuminating example: the 19<sup>th</sup> century law of coverture melded a wife's legal status into her husband's, leaving her no independent rights to property or citizenship. While liberals might say wives were still free – they after all had choices about who and whether to marry, and divorce, though difficult, provided an exit from the marriage, republicans would say that wives lacked liberty because of their subordinate status and domination by their husbands (even if the husband was benign and allowed some space for autonomy for his wife).

XXX See Waldman for an illuminating account of the creation of this supermajority and its ramifications. McConnell not only ensured that Trump got to appoint 33% of the Supreme Court; he also engineered the confirmation of Trump appointees as district level federal judges (constituting 20%

of the total) and appeals courts judges (with Trump judges equaling one quarter of all appellate judges by the end of Trump's term). Because Democrats have retained control of the Senate since 2020, however, President Biden, too, has enjoyed success in appointing lower courts judges as well as one justice, Ketanji Brown Jackson.

XXXI Eric J. Segall, *Originalism as Myth* (New York: Cambridge University Press, 2018), has written a detailed and illuminating explanation of these forms of originalism, including their respective claims and flaws.

XXXII *Bostock v. Clayton County*, 590 U. S. \_\_\_\_ (2020).

XXXIII The most obvious example would be the alleged right to bear arms. The second amendment states: "A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed." Should a judge analyze the whole amendment or focus exclusively on the last phrase?

XXXIV Siegal, "Memory Games." Siegel maintains that much of originalism's political appeal is that it serves to veil the substantive political values of conservatives, including opposition to *Brown* that is no longer "respectable," behind a seemingly neutral and academic legal methodology.

XXXV Karl Klare, "Judicial Deradicalization of The Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937 – 1941, 1978 *Minn. L. R.* 1732.

XXXVI *Epic Systems v. Lewis*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018). The Supreme Court has been encouraging arbitration, even at the expense of statutory employment rights, for decades now.

XXXVII *Janus v. American State, County, and Municipal Employees, Council 31*, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

XXXVIII Samuel R. Bagenstos, "Consent, Coercion, and Employment Law," 55 *Harv. C. R.-C L. L. Rev.* 409 (Summer, 2020).

XXXIX *Cedar Point Nursery v. Hassid*, 594 U.S. \_\_\_\_ (2021).

XL *Glacier Northwest v. International Brotherhood of Teamsters*, 598 U. S. \_\_\_\_ (2023).

XLI Sharon Block, *Supreme Court rules against union over strike liability*, SCOTUSblog (Jun. 2, 2023, 12:59 PM), <https://www.scotusblog.com/2023/06/supreme-court-rules-against-union-over-strike-liability/> and Jenny Hunter, "+

Is Yet Another "Could Have Been Worse" Decision That's Very Bad for Workers," Balls and Strikes Blog (June 2, 2023).

XLII James B. Atleson, *Values and Assumptions in American Labor Law* (Amherst: University of Massachusetts Press, 1983), demonstrates that despite the intentions of the authors of the NLRA, judges have long bootlegged traditional hierarchical values and common law doctrines of property and managerial rights to protect employers at the price of diluting workers' rights that federal labor law explicitly protected.

XLIII Genevieve Lakier, "Imagining An Anti-Subordination First Amendment," 118 *Columb. L. Rev.* 2117 (November, 2018)

XLIV *Citizens United v. Federal Elections Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

XLV Amanda Shanor, "The New Lochner," 2016 *Wisc. L. Rev.* 113.

XLVI Tamara Piety, "The First Amendment and the Corporate Civil Rights Movement," 11 *J. of Busin. and Tech. L.*, 1 (2016).

XLVII *Gonzalez v. Google*, 598 U. S. \_\_\_\_ (2023) and *Twitter v. Taamneh*, 598 U. S. \_\_\_\_ (2023).

XLVIII *Counterman v. Colorado*, 600 U. S. \_\_\_\_ (2023).

XLIX *District of Columbia v. Heller*, 554 U. S. 570 (2008).

- L *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022).
- LI *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).
- LII The Supreme Court has a tradition of secret decision-making, beginning with the judicial conference in which the justices meet alone and discuss cases. and then craft opinions by circulating drafts among themselves, all in a tightly held and secretive process. The source of the *Dobbs* leak remains a mystery, despite intense investigation. Speculation at first suggested that an opponent of the decision might be the culprit, but more persuasive reasoning now centers on a theory that a supporter of overturning *Roe* might have released the draft to lock in a majority.
- LIII *Planned Parenthood of Southeast Pennsylvania*, 505 U. S. 833 (1992).
- LIV Without trying to expound a new equal protection argument to defend abortion rights, since the dissent's first line of defense was to uphold *Roe* that had based abortion rights in privacy, the dissenters could be seen as subtly conceding to some of the critics who lament *Roe*'s privacy argument and suggest that equal protection could provide a sounder foundation for abortion rights.
- LV *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978)
- LVI *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003).
- LVII *Shelby County v. Holder*, 570 U. S. 529 (2013), another decision in which a majority judged that the time of explicitly anti-racist protections had run its course.
- LVIII Audrey Williams and Jacquelyn Elias, "The Supreme Court's Admissions Ruling Mainly Affects Selective Colleges. They're a Tiny slice of Higher Ed," Chronicle of Higher Education (June 30, 2023).
- LIX Christopher Caldwell, "Trump's Justices Didn't Doom Affirmative Action. Demography Did," New York Times (June 8, 2023).
- LX Rafael Walker, "What Comes After Affirmative Action? The Supreme Court's Ruling Doesn't Need to be a Setback for Social Justice," Chronicle of Higher Education (June 29, 2023).
- LXI Interestingly, these two opinions and the contrasting views they represent both can find support in the famous dissent in *Plessy* written by Justice John Marshall Harlan. Harlan opposed "separate but equal" legal segregation of the races because ". . . in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens." This passage has been interpreted in diametrically opposite ways, as supporting a passive, formalistic, color-blind meaning for equal protection, or to the contrary, requiring an active, realistic, anti-subordination version. See Cass Sunstein, The Partial Constitution (Cambridge: Harvard University Press, 1998).
- LXII The Warren Court had used strict scrutiny to protect free exercise in *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398 (1963), but in 1990 Scalia weakened exemptions from any valid "neutral law of general applicability." *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U. S. 872 (1990). Congress almost unanimously restored the strict scrutiny standard in passing the Religious Freedom Restoration Act in 1993, and beginning with *Church of Lakumi Babylu Aye v. Hialeah*, 508 U. S. 520 (1993), conservative judges began to protect free exercise more vigorously, even applying it to the practices of a privately held corporation in *Hobby Lobby v. Burwell*, 573 U. S. 682 (2014). During the pandemic, a series of cases tested limits on church meetings for the purpose of preventing spread of the coronavirus. At first the Court was fairly lenient toward these regulations, but reversing itself after Justice Amy Conan Barrett replaced Ruth Bader Ginsberg, conservative majorities increasingly found these limitations to infringe on free exercise.
- LXIII In 1973 the Supreme Court adopted a fairly rigorous test for establishment, the so-called

*Lemon* test. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971). As the Court shifted to the right, the *Lemon* test lost majority support, being repudiated even by its author, Chief Justice Burger, and the justices began to use a variety of tests instead of, or in addition to, *Lemon*. Most were less strict than *Lemon*, so that by 2014 the Court even approved explicitly Christian prayers at the beginning of a city's town council meetings. *Town of Greece v. Galloway*, 572 U. S. 565 (2014).

LXIV *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022).

LXV Elizabeth Sepper, "Free Exercise Lochnerism," 115 *Colum. L. Rev.* 1453 (October, 2015).

The conservative view of political economy based on a pre-political, natural ordering with minimal and neutral government "interference" was devastatingly criticized by Karl Polanyi, *The Great Transformation* (New York: Farrar and Rinehart, 1944). For a recent application of Polanyi's theory to justify regulation and encourage more creative rethinking of liberal political economy, see Robert Reich, *Saving Capitalism: For the Many, Not the Few* (New York: Penguin Random House, 2016).

LXVI Leah Litman, "Disparate Discrimination," 121 *Mich. L. Rev.* 1 (October, 2022).

LXVII Phillip Rucker and Robert Costa, "Bannon Vows a Daily Fight for 'Desconstruction of the Administrative State,'" *Washington Post* (February 23, 2017).

LXVIII In *United States v. Lopez*, 514 U. S. 49 (1995) and *United States v. Morrison*, 529 U. S. 598 (2000), the Rehnquist Court held that the commerce clause could authorize national laws against traditionally local criminal offenses (guns near schools and violence against women), but in *Gonzales v. Raich*, 548 U.S. 1 (2005), even staunch conservatives Scalia and Thomas voted to uphold a national marijuana prohibition. As noted earlier, the Roberts Court refused to justify Obamacare's individual insurance mandate based on the commerce clause, but so far the expansive New Deal commerce clause has not suffered a full-scale frontal attack by conservative majorities on the Court.

LXIX *Chevron USA, Inc., v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

LXX Thomas W. Merrill, *The Chevron Doctrine* (Cambridge: Harvard University Press, 2022).

LXXI *Alabama Association of Realtors v. Dept. of Health and Human Services*, 594 U. S. \_\_\_\_ (2021)

LXXII *National Federation of Independent Business v. Occupational Health and Safety Administration*, 595 U. S. (2022). With an even flimsier textual basis, as Trump-appointed federal district judge ruled that the Center for Disease Control's mandate for mask use on planes as a public health measure lacked statutory authorization. Jackie Calmes, "Ill-Judged Ruling on Travel Mask Mandate The Product of Years of Cynical GOP Court Packing," *Los Angeles Times* (April 23, 2022).

LXXIII *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022).

LXXIV An example is the Supreme Court's decisions to allow OSHA to mandate Covid vaccines for workers in the medical field (apparently not a major issue) while striking the OSHA rule to mandate large employers to require vaccines for their employees because, at least in the eyes of the concurring conservative justices, it involved a major question.

LXXV A particularly astute example of the outpouring of criticisms and analysis of the major questions doctrine see Nathan Richardson, "Antideference: Covid, Climate, and the Rise of the Major Questions Canon," 108 *Va. L. Rev.* (April, 2022).

LXXVI *Biden v. Nebraska*, 600 U. S. \_\_\_\_ (2023).

LXXVII This sharp accusation elicited an equally contentious admonition from the Chief Justice that dissenters should limit their criticism to substance of the disputed ruling and not criticize the Court's basis for its decision, an injunction that Roberts and his fellow conservatives have themselves violate in the past when opposing rulings they felt strongly fundamentally misguided, e.g., marriage equality.

- LXXVIII For example, David Wallace-Wells, “The Supreme Court’s EPA Decision is More Gloom Than Doom,” New York Times (July 1, 2022).
- LXXIX Ezra Klein and Robison Meyer conduct an illuminating discussion the limitations of Biden’s Inflation Reduction Act as climate policy on the Ezra Klein Show podcast, July 7, 2023.
- LXXX Alison Gocke, “Chevron’s Next Chapter: A Fig Leaf for the Nondelegation Doctrine,” 55 U. C. Davis L. Rev. 955 (December, 2021).
- LXXXI Jonathan Swan, Charlie Savage, and Maggie Haberman, “Trump and Allies Forge Plans to Increase Presidential Power in 2025,” New York Times (July 17, 2023).
- LXXXII *Shelby County v. Holder*, 570 U. S. 529 (2013).
- LXXXIII Amy Howe, “No Role for Courts in Partisan Gerrymandering,” Scotus Blog (June 27, 2019), analyzing *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019).
- LXXXIV Kagan charges that the majority ignore the actual words of the statute because “Section 2’s language is broad. To read it fairly is, then, is to read it broadly. And to read it broadly is to do much that the majority is determined to avoid.” *Brnovitch v. Democratic National Committee*, 594 U. S. \_\_\_\_ (2021). Matt Ford, “Sam Alito’s Boundless Contempt for Democracy,” The New Republic (July 7, 2021), notes that Alito claims a faux judicial restraint, arguing that the federal courts should defer to elected state legislatures to make electoral rules, while ignoring that the nationally elected Congress enacted the VRA precisely to ensure that state legislatures did not undemocratically restrict access to the ballot for minorities.
- LXXXV Matt Ford, Supreme Shocker: The Supreme Court Stuns Everyone by Doing Something Good on Voting Rights,” The New Republic (June 8, 2023), analyzing *Allen v. Milligan*, 599 U.S. \_\_\_\_ (2023).
- LXXXVI *Moore v. Harper*, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023).
- LXXXVII Leah M. Litman and Katherine Shaw, “Textualism, Judicial Supremacy, and the Independent State Legislature Theory,” (June, 2022 draft, available at <https://ssrn.com/abstract=4141535>).
- LXXXVIII Richard Pildes, “The Supreme Court Rejected a Dangerous Elections Theory. But It’s Not All Good News,” New York Times (June 28, 2023)
- LXXXIX Nancy MacLean, Democracy in Chains (New York: Viking Press, 2017).
- XC William Greider, “Rolling Back the Twentieth Century: The Right’s Grand Ambition,” The Nation, v. 276, no. 18 (May 12, 2003). See Augustus Bonner Cochran, III, and João Renda Leal Fernandes, “De Volta a *Lochner*: A Ortodoxia Liberal Que Marca Novamente Tendência nos Relações de Trabalho dos EUA e do Brasil,” Revista LTr. v. 86, no. 10 (Outubro, 2022), pp. 1197 - 11217, and Cochran, *Lochner x Nova Iorque*.
- XCI Katy Lin and Carroll Doherty, “Favorable Views of Supreme Court Fall to Historic Low,” Pew Research Center (July 21, 2023).
- XCII Alison Durkee, “Here Are the Recent Controversies Supreme Court Justices Have Been Caught Up In – As Senate Committee Votes on Ethics Bill,” Blog Post, Forbes (July 17, 2023).
- XCIII Associated Press, “Justice Says Congress Lacks Power to Impose an Ethics code on Court,” Atlanta Journal-Constitution (July 30, 2022).
- XCIV Murray Edelman, The Symbolic Uses of Politics (Urbana-Champlain: University of Illinois Press, 1967).
- XCV Ryan D. Doerfler and Samuel Moyn, “Democratizing the Supreme Court,” 109 Calif. L. Rev.

1073 (October, 2021). E. E. Schattschneider, The Semi-Sovereign People (1961) emphasized the importance of defining political issues as a key factor in determining the outcomes political struggles. Beyond strategic considerations, a proper diagnosis in politics, as in medicine, is crucial for identifying the proper prescription.

XCVI Devins and Baum.

XCVII The Supreme Court's original jurisdiction is specified in Article III of the constitution, but the constitution leaves it to Congress to fill out most of the judicial structure and procedures, including the appellate jurisdiction of the Supreme Court.

XCVIII Daniel Epps and Ganesh Sitaraman, "How to Save the Supreme Court," 129 Yale L. J. 148 (October, 2019).

XCIX *United States v. Nahimi*.

C *Moore v. United States*.

CI *Consumer Financial Protection Bureau v. Community Financial Services Association of America*.

CII *Lopez Bright Enterprises v. Raimondo*.

CIII Erwin Chemerinsky, "Closing the Court House Doors," 90 Denver L. Rev. 317 (2012).

# REALIDADE DA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO PROPOSITIVA DOS SINDICATOS

Cláudio Brandão\*

\* Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutor em Direito – Especialidade em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa “Luís de Camões”. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (Cadeira nº 39). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (Cadeira nº 19). Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro Correspondente da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Investigador Integrado do *Ratio Legis* - Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autônoma de Lisboa [Projeto: Cultura de Paz e Democracia].

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 2 de junho de 2022, o Supremo Tribunal concluiu o julgamento do ARE 1.121.633, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes e como Tema de Repercussão Geral (nº 1046), em que analisou a validade da negociação coletiva, inclusive no contexto das alterações produzidas pela Lei nº 13.467/2017, a denominada “Reforma Trabalhista”.

No voto condutor, o Ministro Relator fixou os parâmetros a serem observados pelos entes que celebram o instrumento regulador das relações entre patrões e empregados e, ao fazê-lo, incluiu a necessidade de preservação do que se denomina, doutrinariamente, de “patamar civilizatório mínimo”, exemplificado pela preservação das normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, salário mínimo, liberdade de trabalho, entre outros. Seguiu, no particular, jurisprudência já sedimentada por ocasião do julgamento do RE nº 590.415 (Tema nº 152 de Repercussão Geral), relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e do RE-AgR 895.759, relator Ministro Teori Zavascki.

Também foi utilizado como fundamento determinante a valorização do processo negocial, a partir do pressuposto de que não se pode aplicar o princípio da proteção nesse campo porque incompatível com a autonomia sindical coletiva, no qual se encontra presente a paridade de condições entre os sujeitos nele envolvidos.

A partir das teses fixadas nesses precedentes, firmou-se a compreensão de que as entidades representativas das categorias profissionais e econômicas possuem ampla liberdade para dispor acerca de direitos trabalhistas, mas com limites nas normas de natureza cogente e de caráter irrenunciável que representam o mínimo social - ou, para outros, o mínimo existencial -, assegurado ao trabalhador.

Essas liberdades resultam da autonomia privada coletiva, que nada mais é do que expressão, nas sociedades políticas organizadas e como decorrência do pluralismo político, do direito assegurado a esses grupos sociais de elaborarem normas jurídicas a partir da fixação das condições de trabalho na negociação coletiva, normas essas aplicáveis, de modo amplo, aos contratos de trabalho celebrados por eles próprios, no plano individual.

Recebido: 17/08/2023  
Aprovado: 01/09/2023

Trata-se de verdadeiro poder social conferido pela Constituição para a criação de normas jurídicas paraestatais com plena validade e eficácia, materializadas por meio das convenções e acordos coletivos de trabalho, instrumentos de autocomposição dos conflitos coletivos.

Na primeira das decisões mencionadas, o STF igualmente estabeleceu alguns limites objetivos intransponíveis a serem seguidos – verdadeiras “cláusulas de barreira” –, entre os quais os relacionados à aprendizagem e aos direitos das pessoas com deficiência.

Não significa a impossibilidade de tratamento do tema nos referidos instrumentos. Representa a não aderência ao sistema normativo vigente de qualquer disposição que, de maneira direta ou indireta, provoque redução dos direitos assegurados na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, ratificada pelo Brasil com a equivalência a emenda constitucional, além do Protocolo Facultativo que a acompanha (Decreto nº 6.949/2009), e na Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência – LBI (a Lei nº 13.146/2015).

Ainda quando do julgamento mencionado por primeiro, o STF também lançou luzes nesse mesmo sentido, ao deixar claro que a decisão que fixou a tese referente ao Tema 1046 não abrangia a validade das políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência e dos jovens e adolescentes no mercado de trabalho.

Portanto, os sindicatos possuem amplo e fértil campo de atuação voltado à implementação e ampliação da política pública criada há mais de 30 anos pelo art. 93 da Lei nº 8.213/1991, que impõe a contratação de pessoas com deficiência para ocupar postos de trabalho em proporção à quantidade total de empregados existentes na empresa em percentuais que variam de 2% (até 200 empregados) a 5% (acima de 1.001).

Apesar dessa autorização legal, os dados coletados a partir das normas coletivas registradas no Sistema MEDIADOR, entre 2018 e 2020, revelam exatamente o contrário. A realidade predominante é de exclusão, como analisado a seguir.

## **2 ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DO TEOR DAS NORMAS COLETIVAS, COM BASE NO SISTEMA MEDIADOR: COMPROVAÇÃO DA ATUAÇÃO SINDICAL EM DETRIMENTO DOS OBJETIVOS DE INCLUSÃO PELO TRABALHO**

A edição da Instrução Normativa n.º 6, em 6 de agosto de 2007, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (SECRETARIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO, 2013), teve como objetivo disciplinar os procedimentos para depósito, registro e arquivamento de convenções e acordos coletivos de trabalho e seus respectivos termos aditivos na atual Secretaria das Relações de Trabalho e o fez mediante a utilização do sistema informatizado denominado MEDIADOR (SECRETARIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO), já referido e implantado anteriormente por meio da Portaria n.º 282, de 6 de agosto de 2007, do mesmo Ministério (SECRETARIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO, 2007).

Adotado inicialmente de maneira facultativa e tornado obrigatório a partir de 1 de janeiro de 2009 (SECRETARIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO, 2008), trata-se de sistema informatizado utilizado para registro de convenções e acordos coletivos celebrados por entidades sindicais em todo o território brasileiro.

Apesar de ser alvo de alguma crítica (AROUCA, 2007), ele constitui rica base de dados que possibilita a pesquisa do inteiro teor do conteúdo dos mencionados instrumentos, inclusive por segmentação dos temas, a revelar o universo da negociação coletiva no País, cuja importância se mostra ainda maior a partir de 11 de novembro de 2017, data que marca o início da Lei nº 13.467.

Isso porque entre as mudanças no Direito Coletivo do Trabalho encontra-se a introdução do art. 611-B na CLT, cuja leitura apressada e isolada das premissas nele traçadas pode levar à equivocada conclusão no sentido de ser possível aos sindicatos, no processo de negociação coletiva, fixarem condições que, de algum modo, representem limitações ao dever de cumprimento de cotas mínimas, nos parâmetros fixados na lei, na medida em que a matéria não se encontra entre aquelas em relação às quais há expressa proibição e, por conseguinte, ser objeto de tratamento amplo e sem restrições.

Ainda que exista previsão expressa, no inciso XXII, de vedação de qualquer espécie de discriminação das pessoas com deficiência relacionada a salário e critérios de admissão, incluída, como foi, no rol das matérias que não estariam afetas ao conteúdo da negociação coletiva, ao serem consideradas “objeto ilícito da convenção ou do acordo coletivo”, estudos feitos pelo Núcleo de Pesquisas sobre Mercado de Trabalho e Pessoas com Deficiência do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, vinculado ao Instituto de Economia da Universidade de Campinas – Unicamp (Estado de São Paulo), identificam tendências à flexibilização e ao rompimento da proteção social do trabalho para as pessoas com deficiência.

A análise das cláusulas contidas em convenções e acordos coletivos elaborados no período posterior à vigência da Lei n.º 13.467/2017<sup>1</sup> feita por Vinicius Gaspar Garcia, Guirlanda Maria Maia de Castro Benevides e Maria de Lourdes Alencar (GARCIA; BENEVIDES; ALENCAR, 2018) comprova esse viés de restrição ao direito, além de constatar que as normas negociadas são repetitivas e algumas delas reproduzem o conteúdo das propostas apresentadas – e rejeitadas – durante a tramitação do projeto de lei correspondente à “Reforma”, com a finalidade de reduzir as cotas ou facilitar o seu descumprimento.

Entre vários exemplos encontrados nas cláusulas contidas nos instrumentos que atingem o sistema de cotas incluem-se as que:

a) facultam às empresas pactuarem com o respectivo sindicato profissional os cargos ou funções que serão excluídos para fins de composição da cota de pessoas com deficiência: tais cláusulas introduzem critério diferenciado de acesso ao emprego, atentam contra o princípio da igualdade de oportunidades, ignoram o paradigma social de deficiência, adotado pela Convenção de Nova Iorque, que a considera como conceito em evolução e resulta da interação com as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que as impedem da plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e revelam prática discriminatória;

b) isentam as empresas do pagamento da multa, caso comprovem o uso de todos os meios possíveis de divulgação das ofertas de vagas para as pessoas com deficiência: cláusulas dessa natureza deixam de lado o cumprimento, pelo empregador, do dever de promover as adaptações razoáveis no ambiente de trabalho – que se traduz em direito fundamental assegurado às pessoas com deficiência –, incorporam a equivocada compreensão de que oferta de vagas se revela em ausência de candidatos e valorizam a atitude passiva das empresas que, em grande parte dos casos, se limitam a publicar anúncios e fazer contatos com entidades de apoio às pessoas com deficiência;

c) excluem empresas que prestam serviços terceirizados do cumprimento da “Lei de Cotas”, ao predeterminarem a ausência de condições de acessibilidade, por estarem vinculadas às empresas tomadoras do serviço, e atrelam o percentual a ser observado na admissão de pessoas com deficiência

1 O estudo tomou como base os registros contidos no Sistema de Negociações Coletivas de Trabalho – MEDIADOR, da Secretaria de Relações do Trabalho – SRT, da Secretaria do Trabalho do Ministério do Trabalho e Previdência e disponíveis no sítio na internet: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>. Tal sistema constitui banco de dados no qual são arquivadas as convenções e acordos coletivos celebrados em todo território nacional, conforme previsto na Portaria n.º 282, de 6 de agosto de 2007, do Ministro do Trabalho e Emprego.

ao número de trabalhadores que atuam na sua sede: é visível a redução do quantitativo de trabalhadores com deficiência que poderão admitidos, diante do maior contingente de pessoal das empresas de mão de obra estar atrelado ao trabalho prestado nas empresas tomadoras do serviço. Ademais, estabelece-se, aprioristicamente, a premissa de que não há acessibilidade nos locais de trabalho e, mais, viola-se o dever de adaptação razoável, já referido;

d) vinculam a base de cálculo do percentual equivalente ao número de empregados com deficiência a serem admitidos ao número de pessoas que trabalham na área administrativa: excluem todo o pessoal da área operacional dos postos a serem preenchidos, o que reduz, sobremaneira, o número de admissões destinadas ao cumprimento das cotas;

e) estabelecem condicionantes de caráter genérico para cumprimento das cotas: são cláusulas que fixam parâmetros genéricos a serem observados no cumprimento da “Lei de Cotas”, o que contraria a diretriz de inclusão pelo trabalho estabelecida na Convenção da ONU, já referida. Ilustrativamente, cita-se cláusula transcrita no citado estudo: “As Empresas, sempre que as circunstâncias técnicas, materiais e administrativas assim o permitirem, não farão restrições para admissão de deficientes físicos”. A condição mencionada (“sempre que as circunstâncias técnicas, materiais e administrativas assim o permitirem”) está a revelar o direito de promover restrições ao ingresso de trabalhadores com deficiência, caso estejam presentes;

f) criam a intervenção do sindicato no processo de admissão de trabalhadores com deficiência, para fins de indicação daqueles que serão admitidos na empresa que firmou o acordo coletivo: além de introduzir a esdrúxula figura do agente intermediador dos trabalhadores com deficiência que se candidatarem aos postos de trabalho – o sindicato da categoria profissional celebrante do acordo coletivo –, em clara restrição ao direito ao trabalho, ainda define procedimento a ser observado na contratação.

Esses exemplos justificaram o aprofundamento dos registros contidos no sistema MEDIADOR, já referido, destinado ao depósito, registro e arquivamento de convenções e acordos coletivos de trabalho e seus respectivos termos aditivos.

Adotou-se o período inicial de dois anos e meio após vigência das alterações promovidas pela “Reforma”, o que compreendeu o intervalo de janeiro de 2018 a junho de 2020. Nele, foram **celebrados 22.881 instrumentos normativos**. Uma vez analisados, constatou-se que **994** contêm cláusulas sobre a temática das pessoas com deficiência, o que corresponde a, apenas, **4,34%** do total, a expressarem a predominância quase absoluta de omissão em relação ao tema, como se constata na tabela abaixo:

### Regulamentação Coletiva de Trabalho por tipo e ano

Tipo de instrumento	2018	2019	2020	Total Geral
ACORDO COLETIVO	238	371	82	691
CONVENÇÃO COLETIVA	18	158	116	292
TERMO ADITIVO DE ACORDO COLETIVO	2	2	6	10
TERMO ADITIVO DE CONVENÇÃO COLETIVA			1	1
<b>Total Geral</b>	<b>258</b>	<b>531</b>	<b>205</b>	<b>994</b>

Fonte: elaboração própria

A distribuição pelos Estados da Federação permite apurar a preocupação dos sindicatos com o tema e o resultado evidencia as diferenças na realidade própria do Brasil com números bastante distintos,

a exemplo de 1 norma nos Estados do Acre, Rondônia, Roraima e Sergipe, até 550, em São Paulo (tabela a seguir):

### Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho por Tipo e por Estado

Estado	Inclusiva		Neutra		Excludente		Total Qde	Total %
	Qde	%	Qde	%	Qde	%		
AC		0,00%	1	0,26%		0,00%	1	0,10%
AM		0,00%	1	0,26%	1	0,17%	2	0,20%
BA		0,00%	3	0,79%	12	2,09%	15	1,51%
CE		0,00%	12	3,17%	9	1,57%	21	2,11%
DF		0,00%		0,00%	9	1,57%	9	0,91%
ES	1	2,38%	1	0,26%	5	0,87%	7	0,70%
GO		0,00%		0,00%	19	3,32%	19	1,91%
MA		0,00%	1	0,26%	1	0,17%	2	0,20%
MG	14	33,33%	69	18,21%	78	13,61%	161	16,20%
MS		0,00%		0,00%	2	0,35%	2	0,20%
MT	1	2,38%		0,00%	7	1,22%	8	0,80%
PA	3	7,14%	7	1,85%	14	2,44%	24	2,41%
PB		0,00%	3	0,79%	6	1,05%	9	0,91%
PE	3	7,14%	5	1,32%	9	1,57%	17	1,71%
PI	1	2,38%		0,00%	1	0,17%	2	0,20%
PR	2	4,76%	55	14,51%	22	3,84%	79	7,95%
RJ	2	4,76%	17	4,49%	8	1,40%	27	2,72%
RN	1	2,38%		0,00%	6	1,05%	7	0,70%
RO		0,00%		0,00%	1	0,17%	1	0,10%
RR		0,00%		0,00%	1	0,17%	1	0,10%
RS	1	2,38%	8	2,11%	7	1,22%	16	1,61%
SC	6	14,29%	1	0,26%		0,00%	7	0,70%
SE		0,00%		0,00%	1	0,17%	1	0,10%
SP	7	16,67%	192	50,66%	351	61,26%	550	55,33%
NACIONAIS		0,00%	3	0,79%	3	0,52%	6	0,60%
<b>Total Geral</b>	<b>42</b>	<b>4,23%</b>	<b>379</b>	<b>38,13%</b>	<b>573</b>	<b>57,65%</b>	<b>994</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: elaboração própria

A partir do acesso ao teor de cada uma das cláusulas que compõem esse universo normativo, foram reunidas em três grupos, para fins de classificação quanto à disposição nela contida:

a) “inclusivas”: contêm preceitos que, de alguma forma, facilitam ou incentivam o direito à inclusão pelo trabalho das pessoas com deficiência. Representam o reconhecimento de ações afirmativas, políticas de inclusão, ampliação dos limites legais referentes à cota, entre outras características;

b) “neutras”: o seu conteúdo repete o texto legal, consigna a obrigação do empregador em dar cumprimento à regra contida no artigo 93 da Lei n.º 8.213/1991, nada a ela acrescenta, representa mero compromisso ou, embora enquadrado no subgrupo mencionado, não trata especificamente do tema. Nele, encontram-se fundamentalmente cláusulas que não consignam qualquer elemento facilitador ou que represente incentivo à cota fixada na Lei;

c) “excludentes”: consignam regras que, mesmo indiretamente, restringem o cumprimento das cotas no emprego das mais variadas formas ou contribuem negativamente para a implementação das cotas no emprego.

Encontram-se distribuídas nos diversos Estados da Federação, conforme demonstrado:

## Distribuição dos IRCTs por Tipos de Cláusulas e por Estado

Estado	Inclusiva		Neutra		Excludente		Total Qde	Total %
	Qde	%	Qde	%	Qde	%		
AC		0,00%	1	0,26%		0,00%	1	0,10%
AM		0,00%	1	0,26%	1	0,17%	2	0,20%
BA		0,00%	3	0,79%	12	2,09%	15	1,51%
CE		0,00%	12	3,17%	9	1,57%	21	2,11%
DF		0,00%		0,00%	9	1,57%	9	0,91%
ES	1	2,38%	1	0,26%	5	0,87%	7	0,70%
GO		0,00%		0,00%	19	3,32%	19	1,91%
MA		0,00%	1	0,26%	1	0,17%	2	0,20%
MG	14	33,33%	69	18,21%	78	13,61%	161	16,20%
MS		0,00%		0,00%	2	0,35%	2	0,20%
MT	1	2,38%		0,00%	7	1,22%	8	0,80%
PA	3	7,14%	7	1,85%	14	2,44%	24	2,41%
PB		0,00%	3	0,79%	6	1,05%	9	0,91%
PE	3	7,14%	5	1,32%	9	1,57%	17	1,71%
PI	1	2,38%		0,00%	1	0,17%	2	0,20%
PR	2	4,76%	55	14,51%	22	3,84%	79	7,95%
RJ	2	4,76%	17	4,49%	8	1,40%	27	2,72%
RN	1	2,38%		0,00%	6	1,05%	7	0,70%
RO		0,00%		0,00%	1	0,17%	1	0,10%
RR		0,00%		0,00%	1	0,17%	1	0,10%
RS	1	2,38%	8	2,11%	7	1,22%	16	1,61%
SC	6	14,29%	1	0,26%		0,00%	7	0,70%
SE		0,00%		0,00%	1	0,17%	1	0,10%
SP	7	16,67%	192	50,66%	351	61,26%	550	55,33%
NACIONAIS		0,00%	3	0,79%	3	0,52%	6	0,60%
<b>Total Geral</b>	<b>42</b>	<b>4,23%</b>	<b>379</b>	<b>38,13%</b>	<b>573</b>	<b>57,65%</b>	<b>994</b>	<b>100,00%</b>

Fonte: elaboração própria

Feita a divisão, segue o detalhamento de cada um dos grupos das cláusulas nos tópicos seguintes.

## 2.1 Cláusulas de conteúdo inclusivo

Como dito acima, as cláusulas foram agrupadas em função do seu conteúdo em três grandes conjuntos e o primeiro a ser analisado se refere àquelas que representam incremento ao direito de inclusão pelo trabalho.

O resultado quantitativo é verdadeiramente lamentável, ao se constatar que dos 994 instrumentos normativos registrados que contêm cláusulas sobre o tema foram identificados apenas **42** com essa característica – equivalente a **4,22%** do total –, dos quais 4, em 2018; 31, em 2019; e 7, em 2020.

A leitura do conteúdo das cláusulas revela que, embora reduzidas, são interessantes as iniciativas e foram separadas em dois subgrupos, conforme sejam medidas voltadas diretamente ao direito à inclusão pelo trabalho ou outras que, de modo indireto, também possuem conteúdo positivo, adiante destacadas:

a) **medidas relacionadas à inclusão** ou **medidas diretas de inclusão**: nesse subgrupo, foram catalogadas as cláusulas que contribuem para a efetividade do direito à inclusão no campo do trabalho, identificadas em função do seu aspecto predominante (indicadas em números absolutos e percentuais do total de inclusivas) e totalizaram 28 cláusulas, correspondentes a **2,82%**:

1) compromisso de admissão com adequação das instalações, proteção contra riscos do trabalho e promoção das adaptações necessárias: modalidades mais inclusivas, preveem diversificadas

iniciativas, desde a realização das adaptações necessárias no local de trabalho até o fornecimento gratuito de próteses para empregados com mais de um ano de serviço ou cadeira de rodas para locomoção (8 cláusulas, 19% do total);

2) priorização na contratação, inclusive com preferência para funções específicas vinculadas a determinado tipo de deficiência (7 cláusulas, 16,7% do total);

3) formação de parcerias com entidades, a exemplo de sindicatos, para arregimentação de pessoas com deficiência para ocupação das vagas disponíveis ou desenvolvimento de ações conjuntas destinadas à viabilização de programas de capacitação. Neste caso, é bom frisar, diferentemente de outras situações adiante enumeradas, a entidade não atua como intermediária das vagas eventualmente existentes, mas de forma colaborativa para identificação de pessoas aptas ao seu preenchimento (5 cláusulas, 11,9% do total);

4) fixação de cotas em patamares superiores aos definidos em lei, seja ao vincular a obrigação da empresa ao número menor de empregados, seja na ampliação do percentual, seja, enfim, ao fixar, como percentual único, o máximo previsto (4 cláusulas, 9,5% do total);

5) abono das faltas ao trabalho em decorrência da necessidade de manutenção nas próteses ou equipamentos de uso, como muletas, cadeiras de rodas, aparelhos auditivos (2 cláusulas, 4,8% do total);

6) abertura do mercado de trabalho para estudantes em formação e com deficiência física em cursos técnicos em turmas constituídas pela empresa, mediante a contratação por dois anos e possibilidade de permanência posteriormente, com prazo indeterminado (1 cláusula, 2,4% do total);

7) sindicatos atuam para qualificação das pessoas com deficiência, inclusive mediante ações conjuntas com as empresas (1 cláusula, 2,4% do total).

As **cláusulas inclusivas diretas** são equivalentes a **2,82%** (28 cláusulas) do número total de cláusulas existentes, repita-se.

b) **medidas indiretamente relacionadas à inclusão do empregado com deficiência ou medidas indiretas de inclusão:** apesar de não se relacionarem diretamente à inclusão da pessoa com deficiência, possuem aspectos positivos por contribuírem, indiretamente, para o direito à inclusão.

Foram identificadas **14** cláusulas, classificadas nos subgrupos enumerados a seguir:

1) definição de ser da empresa a responsabilidade de comprovar haver observado, minimamente, os critérios e as condições previstos na legislação para a admissão de empregados com deficiência: apesar de constituir norma de natureza processual, representa avanço por estabelecer critério mais benéfico em favor da pessoa com deficiência no sentido da observância da regra das cotas no emprego (5 cláusulas, 11,9% do total);

2) pagamento de benefício para empregados que possuem filhos com deficiência: apesar de não se dirigir diretamente ao empregado com deficiência e, a rigor, não dizer respeito à inclusão por meio do direito ao trabalho, foi inserida no grupo de cláusulas inclusivas por representar forma indireta de reconhecimento da necessidade de compensação específica para suprir as despesas geradas pela limitação e que são cobertas pelo salário percebido pelos pais da pessoa com deficiência, em grande parte dos casos (5 cláusulas - 11,9% do total);

3) garantia de emprego para empregado portador de HIV: importante medida protetiva, em especial a partir do momento em que a evolução da enfermidade ocasionar limitações ao empregado para o desempenho de suas atividades (4 cláusulas - 9,5% do total).

As **cláusulas inclusivas indiretas** são equivalentes a **1,40%** (14) do número total de cláusulas existentes, repita-se.

## 2.2 Cláusulas de conteúdo neutro

As cláusulas classificadas como neutras nada acrescentam ao direito à inclusão, mas também não possuem conteúdo restritivo. Em geral, a sua redação reproduz a definição contida na lei, ainda que com texto diferente, fixa a obrigação de cumprimento das cotas ou estabelece conteúdo programático. Foram identificados **379** registros e representaram **38,12%** do total geral.

Embora assim qualificadas, na essência significam formas disfarçadas da negativa de implementação de ações afirmativas dirigidas à inclusão das pessoas com deficiência ou resistência à admissão das denominadas “pautas positivas” como parte do processo de negociação coletiva por meio do qual podem ser constituídos avanços setoriais importantes, premissas que autorizariam o seu enquadramento como excludentes.

Contudo, não se pode negar que o próprio fato de constar dos instrumentos normativos representa algum avanço por fazer parte da pauta objeto das tratativas entre as categorias profissional e econômica e, por esse motivo, optou-se por formação de grupo específico. São resumidas a seguir:

- 1) cumprimento da cota: apenas consignam, por diferentes formas de redação, em geral de cunho genérico, a obrigação de dar cumprimento à cota legal, mediante a reprodução do texto contido no dispositivo; compromisso de não restrição ao ingresso de pessoas com deficiência; compromisso de não discriminação (265 cláusulas – 69,9% do total);
- 2) conteúdo programático: consignam que a regra legal será cumprida (85 cláusulas – 22,4% do total);
- 3) definição de pessoa com deficiência: contêm o conceito (12 cláusulas – 3,2% do total);
- 4) impossibilidade de utilização do empregado com deficiência como paradigma para fins de equiparação salarial (7 cláusulas – 1,8% do total);
- 5) compromisso de cadastramento de currículos na empresa, para fim de admissão posterior, em caso do surgimento de vagas (5 cláusulas – 1,3% do total);
- 6) temas diversos: aprendizagem e referência a cláusula anulada em função de procedimento administrativo instaurado pelo MPT (5 cláusulas – 1,3% do total).

## 2.3 Cláusulas de conteúdo excludente ou restritivo

Reunidas sob essa classificação, as cláusulas de conteúdo excludente ou restritivo representam a face mais perversa da negociação coletiva e da atuação das categorias nela envolvidas. Por meio de textos ambíguos ou aparentemente inclusivos, são criadas condições para o cumprimento da obrigação legal, não raras vezes genéricas, ou sob a forma de faculdade conferida à empresa – e não obrigação –, circunstâncias que dificultam, ainda mais, alcançar-se a efetividade da norma de equivalência constitucional que assegura a inclusão das pessoas com deficiência por meio do trabalho.

Fato grave revela-se no total de **573** instrumentos, correspondentes a **57,64%** dos registros, distribuídas conforme se vê:

- 1) inclusão condicionada: sob essa denominação, foram computadas as cláusulas que, apesar de afirmarem o dever de admissão ou de ausência de restrições de empregados com deficiência, fazem-no mediante condicionamentos por meio de expressões como “na medida de suas possibilidades”; “sempre que as circunstâncias técnicas, materiais e administrativas assim o permitirem”; “sempre que as circunstancias técnicas da empresa assim o permitirem”; “na medida do possível”; “sempre que possível”; “na medida de suas necessidades e possibilidades”; “desde que haja compatibilidade da deficiência com

o cargo e as condições relativas ao meio ambiente do trabalho”; “sempre que as circunstâncias técnicas, materiais e administrativas da empresa, assim o permitirem”.

Outros exemplos: “desde que a deficiência não ponha em risco o desempenho da função atribuída à vaga postulada”; “poderá, desde que, compatível com as habilidades e competências exigidas para o exercício dos cargos existentes em sua estrutura e na medida de sua possibilidade, o aproveitamento de mão de obra do deficiente físico”; “dentro do possível”; “desde que aprovada tecnicamente e na conformidade de sua política de ingresso”.

Com a mesma condicionante, foram identificadas algumas cláusulas cuja restrição é dirigida aos “deficientes Físicos e Auditivos”.

Ao todo, esse subgrupo representa **61,4%**, 352 das cláusulas excludentes;

2) vinculação do percentual referente às cotas ao pessoal da área administrativa: vincula-se o número de empregados que servirá de base para a fixação das cotas àqueles que atuam na área administrativa, cláusula que é encontrada, em sua maioria, nas empresas que, pela atividade econômica, possuem número bem maior de empregados na área operacional.

Estabelece-se condição prévia e genérica de incompatibilidade ou impossibilidade de execução do trabalho pelas pessoas com deficiência, como se todas elas fossem iguais, guardassem homogeneidade nas diversas formas como se apresentam para o mundo, possuíssem idênticas capacidades, habilidades e qualificações, enfim, formassem massa homogênea de corpos e mentes incapazes de atuar em determinados setores da economia ou executar atividades específicas e em rota de colisão com a jurisprudência firmada pelo STF, adiante mencionada.

Algumas dessas cláusulas contêm supostas justificativas, como: “atividades de prestação de serviço são prestadas na sede do tomador de serviço, impossibilitando assim, que a empresa prestadora de serviço propicie condições adequadas de trabalho para os portadores de deficiência física habilitada ou reabilitada”; a necessidade de “os trabalhadores que exercem funções relacionadas à recepção e atendimento de consumidores – a exemplo de cozinheiros, auxiliar de cozinha, cumins, garçons, camareiras etc., em exercício profissional nas empresas necessitam estarem em gozo de sua plenitude física e mental”; “as especificidades da profissão de vigilante”; na “segurança privada, os trabalhadores necessitam de alto grau de aptidão física e mental, de modo que o desempenho destas funções por pessoa com deficiência pode resultar em riscos à sua própria integridade física”; “grau de risco da atividade econômica da empregadora, bem como a exigência de aptidão física e psíquica para o exercício de determinadas funções desempenhadas pelos funcionários representados por este sindicato no parque industrial e no campo”; “respeito às condições de saúde e segurança do trabalho, bem como a exigência de aptidão física e psíquica para o exercício de determinadas funções desempenhadas pelos funcionários representados por este sindicato no parque industrial e nas áreas agrícolas”.

Outras cláusulas demonstram a diversidade dos fatores adotados com o fim de exclusão como, em atividade logística, exigir qualificação técnica e preenchimento de requisitos legais (§ 1º, artigo 52, do Decreto 9.579, de 22 de novembro de 2018), principalmente, em expressa observância, no tocante a segurança do ambiente e das funções operacionais, assim como, da segurança de ordem pública, além das características necessárias de habilitação e experiência, para operar maquinário pesado, veículos automotores de cargas e de transporte de passageiros, delimitado no Código de Trânsito Brasileiro por idade e tempo de habilitação (§ 1º, artigo 143 e artigo 145, do CTB), nos termos da normatização do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN e da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, o cumprimento da cota prevista no artigo 93 da Lei nº. 8.213/91 e artigos 136 a 141 do Decreto 3.048/99 limita-se a cargos administrativos, seguindo o parâmetro, de exemplo do que ocorre na

contratação de policiais (artigo 37, inciso VIII, da Constituição da República), ou seja, dimensionado ao pessoal da administração, ressalvado os profissionais que atendem a publicação da empresa e das disposições do Código de Trânsito Brasileiro, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN e da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, que comprove ter aprovação em de formação de específica e em curso de treinamento de prática veicular em situação de risco, e que porte Certificado Individual de Reabilitação ou Habilitação expedido pelo INSS, assim como, aprovação médica expedida pelo DETRAN, que indiquem, expressamente, capacidade profissional para o exercício da função de Motorista ou Operadores de Máquinas.

Em outros casos, são identificadas variadas justificativas: “o vigilante tem a função legal de inibir ou proibir ação delituosa com o uso de armas de fogo ou branca, e inclusive desarmado, sendo treinado para defesa pessoal, de patrimônio, de pessoas necessitando, assim, estar em plenitude física e mental”; “a atividade remunerada de motorista profissional de transporte intermunicipal de passageiros é regulamentada por legislação específica (artigos 145 e 147, do CTB, e, Resolução 80/1998, do CONTRAN), com necessidade de aprovação em curso de treinamento de prática veicular em situação de risco, habilitação profissional específica, e, preenchendo requisitos legais para a expedição de Carteira Nacional de Habilitação, na categoria ‘D’, para exercer a atividade remunerada, impondo limites à obtenção desta CNH àqueles que possuem deficiência física, mental ou progressividade de doença que possa diminuir a capacidade para conduzir o veículo, em decorrência da necessidade de transportar os passageiros incólumes até o destino final, garantindo a segurança do funcionário, usuários e coletividade”.

Ainda fazem parte desse subgrupo cláusulas que acrescentam à vinculação ao pessoal da área administrativa outros elementos de exclusão, a exemplo de não serem considerados os contratos sem prazo, intermitente ou prazo determinado.

Há, ainda, um caso de vinculação “ao pessoal da sede da administração da empresa”, embora com percentual de cota superior (10%).

Correspondem a **14%** (80) das cláusulas excludentes;

3) inclusão condicionada a adaptação futura das instalações: tal como o grupo anterior, a obrigação é antecedida de condicionamento genérico, a exemplo de “na medida de suas possibilidades”, mas dele se particulariza pelo aspecto programático representado pelo compromisso de considerar a acessibilidade na “concepção e implantação de projetos para construção, ampliação ou reforma de suas edificações, de maneira que neste tema seja observada a legislação pertinente em todos os seus aspectos” (50 - 8,7%);

4) exclusão de funções: com ou sem justificativa, outra forma de exclusão está materializada nas cláusulas que excluem ampla e variada gama funções da política de cotas, como “motorista”; “auxiliar de viagem”; “bombeiro civil”; “ajudante de entrega”; “todas as funções operacionais”; “Copeira”; “Limpador de Vidro” “Porteiro/Controlador de Acesso/Fiscal de Piso”; “Zeladoria em Prédios Públicos”; “Dedetizador/Assemelhado”; “Técnico em Desentupimento”; “Auxiliar em Desentupimento”; “Auxiliar de Manutenção”, “Hidrojatista”; “Operador de Varredeira Motorizada”; “Operador de Vácuo (Caminhões Limpa Fossa)”; “Coveiro/Sepultador”; “Tratador de Animais em Zoológico”; “Varredor de Áreas Públicas Privadas (Pátios/Ruas)”; “Agente de Higienização”; “Auxiliar de Limpeza e assemelhados”; caldeireiro; eletricitista; instrumentista; auxiliar de manutenção; mecânico; soldador, “funções/atividades que demandam a realização de trabalho em altura, espaço confinado e/ou com eletricidade”; “Operadores de Máquinas Agrícolas (Tratoristas, Pá Mecânica, Retro escavadeira, Colheitadeira, Pá Carregadeira, Motoniveladora, patrol, etc.)”; “Vigilantes”; “Montador de Torre”; “Motorista S/Guindaste”; “Motorista C/Guindauto”; “Operador de Máquinas”; “Operador de Motosserra”; funções que possam expor a risco

de agravamento da deficiência ou, por sua condição pessoal, a acidentes ou desenvolvimento de doenças; “atividades nas áreas primárias dos portos”, entendida como “toda a abrangência após o *gate*, envolvendo o trabalho em terra, no costado dos navios e embarcado”; trabalho com motocicleta; safristas; pessoal embarcado (41 – 7,2%);

5) isenção do pagamento de indenização: nesse caso, a cláusula contém espécie de isenção do pagamento de “qualquer indenização” que resulte da admissão de empregados com deficiência, inteiramente ao arrepio da legislação que busca proteger não apenas esse grupo vulnerável, como qualquer empregado que seja vítima, por exemplo, de discriminação (22 cláusulas - 3,8% do total);

6) compromisso de admissão e adaptação futura das instalações: como variação de cláusula anteriormente referida, firma-se o compromisso de admissão de empregados com deficiência, embora com o mesmo caráter programático quanto à acessibilidade (15 cláusulas – 2,6% do total);

7) acordos coletivos celebrados em diferentes bases territoriais em que todas as funções desempenhadas pelos trabalhadores representados pelo sindicato foram excluídas do cumprimento da cota, sob a justificativa do “grau de risco da atividade econômica da empregadora, bem como o exercício das funções dos empregados”. Destaca-se que as empresas desempenham atividade agroindustrial, de bioenergia e de energia elétrica (6 cláusulas – 1,0% do total);

8) dispensa do cumprimento da obrigação legal, se a empresa comprovar haver “anunciado, divulgado e publicado a sua necessidade de empregados [...] nos órgãos, veículos de comunicação e agências de emprego especializadas em recolocação de mão de obra, e não “aparecerem” candidatos hábeis à função (2 cláusulas – 0,3% do total);

9) obrigação de implementação da NR-17 (2 cláusulas – 0,3% do total);

10) redução de cota mediante a exclusão de empregados aposentados por invalidez ou em gozo de benefício previdenciário (2 cláusulas – 0,3% do total);

11) autorização para suspensão do contrato de trabalho das pessoas com deficiência mediante a contraprestação mensal de 30% do valor do último salário, com amparo na Medida Provisória n.º 938/2020 (1 cláusula - 0,2% do total).

A síntese feita sobre o conteúdo das cláusulas revela ser concebido em repertório “criativo-negativo” bastante vasto e diversificado.

### **3 RESULTADOS DA ANÁLISE DOS DADOS REFERENTES À ATUAÇÃO SINDICAL, MEDIANTE AS CLÁUSULAS INSERIDAS NOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS**

A decomposição do conteúdo das cláusulas permite extrair diversas conclusões, mas, decididamente, a que mais chama a atenção é a atuação sindical descomprometida – e, na quase totalidade dos casos, divorciada – do objetivo de promover a inclusão das pessoas com deficiência, sobretudo se for levada em consideração a amplitude dos poderes conferidos ao sindicato e, a partir deles, o que poderia ser feito em direção às múltiplas possibilidades de construção de políticas afirmativas nesse campo.

De qualquer modo, logo surge a primeira conclusão no sentido de ser insignificante o número de instrumentos normativos que tratam do tema, ora repetida: dos **22.881** celebrados no período e em vigor até 31/12/2020, apenas **992** contêm cláusulas sobre a temática, o que representa **4,34%** e, por si só, significa injustificada omissão das partes envolvidas no processo negocial em priorizá-la.

As cláusulas inclusivas em acordos coletivos se restringiram a 11 Estados e 5 em convenções coletivas, ao passo que as consideradas neutras ou excludentes estão distribuídas por praticamente todo território nacional, muitas vezes com redação absolutamente igual ou em muito semelhante, de modo a

revelar a existência de ação concertada ou atitude deliberada no sentido de rejeitar atribuir tratamento normativo ao direito ou peremptoriamente negá-lo, ainda que sob a forma de subterfúgio redacional, o que se mostra ainda mais danoso.

No aspecto positivo, o Estado de Minas Gerais concentra 33,3% dos acordos e 18,21% das convenções, ao passo que, de modo inverso, São Paulo responde por 61,26% e 50,66%, respectivamente, com cláusulas excludentes e neutras (tabela acima).

Mesmo entre as cláusulas classificadas como inclusivas, é reduzido o percentual correspondente às denominadas **inclusivas diretas (2,82%)** do total de cláusulas existentes.

A soma dos resultados correspondentes às cláusulas de conteúdos neutro (379 – 38,12%) e excludentes (574 – 57,64%) totaliza o significativo percentual de **95,76%**, a revelar que não há comprometimento dos sindicatos com o incremento de novos direitos ou o estabelecimento de formas de inclusão do trabalhador com deficiência.

Essa atuação sindical preocupa bastante, sobretudo porque o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de apreciar a constitucionalidade da criação (embora por lei) de obstáculos genéricos à inclusão das pessoas com deficiência por meio da restrição de determinado segmento de trabalhadores do número total de empregados a partir do qual seria calculada a cota de empregados com deficiência a ser preenchida e concluiu pela inconstitucionalidade de qualquer limitação genérica e objetiva.

Fê-lo por meio da ADI nº 5760, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. No caso, discutiu-se a constitucionalidade de dispositivo (artigo 16-A) inserido na Lei n.º 13.194/2015 que excluía os trabalhadores marítimos embarcados da base de cálculo da cota de empregos reservada a pessoas com deficiência, em virtude de exigências relativas a condições físicas, médicas e psicológicas resultantes de convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil.<sup>2</sup>

Entre os fundamentos determinantes afirmados pelo Ministro Relator para reconhecer e proclamar a inconstitucionalidade do dispositivo, encontram-se:

a) a impossibilidade de fixar-se a cota em função do número dos trabalhadores não embarcados por dificultar de maneira arbitrária o acesso aos postos de trabalho eventualmente disponíveis, reduzir a quantidade de vagas ofertadas e acarretar desvantagem até mesmo em face das demais pessoas com deficiência que concorrem a vagas em outros setores da atividade econômica;

b) a limitação mencionada ser incompatível com o princípio da igualdade, que restrinja as diferenciações quando constatada finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado, violar alguns dos princípios previstos no artigo 3 da CDPD, entre eles a não-discriminação (alínea “a”), a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade (alínea “c”), a igualdade de oportunidades (alínea “e”) e a acessibilidade (alínea “f”), além do direito ao trabalho (artigo 27) e mostrar-se contrária às ações afirmativas de inclusão pelo trabalho.

Ao concluir pela inconstitucionalidade da regra legal, o Ministro Relator mencionou que as pessoas com deficiência são aptas e selecionáveis para o trabalho marítimo, ainda que embarcado, e a aptidão deve ser verificada de modo individual e casuístico, “o que pode, quando muito, impedir o labor por parte de algumas pessoas, a depender do grau ou da natureza da disfunção possuída”.

Assim, à luz da jurisprudência do STF, qualquer limitação prévia, objetiva e genérica relacionada ao cumprimento da regra das cotas no emprego revela tratamento discriminatório e contrário aos

2 Para melhor compreensão do dispositivo impugnado: “Art. 16-A. Os marítimos exercendo atividades embarcadas, por serem submetidos às exigências contidas em convenções e acordos internacionais ratificados pelo Brasil relativas às condições físicas, médicas e psicológicas, não integram a soma dos trabalhadores das empresas de navegação para o disposto no art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991”.

princípios e regras contidos na CDPD. Em consequência, mostra-se inconstitucional.

Embora, como dito, o STF tenha apreciado o tema a partir de inserção em lei ordinária, os fundamentos determinantes contidos na decisão podem ser aplicados no exame dos instrumentos de negociação coletiva e não há como subsistirem. Eles ocupam o mesmo lugar da legislação ordinária como fontes formais dos contratos de trabalho e até se encontram em posição de superioridade na legislação ordinária por prevalecerem sobre ela.

A fundamentação com base nos princípios contidos na CDPD é o ponto marcante da decisão em análise e autoriza o magistrado do trabalho a declarar a nulidade de qualquer cláusula que atente contra a inclusão da pessoa com deficiência, no plano das demandas individuais, assim como os tribunais regionais deverão fazê-lo no âmbito das ações anulatórias de cláusulas normativas.

Não se pode conceber a plena e efetiva participação sem que nela – sociedade – a pessoa com deficiência esteja presente de maneira ativa e com a possibilidade de interagir com os demais membros, inclusive e especialmente no ambiente de trabalho, onde se realiza profissionalmente e verdadeiramente “aparece” para o mundo por meio de ações. Em casa, sem trabalhar, recolhido nos seus aposentos ou nos limites de sua residência, segregado de instituições manicomiais ou em ambientes confinados, ficará privado do verdadeiro direito que atinge a sua essência como profissional em qualquer das áreas de sua formação.

Também atinge o dever de inclusão pelo trabalho atribuído ao Estado, à sociedade e à família como objetivo e garantia do bem-estar pessoal, social e econômico da pessoa com deficiência, assegurado na LBI (art. 8º).

Invoca-se, de igual modo, a acessibilidade, que constitui “mecanismo por meio do qual se vão eliminar as desvantagens sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, pois dela depende a realização dos seus demais direitos” (BARCELOS; CAMPANTE, 2012, p. 177). É “direito instrumental”, pois, sem que seja viabilizado o acesso às escolas, aos meios de transporte e equipamentos públicos não há como ser exercido o direito à cidadania, nem se torna possível a inclusão social sem uma cidade acessível (ARAÚJO, 2008, p. 208).

Possui alcance muito mais amplo, sem que se possa limitar à superação das barreiras físicas ou modificação dos equipamentos urbanos de modo a viabilizar o acesso – compreendido no sentido de ingresso – das pessoas com deficiência, pois, “são as barreiras econômicas, culturais, arquitetônicas, atitudinais, entre outras, que geram a exclusão das pessoas com deficiência, e não, os fatores biomédicos” (FERRAZ; LEITE; *in* GUGEL, 2019, p. 2019, p. 157).

A acessibilidade é, portanto, fator de inclusão social e equiparação de oportunidades e não pode ser negada às pessoas com deficiência no meio ambiente do trabalho. Ao contrário, é dever fundamental do empregador fazê-lo por meio das medidas gerais ou, se necessário, de medidas específicas de adaptação essenciais às necessidades específicas do trabalhador com deficiência, para que possa exercer as suas atividades em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ademais, por concretizar os direitos fundamentais previstos na CDPD, a Lei nº 13.146/2015 integra o denominado “bloco de constitucionalidade”, que representa o conjunto de normas de conteúdo constitucional, estejam ou não inseridas no corpo da Constituição, a partir do qual será possível promover o controle de constitucionalidade, com destaque para as normas protetivas de direitos humanos.

## 4 CONCLUSÃO

Como se constatou, embora seja bastante fértil o terreno, os sindicatos não têm plantado boas sementes para a construção da “floresta inclusiva” das pessoas com deficiência. Ao contrário, a postura tem sido de omissão ou predominantemente de exclusão, revelada na inserção de cláusulas que, na sua maior parte, restringem ou limitam o direito à inclusão pelo trabalho.

Além de representar atuação em descompasso com a política de inclusão iniciada no Brasil há mais de 30 anos, essa postura choca-se com a interpretação atribuída pelo STF ao alcance das mudanças provocadas pela incorporação, ao sistema jurídico brasileiro, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada com equivalência a emenda constitucional, assim como o Protocolo Facultativo que a acompanha, e representa negativa indireta de vigência da própria norma.

Ademais, apesar de validar a prevalência da negociação coletiva sobre a legislação, tal como fixado no Tema 1046, o STF também fixou limites intransponíveis à atuação das entidades sindicais, entre os quais se incluem as políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência, objeto também de outra decisão da Suprema Corte, cuja fundamentação – no sentido da impossibilidade de fixação de limites prévios e objetivos – pode ser aplicada para invalidar as cláusulas que representem restrição ao direito ao trabalho.

Na sociedade contemporânea, não mais tem lugar a recusa à promoção do direito à inclusão pelo trabalho das pessoas com deficiência, verdadeiro marco civilizatório inaugurado pela Convenção da ONU alusiva ao tema, e os instrumentos de negociação coletiva devem refletir essa tendência.

Revela, por fim, atuação descomprometida com os objetivos principais ligados à própria razão de ser dos sindicatos, sempre voltada à ampliação das conquistas sociais e atendimento aos anseios da categoria profissional.

Em tema tão sensível, não há mais lugar para a “síndrome do avestruz”.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência e o Cumprimento do Princípio da Dignidade Humana. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2.<sup>a</sup> ed., atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AROUCA, José Carlos. Sistema Mediador. **Migalhas**. ISSN 1983-392X. Brasil: 31 out. 2007. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/48223/sistema-mediador>>. Acesso em: 23 jul. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. **A Acessibilidade como Instrumento de Promoção de Direitos Fundamentais**. In FERRAZ, Carolina Valença *et al.* (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 2.

BRASIL. **Lei n.º 13.194, de 24 de novembro de 2015**. [sd]. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113194.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113194.htm)> Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. SECRETARIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. **Instrução Normativa n.º 16, de 15 de outubro de 2013**. Brasil, [sd]. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080814F05451F014F17BB47716908/IN%2016%20DE%2015.10.2013.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Instrução Normativa n.º 20, de 24 de julho de 2015**. Brasil, [sd]. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080814F05451F014F17C750D21A54/IN%2020%20DE%2024.07.2015.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Sistema de Negociações Coletivas de Trabalho**. MEDIADOR. Brasil, [sd]. Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>>. Acesso em: 23 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Portaria n.º 282, de 6 de agosto de 2007**. Brasil, [sd]. Disponível em: <[http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF47A3AE83C68/p\\_20070806\\_282.pdf](http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF47A3AE83C68/p_20070806_282.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Instrução Normativa n.º 9, de 5 de agosto de 2008**. Brasil, [sd]. Disponível em: <[http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812BD96D6A012BE3B0FD2A1E33/in\\_20080805\\_9.pdf](http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812BD96D6A012BE3B0FD2A1E33/in_20080805_9.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2023.

FERRAZ, Carolina; LEITE, Glauber Salomão. Direito à Diversidade *apud* BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. A Acessibilidade é Direito Fundamental da Pessoa com Deficiência. In GUGEL, Maria Aparecida (Org.). **Diálogos Aprofundados sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: RTM, 2019.

GARCIA, Vinicius Gaspar; BENEVIDES, Guirlanda Maria Maia de Castro; ALENCAR, Maria de Lourdes. Potenciais impactos das mudanças recentes da legislação trabalhista no emprego formal das pessoas com deficiência. **CESIT – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho**. Brasil, 2018. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/potenciais-impactos-das-mudancas-recentes-da-legislacao-trabalhista-no-emprego-formal-das-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 23 jul. 2023.

## CRISE NO SISTEMA JURÍDICO PARA O CUSTEIO DOS SINDICATOS

**Eduardo Antonio Temponi Lebre\***

### RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro contém um sistema de normas cujo objeto são as receitas sindicais, que são devidas para o exercício de suas funções legais e associativas, o sistema foi informado em primeiro plano pela Constituição da República Federativa do Brasil e infraconstitucionalmente pela Consolidação das Leis do Trabalho, esse sistema foi alterado em 2017 pela reforma trabalhista, nos termos da Lei nº 13.467, que extinguiu a contribuição sindical obrigatória, conhecida como imposto sindical, conseqüentemente, o sindicato que dependia de uma receita ficou sem ela, então, o debate sobre a obrigatoriedade do pagamento de todos membros da categoria sindical volta a ser mencionado, agravada a crise pela alta taxa de desfiliação sindical, somente a contribuição dos associados não é suficiente e, como é de direito, os resultados dos textos normativos atingem a todos membros da categoria pela norma do enquadramento sindical, este artigo tem o objetivo de analisar a situação jurídica envolvida na Liberdade sindical, revisando conceitos e a solução que estaria na adoção da pluralidade sindical e extinção do enquadramento sindical subjetivo.

### RIASSUNTO

L'ordinamento giuridico brasiliano contiene un sistema di norme che hanno per oggetto le ricavi sindacali, dovute per l'esercizio delle loro funzioni giuridiche e associative, l'ordinamento è stato informato in primo luogo dalla Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile e infracostituzionalmente dal Consolidamento della Leggi del Lavoro, questo sistema è stato modificato nel 2017 dalla riforma del lavoro, ai sensi della Legge nº. 13.467, che ha estinto il contributo sindacale obbligatorio, noto come tassa sindacale, di conseguenza, il sindacato che dipendeva da un reddito ne era privo, quindi il si torna a parlare del dibattito sull'obbligo di retribuzione di tutti gli iscritti alla categoria sindacale, la crisi è aggravata dall'alto tasso di disaffiliazione sindacale, il contributo degli iscritti da solo non basta e, come è giusto, i risultati dei testi normativi arrivano tutti gli iscritti alla categoria per norma di inquadramento sindacale, il presente articolo si propone di analizzare la situazione giuridica coinvolta nella libertà di associazione, rivedendone i concetti e la soluzione che starebbe nell'adozione della pluralità sindacale e nell'estinzione dell'inquadramento sindacale soggettivo.

### 1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), os trabalhadores assalariados, os

\* Professor Titular do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) da disciplina Direito Processual do Trabalho. Doutor em Direito na Área de Filosofia e Teoria do Direito (UFSC). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Empresarial (UFSC). Bacharel em direito (PUCSP). Advogado.

Recebido: 05/09/2023

Aprovado: 11/09/2023

JUSTIÇA DO TRABALHO  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



empregadores e a sociedade aguardam alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para modificar questões contratuais, tutelares e sindicais condizentes com as mudanças ocorridas num contexto de globalização da economia de mercado, principalmente, por uma razão óbvia a CLT foi escrita para uma sociedade controlada totalmente pelo Estado Novo no início do século passado.

Evidencia-se nas relações coletivas de trabalho, que são organizadas através de sindicatos, uma fragilidade em todo o mundo, predominando o poder econômico em detrimento de políticas públicas que possam equilibrar as forças do capital e da mão-de-obra. Aumentam as taxas de desfiliação sindical e os novos operários estão cada vez menos interessados no sindicato que os representam, uma das causas disto é, sem dúvida, decorrente da exploração injusta de mão de obra.

O sindicalismo sempre esteve ao lado de posturas socialistas, anarquistas e comunistas ou atreladas a ideologia do corporativismo laboral, fatos que não mais encontram espaço no cenário atual, devido à queda da ideologia soviética e a decadência do liberalismo.

Paralelamente, um acelerado avanço de ações produtivas privadas sobre as públicas, principalmente, entre as recentes privatizações de empresas estatais e sociedades de economia mista, colocam na prática uma das concepções teóricas do capitalismo neoliberal de mercado, qual seja, a necessidade de auto-regulamentação de preços e salários, com o mínimo de intervenção do Estado.

O neoliberalismo, portanto, renunciou o principal princípio liberal e admite a intervenção, chamando-a de mínima.

Ao mesmo tempo em que ocorre um comando financeiro global sobre todos os países participantes da economia mundial, tal comando que, por diversas razões, vem, gradualmente, reduzindo o poder da indústria em relação ao comércio, impondo a política da moeda, do crédito e dos juros, características da sociedade pós-industrial, o que representa um diferencial importante entre o anterior modelo capitalista que norteou a construção dos sindicatos no início do século XIX e o seu desenvolvimento hodierno que está centrado no capitalismo financeiro.

No final do século XX a luta pela manutenção de postos de trabalho passou a ser a bandeira do Estado brasileiro a partir de 1990, por exemplo, as reivindicações comuns como aumento salarial, benefícios socioeconômicos ou reposição por perdas inflacionárias foram diminuindo a ponto de sumirem de algumas categorias profissionais, apesar da greve ser um direito constitucionalmente garantido desde 1988, não há notícias de muitas delas na iniciativa privada nesse século (ao contrário da época dos grandes movimentos paredistas de 1970 a 1985), ocorrendo greve hoje mais nos setores de serviços públicos de transportes.

Na medida em que ocorreu a passagem da fase da união faz a força para a profissionalização da atividade sindical, evidenciou-se uma crise moral e ética nos sindicatos entre 1990 e 2017, desviando-os do cumprimento de suas funções determinadas pela CLT e a Lei da Reforma Trabalhista determinou, dentre mais de 200 alterações normativas, o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical.

Verifica-se o esgotamento de uma postura dos sindicatos de participarem mais de atividades envolvendo os partidos políticos, com nítida orientação ideológica, mais uma vez, como uma resposta obsoleta à crescente concentração da riqueza, empurrando, como falsa motivação, a antiga ideia da polarização entre direita e esquerda, como se fosse uma forma de solução dessa doença social exploratória de trabalhadores, conhecida desde a antiguidade e que permanece neste século gerando pobreza e desigualdade entre os seres humanos.<sup>1</sup>

1 Nos termos do texto aprovado da Declaração e Programa de Ação da Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Social em todos os países do mundo há um acréscimo da prosperidade de alguns, acompanhado lamentavelmente por um aumento

Já está escrito no livro sistema jurídico de custeio dos sindicatos<sup>2</sup>, que toda relação deve ser explicada, inicialmente, pela sua origem. No caso da relação entre o Direito e a Liberdade, essa origem é a compreensão do conhecimento humano sob o prisma de um ordenamento normativo que disciplina a conduta dos indivíduos em relação uns dos outros, como também destes em relação ao Estado. O conjunto de normas jurídicas que interdiciplina a vida em sociedade é o Direito. Esta ordem normativa pode ser prescrita, autorizada ou positivada pelo detentor do poder, entendendo-se, aqui, o poder como sinônimo de competência, devendo ser respeitada pelos indivíduos. Melhor explicando, a prescrição de condutas para o Direito somente pode assumir três configurações: o proibido, o obrigatório e o permitido.

Surge, então, a relação entre o Direito e a Liberdade (aqui o vocábulo “liberdade” significa “livre arbítrio”), no sentido de que a norma jurídica deve ser observada por todos, mas não há garantia efetiva de que um indivíduo, uma coletividade inteira ou até mesmo os representantes do Estado irão cumpri-la, uma vez que eles são livres para conduzir-se de acordo ou contra a norma jurídica. Isto ocorre porque aplica-se ao Direito o princípio da imputação e não o princípio da causalidade.

Ao se distanciarem do Direito, conseqüentemente, os sindicatos se afastam das prerrogativas e do exercício das suas funções e, ao se aproximarem da Política eles romperam com a principal regra do jogo que é a Liberdade sindical e o respeito às Leis e a Constituição.

Este artigo tem como objetivo atualizar alguns conceitos e indicar quais são os caminhos possíveis para uma mudança do Direito Sindical brasileiro numa perspectiva das funções sindicais e suas fontes de receita para custeio do próprio sindicato e de ações legais obrigatórias que devem ser aplicadas.

## 2 CAPITAL VERSUS MÃO DE OBRA

O capitalista e o trabalhador se tornam um corpo somente: a empresa.

O obreiro passa a trabalhar por salários em regime de subordinação e a empresa busca o lucro.

Emerge, então, uma questão social de desenvolvimento de ideias socialistas, que surgem como resposta aos problemas sociais e econômicos provocados pelo capitalismo. Propugnando pelas mudanças necessária por uma nova organização da sociedade visando beneficiar a classe proletária.

Diante dos sinais de deficiência do capitalismo no combate à pobreza, das constantes reivindicações dos trabalhadores e da ameaça do comunismo, adotou-se no Ocidente o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), que permitiu a expansão da demanda agregada, ajustando-a à absorção da produção em massa. Houve uma elevação gradual do padrão de vida dos trabalhadores e agregou-se um consenso de adotarem políticas do tipo socialdemocrata, fato que fortaleceu a Europa Ocidental contra a ameaça comunista e entrou no Brasil com o Estado Novo e foi mantida desde aquela época.

Por aqui, no nosso país, após 1946 predominou a teoria do conflito-colaboração, em substituição da teoria da colaboração usada pelo Governo Getúlio Vargas.<sup>3</sup>

.....  
da pobreza extrema de outros. Esta contradição é inaceitável e tem de se combater com medidas urgentes. Formular e aplicar estratégias que proporcionem aos jovens de todo o mundo a possibilidade real de encontrar um trabalho digno e produtivo. <https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20do%20Milenio.pdf>, acesso em 15/07/2023.

2 LEBRE, Eduardo Antonio T. Sistema Jurídico de Custeio dos Sindicatos. São Paulo: Iglu, 1997.

3 ROBORTELLA, Luiz C. Amorim. A crise do poder normativo da Justiça do Trabalho, REVISTA DE LEGISLAÇÃO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL ano 56, n. 03, LTr, São Paulo, Março de 1992, p. 281. Parêntese para descrever a lição de Robortella, o qual, citando o Mario Pinto, identifica três concepções ideológicas diferentes a que pode se submeter ao Direito do Trabalho: a ideologia de conflito, concebida a partir da ideia básica marxista de luta de classes

A ideia do corporativismo, enquanto ideologia política nascida no século XX, que envolveu diretamente o Estado como interventor e organizador da economia e do trabalho, ao arrepio da autonomia privada.

Em tese, o que importa para o corporativismo é o interesse nacional. Em entrevista aos jornalistas norte-americanos, publicada em 14 de novembro de 1937 no Rio de Janeiro, o então Presidente da República declarou o seguinte sobre a Constituição outorgada em 10/11/37, *apud* AUGUSTO E. ESTELLITA LINS, “A NOVA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, SINOPSES, ANOTAÇÕES E REPERTÓRIO”, Editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1938, p. 360.

É nacionalista no sentido de estabelecer a preeminência da União para a solução dos problemas que interessam o país, fóra e acima dos ambientes estreitos que vinham produzindo os exagêros regionalistas, as competições pela hegemonia dentro da Federação, os particularismos e interesses que se sobrepunham ao interesse brasileiro.

Na mesma direção a exposição de FRANCISCO CAMPOS *apud* ESTELLITA LINS, *ob. cit.*, p. 358.

Sómente o Estado, porém, está em condições de arbitrar ou de exercer um poder justo. Ele representa a Nação e não é o instrumento dos partidos e das organizações privadas. O regimen corporativo não exclue a liberdade; apenas torna justo o exercício da liberdade.

Com o passar do tempo outros fatos aparecem, podendo-se citar os mais impactantes como o aprimoramento dos meios de produção substituindo os humanos por máquinas ou tecnologia e inúmeros empregos são extintos todos os dias. O advento da super-capacitação de empregados no desempenho de suas funções é aumentada pela informática e inteligência artificial nos meios de produção e serviços, numa ação que reduz a empregabilidade.

Em meados dos anos 1990, há expansão de uma política de criação de Microempresas e até hoje com a novidade do Microempreendedor Individual (MEI), o que significa uma ficção minimização da empresa, como pessoa jurídica, microempreendedores são pessoas sem oportunidade de terem vínculo empregatício, passam a responder como pessoas jurídicas produtoras de bens de pouco valor econômico ou prestadoras de serviços com menor valor agregado e são integradas por desempregados, agora “donos do próprio negócio”.

É uma evidente saída fantasiosa que trabalhadores encontraram através do estímulo do Poder Público para lutar nesta época de diminuição de postos de trabalho celetistas na indústria, no comércio, nos bancos e etc.

O caos criado pelo desemprego é agravado pela utilização de novas tecnologias nas linhas de produção. No comércio, a informatização, com uso de programas sofisticados em computadores, diminui a oferta de empregos.

Cresce o desemprego no Brasil e, também, no resto do mundo, apesar de não se enxergar grandes esforços dos governos e dos sindicatos, que parecem não atentos ao perigo do sindicalizado

.....  
e da exploração capitalista contra os trabalhadores; a ideologia de colaboração, evidenciada nos sistemas totalitários, nesses sistemas há a intervenção do Estado em detrimento da autonomia privada; em todos os casos os sindicatos atuam como meros colaboradores do Estado). Finalmente, a terceira concepção é a ideologia dialética do conflito-colaboração, introduzida em 1946 no Brasil e atualizada pela CRFB/1988, traduzida como a possibilidade de convivência pacífica entre o conflito e a colaboração, a partir do entendimento de que os distúrbios entre o capital e o trabalho podem existir, contanto que hajam mecanismos jurídicos, preferencialmente, reconhecendo a autonomia privada, para a sua pronta solução.

tornar-se um desempregado, a geração de mais empregos não é suficiente e se comemora por pouco, uma propaganda enganosa, como o sindicato vem perdendo receita com o fim da contribuição sindical obrigatória, está diminuindo a sua arrecadação.

Abrindo-se uma frente no governo para o retorno da obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical, a nova contribuição prevê um teto máximo de até 1% da renda anual do trabalhador.<sup>4</sup>

Esse é o grande desafio, porque não há espaço para o antigo sindicato, portanto, urge refazer toda legislação sobre as funções e fontes de custeio dos sindicatos no Brasil. Não basta a volta da obrigatoriedade da contribuição sindical.

Há contradições e omissões como se tudo ficasse congelado desde 1988, evidentemente, aguardando uma solução política que resiste a surgir. Tais mudanças foram anunciadas por vários governos desde 1994 e seriam para o ano de 2004 com a reforma constitucional trabalhista, após a da previdência (privada e pública) e a tributária.

Nada ocorreu.

Assim, comete-se mais um equívoco político, quando a etapa trabalhista é posta sempre para depois dessas duas e nunca acontece.

Esquecem-se do fato de que a real geração de crédito tributário e previdenciário provém da atividade produtiva privada, ou seja, da indústria, do comércio e da prestação de serviços. Na concepção do governo, pela ordem de valores, a questão trabalhista fica relegada a terceiro plano, ela permanece, portanto, atrelada ao Estado e não à iniciativa privada, o que significa dizer que o sindicato mais uma vez tem reduzido o seu papel de negociador, diminuindo a sua liberdade e autonomia.

Então, sabendo que ficarão atrelados ao Estado, os sindicatos, na grande maioria, defendem a permanência de fontes de custeio obrigatórias para sua manutenção e a unicidade sindical.

No entanto, existe corrente oposta que vislumbra uma saída com a implementação da pluralidade sindical e o fim das contribuições obrigatórias, como há muitos anos a Organização Internacional do Trabalho (OIT) vem defendendo.

Nesse cenário relevante e estagnado para o entendimento do assunto, a pluralidade sindical é uma perspectiva viva sobre o futuro do sindicato no Brasil.<sup>5</sup>

### **3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIVRE INICIATIVA PRIVADA E A LIBERDADE DE TRABALHO**

Tendo em vista que a Liberdade, enquanto livre arbítrio, deve estar submetida à Ética e, dessa forma, determinando cada uma das ações do indivíduo. Uma dessas ações, sem dúvida importante e essencial, é a atividade produtiva do ser humano, decorrente da livre iniciativa e da liberdade de trabalho. Assim tem sido o trabalho assalariado e atividade econômica, de um lado a vocação empresária e de outro a força produtiva da mão-de-obra.

Atualmente, na consciência individual de cada um projeta-se uma orientação difusa de enfrentamentos problemáticos, a maioria causados pela expansão das obras humanas e as suas consequências positivas ou negativas, pede-se uma revisão urgente de algumas regras vigentes desde o início do século XX no contexto da produção e comercialização de bens e serviços. Existem indícios de que, mantendo-se o outrora secular ritmo, muitos desastres podem acontecer. A começar pelo do

4 Projeto de Lei nº. 2.099, de 2023.

5 Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, não ratificada pelo Brasil.

meio ambiente, desemprego e a péssima distribuição de renda, pelos baixos salários praticados e o desemprego.

A Ciência vem demonstrando que a vida na Terra pode resultar seriamente comprometida se não houver uma desaceleração da indústria, com a proibição de unidades que vem agredindo a natureza, isso levando à crença de que elas não pode mais crescer desacompanhadas de um compromisso eficaz com meio ambiente sustentável. Assim, cabe ao ordenamento jurídico prever graus de responsabilidade sobre a exploração de recursos naturais e a livre iniciativa, o que, conseqüentemente, afeta a liberdade de trabalho.

Aí resta a contradição do sistema: como conciliar, então, este fato com a necessidade de criação de mais postos de trabalho para tantas pessoas? Acrescentando-se o fato de que a população mundial vem aumentando?

Outra situação, que decorre do sistema capitalista, consistente na estimulação do consumo, o que provoca uma mudança de conceito de comércio nacional para o internacional, então, como resolver esta nova pretensão de consumo internacionalizada, por exemplo, com o transporte aéreo, automóveis, telefones e energia elétrica, levando-se em conta a preservação de um meio ambiente saudável e os trabalhadores subordinados?

Nos dois primeiros casos, imaginem a quantidade de emissão de gases e, no segundo, pensem na quantidade de baterias poluentes, para atender a demanda destes produtos em forma de celulares portáteis. E, agravar-se-á a situação, se forem consumidos por populações de baixa renda que, em geral, são trabalhadores sem emprego, que evidentemente na maioria dos países subdesenvolvidos, ainda, estão sendo excluídos deste tipo de consumo.

O que é pior, se este raciocínio for igualmente aplicável a produtos bem mais simples, como a geladeira, o fogão e gás de cozinha. Inevitavelmente, haverá impactos ambientais destrutivos causados pela expansão de consumo destes itens e de outros produzidos pela indústria se pela globalização aumentarem sua produção para gerarem mais empregos.

O problema é manter uma parcela enorme da população mundial empobrecida para não consumir, enquanto alguns privilegiados consomem em demasia, com itens de consumo que comprometem o meio ambiente, não é algo correto e justo.

Nesse singular aspecto, como ficaria o modelo fordista de economia, que tinha como lema, vamos fabricar carros que nossos operários possam comprar e que foi implementado com sucesso nos Estados Unidos da América, nos dias de hoje pode levar a uma das maiores catástrofes ambientais se ampliados para outros bens de consumo em massa, no caso dos automóveis já se sabe o erro: a emissão de gases poluentes e a pavimentação de estradas com asfalto, com enorme dependência do petróleo.

É uma pergunta complexa, porém, há implicações claras dela com a questão do emprego. A administração das riquezas do mundo, também, inclui um bem precioso, que é o trabalho que o ser humano realiza. No entanto, as políticas nacionais vem relegando-o a planos inferiores aos da movimentação de capital e da acumulação de riquezas. Assim, parece que o capitalismo industrial deixou espaço vazio de Poder, assumindo, daí em diante e destacadamente, um novo capitalismo financeiro.

Difícil é prever se o consumo de bens, como os acima mencionados, irão atingir a população mundial pobre que é a imensa maioria, não há lugar para tanta exploração de recursos naturais sem comprometer o meio ambiente, a ponto de permitir que toda família de trabalhadores do mundo tenha dois carros na garagem, telefones móveis, microcomputadores e etc., soma-se a eles o essencial, que são os alimentos e o acesso à saúde, que inclui bons hospitais com aparelhos de última geração para exames, diagnósticos e tratamentos.

Portanto, aquilo que parecia justo para o movimento sindical de outrora, que era uma garantia de renda suficiente para que o trabalhador pudesse consumir cada vez mais, na verdade, vem inviabilizando-se pelo desemprego e a pobreza, resultando no freio na empregabilidade na indústria, que, como visto, encontra sérias limitações, muitas delas, como esta do meio ambiente, que advêm de fora do sistema, pois são fruto de pressões pela preservação da vida, tendo amparo em teorias que pretendem humanizar o capitalismo, melhor explicando, torná-lo capaz de reconhecer os seus limites, e de que deve ser o ser humano o centro da importância e não o sistema de produção e acumulação de renda e riqueza.

Outra limitação, que se encontra fora do sistema capitalista, que, igualmente, impede a geração de empregos é a crescente tecnologia em redução do esforço humano em trabalhos, sejam manuais ou intelectuais, acrescentando-se a isso a especialização que permite que um trabalhador realize diversas atividades e laborando por muitos.

Até o mais simples dos trabalhos domésticos, pode estar associado a um controle remoto ou dispositivo automático, agora, transportando-se este fenômeno da engenharia humana, que até poucos anos contava com a força de tração animal, por exemplo para a indústria, o resultado não é outro senão o desemprego.

A CRFB/1988 prevê, mediante edição de lei ordinária, a proteção em face da automação (artigo 7º., inciso XXVII). Parece uma contracultura: como impedir que tecnologias redutoras do trabalho humano sejam aplicadas? Ou, se não as impedir, como fazer a indústria ou serviços compensar o excedente da mão-de-obra dispensada? Pela complexidade do tema, o legislador brasileiro deixou de editar uma lei que trate do assunto, ou seja, o Estado é omissivo, mantida a lacuna, resta aos sindicatos, em convenção coletiva, dispor sobre o assunto.

Conclui-se que poucas conquistas tiveram as categorias profissionais, a batalha da proteção em face da automação e do aumento real de salário estão sendo perdidas, demonstrando uma constitucionalização simbólica da garantia, porque vem prevalecendo a política indenizatória aos trabalhadores atingidos pela tecnologia, o que, sem dúvida, não era o desejado pela inclusão deste direito social na CRFB/1988.

Então, deslocando-se o assunto para uma Filosofia Política, se aos desafios do antigo Estado Moderno apresentou-se uma ideologia orientada pelo funcionamento orgânico da sociedade, que passou a ser fiscalizadora da Liberdade de trabalho, marcando o advento do Estado do Bem Estar Social, posteriores e decorrentes fenômenos políticos que exaltaram a igualdade nasceram e morreram, como a onda comunista que caiu com os soviéticos. Mas, o interessante e também desafiador é que os sindicatos, que cresceram neste modelo de Estado do Bem Estar Social não prosperaram.

Será que uma nova classe trabalhadora surgiu após 1989?

Sem dúvida que sim, pois o poder que assume destaque no século XXI, volta a acentuar o conteúdo da Liberdade, porém, em outras bases que são subproduto do enorme crescimento, sem precedentes históricos, ocorrido no século XX. Ora, se ao Direito não cabe trabalhar com causas e efeitos, a Política deve fazê-lo.

Como se explica que a tendência de regionalização da miséria no hemisfério sul seria cumulada com o medo de não poder mais consumir ou de nunca consumir, o que levou a institucionalização da brutal desigualdade de renda, de um lado os excluídos do sistema de consumo a imensa maioria que são os desempregados, do outro lado ficam os empregados, fato que torna o atual operário um defensor do sistema, assim foi feito e não há mais espaço para greves pois a oferta de mão-de-obra é maior que a procura, uma lei de mercado, num ciclo que acena pela sua imutabilidade quando o assunto é a não ter trabalho para todos.

Pensando-se nisso, não mais será o sindicato o propulsor de mudanças?

Tendo o trabalhador alterado sua percepção ideológica foi justamente o operário quem mudou o mundo?

Todo o cenário aponta para uma condição de pacto entre os assalariados e os patrões, reflexo imediato na diminuição de reivindicações e de greves, enquanto que o sindicato passa então a atuar mais como uma associação civil em prol de conquistas decorrentes da inclusão do empregado no sistema, por exemplo, os fundos de pensões em previdência privada, a gestão de recursos provenientes de fontes de custeio revertidas em descontos em planos de saúde para os associados, a criação de sedes sociais para lazer dos sindicalizados, dentre outras realizações não decorrentes da típica atividade sindical de reivindicação e negociação por melhores salários.

As negociações sindicais, quando ocorrem, podem até mesmo reduzir conquistas econômicas dos trabalhadores para evitar o desemprego, observa-se que o baixo nível de oferta de emprego e o fechamento de postos de trabalho diminuem a receita sindical, ou seja, o sindicato quer a manutenção e ampliação dos empregos, aceitando, inclusive, diminuição de direitos (como redução de jornada de trabalho e salário), chamada de flexibilização de direitos trabalhistas, o que implica na denominada desregulamentação do contrato de trabalho, ou seja, o fim da intervenção estatal nas condições contratuais de labor.

A CLT agonizando e ninguém percebe?

Tudo isto acontece, quando no Brasil assume mais uma vez um governo, que prioriza o sindicato e o sindicalismo, fazendo críticas e demonstrando a completa inadequação da reforma trabalhista e trazendo ao debate político uma parcela do problema que envolve as receitas sindicais.

Sem a pretensão de julgar os valores contidos nesta análise, são estes elementos políticos que irão nortear um possível ponto de vista legal, futuro e incerto, do sindicato, mas, não imprevisível, pois a mudança socioeconômica já opera a largos passos, como acima apontado, está sendo cercada, principalmente, pelo fenômeno da absorção do contrato de trabalho para dentro do sistema capitalista neoliberal, a chamada flexibilização do direito do trabalho, transformando o sindicato numa associação atrelada ao Estado.

O desafio que se apresenta para os juristas que entendem ser mais justo a ratificação da Convenção nº. 87 da OIT, instituindo-se a pluralidade sindical e o fim do enquadramento por categorias, em defesa de uma maior autonomia privada e menor intervenção do Estado.

#### **4 O CUSTEIO DOS SINDICATOS COMO SISTEMA DE NORMAS**

Como o assunto aqui abordado reflete-se no Direito e não na Ética, para o jurista conhecê-lo é necessário que se verifique os limites do objeto de seu estudo. Com esta afirmação queremos dizer que a Jurisprudência ou Ciência Jurídica tem métodos próprios e objeto próprio, ou seja, o Direito é uma ciência autônoma.

Tal característica é claramente identificada pela maioria dos juristas de nossa época, em que pese a orientação, em sentido oposto, tanto dos teóricos da livre interpretação do Direito, como, principalmente, daqueles que não admitem a cientificidade do Direito por acreditarem que o objeto de estudo está constantemente se modificando através do tempo e do espaço, impossibilitando o jurista de trabalhar com exatidão científica. Portanto, para se obter uma exatidão científica, passa-se a explicar, nas próximas linhas, o sistema jurídico de custeio dos sindicatos que, em outras palavras, significa afirmar a existência de uma ordem normativa criada para regulamentação da atividade econômica dos sindicatos.

Adota-se, *ab initio*, a ideia de que o ordenamento jurídico constitui-se em sistema na medida em que suas normas não sejam nunca incompatíveis entre si. Em outras palavras, o Direito não tolera antinomias. Ora, ao se tratar de um sistema jurídico de custeio dos sindicatos, adotamos o conceito de sistema dinâmico, idealizado por Hans Kelsen, posteriormente reformulado por Bobbio, pois, verifica-se muito mais coerente este o enfoque científico sobre a questão das contribuições sindicais (no seu sentido mais amplo), na medida em que o custeio dos sindicatos constitui-se por um sistema complexo e ordenado de normas jurídicas que tem sua máxima na CRFB/1988.

Justifica-se, portanto, na medida em que se constata que as variadas fontes normativas do Direito Coletivo do Trabalho alcançam o nível constitucional, onde atualmente estão lançados os mais importantes princípios da organização sindical. Inicialmente, será útil esclarecer que o Direito do Trabalho vem sendo tratado como um direito especial em relação ao Direito Civil, este último contido no Direito Comum. O Direito do Trabalho é um ramo especial e muito recente se comparado, por exemplo, com aquele bem mais antigo.

Evidentemente, o Direito do Trabalho assume essa característica por se constituir em um conjunto sistemático de normas e princípios jurídicos que lhes são gerais e próprios, os quais regulam as relações contratuais entre empregados e empregadores e, ainda, estabelece regras da organização sindical. Esclarecendo, por oportuno, que a existência de um direito especial não é incompatível com a do direito comum. A principal finalidade é proteger o trabalhador subordinado.

Por outro lado, é fácil entender que o Direito do Trabalho constitui o termômetro regulador da temperatura social de uma nação, ou seja, traz o equilíbrio entre o capital e o trabalho, não no sentido político marxista da expressão, nem corporativista, mas, sim, no sentido conciliador e aplicador da justiça aos conflitos sociais advindos da relação jurídica contratual, aqui se emprega o termo “jurídica”, no sentido de uma relação submetida ao imperativo legal de proteger o trabalhador e seus posteriores desdobramentos, que são os princípios do Direito do Trabalho.

Assim, constata-se a existência de ideologias determinantes no Direito do Trabalho, a ideologia de colaboração, evidenciada nos sistemas totalitários, chamados de corporativistas, prevalecendo neles a intervenção do Estado em detrimento da autonomia privada (aqui, os sindicatos atuam como meros colaboradores do Estado) e a terceira concepção, já mencionada no início deste parágrafo, é a ideologia dialética do conflito-colaboração, traduzida como a possibilidade de convivência entre o conflito e a colaboração, a partir do entendimento de que os distúrbios entre o capital e o trabalho podem existir, contanto que hajam mecanismos jurídicos, preferencialmente reconhecendo a autonomia privada, para a sua pronta solução.

A falta de autonomia do sindicato o faz dependente de outra fonte de poder, então, o Estado é que aparece para ampará-lo. Ocorrem duas situações: o sindicato arrecada sua receita através de sua atuação e do convencimento de empregados para se sindicalizarem e contribuírem, a chamada receita primordial da união faz a força, ou ficará atrelado ao Estado, com medidas antagônicas à pluralidade sindical.

## 5 ORGANIZAÇÃO SINDICAL

O sindicato é, sem dúvida, um dos fenômenos sociais de maior importância, desde o século XVIII, nasceu espontaneamente entre os trabalhadores, os quais observaram um fato social que lhes favorecia. Este fato consiste no aumento de poder frente aos empregadores, quando formada uma associação, por parte de grupos integrados unicamente por trabalhadores, para reivindicação de interesses trabalhistas

próprios, com a intenção de melhorar as suas condições de vida (economicamente, tecnicamente e socialmente).

Vale apontar que a Inglaterra foi a primeira a autorizar a atividade sindical no século XIX e a França a última. Posteriormente, no século XX, México (1917) e a Alemanha (Constituição de Weimar de 1919), asseguraram a liberdade sindical nas suas Constituições, dando início a uma nova concepção para as relações contratuais de trabalho, numa mudança do individualismo, como pregava o modelo liberal francês em 1791 (Lei Chapelier), para o coletivismo socialista, proporcionando o nascimento do Direito Coletivo do Trabalho e do sindicato.

## 6 CONCEITO JURÍDICO DE SINDICATO

No que tange ao conceito genérico e histórico de sindicato, sabe-se que ele constitui um fenômeno social, político, econômico e jurídico, próprio de uma sociedade industrializada, agremiador de indivíduos com o intuito de formarem agrupamentos representativos de interesses profissionais ou econômicos, num determinado local e numa determinada época.

Em primeiro lugar, devemos ressaltar que o aspecto social do sindicato foi tratado por vários estudiosos, sendo que alguns optaram por uma justificção sociológica do sindicato. Entretanto, em que pesem opiniões em contrário, a Ciência do Direito não deve adotar conceitos formulados por outros ramos da Ciência, não estando proibida, porém, de sustentar seu próprio conceito com base em dados colhidos em outros universos científicos. O que interessa, agora, é o aspecto jurídico, ou seja, a partir de um conceito genérico e sociológico de sindicato passamos a definir um conceito específico, importante apenas para o Direito.

Adota-se o entendimento que o Direito deve tratar o sindicato como associação civil. Como pronta resposta, pode-se dizer que o sindicato é uma associação civil especial, se comparada aos outros tipos de associação, porque ele desempenha funções específicas, as quais lhes são atribuídas por lei (no Brasil, art. 8º. da CRFB/1988 e artigos 511 à 514 da CLT). Estas funções estão ligadas, única e exclusivamente, à relação de emprego. Parte da doutrina identifica essa qualidade do sindicato como “*personeria gremial*” ou “investidura sindical”. Nada obsta, entretanto, que o sindicato defenda e promova outros tipos de interesses de seus associados, desde que conste dispositivo estatutário nesse sentido, ou seja, o sindicato não está reduzido ao desempenho de funções derivadas exclusivamente de sua personalidade sindical, mas, pelo contrário, o sindicato sendo uma associação civil deve ser dirigido pela vontade exclusiva de seus associados.

O tratamento do sindicato, enquanto associação civil, e conforme colocações acima apresentadas, se coaduna com a realidade jurídica brasileira na medida em que podemos definir o sindicato como sendo uma associação especial com as seguintes características: a) capacidade de representar os seus associados e toda a categoria profissional ou econômica (“defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria” – art. 8º., inciso III, da CRFB/1988); b) capacidade para celebrar convenções coletivas de trabalho (os efeitos da convenção coletiva extrapolam os limites de seus associados para atingir todos os membros de sua respectiva categoria profissional ou econômica, inclusive os não associados – art. 513, letra “b” e art. 611 da CLT); c) participação obrigatória em negociações coletivas de trabalho (art. 8º., inciso VI, CRFB/1988); d) participação em procedimentos conciliatórios e arbitragem; e) capacidade para comparecer em juízo; f) capacidade para impor contribuições sindicais; e g) prestação de assistência jurídica.

Estas características, mesmo considerando que algumas delas não estejam bem situadas dentro

de uma visão democrática de liberdade sindical, como preconiza a Convenção nº. 87 da Organização Internacional do Trabalho, principalmente, no tocante às contribuições sindicais obrigatórias e o atrelamento ao Estado, diminuem o exercício da autonomia coletiva privada do sindicato. Ainda que, diante destas características, haja uma tendência institucional para os sindicatos, isso não o conceitua, devendo defini-lo como associação civil, porque existe, sem dúvida, na maioria dos aspectos da liberdade sindical, o propósito dele enquanto associação, como, por exemplo, a autonomia sindical (independência dos sindicatos frente ao Estado e sua liberdade de constituição e manutenção) e a sindicalização livre (liberdade de ingresso e saída).

A saída apontada pela OIT, a pluralidade sindical (elemento da Liberdade sindical), ainda não adotada pelo Brasil, reafirma a natureza associativa dos sindicatos, pela liberdade democrática de escolha do sindicato mais representativo.

## 7 PLURALIDADE SINDICAL

Segundo a classificação da OIT de Liberdade sindical, sustenta-se que o exercício do direito de livre associação sindical somente se completa quando se admite a possibilidade da existência de mais de um sindicato para cada categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial e ao mesmo tempo.

Assim, assegurando-se ao empregado e a empresa uma chance de optarem entre os sindicatos representativos de sua categoria profissional ou econômica. A CRFB/1988 optou pela unicidade sindical (mantendo o modelo contido na CLT), ou seja, é o sistema em que somente admite-se a existência, ao mesmo tempo e no mesmo local, de um único sindicato, qualquer que seja o grau, representativo dos trabalhadores ou empresas da mesma categoria.

Além disso, diante de um conflito entre a norma contida no art. 2º. da Convenção nº. 87 da OIT e o art. 8º., inciso II, da CRFB/1988, deve, sem dúvida, prevalecer o texto constitucional, porque, em primeiro lugar, o Projeto de Decreto Legislativo nº. 58-A, de 1984, para aprovação da Convenção nº. 87, ainda, tramita no Senado Federal; portanto, essa Convenção não foi ratificada e, conseqüentemente, não tem aplicabilidade no Brasil. Em segundo lugar, caso for a Convenção nº. 87 ratificada, mesmo assim, pelo critério de hierarquia das normas, deve prevalecer o art. 8º., II, da CRFB/1988. Na verdade, em razão dos pressupostos da liberdade sindical, o modelo ideal para o efetivo exercício dessa liberdade seria o da pluralidade sindical, pois a existência de mais de um sindicato para cada categoria profissional ou econômica asseguraria o direito de livre escolha democraticamente consolidado.

## 8 FUNÇÕES SINDICAIS

Os sindicatos desempenham funções que podem ser divididas em dois grupos: as funções derivadas da investidura sindical e as funções derivadas da natureza jurídica de associação civil e privada. No grupo das funções derivadas da investidura sindical estão incluídas as seguintes funções: I) função de representação legal (art. 8º., inciso III, da CRFB/1988 e art. 513, letra “a”, da CLT); II) função de colaboração com o Estado (art. 513, letra “d”, da CLT); III) função negocial é a realização de um negócio jurídico entre os empregados e empregadores, representados por seus respectivos sindicatos, federações ou confederações, criando normas que regulamentam os aspectos econômicos e sociais do contrato de trabalho, tendo início com a negociação coletiva e resultando em Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo; IV) função econômica: pode ser definida como a atividade de custeio e manutenção

dos sindicatos. Esta função, no Brasil, atinge toda categoria, na medida em que a contribuição sindical tem natureza jurídica de tributo; porém, existem outros tipos de contribuições que atingem apenas os associados.

No segundo grupo, das funções derivadas da natureza associativa privada dos sindicatos, estão contidas as seguintes funções: V) função regulamentar: são aquelas que derivam do estatuto da associação sindical, atingindo somente os associados; VI) função política: o sindicato deve ser conduzido livremente na luta pela conquista de seus interesses trabalhistas, porém não deve buscar a conquista de poder político, sendo que este último constitui prerrogativa específica dos partidos políticos; assim, esta função deve ser entendida à luz do art. 8º, inciso I, da CRFB/1988, que, segundo alguns autores, revogou o art. 521 da CLT (este artigo vedava ao sindicato o exercício de qualquer atividade que não correspondesse ao estudo, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais).

A linha política de atuação sindical deve ser discutida e aprovada pelos associados; e, por último, VII) função assistencial: que corresponde à manutenção de diversos serviços aos associados, determinando o art. 514, da CLT um mínimo de serviços a saber: assistência jurídica (valendo para todos os sindicatos) e outras obrigações, conforme dispõe o seu parágrafo único, somente para os sindicatos de empregados, como a criação cooperativas de consumo e crédito, escolas de alfabetização e centros pré-vocacionais.

## 9 CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES DE CUSTEIO

De fato, existem fontes de custeio que, pelo montante de seus valores, representam papel mais importante do que outras fontes, principalmente, as receitas que são fruto da arrecadação direta junto aos membros da categoria profissional ou econômica, sejam eles associados ou não. Tal situação, pode ser verificada pela análise de um dispositivo da legislação infraconstitucional, propriamente dito, o art. 548 da CLT, do qual extraímos uma classificação das fontes de receita, as quais denominaremos de fontes de custeio primárias e fontes de custeio secundárias.

Dentro das fontes de custeio primárias não se encontra mais a contribuição legal (obrigatória), restando as contribuições voluntárias (associativas ou de solidariedade). Por outro lado, as rendas produzidas por bens e valores, as doações, os legados, multas e rendas eventuais, representam as fontes de custeio secundárias.

## 10 FONTES DE CUSTEIO PRIMÁRIAS

Diante da classificação proposta, resta perguntar sobre a possibilidade de existirem fontes de custeio de cobrança obrigatória a toda categoria econômica ou profissional e outras fontes não-obrigatórias ou, como preferimos chamar, associativas ou voluntárias (aquelas que são devidas apenas pelos associados dos sindicatos).

Como já mencionado, as associações sindicais desempenham atividades que atingem toda a categoria profissional ou econômica e, por sua vez, realizam também outras atividades, apenas para satisfazer os interesses dos seus associados. Portanto, no sistema adotado pelo nosso país, na origem entendeu o legislador que existia a necessidade de instituir uma contribuição sindical obrigatória a toda

categoria, pois na verdade o trabalhador e o empregador se beneficiam, melhor dizendo, aproveitam-se dessas atividades desenvolvidas pelos respectivos sindicatos, igualmente, e na mesma medida dos sindicalizados, devendo contribuir todos para o custeio e manutenção dos mesmos. Por outro lado, os sindicatos enquanto associações privadas criam uma série de benefícios e oferecem diversos serviços aos seus associados, devendo auferir uma receita para efetuar tais despesas e, uma vez que estas atividades são dirigidas exclusivamente aos associados e não à categoria, entende-se que não seria correto instituir uma contribuição e impô-la também aos não associados.

Entretanto, a situação não é de solução fácil, pois em decorrência da Liberdade sindical que garante a autonomia administrativa dos sindicatos, poderíamos indagar como fiscalizar o emprego da contribuição sindical obrigatória. Em que medida ela não estaria sendo empregada para atividades voltadas somente para os associados? Quem seriam os responsáveis para fiscalizar a aplicação do dinheiro arrecadado proveniente das contribuições sindicais obrigatórias?

Por este motivo, a melhor posição é a de classificar as fontes de receita dos sindicatos como primárias subdivididas em obrigatórias e voluntárias. Dentro do contexto da organização sindical brasileira, as denominadas contribuições sindicais obrigatórias são aquelas que atingem todos os integrantes de categorias profissionais ou econômicas, com natureza jurídica obrigatória, como já se pronunciaram, a favor deste entendimento, os doutos representantes da maioria da doutrina pátria. Portanto, a contribuição sindical revogada, prevista no art. 578 da CLT deveria respeitar os princípios atinentes aos tributos em geral. Enquanto que, as contribuições sindicais voluntárias ou associativas, como o próprio nome já diz, são espontâneas e atingem somente os associados dos sindicatos, conforme previsão expressa da CLT. Esta espécie de contribuição sindical não tem natureza jurídica de tributo, pois não é obrigatória a todos os integrantes de categorias profissionais ou econômicas; ao contrário, somente podem ser exigidas dos filiados da associação sindical respectiva, por força dos estatutos ou de ato resolvido em assembleia sindical.

Finalmente, vale afirmar que ambas são fontes primárias, pois representam o maior e o principal volume de recursos dos sindicatos e são produto da arrecadação direta junto aos membros das respectivas categorias (sindicalizados e não-sindicalizados); portanto, são as mais importantes fontes.

## **11 FONTES DE CUSTEIO SECUNDÁRIAS**

No que diz respeito ao patrimônio das associações sindicais, além, é claro, das acima citadas fontes primárias de custeio, a CLT no art. 548, letras “c”, “d” e “e”, considerou também como patrimônio dos sindicatos os bens e os valores adquiridos e as rendas provenientes destes últimos, as doações e legados, multas e outras rendas eventuais. Deste referido artigo consolidado, podemos extrair as seguintes receitas sindicais: as rendas produzidas por bens e valores, as doações, os legados, multas e rendas eventuais. Estas fontes de custeio, por não representarem o papel principal da arrecadação, serão classificadas como secundárias.

## **12 MODALIDADES DE FONTES DE CUSTEIO PRIMÁRIAS**

Assim, uma vez estabelecida as diferentes classificações entre as fontes de custeio dos sindicatos, cada uma das espécies de receitas que as compõem, tendo em vista as peculiaridades de cada uma delas e

sua relação com a organização sindical e a Liberdade sindical. São as seguintes modalidades ou espécies de fontes de custeio primárias: a) contribuição confederativa (CRFB/1988); b) contribuição associativa (mensalidade do sócio, autorizada pela CLT e prevista nos estatutos); c) contribuição assistencial (contribuição de solidariedade ou desconto assistencial, previsto nos textos normativos).

### 13 CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

A contribuição confederativa foi concebida em pleno processo democrático de elaboração da CRFB/1988. Assim, após muitas discussões e debates, os sindicatos tiveram ampliado o seu poder de arrecadação, com a instituição desta fonte de custeio. Entretanto, este tipo de contribuição nasce com uma destinação específica, ou seja, foi criada para custear o sistema confederativo da representação sindical, sem prejuízo da contribuição sindical prevista em lei. Portanto, as Confederações e Federações sindicais conseguiram um aumento substancial de recursos, sendo, todavia, do próprio sindicato a responsabilidade pela fixação do valor da contribuição ou, mais especificamente, da assembleia geral dos sindicatos, conforme prevê a CRFB/1988, é uma contribuição voluntária pró-sistema confederativo sindical, distinta daquela outra, denominada de contribuição sindical, prevista na CLT e extinta em 2017.

Difere, também, das chamadas contribuições assistencial e associativa.

Por outro lado, existe entendimento contrário ao acima exposto, ou seja, a contribuição confederativa seria uma contribuição social compulsória a todos os membros das categorias profissionais e econômicas, conforme lição de Irany Ferrari: *“parece-nos indubitável que essa contribuição para o custeio do sistema confederativo é, realmente, uma contribuição social, já que sua finalidade é do interesse das categorias profissionais e econômicas”*.

Para o autor acima mencionado, o equacionamento da questão reside em saber que existem contribuições sindicais que têm características de sociais, como é caso da contribuição confederativa e, outras, que não apresentam essa natureza, como a “mensalidade do sócio” (contribuição associativa) e a “taxa assistencial” (contribuição assistencial).

No entanto, não está correto afirmar que a CRFB/1988 criou outro tributo para figurar ao lado da extinta contribuição sindical. Assim sendo, a contribuição confederativa é uma obrigação pecuniária voluntária, destinada ao custeio do sistema confederativo sindical, fixada por decisão da assembleia geral do respectivo sindicato, sendo devida somente pelos associados.

De certo modo, a doutrina, a jurisprudência e os sindicalistas não chegaram, ainda, a um consenso sobre o assunto.

Existem questionamentos que envolvem, em primeiro lugar, a possibilidade de auto aplicabilidade da norma constitucional, ou seja, do artigo 8º., inciso IV.<sup>6</sup>

Especificamente, sobre esta questão, encontram-se entendimentos que afirmam a impossibilidade de auto aplicação da norma constitucional, conforme já se pronunciou a doutrina, nas lições de Arion Sayão Romita, afirmando que a assembleia geral pode fixar a contribuição (a Constituição defere este direito à assembleia), porém, não a cria, nem a institui. Quem criou a contribuição confederativa foi a Constituição e quem deve instituí-la é a lei federal (CRFB/1988, art. 149) e, por último, quem fixa o respectivo valor é a assembleia geral do sindicato, isto tudo, em respeito ao art. 5º., inciso I da CRFB/1988,

6 “A assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”.

porque ninguém está obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Portanto, para o eminente jurista, deveria ser editada uma lei para fornecer suporte à cobrança da contribuição confederativa.

Dessa forma, a questão da auto aplicabilidade da norma constitucional está intimamente ligada à definição da natureza jurídica desta contribuição. Para aqueles que entenderem ser a contribuição confederativa obrigatória (natureza jurídica tributária) a todos os membros das categorias econômicas e profissionais, sem direito à oposição ao desconto ou pagamento, parece que fica inviabilizada, no entanto, a possibilidade da cobrança imediata da mesma, sem que venha a ser editada uma lei federal para regulamentar o dispositivo constitucional em apreço. Nesse sentido, escreve Irany Ferrari:

Daí, segundo entendemos, haver necessidade de Lei, a ser editada pelo Congresso Nacional, para o estabelecimento de parâmetros percentuais variáveis para os que se encontrem em situações não equivalentes, e, também, para o estabelecimento dos percentuais que caberão aos sindicatos às federações e às confederações, sob pena de se entender que aos sindicatos caberá também a prerrogativa de tornar inviável a manutenção do próprio sistema confederativo, se e quando o pretender.

Resumindo a situação, visualiza-se, de imediato, uma primeira posição que retrata o entendimento sobre a impossibilidade de cobrança da contribuição sem lei que regulamente o dispositivo constitucional, uma vez que trata-se de norma constitucional de eficácia limitada. Sendo, pois, exatamente esta posterior regulamentação que definirá a natureza jurídica da contribuição confederativa.

Não obstante, uma segunda posição que reconhece a auto aplicabilidade da norma constitucional, dizendo que o inciso IV, do art. 8º. da CRFB/1988 é claro e detém eficácia plena e, mais, que, na verdade, criou-se um tipo de contribuição social nos moldes do art. 149 da CRFB/1988. Portanto, institui-se uma obrigação de natureza jurídica tributária, vinculando todos os membros das respectivas categorias profissionais e econômicas ao pagamento deste tributo.

Uma terceira posição formulada remete a outro raciocínio, consubstanciado no seguinte, de que a norma constitucional é autoaplicável (tem eficácia plena), porém, não se trata de um tributo. A contribuição confederativa é uma prestação pecuniária de natureza jurídica privada, melhor explicando, é uma contribuição voluntária que depende, para sua concretização, exclusivamente da vontade das partes interessadas. Isto é, conforme foi afirmado no item anterior quando se trata do respectivo conceito, esta contribuição guarda características da contribuição de solidariedade, ou seja, é obrigatória somente aos associados. Porém, os membros da categoria profissional, não associados, podem autorizar o respectivo desconto (efetuado em folha), entretanto, essa manifestação de vontade deve ser feita expressamente e nunca implicando na filiação sindical. Alguns juristas, cujas ideias são compartilhadas, entendem ser a contribuição confederativa somente exigível dos associados, nunca dos não-associados, mesmo sendo à título de uma contribuição de solidariedade. Portanto, nem há que se falar em direito de oposição ao desconto ou pagamento, por parte dos não-associados. Não parece razoável admitir-se a concepção tributária para a contribuição confederativa. Para corroborar essa afirmação segue abaixo transcrito o posicionamento de Sacha Calmon, que se adota na íntegra:

Pois bem, qual o sentido jurídico do art. 8º., IV da CF? Estaremos em face de uma contribuição corporativa pró-sistema confederativo sindical ao lado da contribuição sindical, cujo quantum é fixado em lei, conforme o princípio da legalidade tributária? Em caso afirmativo uma assembleia sindical estaria legislando sobre o quantum devido do tributo, contra o princípio da legalidade, substituindo-se ao Poder Legislativo. E, o que é pior, sem limites ou condições prévias, fato perigoso e impensável às luzes dos grandes princípios retores da tributação que se desprendem do texto constitucional e dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito (art. 1º. da

CRFB). Até porque pela compulsoriedade da paga se estaria obrigando os sindicalizados e os não-sindicalizados a um vero tributo, na modalidade denominada contribuição corporativa, em prol das confederações.

Ora, em outras palavras, o autor faz uma crítica sobre a possibilidade dos sindicatos exercerem o papel de legisladores, editando matéria tributária, situação que, segundo nosso entendimento, a Constituição não autorizou. E, assim, continua a exposição do tributarista:

Estas razões bastam para rejeitar a natureza tributária dessa contribuição que, ao nosso sentir, insere-se no campo do direito coletivo do trabalho, objeto de regras jurídicas estatais, conquanto abrigue também regras nascidas de órgãos, fatos ou associações não-estatais, como é curial. Aliás, o Direito enquanto sistema de normas, desde que a Constituição permita, admite fontes não-estatais. Pensamos que se quis deslocar a obrigatoriedade dessas pagas das convenções e decisões normativas para as assembleias sindicais. Nada a objetar, só que a compulsoriedade dos descontos em folha de pagamento para os não sindicalizados deverá ser objeto de legislação específica regulatória, pois ninguém está obrigado a pagar a não ser por vontade própria, de alguma forma manifestável, ato ou omissão (quem cala consente) ou por força de lei (caso do tributo). No mais, o Constituinte, ao estatuir a contribuição voluntária (adesiva) pró-confederações, fez questão de distingui-la daqueloutra compulsória, isto é, tributária.

O valor da contribuição confederativa, a ser descontado em folha de pagamento, para os trabalhadores; e, para os empregadores e o pagamento direto da mesma, nas hipóteses de decisões das respectivas assembleias sindicais, não poderá ser objeto de uma fixação aleatória que venha a ferir os princípios fundamentais de um Estado de Democrático de Direito. Como, por exemplo, o princípio da isonomia, ou seja, embora a assembleia geral do sindicato detenha autonomia sindical para fixar o quantum relativo a contribuição confederativa, não adiantaria o sindicato cobrar uma quantia superior à capacidade econômica dos associados (de forma que alguns possam pagar e outros não) ou, então, fixar uma contribuição sem observar, no caso das categorias econômicas, as faixas do capital social das empresas associadas.

Ademais, os sindicatos devem respeitar todos os direitos e garantias fundamentais, bem como os princípios da Liberdade sindical. Principalmente, no tocante à liberdade de filiação, nunca os sindicatos poderão se fazer valer da autonomia de fixação do valor da contribuição sindical para pressionar o trabalhador ou empresa a filiar-se ou não do respectivo sindicato.

Igualmente, os sindicatos têm o dever de obediência aos estatutos da entidade, no tocante ao procedimento para aprovação da fixação da contribuição sindical. Assim, qualquer irregularidade, seja ela legal ou estatutária, faculta aos interessados o imediato ingresso de uma ação contra o sindicato, perante o Poder Judiciário (art. 5º., inciso XXXV, CRFB/1988), sendo que a competência, neste caso, é da Justiça Trabalho.

## 14 CONTRIBUIÇÃO ASSOCIATIVA

Historicamente, a contribuição associativa é a mais remota das contribuições cobradas pelos sindicatos no Brasil teve outras denominações, como, por exemplo, mensalidade do sócio. A contribuição associativa está ligada, em princípio, à filiação de trabalhadores, pois os sindicatos para fazerem frente aos empregadores, em tese, deveriam facilitar a associação dos trabalhadores cobrando um valor simbólico a título de joia ou de uma mensalidade.

Uma vez que no Brasil existia uma contribuição sindical de pagamento obrigatório, não se

dava muita importância à contribuição espontânea do sócio. O tempo foi passando e agora parece que os sindicatos abriram os olhos para esta fonte de custeio, inclusive, majorando substancialmente o valor das mensalidades dos associados.

Entretanto, as associações sindicais não podem arriscar-se a perder sócios, em razão do elevado valor da contribuição associativa. Portanto, os sindicatos devem observar o bom senso ao estipularem o valor da contribuição, além, é claro, de verificarem as possibilidades econômicas dos seus associados. A contribuição associativa é uma obrigação de natureza privada, definida nos estatutos das associações sindicais ou pelas assembleias gerais. Está prevista no artigo 548, letra “b” da CLT – constituem patrimônio das associações sindicais; b) as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas assembleias gerais – sendo devida apenas pelos associados da respectiva entidade sindical. Trata-se, pois de uma contribuição voluntária.

Geralmente, a contribuição associativa consiste numa mensalidade paga diretamente pelo associado ou, no caso dos trabalhadores assalariados, é descontada em folha mensal de vencimentos e repassada pelo empregador ao sindicato até o décimo dia subsequente ao do desconto, sob pena de juros de mora no valor de 10% (dez por cento) sobre o montante retido, sem prejuízo da multa prevista no art. 553 da CLT e das cominações penais relativas à apropriação indébita.

Trata-se de uma contribuição sindical voluntária de natureza privada, devida somente pelos associados do sindicato e estando em total consonância com os princípios da Liberdade sindical, categoricamente, que é a mais democrática dentre todas as outras modalidades de contribuições, pois, na verdade, ela é o produto exclusivo da livre vontade do associado, que, uma vez filiado, estará aderindo aos estatutos da respectiva associação sindical.

A contribuição associativa somente terá validade se for prevista nos estatutos da entidade sindical ou se for posteriormente instituída por assembleia geral (órgão máximo de deliberação do sindicato).

Pode ocorrer, entretanto, uma situação dupla: a criação estatutária da contribuição e, ao mesmo tempo, remetendo à assembleia geral o poder de fixar o valor da contribuição associativa. Esta situação visa evitar a mudança periódica dos estatutos dos sindicatos, principalmente, quando a economia está inflacionária. Nunca, porém, a decisão do valor devido pelos associados poderá ficar a critério de qualquer outro órgão interno do sindicato, seja ele a presidência ou a diretoria; repita-se, somente a assembleia geral poderá fixá-la, no caso do estatuto ser omissivo. Isto tudo, porque o art. 548, letra “b”, da CLT determinou a exclusividade da criação e fixação da contribuição associativa aos estatutos ou assembleias gerais dos sindicatos.

Conclui-se, que as federações e confederações sindicais não são credoras desta contribuição e, muito menos, podem instituí-las. Fica claro, portanto, que a criação e a cobrança da contribuição associativa é uma prerrogativa autorizada por lei unicamente aos sindicatos.

## 15 CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL

A história da contribuição assistencial não é tão antiga, sendo, pelo contrário, quase recente. Surge pela primeira vez com a ideia de que os textos coletivos, dado seu poder de estabelecer normas jurídicas entre os convenentes (nos casos de convenções coletivas) ou litigantes (em sentenças normativas), com o poder de vincular toda categoria profissional e econômica, à extensão de normas que integram o contrato de trabalho, constituindo um conjunto de direitos e deveres laborais, poderiam incluir nos textos normativos cláusula estabelecendo uma contribuição. Esta foi entendida, inicialmente, como obrigatória a todos os membros das respectivas categorias profissionais ou econômicas, sendo que, posteriormente,

a doutrina e a jurisprudência acabaram por entender que ao empregado caberia o direito de oposição ao desconto da contribuição assistencial de sua remuneração. Sendo conhecida por outras expressões, como por exemplo, “taxa assistencial”, “taxa de reversão” ou “desconto assistencial”, todas elas servindo para denominar a contribuição assistencial. Pode-se conceituar a contribuição assistencial como sendo uma prestação pecuniária, relativa ao custeio de despesas com atividades assistenciais, prevista em texto normativo (convenção coletiva ou sentença normativa) e devida por todos associados dos respectivos sindicatos. Não atinge os membros das respectivas categorias profissionais ou econômicas (não-associados), pois a jurisprudência resguarda o direito de oposição ao pagamento ou desconto. Portanto, trata-se de uma contribuição voluntária. Na esteira desta modalidade de contribuição podemos citar os entendimentos mais expressivos sobre a sua natureza jurídica. O primeiro é que a contribuição assistencial é voluntária e de natureza privada e dentro deste pensamento, ramificam-se os autores para dizer que, tal obrigação, depende da norma coletiva e da autorização individual (aproximando-se das obrigações voluntárias). Alguns, por outro lado, sustentam que a taxa assistencial somente é devida pelos associados e, finalmente, outros consagram o direito de oposição ao desconto manifestado pelo trabalhador perante a empresa até 10 (dez) dias antes do primeiro pagamento ajustado pelo novo texto normativo (convenção ou sentença), ou seja, a autorização pode ser tácita (quem cala consente).

O segundo entendimento, já mais antigo e superado, é de que trata-se de uma contribuição normativa obrigatória, ou seja, exige-se o seu pagamento por força de uma convenção coletiva ou sentença normativa. Não tem características tributárias, porém, é o caráter normativo do acordo e da sentença que tornam obrigatório o recolhimento da contribuição assistencial por todos os membros das respectivas categorias profissionais e econômicas, sendo indiferente a condição de associado ou não associado.<sup>7</sup>

A contribuição assistencial sofre críticas, justamente por falta de previsão expressa da lei. Entretanto, verificamos sua ocorrência em diversos textos normativos.

A inserção de uma cláusula deste tipo em convenções coletivas foi uma prática reiterada. A cláusula da convenção que impõe a contribuição assistencial está sendo classificada como obrigacional. Alguns autores, diante da lacuna aparente da lei, justificam a criação deste tipo de cláusula tendo como base o art. 613, VII da CLT, “as Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente. VII – direitos e deveres dos empregados e das empresas”.<sup>87</sup>

Por outro lado, fere a liberdade sindical (CRFB/1988, art. 8º., V) as cláusulas que impõem contribuição assistencial diferenciada a associados e não-associados. Da mesma forma, violam a Liberdade sindical as cláusulas que estabelecem esta modalidade de contribuição apenas aos não-associados.

## 16 MODALIDADES DE FONTES DE CUSTEIO SECUNDÁRIAS

Os sindicatos podem auferir rendas que entram em seus cofres para, posteriormente, serem aplicadas no custeio de suas atividades enquanto associações de direito privado. Qualquer interferência do Estado nesta atividade pode ser encarada como uma violação da autonomia sindical. Estes rendimentos, no entanto, podem ter origens diversas como, por exemplo, a locação de um imóvel do sindicato, a

7 O STF confirmou em 2017 a inconstitucionalidade da cobrança da contribuição assistencial a trabalhadores não sindicalizados. Em 2023, a discussão envolve a cobrança dessa contribuição de todos os trabalhadores de uma categoria, mesmo os não sindicalizados. Agora, pelos votos apresentados até aqui, a forma como o caso se encaminha na Corte representaria uma mudança de posicionamento do Tribunal a respeito do tema.

qual rende alugueres mensais; os juros relativos a aplicação de dinheiro no mercado financeiro e outros produzidos por bens e valores que pertencem ao sindicato. Inicialmente, acerca das doações e legados que, num passado não muito remoto, o Estado, representado pelo Ministério do Trabalho, exercia o controle sobre as associações sindicais de qualquer grau, na medida em que as Portarias nº. 32, de 18 de janeiro de 1968, e nº. 3.355, de 11 de dezembro de 1973, determinavam a obrigatoriedade da prévia autorização do Ministro do Trabalho para o recebimento, por entidades sindicais, de bens e valores, a título de empréstimo, doação ou legado. Entretanto, por volta de 1983, o entendimento do então Ministro Murillo Macêdo no sentido de revogar as referidas Portarias, fundamentava em três considerações importantes: a) a legislação vigente não mais exige autorização ministerial para a aquisição, alienação ou oneração de bens móveis ou imóveis, pelas associações sindicais; b) a receita e a administração do patrimônio devem seguir previsão orçamentária, observadas as formalidades legais; c) as leis vigentes não justificam a exigência de prévia autorização do Ministério do Trabalho, para recebimento de financiamentos, empréstimos, doações, ajuda ou assistência financeira, ambas foram revogadas.

É evidente que, dentro de um contexto de Liberdade sindical, não se justifica este tipo de interferência minuciosa e excessiva do Estado nas associações sindicais, principalmente porque já existem normas contidas na CLT que determinam condutas gerais a respeito da gestão financeira dos sindicatos.

Com relação às multas, referidas no art. 548, letra “e”, da CLT, podemos afirmar que se trata da possibilidade jurídica do sindicato auferir uma receita como resultado da infração estatutária ou convencional. A primeira infração, denominada de estatutária, é aquela cometida pelo associado e, a segunda, dita convencional, é aquela cometida pelos sindicatos contratantes, ou, ainda, pelo empregador ou empregado, de forma individual, isto é, abrange a todos obrigados por uma convenção ou acordo coletivo de trabalho.

No mesmo dispositivo consolidado, mencionado no item anterior, aparece conjuntamente a expressão “outras rendas eventuais”. Destacamos, aqui, a abertura do legislador para que o sindicato, enquanto associação privada e de uma forma lícita, venha auferir recursos, desde que tenham a característica de serem eventuais.

## 17 FISCALIZAÇÃO DO SINDICATO PELOS ASSOCIADOS

As autoridades públicas, de forma alguma, podem suprir a fiscalização dos sindicatos pelos maiores interessados na boa e honesta aplicação dos recursos oriundos das diversas fontes de custeio dos sindicatos. Quem seriam estes legítimos interessados? A resposta não é menos óbvia: são os associados.

A CLT nesse ponto é tão retrógrada que, com base no art. 552, “os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais ficam equiparados ao crime de peculato”, diante desta norma, afirma-se que a ideia do legislador da época, praticamente, igualava o patrimônio sindical à uma res pública e o sindicato à um órgão da administração pública, dada a influência da Carta del Lavoro italiana, tida como fonte inspiradora da CLT, isto porque, o peculato é um crime definido como próprio, ou seja, praticado por funcionário público contra a administração pública em geral (art. 312 do CP).

Mas, na verdade, não é mais assim.

Como já foi dito, e, repetido muitas vezes, as associações sindicais tem natureza jurídica privada, cabendo aos associados promoverem a fiscalização dos seus respectivos sindicatos. Não pode o Estado, sob o pretexto de fiscalização dos sindicatos, intervir e interferir na sua administração, seria uma forma

indireta de intervenção estatal, vedada pela Constituição.

É obvio que a sociedade questione o papel do Estado intervencionista, não para resgatar o modelo anterior do Estado liberal, porém, para reavaliar a qualidade e a objetividade das intervenções que se fazem necessárias, para garantir o Estado Democrático de Direito e a ordem legalmente constituída.

Assim, é tempo do Estado deixar que a autonomia coletiva privada ganhe espaço, principalmente no cenário das relações coletivas de trabalho, como medida saudável de democracia e sociedade pluralista. Nunca descartando que sua intervenção é muito importante, somente quando justificada. Não mais ficando à mercê de interesses subjetivos, como segurança nacional e outros, mas, sim, submetendo-se aos interesses objetivos devidamente consagrados pelos princípios de ordem constitucional.

## 18 ENQUADRAMENTO SINDICAL POR CATEGORIAS

O enquadramento sindical está previsto no artigo 511 da CLT e permite que tanto as empresas quanto os trabalhadores se organizem para defender seus respectivos interesses. As empresas organizam-se com sua respectiva categoria econômica, enquanto que os empregados organizam-se de acordo com suas condições de trabalho, constituindo uma categoria profissional. Não há nenhum procedimento a ser realizado na prática para determinar o enquadramento sindical de uma empresa, já que o enquadramento sindical ocorre espontaneamente pelo simples fato de a empresa exercer uma atividade econômica. O fato da empresa exercer uma atividade econômica já é suficiente para que ela seja considerada enquadrada no sindicato que representa aquela categoria econômica naquela base territorial. Por outro lado, em algumas situações mais específicas, podem surgir dúvidas quanto ao correto enquadramento sindical, como ocorre na categorias diferenciadas.

O enquadramento sindical sendo subjetivo, é possível que outras entidades ou os próprios empregados questionem o enquadramento sindical adotado pela empresa. Nesses casos, como o art. 8º. da CRFB/1988 veda a interferência do Poder Público na organização sindical, o único órgão competente para dirimir conflitos dessa natureza é a Justiça do Trabalho, conforme estabelece a Emenda Constitucional 45/2004: “art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores”.

Uma vez explicado o conceito, são os efeitos nos textos normativos para “toda categoria” que justificam a cobrança de uma contribuição sindical obrigatória a “todos da categoria” não importando de são associados ou não do sindicato.

A reforma trabalhista da Lei nº. 13.467/2017 alterou o sistema ao impedir que o sindicato tenha receita de qualquer tipo de contribuição obrigatória, no entanto, não instituiu a pluralidade sindical e nem revogou o enquadramento sindical. Não faz sentido o que foi feito. Se há vantagens advindas das funções sindicais para toda categoria é legítimo impor uma contribuição a todos os favorecidos, sejam sindicalizados ou não. O impasse foi criado pela alteração do sistema normativo, o que produziu um efeito negativo para o sindicato, a reforma legal não foi completa. Deficiente a medida legislativa, o sistema se volta para o óbvio, a necessidade do debate no Poder Judiciário, para extinguir ou permitir, definitivamente, com segurança jurídica a contribuição sindical obrigatória.

## 19 CONCLUSÕES

O sistema jurídico de custeio dos sindicatos é o conjunto ordenado e complexo de normas jurídicas, voltado para a regulamentação dos procedimentos de arrecadação de receitas e manutenção dos sindicatos, sendo certo que as receitas sindicais, na atual conjuntura da organização sindical brasileira, segundo a classificação proposta. Fontes de custeio primárias são fruto da arrecadação direta através do pagamento dos associados e representam maior importância para a manutenção dos sindicatos, federações e confederações. Sobre a contribuição confederativa, que é uma modalidade de fonte de custeio primária, ficou claro a divergência da doutrina em relação a sua natureza jurídica. Deve-se considerá-la como sendo uma contribuição não obrigatória aos membros das categorias profissionais e econômicas, exigível somente dos associados em que pesem argumentos contrários. As rendas produzidas por bens e valores, doações, legados, multas e outras receitas eventuais, são fontes de custeio secundárias, pois também integram o patrimônio dos sindicatos, porém representando um papel menor para a manutenção das associações sindicais.

A organização sindical brasileira está longe de apresentar-se como um modelo de liberdade sindical, preconizado pela Convenção nº. 87 da OIT. A existência da unicidade sindical e o fim da contribuição sindical obrigatória pressupõe uma contradição no sistema jurídico, fere o método rígido de classificação legal de categorias profissionais e econômicas, implicando, necessariamente, em uma série de interferências estatais nos sindicatos, sendo inegável que, diante destes dois elementos contrários à Liberdade sindical, o sistema jurídico admita, por exemplo, a manutenção da intervenção estatal na arrecadação, fiscalização e aplicação do dinheiro da contribuição sindical, uma vez que esta tem natureza jurídica tributária e o Estado fica com uma parte desta arrecadação.

Para manter a coerência a posição é clara no sentido de que a função econômica do sindicato deveria passar, totalmente, para o âmbito das funções derivadas de sua natureza jurídica de associação civil privada.

A intenção da CLT é institucionalizar o sindicato vinculando os textos normativos para toda categoria, enquanto que a orientação da Convenção nº. 87 da OIT visa a espontaneidade na filiação aos sindicatos, aspecto integrante da Liberdade sindical. Os sindicalizados participam e são responsáveis diretamente pelo sindicato.

Entende-se que são a unicidade e o enquadramento sindical os obstáculos ao fim da contribuição sindical obrigatória, a CLT está muito desatualizada ao aplicar os institutos de direito material do trabalho como a unicidade e o enquadramento de categorias, esse pensamento antigo da Carta del Lavoro italiana, adotado no Brasil pelo Governo de Getúlio Vargas, numa ditadura. As medidas importantes para essa mudança residem na ratificação da Convenção nº. 87 da OIT e uma reforma constitucional trabalhista para implantar a pluralidade sindical e, então, revogar o enquadramento sindical e extinguir a contribuição sindical obrigatória.

Finalmente, não obstante que o objetivo principal deste artigo, como o próprio título sustenta, seja o de esclarecer e explicar o custeio das entidades sindicais enquanto um sistema normativo, é importante frisar que fatores de ordem política, econômica e social, também integram o panorama do sindicalismo, para que os sofridos sindicatos brasileiros, que sobreviveram a regimes corporativistas implantados pelas ditaduras, ressuscitem para uma forma democrática e pluralista, tendo como ponto de partida a Liberdade sindical e a Liberdade de Trabalho em harmonia com a Livre Iniciativa privada.

**REFERÊNCIAS**

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora Polis e UnB São Paulo/Brasília, 1990.

CABANELLAS, G. **Derecho Sindical y Corporativo**. Editora Atalaya, Arengreen 975, Buenos Aires.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17. edição, Editora RT, São Paulo, 1993.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.

CÓRDOVA, Efrén. **O Panorama Latino-Americano**, in: As Relações Coletivas de Trabalho na América Latina. LTr, OIT, IBRART, 1985.

\_\_\_\_\_. **A Organização Sindical brasileira e a Convenção 87 da OIT**. São Paulo, Brasil, MTb, IBRART, 1984.

FERRARI, Irany. **Contribuição para Custeio do Sistema Confederativo**. Suplemento Trabalhista LTr, ano XXVI, n°. 125/90, São Paulo.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 1ª edição brasileira, Editora Martins Fontes e UnB, São Paulo/Brasília, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 6. edição, Editora Arménio Amado, Coimbra, 1984.

LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. **Direito Coletivo do trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. **Sistema Jurídico de Custeio dos Sindicatos**. São Paulo: Iglu, 1997.

LINS, Augusto E. Estellita. **A Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Sinopses, Antações e Repertório, Editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1938.

ONU. **Declaração e Programa de Ação da Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Social**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20do%20Milenio.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

ROMITA, Arion S. **Sindicalismo, Economia, Estado Democrático, Estudos**. Editora LTr, São Paulo, 1993.

ROBORTELLA, Luiz C. Amorim. A Crise do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. **Revista LTr**, ano 56, n°. 03, Editora LTr, São Paulo, março de 1992.

RUSSOMANO, Mozart V. **Direito Sindical – Princípios Gerais**. Rio de Janeiro, 1956.

\_\_\_\_\_. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995.

# LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO Y EL TRABAJO NÓMADA EN ESPAÑA Y SU CONFIGURACIÓN EN EL MARCO INTERNACIONAL

## THE REGULATION OF TELEWORK AND NOMADIC WORK IN SPAIN AND ITS CONFIGURATION IN THE INTERNATIONAL FRAMEWORK

Esperanza Macarena Sierra Benítez\*

### RESUMEN

En España se publica la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (BOE 22 de diciembre de 2022) en la que menciona el trabajo del nómada digital para dar cobertura a una realidad incipiente de movilidad internacional de carácter flexible. Esta ley equipara a los nómadas digitales con los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas para hacer referencia a un estilo de vida que permite a las personas trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia. Esta es una ley de contenido económico que no cuenta con una regulación social y propia del Derecho del Trabajo en el ámbito internacional. El legislador no considera únicamente al nómada digital como un trabajador propiamente dicho, y por ello se centra en una nueva forma de trabajo remoto “que presenta muchos y variados contornos”. En este trabajo vamos a intentar buscar el significado jurídico laboral de esta nueva manifestación del trabajo remoto y la configuración de su protección social en el ámbito transnacional.

**Palabras clave:** Nómada digital, trabajo remoto, España, protección social, Unión Europea

### SUMMARY

In Spain, Law 28/2022, of 21 December, on the promotion of the start-up ecosystem (BOE 22 December 2022) is published, which mentions the work of the digital nomad to cover an incipient reality of international mobility of a flexible nature. This law mentions digital nomads to equate them with remote workers in all types of sectors and companies. And it refers to a lifestyle that allows people to work remotely and change residence frequently, making highly skilled work compatible with immersive tourism in the country of residence. This is a law of economic content with no specific social and labour law regulation. The legislator does not consider the digital nomads as proper workers, but as a new form of remote work that has many and varied contours. In this paper we will

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, miembro internacional de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo, Premio de investigación de la Junta de Andalucía, 2010 (accésit), Sub-directora de la revista de la Universidad de Sevilla, e-Revista Internacional de la Protección Social. Publicaciones <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=1156662>  
Investigación: [https://investigacion.us.es/sisius/sis\\_showpub.php?idpers=6114](https://investigacion.us.es/sisius/sis_showpub.php?idpers=6114). Este trabajo forma parte de la colaboración en la investigación del Grupo de Investigación de la Universidad de Valencia denominado “Trabajo decente y transiciones justas” (TRADECEN), siendo IP Fernando Fita, profesor Titular de la Universidad de Valencia.

Recebido: 14/08/2023  
Aprovado: 29/08/2023

try to find the labour law meaning of this new manifestation of remote work and the configuration of its transnational social protection.

**Keywords:** Digital nomad, remote work, Spain, social protection, European Union

## 1 EL TRABAJO NÓMADA EN LA LEY 28/2022, DE 21 DE DICIEMBRE, DE FOMENTO DE ECOSISTEMA DE LAS EMPRESAS EMERGENTES

La normativa española ha abordado el tema del nomadismo digital desde la perspectiva económica para incluirlo como un fenómeno novedoso dentro del fomento del ecosistema de las empresas emergentes<sup>1</sup> y, en concreto, del emprendimiento basado en la innovación<sup>2</sup>. El legislador entiende que con el auge de las empresas tecnológicas y del trabajo digital en la economía globalizada, atraer el talento e inversión a través de los nómadas digitales cobra cada vez más importancia. En este sentido identifica a los nómadas digitales con emprendedores o trabajadores a distancia que están al margen de la protección del trabajo asalariado o industrial recogido en el texto del Estatuto de los Trabajadores elaborado en el siglo pasado. El propio Preámbulo de la Ley menciona que la intención es favorecer el establecimiento en España de los emprendedores y trabajadores de empresas emergentes, así como de los trabajadores a distancia de todo tipo de sectores y empresas para incluirlos en el término nómadas digitales y definirlos como:

“personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia” (Preámbulo IV, Ley 28/2022)”.

España presenta importantes activos para la atracción de profesionales altamente cualificados que desarrollan su actividad por cuenta propia o ajena, mediante herramientas electrónicas y otros factores (buena conectividad, buen clima, excelentes Universidades, la forma de vida, la cultura, etc.), que hacen que este país sea un destino atractivo para los teletrabajadores<sup>3</sup>. La atracción de este tipo

- .....
- 1 La empresa emergente es toda persona jurídica que reúne simultáneamente las siguientes condiciones: a) ser de nueva creación o, cuando no siendo de nueva creación, no hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil, o Registro de Cooperativas competente (...); b) no haber surgido de una operación de fusión, escisión o transformación de empresas que no tengan consideración de empresas emergentes (...); c) no distribuir ni haber distribuido dividendos, o retornos en el caso de cooperativas; d) no cotizar en un mercado regulado; e) tener su sede social, domicilio social o establecimiento permanente en España; f) tener al 60% de la plantilla con un contrato laboral en España (...); g) desarrollar un proyecto de emprendimiento innovador que cuente con un modelo de negocio escalable (...).
  - 2 El mismo preámbulo de la norma dice “Esta nueva economía basada en el conocimiento supone una palanca importante de crecimiento y prosperidad, al basarse en actividades de alto valor añadido, tener un alto potencial de crecimiento gracias a la escala que proporcionan los medios digitales, promover la investigación, el desarrollo y la innovación y desarrollar nuevos productos y servicios que facilitan o mejoran procesos sociales, económicos, medioambientales o culturales”.
  - 3 La Ley 28/2022 modifica el art. 70 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización para hacer referencia a la posibilidad que tienen las empresas de poder solicitar una autorización de residencia para profesionales altamente cualificados. Estos profesionales deben ser profesionales extranjeros graduados o postgraduados de universidades y escuelas de negocios de profesionales de reconocido prestigio, titulados de formación profesional de grado superior, o especialistas con una experiencia profesional de un nivel comparable de al menos 3 años. Igualmente, la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, introduce modificaciones a la Ley 14/2013, de

de perfiles tiene efectos económicos positivos en su nuevo lugar de residencia: contribuyen a activar el consumo y permiten generar una red y oportunidades de valor para otros profesionales como, por ejemplo, los del sector audiovisual<sup>4</sup>.

El objeto de la norma es establecer un marco regulatorio específico que sirva como apoyo a la creación y el crecimiento de empresas emergentes en España (por ejemplo, de microempresas, pequeñas y medianas empresas fijando las condiciones que favorezcan su capacidad de internacionalización) incluidas las empresas de base tecnológica, es decir, aquellas cuya actividad requiere la generación o un uso intensivo de conocimiento científico-técnico y tecnologías para la generación de nuevos productos, procesos o servicios y para la canalización de las iniciativas de investigación, desarrollo e innovación y la transferencia de sus resultados. Hay que tener en cuenta que entre las condiciones que deben reunir este tipo de empresas se encuentran, por un lado, que tengan al 60% de la plantilla con un contrato laboral en España y, por otro lado, que estén al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. No obstante, como afirmamos con anterioridad es una norma de un contenido económico importante en cuanto establece: 1) incentivos fiscales (en materia de Impuestos sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes mediante establecimiento permanente situado en territorio español de empresa emergente y el aplazamiento de la tributación); 2) unas medidas de atracción de inversión extranjera destinadas, por ejemplo, a las personas físicas extranjeras que no residan en España y decidan invertir en empresas emergentes españolas (no están obligadas a obtener un número de identidad de extranjero) y la fidelización del talento.

En general, es una norma que incorpora importantes modificaciones normativas de las leyes: Impuesto sobre la Renta de no Residentes; Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. En este último caso, el régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores, profesionales, emprendedores e inversores desplazados a territorio español contempla la posibilidad que las personas físicas que adquieran su residencia fiscal en España como consecuencia de su desplazamiento a territorio español puedan optar por tributar por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, con las reglas especiales previstas en la misma Ley 28/2022, manteniendo la condición de contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, durante el período impositivo en que se efectúe el

.....  
 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización en cuanto que la autorización para estos profesionales puede ser de dos tipos: a) Autorización de residencia para profesionales altamente cualificados, es decir, para aquellos que sean titulares de una Tarjeta azul-UE y la actividad laboral que vayan a desempeñar requiera contar con una cualificación derivada de una formación de enseñanza superior de duración mínima de tres años y equivalente al menos al Nivel 2 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior (...); o acrediten un mínimo de cinco años de conocimientos, capacidades y competencias avalados por una experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación, y que sea pertinente para la profesión o sector especificado en contrato de trabajo o en la oferta firme de empleo; y b) Autorización de residencia nacional para profesionales altamente cualificados, es decir, trabajadores extranjeros que vayan a desempeñar una actividad laboral o profesional para la que se requiera contar con una titulación equiparable al menos al nivel 1 del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior (...), o conocimientos, capacidades y competencias avaladas por una experiencia profesional de al menos tres años que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación.

- 4 Véase la Orden PCM/1238/2021, de 12 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2021, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento de entrada y permanencia de nacionales de terceros países que ejercen actividad en el sector audiovisual (BOE 13 de noviembre de 2021, núm. 272). Hay que tener en cuenta que los procedimientos de entrada y permanencia de los profesionales de este sector son burocráticos, dispersos y establecen requisitos diferentes, generando por tanto cierta inseguridad jurídica a las empresas y a los propios profesionales. Por ello, la Orden pretende homogeneizar los criterios, y agilizar y simplificar los procedimientos en un mismo instrumento jurídico, y eliminar aquellos requisitos innecesarios y burocráticos.

cambio de residencia y durante los cinco períodos impositivos siguientes y se cumplan una serie de condiciones: 1) no haber sido residentes en España durante los cinco períodos impositivos anteriores a aquél en el que se produzca su desplazamiento a territorio español; 2) que el desplazamiento a territorio español se haya realizado como consecuencia: a) de la adquisición de la condición de administrador de una entidad; b) de la realización en España de una actividad económica calificada como actividad emprendedora; c) de una realización en España de una actividad económica por parte de un profesional altamente cualificado que preste servicios a empresas emergentes o que lleve a cabo actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación, percibiendo por ello una remuneración que represente en conjunto más del 40% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal<sup>5</sup>; d) que no obtenga rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español y, por último, e) como consecuencia de un contrato de trabajo, con excepción de la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Esta condición se entenderá cumplida cuando se inicie una relación laboral o estatutaria con un empleador en España. O bien cuando el desplazamiento sea ordenado por el empleador y exista una carta de desplazamiento de éste o cuando, sin ser ordenada por el empleador, la actividad laboral se preste a distancia, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En nuestro estudio nos vamos a detener en el supuesto de los trabajadores por cuenta ajena que cuenten con el visado para teletrabajo de carácter internacional previsto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, reformada por la Ley 28/2022 que vamos a comentar a continuación por tratarse de un supuesto de teletrabajo internacional, sin entrar a valorar las posibles variaciones del trabajo remoto en la figura de los denominados nómadas digitales.

## 2 LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO INTERNACIONAL EN LA LEY DE EMPRENDIMIENTO

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, estableció un mecanismo más flexible de entrada y permanencia en España de extranjeros por razones de interés económico en la que, entre otros, se ha incluido recientemente a los teletrabajadores de carácter internacional<sup>6</sup>. En este sentido debemos tener en cuenta que los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) o del Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) y los ciudadanos de la Confederación Suiza tienen derecho a la libre circulación en territorio español. A estos trabajadores, y, en su caso a los teletrabajadores y/o nómadas digitales de la Unión Europea, no vamos a hacer referencia a continuación. Sólo nos centraremos en aquellos que no pertenecen al ámbito de la libre

5 Profesionales extranjeros graduados o postgraduados de universidades y escuelas de negocios de reconocido prestigio, titulados de formación profesional de grado superior, o especialistas con una experiencia profesional de un nivel comparable de al menos 3 años. La autorización de residencia para profesionales altamente cualificados será de tres años o igual a la duración del contrato, en caso de que la duración de éste sea inferior. Una vez cumplido dicho plazo se podrá solicitar la renovación de la autorización de residencia por dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años.

6 Capítulo V Bis (Teletrabajadores de carácter internacional) incorporado en la Ley 14/2013 por la disposición final 5.9 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre.

circulación de trabajadores dentro del marco normativo de la Unión Europea<sup>7</sup>.

El teletrabajador de carácter internacional es el nacional de un tercer Estado (es decir, un trabajador no miembro de la Unión Europea), autorizado a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En el caso de ejercicio de una actividad laboral, el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional sólo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional. En el supuesto de ejercicio de una actividad profesional, se permitirá al titular de la autorización de teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20% del total de su actividad profesional.

#### A. Requisitos para teletrabajadores de carácter internacional

En estos casos, además de los requisitos generales de entrada y permanencia en España por razones de interés económico (art. 62 de la Ley de emprendimiento 2013)<sup>8</sup>, el legislador exige acreditar otros como: a) la existencia de una actividad real y continuada durante al menos un año de la empresa o grupo de empresas con la que el trabajador mantiene relación laboral o profesional; b) documentación acreditativa de que la relación laboral se puede realizar en remoto; c) en el supuesto de una relación

7 Los trabajadores de los países miembros de la UE (Alemania, Bélgica, Croacia, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Malta, Polonia, República Checa, Austria, Chipre, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Italia, Lituania, Portugal y Rumania) o del EEE (además de los anteriores, Islandia, Liechtenstein y Noruega) tienen derecho a: entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español (o de cualquier otro de la UE o del EEE); acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, para prestar servicios o para residir permanentemente después de haber desarrollado una actividad laboral en las mismas condiciones que los nacionales españoles, así como acceder a las ofertas de empleo público que se convoquen por las Administraciones públicas y ser contratados como personal laboral al servicio de éstas: equiparación con los trabajadores del país en salarios, promoción, formación profesional, Seguridad Social, condiciones de trabajo, etc., la totalización de períodos de seguros cumplidos en los países miembros, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, y el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y acceso al empleo para sus familiares (cónyuge e hijos menores de edad o mayores a su cargo). En España a partir del 11 de julio de 2012 (Incorporación completa de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) se contemplan nuevos requisitos relacionados con las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La norma distingue según la estancia sea inferior a tres meses (posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor) o superior a tres meses (inscripción en el Registro Central de Extranjeros -modelo Ex18). En el caso de que se trate de un trabajador por cuenta ajena deberá aportar una declaración de contratación del empleador o un certificado de empleo, y si se trata de un trabajador por cuenta propia deberá aportar una prueba de que trabaja por cuenta propia (inscripción en el Censo de Actividades Económicas o la justificación de su establecimiento mediante la inscripción en el Registro Mercantil o el documento de alta o situación asimilada al alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

8 Para estancias no superiores a tres meses, los extranjeros deben reunir las condiciones de entrada previstas en el Reglamento (CE) 2016/399 del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) que sustituye al Reglamento (CE) 562/2006, de 15 de marzo, En los supuestos de visados de estancia, deberán acreditar además de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2019/1155 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por el que se modifica el Reglamento (CE) 810/2009, de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados). La normativa básica de extranjería en España la podemos visualizar en el siguiente enlace publicada en el Blog de Extranjería <https://blogextranjeriaprogestion.org/normativa-basica/>

laboral, se deberá acreditar la existencia de la misma entre el trabajador y la empresa no localizada en España durante, al menos, los últimos tres meses anteriores a la presentación de la solicitud, así como documentación que acredite que dicha empresa permite al trabajador realizar la actividad laboral a distancia; y d) en el supuesto de la existencia de una relación profesional, se deberá acreditar que el trabajador tiene relación mercantil con una o varias empresas no localizadas en España durante al menos los tres últimos meses, así como documentación que acredite los términos y condiciones en los que va a ejercer la actividad profesional a distancia.

#### B. Visado para teletrabajo de carácter internacional

Los extranjeros no residentes en España, que se propongan residir en territorio español con el fin de teletrabajar a distancia para una empresa no ubicada en España, solicitarán el visado de carácter internacional que tendrá una vigencia máxima de un año, salvo que el período de trabajo sea inferior, en cuyo caso el visado tendrá la misma vigencia que éste. Este visado para teletrabajo de carácter internacional constituirá título suficiente para residir y trabajar a distancia en España durante su vigencia. La norma contempla una prórroga, siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho, y sea solicitada en el plazo de sesenta días naturales antes de la expiración del visado.

#### C. Residencia para teletrabajo de carácter internacional

Los extranjeros que hayan accedido al territorio español mediante el visado para teletrabajo de carácter internacional podrán solicitar una autorización de residencia con el fin de teletrabajar a distancia para una empresa localizada en el extranjero, que tendrá validez en todo el territorio nacional. Esta autorización de residencia tiene una vigencia máxima de tres años, salvo que se solicite por un periodo de trabajo inferior. No obstante, el legislador contempla la posibilidad de solicitar su renovación por periodos de dos años, siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho<sup>9</sup>.

La sección 2ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización dedicada a la movilidad internacional, modificada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo y por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, establece unas reglas de entrada y permanencia en España de extranjeros por razones de interés económico, no sólo para los teletrabajadores de carácter internacional en los términos que hemos visto, sino que se extiende a inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que efectúen movimientos interempresariales. Esta modificación ha flexibilizado los requisitos para la estancia o residencia de estos extranjeros, estableciendo unos requisitos generales junto con los específicos (por ejemplo, para estancias superiores a tres meses deben estar sujetos a la reglamentación de la UE por la que se establece el Código de Fronteras Schengen (código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras). En otro orden, en los supuestos de visados de residencia de larga duración, así como para las autorizaciones de residencia, el extranjero deberá acreditar una serie de requisitos:

- a) No encontrarse irregularmente en territorio español.
- b) Ser mayor de 18 años.
- c) Carecer de antecedentes penales en España y en los países donde haya residido en los dos últimos años, debiendo presentar una declaración responsable de la inexistencia de antecedentes penales de los

<sup>9</sup> En estos casos el órgano competente que recibe la solicitud comprobará el mantenimiento de las condiciones que justificaron la concesión de la autorización.

últimos cinco años<sup>10</sup>.

- d) No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- e) Contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora para operar en España<sup>11</sup>.
- f) Contar con recursos económicos suficientes para sí y para los miembros de su familia durante su periodo de residencia en España<sup>12</sup>.
- g) Abonar la tasa por tramitación de la autorización o visado<sup>13</sup>.

En definitiva, nos encontramos con un entorno regulatorio favorable a la inversión y a la atracción del talento, que constituye uno de los principales objetivos de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; y, en concreto, con unas condiciones para la entrada y permanencia en España por razones de interés económico de las personas extranjeras que acrediten su condición de inversoras, emprendedoras, profesionales altamente cualificadas, investigadoras y trabajadoras que efectúen movimientos intraempresariales. Se tratan de figuras migratorias dotadas de un contenido eminentemente económico, propio de un modelo de sociedad industrial que convive con la nueva figura migratoria, la de los teletrabajadores de carácter internacional incorporada por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes impulsadas en la era post-Covid y de la incipiente Industria 4.0 que, de forma disruptiva y con ayuda de la inteligencia artificial y de la digitalización del trabajo, está planteando nuevos retos para alcanzar los postulados perseguidos por la OIT sobre el Trabajo Decente<sup>14</sup>.

- .....
- 10 Adicionalmente, se presentará una declaración responsable de la inexistencia de antecedentes penales de los últimos 5 años.
  - 11 La gran mayoría de permisos de residencia o visados exigen un seguro de salud al solicitante, que también es necesario para los ciudadanos de la UE que vivan más de 90 días en España. Es obvio que si el extranjero está inscrito en la Seguridad Social española, caso de que el extranjero trabaje en cualquier empresa o como autónomo, está cubierto por el seguro público de salud. Los inmigrantes irregulares sin papeles que están en España tienen acceso a la asistencia sanitaria básica en el territorio español durante un periodo de 90 días (antes de la Reforma Sanitaria en 2012, los inmigrantes irregulares solo podían beneficiarse de la asistencia sanitaria en caso de emergencia, como una enfermedad importante o un parto).
  - 12 Los órganos competentes dictan las instrucciones con los requisitos específicos que deberán cumplir los solicitantes de los visados y autorizaciones de residencia. Los umbrales económicos utilizados para evaluar los recursos económicos de los solicitantes se refieren al Salario Mínimo Interprofesional (en adelante, SMI). La Instrucción conjunta del Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el Director General de Migraciones sobre los aspectos prácticos de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en lo que se refiere a las solicitudes visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional contempla que la cuantía para acreditar los recursos económicos suficientes es la que represente mensualmente el 200% del SMI. El SMI en España para el año 2023 es de 1.080 euros brutos mensuales en 14 pagas, hasta los 15.120 euros brutos anuales.
  - 13 La tasa para solicitar autorización de residencia temporal es de 38'28 euros, y de 31'22 euros en el caso de las prórrogas de estancia de corta duración con visado (Fuente: Policía Nacional, tasa 038). Véase la Resolución de 25 de mayo de 2022, de la Subsecretaria, por la que se establece el procedimiento para la liquidación y pago por vía telemática de la tasa con código 038, "Expedición de autorizaciones de trabajo y autorizaciones a ciudadanos extranjeros" (BOE 2 de junio de 2022).
  - 14 Véase OIT, Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2021. El papel de las plataformas laborales digitales en la transformación del mundo del trabajo, en [https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS\\_771749/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--en/index.htm)

### **3 ASPECTOS PRÁCTICOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 14/2013 EN LO QUE SE REFIERE A LA SOLICITUDES DE VISADOS Y AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA DE TELETRABAJO DE CARÁCTER INTERNACIONAL**

Las personas titulares de una autorización de residencia de teletrabajadores de carácter internacional deberán cumplir con las obligaciones en materia de Seguridad Social de acuerdo con la normativa vigente, sin que exista ninguna especialidad en lo que se refiere a requisitos o procedimiento de inscripción de las empresas, altas, bajas y cotización<sup>15</sup>.

La solicitud deberá acompañarse por una declaración responsable de la empresa en el caso de trabajo por cuenta ajena, o del trabajador en el caso de trabajo por cuenta propia, en la que conste el compromiso de cumplimiento, con carácter previo al inicio de la actividad laboral o profesional, de las obligaciones en materia de Seguridad Social de acuerdo con la normativa vigente.

En el caso de que la persona solicitante desplazada a España para realizar la actividad mantenga la inclusión en el sistema de Seguridad Social del Estado de origen, con el alcance y la duración que se establezca en el convenio bilateral, multilateral o instrumento internacional de Seguridad Social aplicable suscrito por España, esta circunstancia se hará constar en la declaración responsable a la que se refiere el apartado anterior, y se acompañará del certificado de legislación aplicable expedido por el organismo de Seguridad Social correspondiente.

En el caso de que a la persona solicitante no le sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social suscrito por España, y vaya a desempeñar un trabajo por cuenta ajena, la solicitud se acompañará de la acreditación o justificación de inscripción de la empresa en la Seguridad Social o, si la persona extranjera se encuentra fuera de España y solicita un visado de residencia de teletrabajo de carácter internacional, de la acreditación o justificación de solicitud de inscripción de la empresa en la Seguridad Social<sup>16</sup>.

### **4 LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA**

#### **1. Consideraciones generales**

La Unión Europea establece una serie de normas comunes que protegen los derechos de

15 Instrucción del Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el Director General de Migraciones (punto sexto) sobre los aspectos prácticos de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en lo que se refiere a las solicitudes, visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional, 29 de marzo de 2023.

16 Así, por ejemplo, la normativa existente en materia de seguridad social para dar cobertura a los supuestos de desplazamiento internacional de trabajadores sería diferente según los casos: 1) países incluidos en el Reglamento Comunitario de trabajadores desplazados; 2) países con Convenio Bilateral o Multilateral en materia de Seguridad Social; y 3) países que no tienen suscrito con el país de origen ningún tipo de acuerdo a este respecto, y a los que aplica la legislación española, (por ejemplo, Orden de 27 de enero de 1982 por la que se regula la situación asimilada a la del alta en Régimen General de Seguridad Social de los Trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas, recientemente derogada por la Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español).

Seguridad Social de sus ciudadanos cuando se desplazan por Europa<sup>17</sup>, es decir, los ciudadanos de los 27 países miembros de la UE e Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza<sup>18</sup>. Como consecuencia de la salida del Reino Unido de la UE las normas de coordinación que existen con este país son específicas<sup>19</sup>. Las normas de coordinación de la Seguridad Social europea no sustituyen los sistemas nacionales por un régimen europeo único, sino que cada país tiene su propia normativa de Seguridad Social y, por lo tanto, establece quién está asegurado, qué prestaciones percibe y qué requisitos debe cumplir.

Las normas de coordinación de la Seguridad Social de la UE protegen a aquellos ciudadanos que estén o hayan estado asegurados en uno de estos países y a los miembros de su familia; a los apátridas o refugiados residentes en la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza que estén o hayan estado asegurados en uno de estos países y a los miembros de su familia; y, por último, a los nacionales de países no pertenecientes a la UE que residan legalmente en el territorio de la UE y que se hayan desplazado entre sus países miembros, y a los miembros de su familia<sup>20</sup>.

Una de las principales funciones de estas normas es determinar el sistema nacional de Seguridad Social donde una determinada persona debe afiliarse y, en su caso, cotizar (relación de afiliación-cotización). (MARTÍN-POZUELO, 2022, p. 164)

Las normas de coordinación de sistemas de seguridad social de la UE establecen cuatro grandes principios:

- a) sólo se puede estar sujeto a la normativa de un país a la vez, de manera que solo se cotiza en un país. La decisión sobre qué normativa nacional se aplica en cada caso corresponde a los organismos de la seguridad social.
- b) cada persona tiene los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos del país donde esté cubierto por la seguridad social (principio de igualdad de trato o no discriminación).
- c) cuando se pide una prestación, deben contabilizarse, en su caso, los períodos anteriores de seguro, trabajo o residencia en otros países.

17 Reglamento (CE) núm. 883/2004 y Reglamento (CE) núm. 987/2009 (Reglamento de aplicación).

18 En relación con los países del EEE (Noruega, Islandia y Liechtenstein), las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social de la UE se aplican desde el 1 de junio de 2012, por Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 165/2012, de 28 de septiembre de 2012, por la que se modifica el anexo VI (Seguridad Social) del Acuerdo EEE. Con respecto a Suiza, las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social de la UE se aplican desde el 1 de abril de 2022, en virtud del Anexo II del Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza por otra, actualizado por la Decisión núm. 1/2012 del Comité Mixto creado por dicho Acuerdo (Fuente: Comisión Europea).

19 Desde el 1 de enero de 2021, las normas de coordinación de seguridad social de la UE no se aplican a los trabajadores de la misma en el Reino Unido, ni a los trabajadores del Reino Unido en los países comunitarios. Sin embargo, siguen estando protegidos los derechos de las personas amparadas por el Acuerdo de Retirada entre la UE y el Reino Unido. Para las personas que no estén amparadas por este acuerdo, la coordinación de los sistemas de seguridad social entre la UE y el Reino Unido está regulada por el Protocolo pertinente del Acuerdo de Comercio y Cooperación, que no prevé un nivel de protección idéntico al de los Reglamentos de la UE. (Fuente: Comisión Europea).

20 Desde el 1 de enero de 2011, el Reglamento (UE) núm. 1231/2010 hace extensivas las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social a los nacionales de países no miembros de la UE (también llamados terceros países) que residan legalmente en la UE y se encuentren en situación transfronteriza. Su familia y supérstites pueden acogerse también a estas normas si están en la UE. Este Reglamento es fuente de derechos, por ejemplo, en el caso del nacional de un tercer país que se traslada de un país de la UE a otro para trabajar, pero cuyos hijos permanecen en el primero. No es aplicable a Dinamarca (Fuente: Comisión Europea, Legislación europea).

d) en general, si se tiene derecho a una prestación en metálico en un país, puede seguir percibiéndose aunque se resida en otro (principio de exportabilidad). Estas normas permiten a los trabajadores desplazarse por la UE y por los países del EEE y Suiza, estando sujetos a la legislación de un único país.

La norma básica es que se aplica la legislación del país donde de hecho se trabaje, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, y con independencia de dónde resida el trabajador o esté establecido el empleador (*Lex Locis Laboris*). En el caso que el empleador envíe a trabajar en otro país (trabajador por cuenta ajena), o si lo decide el trabajador (trabajador por cuenta propia), sigue asegurado en su país de origen, siempre y cuando no permanezca en el otro más de 24 meses. Es la situación de los trabajadores desplazados, a quienes se aplican normas específicas<sup>21</sup>. En el caso de que la prestación de servicios se realice en un país de la UE diferente de aquél en el que vive, pero el trabajador vuelva a su país de residencia a diario, o al menos una vez por semana, se le considera trabajador fronterizo o transfronterizo. El país en el que trabaja es responsable de sus prestaciones de Seguridad Social. No obstante, la asistencia sanitaria y el desempleo se rige por normas especiales<sup>22</sup>.

En el caso de que el trabajador trabaje en más de un país hay que tener en cuenta si el trabajador ejerce una parte sustancial de su actividad (al menos un 25%) en su país de residencia, en cuyo caso se le aplica la normativa de ese país. Sin embargo, si no ejerce una parte sustancial de su actividad en su país de residencia, se le aplica la normativa del país donde su empleador tenga su sede o domicilio. Si tiene varios empleadores con sede o domicilio en países diferentes, se le aplica la normativa de su país de residencia, incluso si no ejerce una parte sustancial de su actividad en el mismo. Si se trata de trabajo como autónomo y no ejerce una parte sustancial de su actividad en su país de residencia, se le aplica la legislación del país donde tenga el centro de interés de sus actividades<sup>23</sup>. Si trabaja como asalariado en un país y como autónomo en otro, estará asegurado en el país donde trabaje como asalariado<sup>24</sup>.

## 2. Acuerdo Marco relativo a los casos de teletrabajo transfronterizo habitual

### A. Antecedentes

La situación de aislamiento de la población, y las restricciones sanitarias adoptadas como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 ocasionaron un incremento importante del teletrabajo obligatorio, al ser utilizado como recurso excepcional destinado a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que realizaban las actividades presenciales para asegurar el mantenimiento de la actividad productiva en la empresa durante ese periodo de crisis sanitaria. Esto ha dado lugar a afirmar que el teletrabajo hace que la cultura del presentismo esté en crisis (ÁLVAREZ, 2020, p. 194). La mayoría de los países han regulado el teletrabajo, puesto que la práctica de esta forma de

21 Pueden consultar el siguiente enlace de la Comisión Europea en relación a los trabajadores desplazados, Comisión Europea Preguntas frecuentes ¿Qué normas se me aplican?

22 Fuente: Comisión Europea

23 El centro de interés se determina teniendo en cuenta el lugar donde se encuentre la sede física y permanente de las actividades del interesado, el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerza o el número de servicios prestados.

24 Fuente: Comisión Europea, ¿Qué normas se aplican?

trabajo se había normalizado como consecuencia de lo anteriormente expuesto<sup>25</sup>. Esto ha evitado los problemas y conflictos originados por la falta de legislación en el ámbito nacional. No obstante, en el ámbito transnacional la carencia de una legislación propia del teletrabajo ha dado lugar a una actuación administrativa para elaborar unas normas técnicas que suplieran esa carencia, y que ha culminado con un Acuerdo en el marco de la Unión Europea en el que se regulan los casos de teletrabajo transfronterizo habitual en aquel ámbito. La consolidación del teletrabajo como nueva forma de prestación transnacional de servicios supone un desafío al que se enfrenta la coordinación europea, desde el punto de vista de la ley aplicable a la relación de afiliación (MARTÍN-POZUELO, 2022, p. 174).

Los confinamientos y restricciones sanitarias adoptadas especialmente durante el inicio de la pandemia del Covid-19 dieron lugar un enorme incremento de un *teletrabajo pandémico* que bien podía repercutir en la legislación de Seguridad Social aplicable. Por ejemplo, en el caso del teletrabajo completo desde otro Estado miembro donde se produce el confinamiento, o en el supuesto de un trabajador fronterizo que supera el 25% de la actividad sustancial en su lugar de residencia desde donde teletrabaja (CARRASCOSA, 2022, p. 239).

No obstante, antes de entrar en el estudio del Acuerdo Marco relativo a los casos de teletrabajo transfronterizo, denominado así porque presenta un elemento de extranjería y porque el teletrabajo puede presentar problemas relacionados con el ámbito de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, vamos a hacer una serie de consideraciones.

En primer lugar, debemos distinguir si el teletrabajo es puro, es decir, si el teletrabajador presta la totalidad de sus servicios mediante esta forma de trabajo, sin acudir presencialmente a la sede empresarial. En esta categoría de teletrabajo se encuentran los nómadas digitales, caracterizados por no tener un lugar de trabajo habitual puesto que teletrabajan en países diferentes y, por lo tanto, está sujeto a cambios continuos de residencia. Y, por otro lado, si el teletrabajo es alterno (híbrido) porque la persona alterne el teletrabajo con la realización de la prestación de servicios en la sede empresarial con alguna periodicidad. Esta modalidad de teletrabajo estaría incluida dentro del ámbito de aplicación de los Reglamentos de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea, así como como el teletrabajo puro, aunque se han planteado dudas respecto a este último, al no existir movilidad física. Sin embargo, el elemento de transnacionalidad está presente desde el momento en que se encuentran involucrados, al menos, los sistemas nacionales de Seguridad Social de dos Estados miembros (MARTÍN-POZUELO, 2022, p. 177).

En segundo lugar, debemos hacer una rápida referencia al ámbito de aplicación de los Reglamentos de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la UE. La regla general de aplicación es, como dijimos anteriormente, la *Lex Loci Laboris*. No obstante, se contemplan unas excepciones a esta regla general, según estemos ante un supuesto de desplazamiento de trabajadores (cuando el empleador desplaza temporalmente a otro país a su trabajador), o bien ante el ejercicio de actividad en dos o más estados miembros (arts. 12 a 15 del Reglamento (CE) núm. 883/2004). Una última excepción establece que “dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los arts. 11 a 15 (art. 16 Reglamento (CE) núm. 883/2004)”. En la actualidad existe un Acuerdo marco relativo a la aplicación del art. 16.1 del Reglamento de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social, cuyo contenido vamos a

25 En España Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE 10 de julio de 2021, núm. 164).

tratar a continuación.

B. Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) N° 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual

El Acuerdo Marco es un texto que, a fecha de 30 de junio de 2023, ha sido firmado por los siguientes países: Alemania, Suiza, Liechtenstein, República Checa, Austria, Países Bajos, Eslovaquia, Bélgica, Luxemburgo, Finlandia, Noruega, Portugal, Suecia, Polonia, Croacia, Malta, España y Francia, y que entró en vigor el día 1 de julio de 2023. En caso de que un Estado signatario firme el presente Acuerdo en un momento posterior, este surtirá efecto para dicho Estado el primer día del mes siguiente a la fecha de la firma.

El Acuerdo entiende por «teletrabajo transfronterizo»: toda actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar en el que están situados los locales o el domicilio del empresario y se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir las tareas que el empleador o los clientes asignen al trabajador, en el caso de los trabajadores por cuenta propia. El Acuerdo Marco se aplica sólo a las personas que trabajen por cuenta ajena a las que les sea de aplicación la legislación del Estado de residencia como consecuencia del teletrabajo transfronterizo habitual, y que estén empleadas por una o más empresas o empleadores que tengan su sede o domicilio en un único Estado signatario distinto al estado en el que trabaja.

Estas personas estarán sujetas a la legislación del estado en que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo real.

El presente Acuerdo no se aplica a las personas que: a) ejerzan habitualmente una actividad distinta del teletrabajo transfronterizo en el Estado de residencia; b) y/o ejerzan habitualmente una actividad en un Estado distinto de los mencionados más arriba (es decir, cuya residencia no se encuentre en un Estado signatario); c) ejerzan habitualmente una actividad en un Estado distinto no signatario; y d) trabajen por cuenta propia. Salvo que se celebre un acuerdo individual, en las situaciones no previstas en este Acuerdo en las que podría tenerse en cuenta de forma individual la situación especial del teletrabajo transfronterizo habitual. Los Estados signatarios acuerdan que la falta de una fecha concreta de interrupción de la modalidad de teletrabajo transfronterizo estructural (no temporal) en tales casos no se utilizará como motivo para rehusar la celebración de un acuerdo individual, fuera del ámbito de aplicación del presente Acuerdo Marco.

En definitiva, es un Acuerdo que aborda el teletrabajo transnacional de carácter habitual que no es extensible a la categoría de los denominados “nómadas digitales”. Esto significa que ni el Acuerdo Marco ni los cambios introducidos a la Ley de emprendimiento han supuesto ningún cambio en materia de Seguridad Social,

de manera que su situación dependerá básicamente de si el nómada digital comunitario proviene o no de un Estado con el que España tenga o no convenio internacional de Seguridad Social (CARRASCOSA, 2023, p. 172)

## 5 VALORACIÓN FINAL

En la actualidad están surgiendo distintas manifestaciones del teletrabajo remoto que, en ocasiones, se engloban en el término “nómadas digitales”. No obstante, no son lo mismo, puesto que el teletrabajo remoto ha sido objeto de regulación por una gran mayoría de los países del mundo, que recurrieron a esta forma de trabajo como consecuencia de la crisis de la COVID-19. El teletrabajo es un trabajo remoto garantizado como medida de protección social. En cambio, aquellos otros trabajos remotos calificados como “nomadismo digital” que se encuentran próximos al denominado trabajo internacional no tienen una normativa específica de regulación en el ámbito de la UE que contemple su protección social. En este sentido, podemos identificar el trabajo remoto como aquél que permite trabajar fuera de un entorno de oficina tradicional, como ocurre en el teletrabajo (SIERRA, 2021, pp. 13 y 14). No obstante, se diferencia del teletrabajo propiamente dicho, puesto que los empleados remotos realizan la prestación de servicios en un régimen de movilidad temporal internacional muy flexible que, en ocasiones, puede ser difícil de incluir en la nueva figura jurídica migratoria del teletrabajo internacional en los términos de la reciente reforma en España, incorporada en la Ley 14/2013 de emprendimiento.

Así, por ejemplo, si el nómada digital opta por la nueva categoría de visado y de autorización de residencia de teletrabajo internacional porque quieren elegir España como un lugar de teletrabajo más estable, dejaría de ser un nómada digital (CARRASCOSA, 2023, p. 69).

Como decía Zygmunt Bauman, nos encontramos en una «sociedad líquida», donde todo fluye y no es posible detener fácilmente los cambios. El nómada digital constituye un fenómeno creciente, necesitado de un marco de regulación fluido y flexible que lo dote de la suficiente protección social.

No obstante, si la idea de progreso en su forma actual nos resulta tan poco familiar que uno se pregunta si aún está entre nosotros, es porque el progreso, como tantos otros parámetros de la vida moderna, ha sido “individualizado”; lo que es más: *desregulado y privatizado*. (BAUMAN, 2000, p. 144).

Como hemos afirmado con anterioridad la nueva normativa española, Ley 28/2022, que incorpora la figura migratoria de teletrabajo internacional, no ha introducido cambios en materia de Seguridad Social. En el caso de que se trate de un nómada digital extranjero (es decir, de un nómada extracomunitario) la situación dependerá de si proviene de un Estado con el que España tenga o no firmado un convenio internacional de Seguridad Social. En el primer caso podrá seguir dado de alta en la Seguridad Social en su país de origen y, en el segundo caso, deberá darse de alta en la seguridad Social española y presentar el compromiso de alta de la empresa extranjera (CARRASCOSA, 2023, p. 71).

Los nómadas digitales son considerados en Europa como trabajadores extranjeros, a los que se les permite teletrabajar en un país cualquiera de Europa para una empresa empleadora radicada en el extranjero, mediante la obtención de las visas nómadas dotadas de un régimen de concesión flexible. En Europa existen países que han creado la visa para nómadas digitales, dirigidas a teletrabajadores que presten servicios en el extranjero de forma temporal y, generalmente, independiente (aunque es posible que se realice de forma dependiente, es decir, se incluiría en lo que hemos denominado teletrabajo transfronterizo habitual).

En general las normativas de los diversos países están pensadas para profesionales altamente cualificados, emprendedores o inversores y, entre otros propósitos, para que sirvan como posibles vías de creación de empleo. Al respecto nos debemos preguntar ¿por qué son necesarias las visas nómadas en los países de la UE? Sin duda alguna para acoger a “teletrabajadores” extranjeros, porque aunque el trabajo

remoto permite la movilidad internacional, los nómadas digitales no pueden solicitar una visa de trabajo tradicional, ya que necesitarían un contrato con una empresa local y/o una carta de invitación. Por otro lado, podrían solicitar una visa de turista, pero no son turistas ni pueden permanecer más tiempo de lo que permite la visa turística: 90 días. La visa de nómada digital se concede principalmente en el caso de que se disponga de recursos suficientes y, por regla general, el nómada debe suscribir un seguro privado. Ninguna visa permite que los titulares sean empleados de una empresa local (ETIAS, 2022).

El teletrabajo internacional carece de una regulación propia en los Reglamentos sobre la Coordinación de Sistemas de Seguridad Social de la UE, salvo el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual. Hasta el momento las visas nómadas son el instrumento que permiten hacer realidad el teletrabajo internacional. Cuando hablamos de teletrabajo internacional hay que tener en cuenta varios aspectos: a) se trata de una práctica voluntaria para las partes; b) esta situación supone que la empresa debe cumplir determinadas necesidades organizativas y que el empleador cumpla con ciertas obligaciones y, por último; c) nace de las necesidades personales del trabajador y para desarrollar una actividad profesional para el país de destino, es decir, no estamos ante un supuesto de desplazamiento internacional regulado en la normativa de la UE sobre desplazamientos temporales de trabajadores, puesto que el desplazamiento no se produce como consecuencia del poder de dirección del empleador que adopta la decisión de desplazar al trabajador (FEEX, 2021, p. 24).

En definitiva, debemos abordar esta temática desde una vertiente interdisciplinar e internacional que atienda los postulados del trabajo decente establecidos en el seno de la OIT.

la progresiva implantación del capitalismo digital está generando nuevas relaciones espaciotemporales en la población activa, en un contexto de redefinición de identidades y de valores de vida (PARREÑO, MORENO, DOMÍNGUEZ, 2021, p, 398)

## BIBLIOGRAFÍA

AAVV. **Libro Blanco Teletrabajo Internacional**, FEEX, Madrid, 2021.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar. “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”, **Lan Harremanak**, núm. 43, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad líquida**, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, vol. 10, núm. 2, 2022.

CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. “Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital”, **Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**, Vol. 4, núm. 1, 2023.

ETIAS, **Visas nómadas digitales en países de la UE**, <https://www.etiasvisa.com/es/noticias/nomadas-digitales-ue>

FEEK. **Libro Blanco sobre el teletrabajo internacional**, Madrid, 2021.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Ángela. “La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022”, **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, vol. 10, núm. 2, 2022.

PARREÑO-CASTELLANO, Juan M.; MORENO-MEDINA, Claudio; DOMÍNGUEZ MUJICA, Josefina “Nómadas digitales y trabajadores remotos de vida: Las Palmas de Gran Canaria como “NOMAD CITY” en AAVV, **Geografía, cambio global y sostenibilidad, Comunicaciones del XXVII Congreso de la Asociación Española de Geografía. Tomo II Territorio, desigualdad y enfermedades**, Asociación Española de Geografía AGE, Departamento de Geografía e Historia de la Universidad de La Laguna, Cabildo Insular de Tenerife, 2021.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. “La protección social en la encrucijada. La expansión del trabajo remoto y la recepción en Europa de los nómadas digitales”, **e-Revista Internacional de la Protección Social**, Vol. VI, núm. 2, 2021.

## TRABALHO DA MULHER E ESPAÇO FEMININO NO AMBIENTE LABORAL: ANÁLISE CRÍTICA DA DESIGUALDADE ENTRE GÊNEROS E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

\* Formanda em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE

**Fernanda Ramos Fernandes de Andrade\***

**Sergio Torres Teixeira\*\***

\*\* Doutor em Direito (UFPE, 2004). Professor Associado IV da FDR/UFPE e Professor Adjunto IV da UNICAP. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Desembargador do TRT6.

### RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso buscou demonstrar os avanços no âmbito do direito trabalhista sob a luz da dinâmica laboral feminina, bem como incentivar o debate a respeito da importância de um ambiente de trabalho isonômico, especialmente no cenário nacional. Para atingir essa finalidade, foi utilizado o método de pesquisa indutivo-qualitativo, tendo como base referências normativas, doutrinárias, jurisprudenciais e pesquisas sociais. Dessa maneira, primeiramente, foi analisado o papel social feminino no decorrer do tempo, além dos reflexos do patriarcado na construção dos papéis de gênero. A partir disso, observou-se o processo de entrada das mulheres no mercado de trabalho e os avanços na sua regulamentação jurídica. Seguindo por este viés, apesar dos progressos, nota-se que persistem desigualdades no ambiente laboral, em razão das barreiras sociais que ainda não foram vencidas pela proteção normativa. Além disso, foi abordado como essa problemática representa desrespeito a alguns princípios norteadores perpetuados na Carta Magna brasileira. Por fim, foram expostas algumas medidas que podem atenuar esses efeitos, com o intuito de construir um ambiente de trabalho verdadeiramente isonômico.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Trabalho da Mulher. Desigualdades.

### ABSTRACT

This course completion work sought to demonstrate advances in the field of labor law in the light of female labor dynamics, as well as to encourage debate about the importance of an isonomic work environment, especially on the national scene. To achieve this purpose, the inductive-qualitative research method was used, based on normative, doctrinal, jurisprudential and social research references. In the first place, the female social role over time was analyzed, in addition to the reflections of patriarchy in the construction of gender roles. From this, the process of entry of women into the labor market and the advances in its legal regulation was observed. Following this bias, despite the progress, it is noted that inequalities persist in the work environment, due to social barriers that have not yet been overcome by normative protection. In addition, it was approached how this problem represents disrespect to some guiding principles perpetuated in the Brazilian Magna Carta. Finally, some measures were exposed that

Recebido: 31/07/2023  
Aprovado: 15/08/2023

can mitigate these effects, with the aim of building a truly isonomic work environment.

**Keywords:** Labour Law. Women's Employment. Inequalities.

## 1 INTRODUÇÃO

“Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.” O pensamento do filósofo grego Aristóteles, notoriamente conhecido por vincular o conceito de igualdade ao de justiça, parece fazer alusão à importância da isonomia a fim de garantir a harmonia social. Por meio dessa reflexão, é possível inferir que desde o berço da civilização a desigualdade social mostra-se uma problemática que desperta a atenção dos estudos humanos. No século XXI, distante da realidade vivida pelo filósofo, essa ideia permanece em pauta em diversos temas, como, por exemplo, a disparidade entre homens e mulheres na sociedade. A partir desse contexto, é importante analisar como, após incontáveis lutas pela inserção no meio laboral, as mulheres continuam a ser atingidas pelo preconceito de gênero no mercado de trabalho.

De início, faz-se necessário destacar que o cenário atual é fruto das estruturas sociais, culturais e econômicas construídas no decorrer da história da humanidade. Isso ocorre porque, existem mecanismos que ditam como as formas de trabalho são divididas, assim, no decurso da história diversas amarras sociais geraram diferentes modos de produção. Dessa maneira, observando a linha temporal de desenvolvimento do trabalho feminino, podemos aferir que aos poucos as mulheres foram sendo inseridas no mercado de trabalho e com o avanço da industrialização, em meados da década de 30, houve a maior mudança nesse cenário, com o aumento exponencial da ocupação dos espaços de trabalho por mulheres.

Assim, a relevância do tema abordado nesse trabalho de conclusão de curso, pode ser observada a partir de situações fáticas onde se permite vislumbrar os reflexos sociais da relação de emprego aos homens e mulheres, especialmente como a escolha de ambiente de trabalho influencia na construção do ambiente familiar — o que por conseguinte molda a construção de toda uma nação. Nesse viés, nota-se que as diferenças de gênero são elementos centrais na estrutura de oportunidades no mercado de trabalho, tanto nacional, quanto estrangeiro. A busca de igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres é presença constante nos ordenamentos jurídicos aos direitos humanos. (NOVAIS, p.98).

Portanto, o objetivo da presente dissertação corresponde à busca pelas razões que levam à insistente permanência da desigualdade entre gêneros, em especial no mercado de trabalho brasileiro. Para isso, serão analisados os aspectos históricos, mundiais e nacionais — representados pela evolução histórica do papel social feminino durante os séculos, isto é, os reflexos da disparidade e da desvalorização do trabalho da mulher, tal como a evolução legislativa de proteção e regulamentação ao trabalho feminino. Além disso, buscou-se dar ênfase ao estudo de alguns princípios celebrados na Carta Magna de 88, que se relacionam intrinsecamente como Direito do Trabalho de Gênero. Por fim, veremos como alguns campos de estudo podem ajudar a amenizar os efeitos da desigualdade laboral na sociedade moderna. Isso com a finalidade geral de entender particularmente como, assim como já afirmado por George Orwell: “Somos todos iguais, mas alguns são mais **IGUAIS DO QUE OUTROS**”.

## 2 PAPEL SOCIAL FEMININO

Durante um longo período de tempo, o papel da mulher destinava-se apenas ao cuidado familiar, como se toda sua vida estivesse moldada para culminar ao ponto em que estivesse apta para exercer os

papéis de dona de casa, mãe e esposa. Dessa forma, socialmente, seriam consideradas bem-sucedidas as mulheres que alcançavam tais propósitos. Fazendo alusão a isso, pontua Clarice Lispector: “Por caminhos tortos, viera a cair num destino de mulher, com a surpresa de nele caber como se o tivesse inventado” (Laços de Família, 1960, p. 2).

Nessa realidade, em concomitância, os seres do sexo masculino ficavam encarregados do trabalho exterior ao lar. Essa disparidade na divisão de tarefas, opostas entre os sexos, foi resultado de diversos fatores culturais, como religiões e costumes, que criaram esse cenário. Em consequência disso, inúmeras mulheres permaneciam reclusas às atividades do lar, assim como, ao seu encargo estava o cuidado da prole, sem que houvesse outras expectativas que lhe fossem incentivadas.

É válido pontuar que desde a infância, a partir das brincadeiras recreativas, pode ser verificada a segregação desses papéis sociais, o que culmina com a divisão do trabalho em razão do gênero. Isso pois, é possível perceber a indução do imaginário de inúmeras meninas aos afazeres domésticos, além da construção da suposta fragilidade feminina. Isso pode ser justificado pelo fato de que durante os séculos brinquedos foram confeccionados com a ideia de que seriam para “o uso de meninos e de meninas”; estas ganhavam dos seus pais brinquedos que remontam a cozinha e ao cuidado de bebês, enquanto que brinquedos considerados “de meninos” seriam, por exemplo, carrinhos e bonecos de super-herói.

É assim que podemos começar a perceber como a divisão do trabalho em razão do gênero pode ser verificada ainda na infância. Nota-se que meninas seriam incentivadas a ajudar nas atividades domésticas, restritas ao ambiente do lar, enquanto que, ao contrário, os meninos teriam mais permissão para brincar na rua, sem que fosse exigida sua ajuda nas atividades do lar. Nesse sentido, utilizando dos pensamentos de Senkevics, podemos inferir que: as meninas tendem a ficarem mais retidas no ambiente doméstico, estando praticamente privadas do acesso à rua e, conseqüentemente, das oportunidades de lazer e de sociabilidade que o espaço público oferece (OLIVEIRA, 2015).

Para compreender as razões que perpetuam essa dinâmica, é importante destacar que esse retrato advém de uma sociedade baseada no sistema de organização patriarcal, o qual aduz como legítimo o papel de submissão em razão do gênero. Nesse viés, o termo patriarcado teve origem na sociedade grega, berço da civilização ocidental, baseia-se na construção de uma cultura, na qual o homem assume o centro da responsabilidade e a autoridade social sobre as mulheres, bem como aos filhos. No sistema patriarcal as mulheres são colocadas como indivíduos passíveis de submissão, que precisam de seres superiores, dominadores, para sobreviverem e existirem no meio social. Desse modo, o patriarcado é, por conseguinte, uma especificidade das relações de gênero, estabelecendo, a partir delas, um processo de dominação-subordinação. Este só pode, então, se configurar em uma relação social. Pressupõe-se, assim, a presença de pelo menos dois sujeitos: dominador (es) e dominado (s). (CUNHA, 2014, p.154).

Portanto, trata-se de um sistema autoritário, cuja ausência de liberdade pessoal afeta ambos os sexos, de um lado as mulheres, as quais devem ser submissas e acatar ordens tidas como indubitáveis, e do outro os homens, que ficam restritos quanto aos modos de expressarem-se. (ROCHA, 2009) Essa realidade pode ser exemplificada ao analisarmos o artigo 380 do Código Civil Brasileiro de 1916, que designava ao homem o papel de chefe legítimo da família. Em seu artigo 380, aduz o seguinte:

Art. 380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 1916)

Dessa forma, é possível inferir que ficava ao encargo ao ser humano do sexo masculino o poder/dever de reger a família, dando-se apenas de modo residual o direito da mulher de gerir seu próprio lar. Ainda, a família, descrita no Código supracitado, submetia-se a organização hierárquica, tendo o homem como chefe e a mulher em posição de inferioridade normativa. O texto de 1916 privilegiou o ramo paterno em detrimento do materno; exigiu a monogamia; aceitou a anulação do casamento em face à não-virgindade da mulher; afastou da herança a filha mulher de comportamento “desonesto”. (BARSTED, GARCEZ, 1999, p.17).

Conclui-se, dessa maneira, que, em consequência do sistema patriarcal, por séculos as mulheres permaneceram inertes, excluídas da vida política e religiosa; ante a ausência de representatividade aos próprios direitos, isso aliado ao fato de que boa parte não tinha acesso à educação, bem como pela subordinação aos maridos — assim, essas seriam algumas das razões pelas quais se mantinham afastadas do mercado de trabalho.

A fim de dar continuidade ao tema proposto, é pertinente traçar uma breve linha temporal, para demonstrar como ocorreu a inserção feminina no meio laboral, durante o curso da história.

De início, em síntese, até a Idade Média, em razão do populismo das ideias cristãs, o papel feminino recaía apenas na subordinação ao pai, posteriormente ao marido, atendo-se aos ditames de castidade, recato e retidão. Como primeira grande referência na mudança desse cenário, merece destaque o advento do Renascimento, que trouxe os ideais de liberdade e autonomia, representando o fim da idade média e início da idade moderna. No meio laboral feminino isso simbolizou o começo da ocupação de novas funções, que antes eram desempenhadas somente por homens. Ressalta-se, também, que a Revolução Francesa (1789), com seus ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, teve ativa participação das mulheres em suas manifestações — embora estas não tenham sido contempladas especificamente na elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da conquista revolucionária.

Seguindo adiante, no século XVIII, a Revolução Industrial representou um grande impacto no ambiente laboral, tendo em vista que nesse período houve um aumento exponencial do número de trabalhadoras nas atividades mercantis. Essa maior incidência pode ser explicada, dentre alguns outros dos fatores, pelo menor valor da mão de obra feminina, isto é, os menores salários para sua contratação contribuíram significativamente para que a mão de obra feminina fosse preterida em relação à força laboral dos homens.

Nesse período, é importante pontuar, ainda, a omissão do Estado no que se refere a interferências nas relações jurídicas de trabalho. Isso pois, as mulheres foram inseridas em larga escala nas mesmas condições de trabalho precárias, sem que houvesse normas protetivas em relação aos direitos dos trabalhadores. Dessa maneira, não havia nenhuma limitação da jornada de trabalho, além de idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher em épocas remotas dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas. (NASCIMENTO, 2003, p. 857-858).

Em razão disso, o século XIX testemunhou as lutas operárias por melhores condições de trabalho, a exigência da aplicação igualitária de leis mais justas e uma profunda visão do papel do estado. Nesse contexto são caracterizados direitos econômicos e sociais, cabendo ao novo estado, agora

assistencialista e intervencionista, o papel de nivelar as desigualdades sociais. (NOVAIS, p.27).

Na década de 20, dá-se então os seus primeiros passos um movimento de mulheres proeminentes, literatas, vinculadas à elite, com educação superior que queriam emancipação econômica, intelectual e política. Estas conseguiram vitórias em terrenos como o trabalho feminino, a saúde, educação e direitos políticos, garantindo a cidadania para a mulher. (SOIHET, 1989 apud LUZ, [s.d], [n.p]). Dessa maneira, no século XX, percebem-se mudanças significativas, especialmente no que se refere ao estilo de comportamento feminino. Isso porque, nesse período surgiram os primeiros grandes movimentos em prol dos direitos femininos, o que permitiu que a mulher ganhasse um novo olhar por parte da sociedade. Nessa época, deu-se início a queda dos “bons costumes”, isto é, os estigmas sociais que ditavam a imagem da mulher como recatada e frágil, dando espaço à imagem de mulheres independentes, que tinham seus próprios rendimentos, não necessitando do provimento do homem. Portanto, esse novo cenário social, impulsionado pela industrialização do trabalho, permitiu a saída das mulheres dos lares e as levou aos meios de produção, representando a definitiva entrada da mulher no mercado formal de trabalho.

Atualmente, no século XXI, boa parcela das mulheres demonstra ser consciente dos abusos que não são mais aceitos como outrora. Contudo, o cenário laboral atual ainda está longe do ideal de dignidade, do modelo preceituado nas normas legais positivadas. Isso pois, apesar dos avanços históricos vistos acima, não obstante persistem diversos desafios que precisam ser enfrentados, tais como a persistente desigualdade salarial entre homens e mulheres que atuam em um mesmo campo de labor, bem como o número menor de mulheres que ocupam os cargos de decisão e chefia, além da baixa participação nos cargos políticos — tópicos que serão devidamente elucidados durante essa exposição.

### **3 EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS TRABALHISTAS DA MULHER**

Observada a linha temporal, podemos aferir que até pouco tempo atrás, inclusive escopos normativos incumbiam à mulher labores domésticos e determinavam papéis de submissão familiar. Em décadas de evolução, direitos e deveres em relação a homens e mulheres, a fim de alcançar a desejada igualdade entre os gêneros, foram sendo positivados — no Brasil, em especial com o advento da Carta Magna de 88, contudo esse processo se deu a passos lentos, conforme veremos a seguir.

Inicialmente, apesar da forte presença feminina nas revoluções ocorridas na França de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte Francesa deixou de especificar direitos de proteção à mulher na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Em relação à assembleia francesa, apenas em 1848 está deu espaço à produção de algumas leis de proteção ao trabalho da mulher.

Como um dos primeiros conjuntos de medidas legais a abrangerem a temática, em meados de 1842, como medida protetiva às mulheres, na Inglaterra fora proibido o trabalho em locais subterrâneos e limitava a jornada de trabalho nesses locais. Acompanhando essas mudanças, em 1891 a Alemanha criou o Código Industrial, a fim de determinar leis de proteção trabalhistas.

Nesse período, pode ser citada como uma das mais expressivas regulamentações o Tratado de Versalhes, 1919, firmado em consequência da 1ª guerra mundial, que afastou grande parte da mão de obra masculina. Esse texto normativo internacional, embora tivesse como objetivo principal estabelecer responsabilidades e encargos na Alemanha, dispôs, também, sobre a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) — organização mundial com fim de proporcionar a paz social e gerar melhorias nas relações empregatícias. A exemplo, dentre os avanços, tal tratado consagrou internacionalmente o

princípio da igualdade salarial — “salário igual, sem distinção de sexo, para um trabalho de igual valor” — em prol de impedir a exploração salarial da mulher.

Trazendo a temática para a realidade brasileira, a não distinção dos sexos foi concebida em 1932, estabelecida por meio do Decreto nº 21.417-A, que regulou as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais chamado de “Trabalho da mulher: na indústria e no comércio”, que trouxe as seguintes inovações no cenário normativo brasileiro:

Regulou as condições do trabalho da mulher na indústria e no comércio, atribuindo-lhe salário igual a trabalho de igual valor, sem distinção de sexo; proibiu-lhes trabalho em subterrâneos, mineração em subsolo, pedreiras e obras de construção pública ou particular, e em serviços perigosos e insalubres; protegeu a maternidade; proibiu trabalho à gestante quatro semanas antes e depois do parto; obrigou os estabelecimentos com pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos a ter local apropriado para a guarda e vigilância dos filhos em período de amamentação. No art. 13, uma regra avançada proibia a despedida das grávidas pelo simples fato da gravidez, sem outro motivo que a justificasse. (BIAVASCHI, 2007, p. 209).

Por sua vez, a Constituição de 1934 garantiu direitos como jornada diária de oito horas, incluindo no seu rol a equiparação salarial — estabelecida anteriormente, assim como, a licença-maternidade remunerada, férias remuneradas, assistência médica e sanitária às gestantes.

É importante ressaltar que em 1962, instituiu-se o “Estatuto da Mulher Casada”, que permitiu que as mulheres casadas exercessem sua liberdade de escolha e sua capacidade plena em sua opção de emprego. Ainda, o salário-maternidade foi incluído apenas em 1974 como uma das prestações da Previdência Social. No ano seguinte, a Lei nº 6.202 garantiu à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares.

Reconhecido como grande marco jurídico, o advento da Carta Magna de 1988 estabeleceu a igualdade de gênero e o direito à igualdade a título de direitos fundamentais. A constituição cidadã consagrou mais uma vez o princípio da igualdade salarial, estando presente, também, na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), em seu artigo 461, hoje com a seguinte redação:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

É válido destacar, ainda, a inclusão pela Lei 13.467, de 2017, do parágrafo sexto, o qual aduz que:

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Dentre alguns avanços recentes, vale ser citada a Lei nº 9.029 de 1995, que proíbe a exigência de atestado de “gravidez” e “esterilização”, ou qualquer prática de discriminação, relacionadas ao ato de contratação laboral ou para manutenção do vínculo jurídico empregatício. A lei supracitada estabelece punição de pena de detenção de 1 a 2 e multa para os empregadores que induzirem os funcionários a esterilização genética, assim como aos que promovem alguma espécie de controle de natalidade.

Ainda, Lei Maria da Penha instituída pela Lei nº 11.340, em 2006, com o fim de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, garantiu em artigo 9º, §2º, II, à mulher vítima de violência, a preservação do vínculo laboral pelo período de seis meses, tanto em âmbito privado quanto no público. Ainda, não esquecendo da Lei complementar nº 150 de 2015, conhecida como Lei da Empregada

Doméstica, que assegura novos direitos aos trabalhadores da categoria.

Portanto, é possível concluir do exposto acima que houve avanços significativos no tocante a conquista do espaço feminino no ambiente de trabalho, contudo, algumas medidas ainda são precisas a fim de que possamos construir uma sociedade mais isonômica. Nesse contexto, é válido examinar alguns fatores que estimulam as desigualdades persistentes na sociedade hodierna, conforme será visto no tópico a seguir.

#### 4 DESIGUALDADE DE GÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO

A persistente desigualdade de gênero no meio laboral pode ser aferida por meio de diversos aspectos. Assim, de início, é válido analisarmos a relação existente entre a disparidade salarial e o nível de escolaridade das trabalhadoras no mercado de trabalho.

Segundo dados disponibilizados pelo IBGE, em 2020 as mulheres ganharam 78,1% do salário dos homens no Brasil. Paralela a essa realidade, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em que se pese a média mundial, as mulheres estariam recebendo o referente a 77% do salário recebido pelos homens. Ainda, de acordo com a OIT a desejada paridade salarial apenas será conquistada em 2086.

A partir disso, pode-se notar que esses dados refletem uma realidade ainda mais preocupante quando comparamos essas informações com os níveis de escolaridade da classe trabalhadora feminina. Isso porque, de acordo com o IBGE, em 2019, considerando homens e mulheres na faixa etária de 25 anos ou mais, 15,1% dos homens têm ensino superior completo, enquanto que para as mulheres esse percentual é de 19,4%. Tal como, evidencia-se que 30% das mulheres possuem nível superior e pós-graduação, enquanto os homens são 24%. Apesar disso, mesmo considerando esses fatores, os homens chegam a ganhar até 52% a mais que as mulheres exercendo a mesma função.

Essa pesquisa elucida o distanciamento do profissional homem e mulher no cenário profissional. Dessa forma, fatores super relevantes como formação, qualificação e experiência profissional não bastam para igualar a balança. Apesar dos perceptíveis avanços, ainda há obstáculos a serem superados. (CARMO, 2020, online).

Portanto, considerando essa primeira análise, vislumbra-se a partir dos dados apresentados que na realidade fática as mulheres precisam trabalhar mais e estudar mais para serem competitivas no mercado de trabalho, e embora efetuem esses esforços, segundo as evidências percentuais, o valor da sua remuneração permanece abaixo do salário recebidos pelos homens que desempenham a mesma função.

Nesse segundo momento, outro ponto que sugere a disparidade no meio laboral é a relação de dupla jornada de trabalho, que permanece inerente à vida das mulheres, isto é, o acúmulo entre as funções domésticas e o exercício do trabalho formal, exterior ao lar. Isso acontece porque, a entrada no mercado de trabalho não garantiu às mulheres sua emancipação total, tendo em vista que boa parte das mulheres que exercem funções laborais, continuam suas jornadas de trabalho ao desempenhar afazeres domésticos, o que ocasiona a chamada dupla jornada laboral — importante salientar ainda ser esse “segundo” trabalho ausente de remuneração.

Segundo o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em estudo divulgado em 2015, chamado de Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça, as mulheres trabalham cerca de 7,5 horas a mais do que os homens na semana, bem como, aponta que a média da jornada de trabalho das mulheres era de 53,6 horas, quanto aos homens essa média era de 46,1 horas semanais. Através dessa mesma pesquisa, é válido destacar, ainda, que 90% das mulheres afirmaram realizar atividades domésticas,

enquanto que o percentual de homens foi de 50%.

Nesse ensejo, essa alta carga de trabalho tem como um dos principais reflexos o esgotamento físico e mental, chamado de *burnout*, o que pode dar início a quadros de estresse elevado, desenvolvimento de transtornos psicológicos e depressão.

Em colaboração a isso, na contemporaneidade, podemos notar o aumento exponencial de mulheres exercendo a chefia familiar. Tendo em vista que um dos reflexos da entrada no mercado de trabalho foi desenvolvimento da individualidade e independência feminina, ante a possibilidade de obterem o próprio meio de subsistência com o fruto do seu trabalho. Nesse processo, observa-se que novas obrigações e responsabilidades surgiram decorrentes das necessidades familiares, passando a mulher a exercer, também, o papel de chefe familiar, isto é, a gestão do lar, que anteriormente era exercido apenas pela figura masculina. Isso pode ser demonstrado, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os quais inferem que, em 1995, o percentual de domicílios no Brasil chefiados por mulheres era de 25%, havendo o aumento para o percentual de 45% em 2018.

É interessante destacar que, considerando esses dois fatores, muitas mulheres procuram ocupações que oferecem uma jornada de trabalho mais flexível, a fim de conseguirem conciliar seus trabalhos formais com os afazeres domésticos, bem como a gestão do lar. Contudo, esses cargos, pela flexibilidade, por conseguinte, oferecem menor valor remuneratório, o que representa uma carga de esforço maior por recompensas salariais menores. Portanto, sendo notório que se trata de uma das formas de disparidade entre os gêneros no meio do trabalho.

A partir do exposto acima, a maternidade, também, é considerada um desafio e um motivo utilizado para discriminação laboral de muitas mulheres, pois, geralmente, em razão do papel social ilustrado no segundo capítulo desta dissertação, essas seriam as únicas encarregadas pelas tarefas domésticas e cuidado com os filhos, o que influencia na sua vida profissional.

Em pesquisa realizada pelo IBGE, em 2021, mostra-se que somente 54,6% das mulheres que possuem filhos pequenos mantinham vínculos empregatícios, enquanto que o percentual de homens nessa mesma situação é de 89,2%. Esses dados revelam o alto número de mulheres que deixam seus empregos para se dedicarem exclusivamente à maternidade, ao passo que os homens, em sua maioria, não interrompem suas carreiras pelo mesmo motivo. Essa situação tem como principal fato gerador a ideia de que seria papel exclusivo feminino a responsabilidade pelos cuidados com os filhos.

Esse exemplo de discriminação de gênero no mercado de trabalho também pode ser visto nos processos seletivos das empresas. Isso porque, nas entrevistas de emprego, mulheres relatam que, com frequência, recebem perguntas discriminatórias relacionadas à maternidade, como, por exemplo, se teriam planos de ter filhos ou, em caso de possuírem, como seria a dinâmica quanto aos cuidados com os menores — perguntas que divergem totalmente do propósito laboral inicialmente em pauta. Ao contrário desse cenário, homens dificilmente recebem esses questionamentos, isso porque, como dito acima, eles não seriam vistos como os principais responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos.

Nesse sentido, pesquisas apontam que muitas mulheres têm desejo de conceber filhos, contudo adiam a maternidade — pois teriam receio de perder oportunidades de trabalho, bem como, a possibilidade de engravidar seria vista pelas empresas como razão para não contratar funcionárias. Segundo estudos realizados pela Nielsen, em 2022, no Brasil, 75% das profissionais grávidas tiveram seus trabalhos questionados devido a essa fase da vida, tal qual, em entrevistas em processos seletivos, 75% das mulheres foram perguntadas sobre se teriam filhos, contra 69% dos homens.

Aliado a isso, em países como o Brasil, a falta de instituições como creches, que cuidam de crianças em estágios primários de vida, pode dificultar ainda mais a maternidade para as trabalhadoras,

o que pesa na dupla jornada já experienciada por muitas mulheres. Portanto, esse ponto representa uma das maiores barreiras no mercado de trabalho para as mulheres, ante a dificuldade de mudar esta visão patriarcal, que considera a mulher como exclusivamente, ou principal, responsável pelos filhos. Assim, é necessário mudar esse paradigma, a fim de que a maternidade não seja considerada um desafio para obter um emprego, conciliá-lo com possíveis desejos maternos ou evoluir dentro da carreira almejada pela mulher.

Quanto a discriminação nos âmbitos horizontal e vertical, é importante frisar de início que o meio laboral é propício à competitividade, de modo que estimula os indivíduos a buscarem pela sobrevivência em seus postos de trabalho. Nesse contexto, existem diversos tipos de mecanismos sociais, alguns deles considerados barreiras na livre escolha das profissões, bem como limitadores a ascensão as posições de chefia, são eles: a discriminação horizontal e a vertical. A seguir vemos como esses dois sistemas podem afetar diretamente as mulheres no mercado de trabalho.

Quando falamos de discriminação horizontal, também chamada de segregação horizontal, trata-se do mecanismo social que exerce influência para que as escolhas de carreiras profissionais sejam definidas pelo gênero. Para entendermos essa premissa, podemos definir a segregação horizontal como o fenômeno que leva as mulheres a fazerem escolhas que sejam determinadamente diferentes daquelas escolhidas pelos homens. Isso significa dizer que no meio familiar e educacional, desde a escola basilar ao meio universitário, existe a tendência feminina em avaliar atividades e comportamentos sociais — de modo a escolher aqueles que seriam considerados “compatíveis” e “adequados” ao padrão social feminino. Dessa maneira, na sociedade moderna, a inserção destas trabalhadoras acontece por meio da “[...] divisão sexual horizontal do mercado de trabalho”, no qual, a entrada maciça das mulheres é concentrada em atividades específicas, em razão do papel social tradicional atribuído a elas (YANNOULAS, 2002, p. 16).

A exemplo disso, nos cinemas, podemos observar esse cenário através do filme “Que horas ela volta?” (2015), no qual podemos inferir, a partir de uma abordagem cômica, em meio ao suspense da vida cotidiana, uma reflexão importante sobre a relação entre o trabalho e a vida privada da mulher. Nesse sentido, este filme proporciona a ilustração a respeito de escolhas feitas considerando o papel da mulher na sociedade, que por muitas vezes opta pela ação mais “adequada” em detrimento dos seus próprios interesses, visando a “harmonia social”. Dentro desse quadro, a protagonista “Jéssica” é confrontada a todo o momento por sua mãe, por suas atitudes estarem em “desconformidade” com o esperado ao modelo feminino em diversas situações presentes no longa-metragem.

No que se refere a discriminação vertical, ou segregação vertical, trata-se de uma engrenagem, ainda mais sutil do que a abordada acima, uma barreira invisível que impede que certos grupos, minorias sociais, ocupem cargos de chefia, direção e controle. Esse termo, em inglês “*glass ceiling*”, teve sua primeira aparição creditada a escritora americana Marilyn Loden, que em 1978 utilizou pela primeira vez o termo enquanto discursava na “Women’s Exposition in New York”. Alguns anos depois, 1986, esse conceito foi popularizado pelo Wall Street Journal, após um artigo publicado que explicava o funcionamento do sistema corporativista, baseado em um sistema hierárquico e como barreiras invisíveis impedia que mulheres avançassem em suas carreiras.

Seguindo por este viés, esse sistema seria o responsável por fixá-las em posições de subordinação, isto é, mantê-las afastadas dos cargos detentores de chefia. Dessa maneira, esse “teto” não se trata de normas ou regulamentos explícitos que dificultam o acesso aos cargos de decisão, mas sim de estruturas sociais enraizadas. Em síntese, existem barreiras invisíveis que dificultam o acesso das mulheres aos cargos de maiores salários e responsabilidades, ocasionando assim, a segregação hierárquica (ou vertical

na estrutura organizacional) (JAMON, 2014)

Uma das razões para sua existência, inclui-se a falta de acesso à informação, uma vez que o acesso à informação ajuda no combate à discriminação de gênero (PAES, 2016). Seguindo essa linha de raciocínio, também, dentro dos ambientes de trabalho podemos facilmente perceber divisões em grupos, na sua maioria, divisões baseadas em gênero. Esse panorama, finda em prejuízo a comunicação dentro dos espaços de trabalho, pois representam impactos diretos no fluxo de informação. De acordo com Jamon (2014, p.101), a exclusão política dos grupos, especialmente os formados por homens (“bons e velhos meninos” ou “clube do bolinha”), conduz à exclusão da comunicação e ao acesso a informações que percorrem o fluxo, levando ao impedimento de mobilidade na organização.

Segundo pesquisa da Women in Business da Grant Thornton, em 2022, entre as empresas pesquisadas, as mulheres conquistaram cerca de 32% dos principais cargos de liderança. Em 2021, esse percentual era de 31%. Esse aumento revela o crescimento moderado nos últimos anos ao considerarmos que em 2012 tínhamos a porcentagem de acima dos 21%. No mesmo ano, no Brasil as mulheres detêm 38% dos cargos de liderança nas empresas, ocupando o quarto lugar do ranking mundial elaborado pela Grant Thornton. Essa realidade, revela a sub-representação das mulheres em cargos que possuem maior nível de responsabilidade, por conseguinte o acesso aos cargos que possuem maiores remunerações.

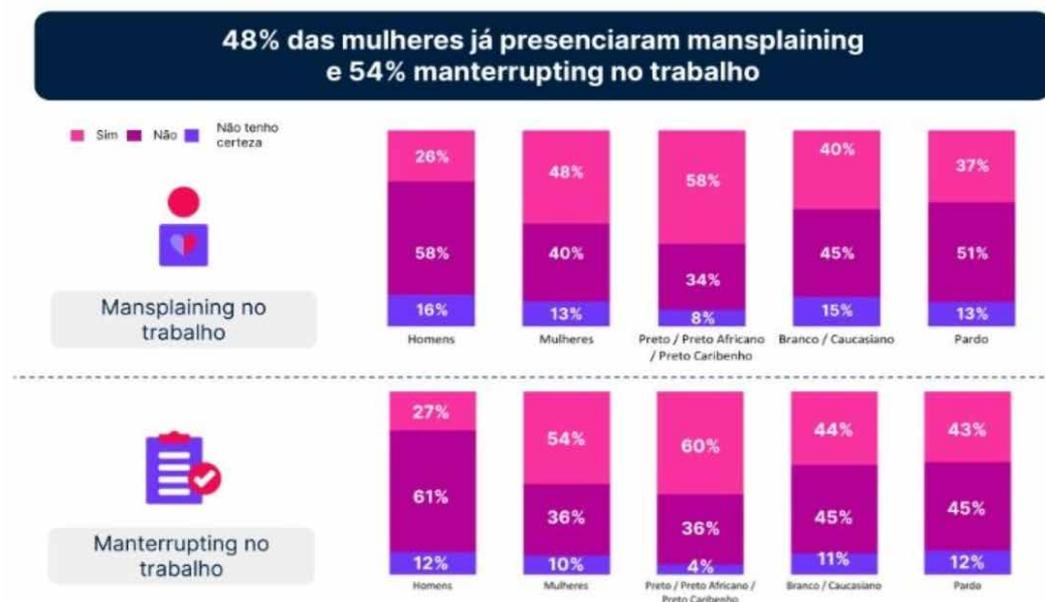
Portanto, infere-se que esses dois tipos de segregação, horizontal e vertical, podem influenciar na menor participação feminina em alguns espaços de trabalho, bem como na maior dificuldade em ocupar cargos de destaque dentro do sistema hierárquico laboral.

Os conceitos de *Mansplaining* e *maninterrupting* são pouco conhecidos pela parcela geral da população. A discussão acerca desses termos é recente e revelam-se extremamente pertinentes ao tema proposto, tendo em vista que são formas de machismo estrutural de enorme incidência no meio laboral. Para entendermos a importância de estudarmos esses mecanismos sociais enraizados na sociedade moderna, faz-se necessário, primeiramente, dispor sobre sua definição e significado.

“*Mansplaining*”, termo em inglês que tem a raiz etimológica a partir da junção das palavras “*man*” (homem) é “*explaining*” (explicar), acontece quando um homem se coloca, inoportunamente, no papel de responsável por explicar a mulheres conhecimentos de notoriedade a todos, considerando que estas estariam em um nível intelectual inferior aos demais e por isso precisam da sua “benevolente” explicação. Essa forma de violência ocorre, também, nos ambientes de trabalho, como, por exemplo, os colegas de trabalho que sentem a necessidade de tornar claro, de explicar, conhecimentos óbvios as colegas de trabalho que podem possuir o mesmo cargo, mesmo nível de formação, pressupondo que estas estariam em um nível abaixo dos mesmos, com o intuito de rebaixar e tratar com inferioridade alguma colega de trabalho.

Por sua vez, “*Maninterrupting*”, palavra formada a partir da junção de “*man*” (homem) e “*interrupting*” (interrompendo), ocorre quando uma mulher não consegue manter um discurso, devido às insistentes interrupções masculinas. Em um ambiente de trabalho podemos verificar essa ocorrência em uma reunião, apresentação de ideias ou conversa informal, por exemplo, partindo da premissa que as falas femininas estariam equivocadas antes mesmo de estarem concluídas.

De acordo com estudo realizado pela Nielsen, juntamente com a *Opinion Box*, foram obtidos dados sobre *mansplaining* e *maninterrupting* no ambiente de trabalho. As informações obtidas revelam que 48% das mulheres participantes da entrevista disseram já ter presenciado “*mansplaining*” no trabalho, assim como 54% teriam sido vítimas de “*maninterrupting*”. Esses e outros dados podem ser inferidos da tabela a seguir:



(Fonte: Nielsen/ Opinion Box)

Portanto, apesar do notório avanço do papel social feminino durante a história da humanidade, bem como ainda que tenham sido conquistados diversos direitos através da regulamentação jurídica do trabalho da mulher, conclui-se a partir das ideias e dados expostos nesse capítulo que ainda persistem diversas formas de discriminação e disparidades no ambiente de trabalho em razão do gênero. Nesse ensejo, é pertinente, dentro do proposto, analisar como essas desigualdades enfrentadas pelas mulheres ferem os princípios constitucionais brasileiros — tema que será explorado a seguir.

## 5 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O TRABALHO DA MULHER

Inicialmente, é válido esclarecer que nesta seção não há menção de estabelecer uma análise detalhada acerca dos princípios constitucionais, mas sim, buscar entender como a substância primordial desses institutos influenciam na temática abordada, em especial os princípios constitucionais da Igualdade, Isonomia e Dignidade da Pessoa Humana.

Para isso, deve ser observado que, segundo Miguel Reale, os princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 1986)

Seguindo por esse prisma, a confecção de normas que contrariem os comandos abstratos em que se baseia os princípios, em especial as normas constitucionais, são eivados de incompatibilidade com o sistema jurídico. Dessa forma, é importante frisar que o respeito a esses ditames produz reflexos reais na sociedade, isso porque são pedras basilares que representam um “norte” as demais resoluções — estas que necessitam ser criadas a fim de atenuar os mais variados problemas sociais.

Nesse contexto, cabe discutir em específico a importância do princípio da igualdade dentro da temática proposta. De início, a definição desse preceito pode variar de acordo com a linha de estudo que escolhermos tomar. Isso pois, para a corrente nominalista, não poderíamos alcançar a igualdade, tendo

em vista que a ausência dela é intrínseca ao universo, isto é, pertence ao humano desde o nascimento. Por outro lado, segundo os idealistas, como Rousseau, por exemplo, tem-se uma dicotomia, existindo a desigualdade natural, baseadas em termos biológicos, e na desigualdade moral, fundada nos termos sociais, que segrega de modo econômico-cultural, alguns indivíduos teriam mais privilégios do que outros.

Trazendo essa discussão para a realidade brasileira, o princípio da igualdade trata-se de um princípio fundamental disposto na Carta Magna de 88, pressupõe que todos são iguais em direitos e deveres, garantidos e impostos, em lei. Dessa maneira, esse ideal positivado busca alcançar na sociedade em que vivemos o tratamento igualitário a todos, contudo, tendo como base o exposto, podemos inferir que não se trata de uma realidade fática no meio social, e sim de uma igualdade em seu sentido jurídico-formal, isto é, perante a lei, a chamada igualdade formal.

De acordo com o artigo 5º, inciso I, da Carta Magna, temos que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Quanto à igualdade material, trata-se do tratamento igual ou desigual, considerando as situações e peculiaridades de cada indivíduo. Desse modo, fazendo inferência com esses conhecimentos, as legislações protetivas do trabalho feminino consideram o preceito da igualdade material, isto é, os fatos específicos que sugerem a necessidade de aplicação das medidas protetivas ou atenuadoras.

Nessa perspectiva, levando em consideração a persistente discriminação em razão do gênero, a exemplo da ausência de paridade salarial para as mesmas atividades e maiores esforços empreendidos pelas mulheres para obter os mesmos resultados dentro da sistemática social, que nasce o chamado princípio da igualdade de gênero. Assim, é dada sua importância para a devida proteção da mulher, em respeito a sua vulnerabilidade específica, buscando como fim a igualdade.

Em continuidade, deve ser reconhecido outro prisma basilar para essa abordagem, o princípio da isonomia. Os termos isonomia e igualdade podem parecer sinônimos, mas possuem significados distintos, enquanto que o conceito de igualdade navega por mares subjetivos, o instituto da isonomia é aplicado a fim de que seja possível proporcionar condições iguais em contextos desiguais — pressupõe que se deve “tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais”.

Assim, partindo da noção histórica da exploração da mão de obra feminina, podemos identificar situações de desigualdade em relação aos homens no ambiente de trabalho, o que motiva, outrossim, a utilização desse princípio a fim de que sejam aplicados atenuantes a essas desigualdades. Nesse sentido, a título de exemplo, a isonomia salarial parte do pressuposto acima, seguindo a linha de raciocínio de que indivíduos que possuem os mesmos cargos e exercem as mesmas funções devem salários iguais, a fim de que não exista privilégios e prejuízos. Dessa maneira, a Constituição Federal em seu artigo 7, inciso XXX, garante: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”.

Portanto, conclui-se que em uma sociedade onde os preceitos de igualdade e isonomia são aplicados nas relações laborais, pode-se ultrapassar a visão limitante que segrega a divisão do trabalho, está por séculos perpetuada com base no sistema patriarcal.

Por último, deve ser observado mais um princípio norteador que contribui positivamente para

o debate de questões relacionadas aos preconceitos de gênero — a dignidade da pessoa humana. Para isso, primeiramente, deve ser ressaltado que o direito de existir dignamente pertence a todos em igual proporção. Assim, a dignidade pode ser considerada inerente ao ser humano, independente de sua conduta, isto é, mesmo que algum ato configure-se reprovável perante a sociedade, não há o que se falar em perda da sua dignidade. Nesse sentido, mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada (SARLET, 2001, p.50).

Partindo dessa premissa, permite inferir que a dignidade da pessoa humana é resultante intrínseca ao ser humano, todos possuem essa condição em sua natureza, independentemente do gênero. Desse modo, o ordenamento jurídico, bem como as convenções sociais, deve estar alinhado a fim de oferecer os meios para obter este fim. No Brasil, esse princípio está elencado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III da Carta Magna de 1988.

Para Comparato (2004, p. 1): “Todos os seres humanos, apesar de inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar beleza”. Assim, em razão dessa igualdade, nenhuma classe ou grupo pode ser considerado superior a outros, isso também se aplica à esfera individual.

Dada a importância do tema, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, redigida pela ONU, em seu artigo 1º aduz: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Assim, apesar de universalmente difundido, nem sempre os ditames essenciais acompanham a complexidade do meio social. Isso se demonstra nítido quando podemos vislumbrar inúmeras violações aos espaços femininos.

Dessa maneira, a partir do conteúdo elucidado, podemos associar o princípio da dignidade da pessoa humana à divisão sexual do trabalho, tendo em vista que homens e mulheres devem ser igualmente respeitados, sem qualquer ato discriminatório com base em seus gêneros. Logo, questões básicas como direito à equiparação salarial devem ser vistas sob o prisma da dignidade humana, considerando que esse princípio permite valorar todos os interesses como um, inseparável da condição humana.

Ademais, o respeito à dignidade da pessoa humana precisa estar dentro da criação do ser humano, desde as primeiras fases da vida, no ambiente doméstico, para que então possa ser plenamente respeitado nos ambientes de trabalho. Portanto, a partir dessa breve explanação, entende-se que os princípios basilares aqui dispostos precisam ser concretamente aplicados por meio de medidas estatais que garantam mudanças efetivas no dia a dia das mulheres, não se restringindo apenas ao campo teórico do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de, verdadeiramente, alcançarmos igualdade e dignidade a todos.

## 6 MEDIDAS DE COMBATE À DESIGUALDADE DE GÊNERO

Como visto no tópico anterior, combater as desigualdades entre gêneros é uma questão fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade justa. Para isso, faz-se necessário que todos tenham as mesmas oportunidades, isto é, possam ter as mesmas condições de acesso aos mecanismos sociais para uma vida digna. Nesse sentido, é pertinente elencar algumas medidas que podem atenuar e combater as desigualdades de gênero persistentes nos dias de hoje.

A função social do Estado, disciplinada na Constituição Federal de 1988, tem por objetivo propiciar o bem-estar, a harmonia social, para que as pessoas possam ter qualidade de vida, bem como garantindo os meios para que a democracia seja exercida pelos cidadãos. Seguindo por este viés, cabe

pontuar que as chamadas políticas públicas funcionam por meio de diretrizes, que são o conjunto de ações do Estado que visam garantir direitos resguardados pela constituição e demais diplomas legais. Na última década, podemos observar o crescente debate acerca de políticas públicas que englobam pautas sobre as desigualdades de gênero.

Dessa forma, faz-se necessário entender as diferenças ainda persistentes, com o reconhecimento dessas problemáticas, assim podem ser implementados incentivos que proporcionem a garantia à isonomia social. Essa realidade nem sempre esteve presente, tendo em vista que podemos inferir do curso histórico a consistente omissão do Estado. Para Godinho e Silveira (2004), observa-se uma certa “neutralidade” do Estado, sob a perspectiva de gênero, sendo este o primeiro obstáculo a ser encarado na execução de políticas públicas que visem proteger a mulher.

O Estado precisa reconhecer as demandas específicas das mulheres e admitir a existência dessas desigualdades e do seu papel determinante nas ações capazes de combater as desigualdades. Aceitar é um primeiro passo, mas não o suficiente. É indispensável incorporar na sua agenda a construção da igualdade. (GODINHO; SILVEIRA, 2004, p. 114).

Portanto, conclui-se que o primeiro passo a ser tomado é reconhecer que os problemas relacionados às desigualdades de gênero no ambiente de trabalho existem, para que então ações de garantia à isonomia possam ser desenvolvidas e executadas.

Na democracia participativa, em síntese, ocorre a efetiva participação social, através de diversos mecanismos, no processo de decisão política. Para Habermas, é necessária a participação ativa dos cidadãos na democracia, pois apenas aqueles que estão diretamente envolvidos, que serão verdadeiramente afetados, podem lutar em prol dos direitos inerentes a eles. Assim, no caso discutido em tela, apenas com a participação ativa das mulheres, diretamente afetadas pelas decisões necessárias acerca do assunto, é que poderíamos alcançar maiores avanços em prol da igualdade laboral na sociedade hodierna.

Nesse sentido, com uma maior participação, bem como maior representatividade nos cargos de decisão, acarretaria, por conseguinte, em posicionamentos voltados para a melhoria das condições, “tornando-se as mulheres sujeitos capazes de se posicionar de maneira diferente e de se redefinir”. (THOME, 2012)

O debate em torno do ativismo do judiciário pode ser visto dentro da academia como matéria polêmica, no entanto, neste tópico espera-se elucidar como as medidas de ação do judiciário podem servir como impulsionadores da igualdade entre os gêneros, em específico no ambiente de trabalho.

Com esse intuito, é importante destacar que o Direito não se trata de uma ciência estática, mas sim de um campo de estudo que busca acompanhar as mudanças sociais, sendo fruto do seu tempo, ao passo que também funciona como ferramenta para promover modificações na sociedade. Seguindo nesse viés, cabe ao judiciário, como uma das suas funções sociais, conceber respostas aos problemas enfrentados no cotidiano. Sob essa perspectiva, diante da desigualdade de gênero no ambiente de trabalho, infere-se que cabe ao judiciário, juntamente com outros pilares sociais, agir de modo a atenuar esses efeitos.

Assim, é pertinente explicar que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Dessa forma, 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. (BARROSO, 2009)

A partir dessa visão, entende-se que o judiciário pode analisar a aplicação da norma e correlações inerentes a ele de acordo com as peculiaridades dos casos concretos, o que pode ensejar precedentes jurisprudenciais. Isso, por sua vez, pode estimular a criação de uma nova lei. Dessa maneira, tratando-se de casos onde existem embates entre a sociedade e as normas, bem como quando os anseios sociais não estão sendo supridos, fica nítido a necessidade da participação efetiva dos poderes estatais, pertinente, assim, a interferência do judiciário.

Com base nisso, diante das necessidades sociais deve-se garantir que direitos não sejam negados, nos momentos nos quais a lei não é eficaz por si só, podemos utilizar do ativismo judicial para criar uma rede de proteção aos casos onde a omissão ou ausência de proporcionalidade causam danos sociais. Como exemplo da rede de proteção que pode ser formada a partir da ativa participação do judiciário, podemos citar a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, resultante da pressão social e jurídica ante a ausência de lei específica que legislasse sobre os casos de violência contra a mulher. Além disso, como visto posteriormente, a referida Lei amparou, também, as trabalhadoras.

Assim, quando o legislativo deixa de contemplar e sanar as desigualdades sofridas pelas mulheres no trabalho, bem como os direitos garantidos em lei não estão sendo respeitados no dia a dia, o ativismo judicial é uma possibilidade para caminhar no sentido do progresso. Portanto, a fim de efetivar o cumprimento das normas e princípios que formam todo ordenamento, especialmente no tocante à mulher, faz-se indispensável a atuação do Estatal através do ativismo do Judiciário.

## 7 CONCLUSÕES

No decorrer do presente texto foi demonstrado como, apesar dos avanços sociais e jurídicos a respeito dos direitos das trabalhadoras, ainda não foi alcançada a igualdade laboral entre gêneros. Desse modo, houve a intenção de contribuir com as discussões acerca do tema, sem a pretensão de esgotar tal matéria, na consciência de que existe uma infinidade de pontos que não cabem em uma breve explanação, bem como, ante a relevância do tópico no campo teórico e no cotidiano social. Nesse sentido, foi delimitado o tema com o propósito de dar ênfase ao cenário laboral das mulheres, com evidência sobre a realidade vivida pelas brasileiras.

Para atingir esse objetivo, foi analisado o papel social da mulher durante o curso da história humana, observando o sistema patriarcal e como sua influência resulta na disparidade social, bem como na desvalorização do trabalho feminino. Nesse sentido, nota-se que o processo de evolução e conquista de direitos se deu em pequenos passos.

Ainda, na análise das razões que promovem a desigualdade de gênero, foram explicados os conceitos de discriminação horizontal e discriminação vertical. Outro ponto em recente evidência nos estudos sobre o machismo estrutural na sociedade, foram explorados os conceitos de “*mansplaining*” e “*maninterrupting*”, com ênfase na ocorrência desses abusos no ambiente do trabalho.

Ademais, refletiu-se sobre a importância dos princípios celebrados na Carta Magna de 88 que se relacionam intrinsecamente como Direito do Trabalho feminino, bem como foi demonstrado de que modo as desigualdades persistentes representam afronta a esses princípios. Por fim, vimos como algumas medidas são capazes de atenuar e reverter esse quadro de desigualdades.

Por todo exposto, é importante que haja um esforço contínuo de toda a sociedade, a fim de que

seja possível eliminar as variadas formas de abuso, violência e discriminação em razão de gênero no mercado de trabalho. Portanto, conclui-se que a igualdade de gêneros é um problema de toda a sociedade, tendo em vista que afeta não só mulheres, mas também todo o sistema social, negar esse direito básico é negar em si a aplicação dos direitos humanos e fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ASSÉDIO, mansplaining: como as mulheres estão se sentindo no ambiente de trabalho. Disponível em: <<https://propmark.com.br/assedio-mansplaining-como-as-mulheres-estao-se-sentindo-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, ano 4, n. 13:71-91 jan/mar 2009, p.75.

BARSTED, Leila L. **As mulheres e os direitos civis**. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.

BARSTED, Leila L.; GARCEZ, Elizabeth. A legislação civil sobre família no Brasil. In: BIAVASCHI, Magda Barros. **O Direito do Trabalho no Brasil 1930 – 1942: A Construção do Sujeito de Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr: Jutra – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho, 2007.

BORBOREMA, Michelle. **Pesquisa aponta que maternidade ainda é malvista no trabalho**. 2022. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/womentowatch/pesquisa-aponta-que-maternidade-ainda-e-malvista-no-trabalho>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. Planalto. **Código Civil de 2002 (Compilada)**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#art2044)>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Planalto. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 28 nov. 2022

BRASIL. Planalto. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2022.

CARMO, Jacqueline. **Mesmo com maior grau de escolaridade, mulheres ganham menos que homens**. Catho, 2019. Disponível em: <<https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/colunistas/noticias/mesmo-com-maior-grau-de-escolaridade-mulheres-ganham-menos-que-homens/>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

CHEFES de família são elas: quase metade dos lares é sustentado por mulheres no país, Disponível em: <<https://www.smetal.org.br/imprensa/chefes-de-familia-sao-elas-quase-metade-dos-lares-e-sustentado-por-mulheres-no/20220317>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Editora Saraiva, 2004
- CORREIO BRAZILIENSE. **Mulheres só receberão o mesmo salário que os homens em 2086**, diz OIT. Brasília, 6 mar. 2015. Mundo. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/03/06/interna\\_mundo,474329/mulheres-so-receberao-mesmo-salario-que-homens-em-2086-oit.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/03/06/interna_mundo,474329/mulheres-so-receberao-mesmo-salario-que-homens-em-2086-oit.shtml)>. Acesso em: 17 jul. 2022.
- CUNHA, Bárbara Madruga. Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero. **XVI Jornada de iniciação científica de direito da UFPR**. Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br>>. Acesso em 01 dez. 2022
- DEVEMOS tratar igualmente os iguais e... Aristóteles. Pensador. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/MTQ1OTEwNw/>>. Acesso em: 06 abr. 2023
- GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia da. **Políticas Públicas e Igualdade de Gênero**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. Disponível em: <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05630.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2023
- IBGE. **Mulheres brasileiras na educação e no trabalho**. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/atualidades/20459-mulheres-brasileiras-na-educacao-e-no-trabalho.html>>. Acesso em: 04 mar. 2023.
- IPEA. **Indicadores do trabalho doméstico remunerado**. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores\\_trabalho\\_domestico\\_remunerado.html](https://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html)>. Acesso em 06 abr. 2023
- JAMON, Lori J. **Cracking the glass ceiling: a phenomenological study of women administrators in higher education**. 2014. Tese (Doutorado em Filosofia) – Iwoa State University, Iowa.
- KAGAN, Julia. **The Glass Ceiling: Definition, History, Effects, and Examples**. 2022. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/g/glass-ceiling.asp>>. Acesso em: 05 mar. 2023.
- LISPECTOR, Clarice. **Laços de Família**. Editora Rocco, 1960.
- LUZ, Alex Faverzani, FUCHINA Rosimeri. A evolução histórica dos direitos da mulher sob a ótica do direito do trabalho. **Anais...** Seminário Nacional de Ciência Política da UFRGS. II. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2023.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva 2003, 18 ed. rev. e atual.
- NOVAIS, Denise Passelo Valente. **Discriminação da mulher e do direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade**. São Paulo: Editora LTDA, 2005.
- OLINTO, Gilda. 2011. **A inclusão das mulheres nas carreiras de ciência e tecnologia no Brasil**. Gilda Olinto, Disponível em: <<https://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1667>>. Acesso em: 04 mar. 2023

OLIVEIRA, Carolina. Ambiente familiar intensifica desigualdade de gênero. **Agência Universitária de Notícias USP**, Edição Nº: 57 - Educação - Faculdade de Educação, 2015. Disponível em: <<http://www.usp.br/aunantigo/exibir?id=6921&ed=1207&f=5>>. Acesso em: ago. 2022.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Rio de Janeiro: Companhia das letras, 2007.

PAES, Bárbara. **Acesso à informação e direitos das mulheres**. São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2016. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2016/12/Acesso-à-Informação-e-Direitos-das-Mulheres.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60.

ROCHA, Patrícia. **Mulheres sob todas as luzes: a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado**. Belo Horizonte: Ed. Leitura, 2009. p. 10.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001, p. 50.

SARTI, Cynthia Andersen. **A Família como Espelho**. Campinas: Autores Associados, 1996.

SENKEVICS, Adriano Souza. **Gênero, família e escola: socialização familiar e escolarização de meninas e meninos de camadas populares de São Paulo**. 2015. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-12052015-143030/publico/ADRIANO\\_SOUZA\\_SENKEVICS\\_rev.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-12052015-143030/publico/ADRIANO_SOUZA_SENKEVICS_rev.pdf)>. Acesso em: agosto de 2022.

SOUZA, Felipe. Diferença cai, mas mulheres ainda ganham 78% da renda dos homens. **UOL**, São Paulo, 03 dez. 2021. Disponível em: <[https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2021/12/03/diferenca-cai-mas-mulheres-ainda-ganham-so-78-da-renda-dos-homens.htm#:~:text=Mesmo%20com%20a%20luta%20pela,sexta%2Dfeira%20\(3\).](https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2021/12/03/diferenca-cai-mas-mulheres-ainda-ganham-so-78-da-renda-dos-homens.htm#:~:text=Mesmo%20com%20a%20luta%20pela,sexta%2Dfeira%20(3).>)>. Acesso em: 01 mar. 2023.

THOME, Candy Florencio. **O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2012. p. 168

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 jan. 2023

WOMEN in Business. Disponível em: <<https://www.grantthornton.com.br/insights/artigos-e-publicacoes/women-in-business-2022/>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

YANNOULAS, Silvia Cristina. **Dossiê: Políticas Públicas e relações de gênero no mercado de trabalho**. Brasília (DF): CFEMEA; 2002. Disponível em: <<https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/dossieprgmt.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

## EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA EN EL SENO DE LAS RELACIONES LABORALES

Fernando Fita Ortega\*

Profesor de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de Valencia.

### Índice:

1. La información y la transparencia: anverso y reverso de una misma moneda.
2. La información y la transparencia en el derecho del trabajo.
3. El fortalecimiento de la exigencia de transparencia en el ordenamiento laboral.
  - 3.1 El derecho a la transparencia en el ingreso a la empresa.
  - 3.2 El derecho de transparencia respecto de las condiciones de trabajo aplicables al contrato.
  - 3.3 El derecho a la transparencia en materia de gestión algorítmica y despido.
    - 3.3.1 Transparencia y gestión algorítmica.
    - 3.3.2 Transparencia y despido.
4. Conclusiones.

### 1 LA INFORMACIÓN Y LA TRANSPARENCIA: ANVERSO Y REVERSO DE UNA MISMA MONEDA

La información es un elemento esencial para garantizar la transparencia, de modo que no puede asegurarse esta última si no se ofrece toda la información relevante. Por otra parte, la transparencia acerca de cómo se obtiene la información, y qué uso se hace de la misma, resulta esencial para la salvaguarda de los derechos fundamentales<sup>1</sup>. Así, si bien desde un planteamiento distinto, BYUNG-CHUL, destaca que la transparencia no es sino la política de hacer visible el régimen de la información<sup>2</sup>.

Esta interrelación entre información y transparencia se ha

Texto elaborado dentro  
del Proyecto PID2021-  
124045NB-C33 financiado  
por MCIN/ AEI  
/10.13039/501100011033/ y por  
FEDER *Una manera de hacer  
Europa.*

Recibido: 09/08/2023  
Aprobado: 24/08/2023

JUSTIÇA DO TRABALHO  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



- 1 En este sentido, SERRA CRISTÓBAL, R., “De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública”, **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 47, 2021, pp. 230 y 231.
- 2 En efecto, este filósofo realiza un estudio acerca de cómo el exceso de información facilitada por los ciudadanos a través de las redes sociales y los procesos de digitalización los convierte en transparentes y, por consiguiente, más fácilmente vigilables, constituyendo la información una fuente inadvertida de control. BYUNG-CHUL, **Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia**. Ed. Taurus. Madrid, 2022, p. 13 y ss.

evidenciado más, si cabe, como consecuencia de la revolución tecnológica acaecida con la digitalización, y la profunda transformación de nuestra sociedad que ésta ha supuesto. En efecto, muchas son las consecuencias de esta nueva revolución, pero una de las más significativas ha sido, seguramente, la revalorización de la información. Esta circunstancia puede observarse en diferentes ámbitos, tanto políticos, como sociales, económicos o productivos. Esta sociedad de la información digital ha provocado revueltas ciudadanas, impulsado movimientos y causas sociales, pero también ha favorecido, paradójicamente, la desinformación a través de la difusión de bulos por medio de las redes sociales o medios de comunicación tradicionales -que a veces se nutren de “noticias” surgidas de aquellas- y que cuentan con el respaldo de los actores políticos o grupos de presión con objeto de favorecer sus intereses<sup>3</sup>.

Así pues, en la sociedad de la información, ésta ha adquirido mayores cotas de poder y, como contrapartida, también la desinformación, la contaminación de la realidad, lo ha hecho. Esta circunstancia exige que la información sea comprobada, verificada, con objeto de evitar un uso torticero de la misma. Acusaciones de injerencias en procesos electorales en países occidentales a través de campañas de desinformación y manipulación, han provocado la necesidad de reaccionar. Se ha debatido acerca de la posibilidad de generar instancias dirigidas a controlar la veracidad de las noticias; los medios de comunicación vienen dedicando, cada vez con mayor frecuencia, espacios para desmentir bulos, rumores... las *fake news* que tan habituales se han convertido ya en el mundo globalizado. Las propias redes sociales han reaccionado ante estos y otros fenómenos similares, bloqueando contenidos o expulsando, temporal o definitivamente a sus usuarios, lo que plantea debates de carácter ético en torno a la censura. En todo caso, es necesario garantizar un escenario de transparencia y de honestidad democrática que evite, en la medida de lo posible, el uso de desinformación dirigido a socavar los fundamentos y principios básicos de nuestro Estado<sup>4</sup>.

La información, por otra parte, se ha convertido en un verdadero negocio. Siempre fue considerada como fuente de poder. Hoy, además, es una importantísima fuente de riqueza. Son muchas las empresas que se lucran traficando con datos, lo que se ve favorecido por la falta de conciencia de buena parte de los ciudadanos acerca del valor económico de sus datos y del alcance de los perfiles que pueden ser creados mediante su análisis a través de inteligencia artificial, y la incidencia que ello puede acarrear en actividades cotidianas o, cuando menos, no inusuales, de la vida<sup>5</sup>, e, igualmente, como consecuencia de la tela de araña que suponen las redes sociales y las aplicaciones (*apps*), con constantes actualizaciones que siempre esconden recovecos en los que atrapar nuestros datos, pues así lo consentimos sin leer los farragosos términos y condiciones que se nos muestran, y cuando en la mayoría de las ocasiones parece que la única alternativa es no emplear la herramienta en cuestión, siendo, pues,

- 
- 3 Paradigmático es el caso de la *Office of Strategic Influence* creada en 2021 por el Departamento de Defensa de Estados Unidos con objeto de manipular a la opinión pública mediante la difusión de mentiras y medias verdades. Sobre el particular: Gup, Ted. "The short distance between secrets and lies. (Control Of Information)" **Columbia Journalism Review**, vol. 41, n. 1, mayo-junio 2002, pp. 74 y ss. [link.gale.com/apps/doc/A87205735/AONE?u=univ&sid=googleScholar&xid=ac9a820c](https://link.gale.com/apps/doc/A87205735/AONE?u=univ&sid=googleScholar&xid=ac9a820c). Acceso 8 agosto 2022.
- 4 SERRA CRISTÓBAL, R., “De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública”, **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 47, 2021, pp. 234.
- 5 Cabe recordar, en este sentido, las medidas implementadas por la administración Trump en Estados Unidos relativas a la obligación de proporcionar los perfiles en las redes sociales de los solicitantes de visado de entrada en dicho país, y que motivaron la negativa a su concesión en diversas ocasiones, incluso por comentarios efectuados por terceros en dichas redes, aunque posteriormente la presión hizo que se revocase la negativa (<https://time.com/5663283/harvard-student-visa-ismail-ajjawi-lebanon/> Acceso agosto 2023)

una forma más de los conocidos como contratos de adhesión<sup>6</sup>.

No es de extrañar, pues, el favorecimiento de herramientas dirigidas a paliar estas situaciones. De una parte, la lucha contra las *fake news* ha provocado, como se apuntaba, la necesidad de exigir transparencia: qué, quién, cómo, cuándo y por qué, las cinco cuestiones claves del periodismo, demandan que se realice un esfuerzo de verificación que, en muchas ocasiones, la inmediatez de las nuevas tecnologías de la comunicación, y la rápida propagación de los contenidos vertidos en ellas, no favorece. Por otra parte, la necesaria protección de los datos de los ciudadanos ha provocado un fuerte desarrollo mundial de las normativas legales acerca de esta cuestión. Normativas que se asientan en el principio de la transparencia, sobre los datos que se van a obtener y la finalidad a la que van a ser destinados.

Así pues, la transparencia se ha puesto en valor, incluso -con mayor o menor éxito- como herramienta para legitimar a las instituciones del Estado, en la lucha contra la corrupción y el ejercicio desviado del poder político.

## 2 LA INFORMACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

La transparencia en el ámbito de las relaciones laborales ha ido acompañando históricamente, en mayor o menor intensidad, a su regulación, exigiéndose, por ejemplo, la identificación de las causas por las que el empresario procede a un despido disciplinario o la presencia de representantes de los trabajadores a la hora de efectuar registros en los enseres personales del trabajador o, cuando así lo solicite el trabajador, en el momento de la firma del finiquito. Sin embargo, en los últimos tiempos cabe detectar un redoblado esfuerzo por hacer de la transparencia el eje sobre el que gira la normativa laboral, pues ésta constituye un factor esencial para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las empresas.

En efecto, si la revolución tecnológica ha modificado profundamente nuestra sociedad, las relaciones laborales no han quedado, obviamente, al margen de su impacto. El torrente de información que se puede obtener a través de la tecnología digital es abrumador, y los empresarios han venido haciendo uso -abuso más bien- de las nuevas posibilidades ofrecidas por las herramientas tecnológicas en la gestión diaria de las relaciones laborales, tanto en el control de la actividad productiva, y la correspondiente sanción en caso de observancia de incumplimientos contractuales, como en los procesos de selección de nuevos empleados.

De este modo, Pese a que el Grupo de Trabajo del Artículo 29, en su Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, ha señalado que estas prácticas son contrarias a la normativa europea sobre protección de datos, y que el acceso a perfiles abiertos de los candidatos solamente puede realizarse cuando exista un interés que lo justifique, los informes que circulan sobre el uso de la información presente en redes en los procesos de selección evidencian su uso en ese contexto. En efecto, según el informe Redes Sociales y Marca Personal del portal Infojobs, el 65% de las compañías con menos de 10 empleados consultan la denominada huella digital<sup>7</sup>, esto es los datos y los contenidos sobre un usuario que están presentes en Internet<sup>8</sup>. Por otra parte, en el informe *2021 Recruiter Nation Report* de Jobvite,

6 Esto es, aquellos en los que uno de los contratantes somete la autonomía de la voluntad del otro a su querer y le impone unilateralmente el contenido de las cláusulas que integran esa norma jurídica individualizada y tiene por finalidad la adquisición de un producto o un servicio (Diccionario prehispánico de español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/contrato-de-adhesi%C3%B3n> Acceso agosto 2023)

7 Porcentaje que desciende al 52% en el caso de las de 50 o más trabajadores.

8 Nota de prensa de 28 de junio de 2022, disponible en <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/casi-6-de-cada-10->

se señala que, en Estados Unidos, la red social más utilizada en los procesos de selección fue Facebook (68%) seguridad de LinkedIn (65%), posiciones que se invierten cuando se trata de procesos de selección de trabajadores para puestos de mayor cualificación (53% LinkedIn y 33% Facebook). Por detrás de estas redes se encuentran Twitter, Instagram, Youtube, destacándose el incremento de la plataforma Snapchat y TikTok para estos menesteres<sup>9</sup>. En ocasiones, el acceso a tales fuentes de información no ha sido resultado de la difusión en abierto de sus contenidos, sino como consecuencia de haberse solicitado expresamente las claves de acceso a alguna cuenta en algún momento durante el proceso de selección<sup>10</sup>, o bien habiendo remitido solicitud de “amistad” al candidato, prácticas completamente rechazadas por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en el referido dictamen 02/2017<sup>11</sup>.

Por otra parte, el empleo de la inteligencia artificial (I.A.) se está extendiendo enormemente en estos procesos de selección, campo éste en el que la aparición del metaverso puede implicar un poderoso impulso al uso de la I.A. en los procesos de selección. Los riesgos de la inteligencia artificial en la selección del personal derivan, de una parte, en el contrastado fenómeno de la discriminación algorítmica que está suponiendo, ya sea por una decisión deliberada o por un algoritmo de selección establecido involuntariamente mediante parámetros discriminatorios, en una suerte de prejuicio inconsciente provocado por la I.A.<sup>12</sup>; y, de otra, en el uso de esta tecnología para elaborar perfiles psicológicos, o incluso biológicos, de los candidatos. En efecto, la I.A. permite valorar aspectos que pasarían en muchas ocasiones inadvertidos en las tradicionales entrevistas de trabajo cara a cara, ya que permiten evaluar aspectos que pueden escapar a nuestros cerebros en un proceso personal de evaluación que podrían configurar, como se anticipaba, tanto un perfil psicológico (mediante el análisis del tono de la voz con la que se responde, de los gestos, movimiento de los ojos, gesticulación,...) e incluso biológico (analizando el color de los ojos o de la piel, por ejemplo, se podría valorar si un candidato sufre de ictericia y las potenciales enfermedades que ello puede reflejar)

En cuanto al uso de las tecnologías con objeto de verificar el control de la actividad laboral de los trabajadores, y sancionarlos en caso de incumplimientos laborales, son de sobra conocido los excesos que se han verificado en el mundo de las relaciones laborales. El establecimiento de instrumentos de control en el ámbito empresarial (videovigilancia, grabaciones de sonido, sistemas de geolocalización, monitorización de equipos informáticos, uso de datos biométricos -huellas digitales o iris de los ojos-, etc.) con o sin conocimiento de los trabajadores afectados, ha suscitado grandes controversias jurídicas, con pronunciamientos contradictorios por parte de los diversos tribunales, cargados de matices, que ponen de manifiesto las dificultades de conciliación entre las prerrogativas de gestión empresarial y los

.....  
empresas-consultan-las-redes-sociales-de-una-persona-antes-de-contratarla-10-puntos-porcentuales-mas-que-en-2021 (acceso agosto 2023)

9 Este informe se encuentra disponible en: <https://www.jobvite.com/lp/2021-recruiter-nation-report/thank-you/?submissionGuid=af28c74e-3f33-4f47-81d6-304f40c1fbec> (acceso agosto de 2023)

10 Como consta que así se ha hecho en alguna ocasión: [https://www.businessinsider.com/employers-ask-for-facebook-password-2012-3?utm\\_source=inpost&utm\\_medium=seealso&utm\\_term=&utm\\_content=1&utm\\_campaign=recirc](https://www.businessinsider.com/employers-ask-for-facebook-password-2012-3?utm_source=inpost&utm_medium=seealso&utm_term=&utm_content=1&utm_campaign=recirc) (acceso 11 agosto 2022)

11 Disponible en [http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc\\_id=45631](http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45631) (acceso agosto 2023)

12 Himani Oberai y Ila Mehrotra Anan, definen este prejuicio inconsciente (unconscious bias) como learned stereotypes that are natural, automatic, unintentional, and so deeply engrained that they can easily influence one's behavior (estereotipos adquiridos que son naturales, automáticos, involuntarios, y tan profundamente arraigados que pueden influir fácilmente en el comportamiento de una persona). Human Resource Management International Digest. Vol. 26 N°. 6 2018, p. 14.

derechos fundamentales de los trabajadores<sup>13</sup>. Y lo mismo ha ocurrido en el ámbito disciplinario, cuando se ha sancionado a los trabajadores por lo publicado en el entorno de sus redes sociales, planteándose la cuestión de los límites entre el poder de dirección empresarial y el derecho a la intimidad de los trabajadores<sup>14</sup>.

En realidad, cuanto se ha destacado hasta aquí evidencia que la relación de los empresarios con la información, y las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías, muestra una doble vertiente: de un lado, ha favorecido el control de los trabajadores a través de la información obtenida mediante aquellas; de otro, las nuevas tecnologías han propiciado el ocultamiento de información que debería ponerse a disposición de los trabajadores y sus representantes. En este sentido, la *caja negra algorítmica*<sup>15</sup> plantea enormes retos a los que debe hacerse frente si se pretende tutelar eficazmente los derechos, incluso fundamentales, de los trabajadores. No basta con la creación de disposiciones legales generadoras de derechos, sino que las mismas deben ir acompañadas de herramientas que posibiliten la protección de los derechos laborales. En este espacio entra en juego la transparencia como herramienta imprescindible para salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores.

### 3 EL FORTALECIMIENTO DE LA EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL

Procede, pues, analizar las medidas puestas a disposición por los legisladores para hacer efectivo el derecho de la transparencia, para lo que se va a proceder a analizar la normativa atendiendo a las diversas materias en las que se ha subrayado la obligación empresarial de transparencia, teniendo en cuenta que los destinatarios de la misma son las personas trabajadoras, ya sea directamente, o a través de sus representantes.

#### 3.1 El derecho a la transparencia en el ingreso a la empresa

La normativa laboral no contempla, de momento, un derecho expreso a la transparencia en el momento previo a la contratación, esto es, en los procesos de selección. Hasta la fecha ese derecho se regula, en dicho instante, a través de las disposiciones relativas a la protección de datos, a la protección de la intimidad y dignidad, y a la prohibición de discriminación, como señaló el Gobierno español

13 Así, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son paradigmáticas, en este sentido, sus sentencias dictadas sobre videovigilancia en el asunto López Ribalda y otros contra España en instancia (2017) y en el recurso a la misma, dictado por su Gran Sala en 2019, en la que se falla en sentido contrario, conteniendo ambas sentencias votos discrepantes. En el caso de monotorización de los equipos informáticos, caso Bărbulescu contra Rumanía, en los que la sentencia de la Gran Sala de 2017 falla en sentido contrario a la sentencia de instancia del mismo órgano de 2016, ambas con votos disidentes.

14 Son ya múltiples las sentencias que reconocen la procedencia del despido por imágenes o comentarios efectuados en las redes sociales. Así, por todas, STSJ de Madrid de 28 de junio de 2021, Recurso de Suplicación nº. 355/2021, en la que se despidió a la trabajadora en situación de incapacidad temporal por riesgo ante el Covid, al acreditarse, a través de fotos publicadas en Facebook, que asistía a eventos sociales sin guardar las medidas de seguridad mínimas exigibles a una persona de riesgo. También la STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de noviembre de 2011 (recurso de suplicación nº 2333/2011) en la que se declara procedente el despido de una trabajadora al publicar una foto en su cuenta de Facebook una serie de fotografías en las que aparece con el uniforme de la empresa en las oficinas al lado de la caja fuerte abierta y con un fajo de billetes, así como otras imágenes con botellas de licor en la mano, entendiéndose que con ello se compromete no solamente la imagen de la empresa al aparecer logotipos que la identifican, sino su propia seguridad.

15 BYUNG-CHUL, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia. cit.*, p. 17.

de 2011<sup>16</sup> a la pregunta formulada en septiembre de 2010 por el Diputado del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), Don Carles Campuzano i Canadés, acerca de si el Gobierno de entonces consideraba necesario promover un marco legal que garantizase a las personas y las proteja ante el riesgo que las informaciones contenidas en las redes sociales, tipo Facebook, no sean usadas por los empleadores a la hora de contratar o despedir<sup>17</sup>.

Más allá de dicha normativa, no existe previsión legal alguna relativa al empleo de la información obtenida a través de redes sociales o de la inteligencia artificial en el proceso de contratación. La legislación española solamente contempla expresamente la prohibición de recabar, en los procesos de selección, datos de carácter personal, como la salud<sup>18</sup>, o cuando estos datos solicitados constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 16.1.c de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social – en adelante, LISOS-)<sup>19</sup>.

La técnica legislativa empleada para establecer estas limitaciones ha sido muy deficiente. En primer término, porque, salvo con la excepción de la salud, donde como se ha señalado, expresamente se establece la prohibición de preguntar sobre la misma en los procesos de selección -pero sin que se prevean sanciones en caso de su incumplimiento-, la normativa sancionadora se refiere, como se ha señalado, a la solicitud de datos “*que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo*”. Sin embargo, la mera solicitud de estos datos no constituye por sí sola una discriminación, ya que únicamente se producirá ésta si los datos solicitados se constituyen en condición indispensable para el acceso al empleo, siempre que los criterios empleados para un trato diferenciado no sean razonables y objetivos, no se persiga lograr un propósito legítimo o no venga autorizado por norma con rango de ley<sup>20</sup>.

La deficiencia en la técnica legislativa se constata, en segundo lugar, por cuanto el artículo que contempla la tipificación de estas conductas como incumplimientos empresariales en el orden social en materia de acceso al empleo (art. 16 de la LISOS) tiene una doble redacción, fruto de las modificaciones que dos leyes distintas, publicadas el mismo día en el Boletín Oficial del Estado (1 de marzo de 2023): Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo<sup>21</sup>, y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>22</sup>.

16 BOCG de 14 de enero de 2011. Serie D. Núm. 508, p. 107.

17 BOCG de 8 de octubre de 2010. Serie D. Núm. 456 (184/090219)

18 El artículo 9.5 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, dispone expresamente que el *empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto*.

19 Art. 16.1.c de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En realidad, como consecuencia de una mala técnica legislativa, este precepto tiene dos redacciones efectuadas por dos leyes distintas publicadas el mismo día en el Boletín Oficial del Estado (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI)

20 Art. 2.2 Ley 15/2022, de 12 de julio.

21 En la que se da redacción al art. 16.1.c LISOS (constituyen infracciones muy graves en materia de empleo): *Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado*.

22 Según la cual, el precepto debe rezar de la siguiente manera: *Solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio,*

Desde mi punto de vista, debería haberse previsto un régimen sancionador para el caso de recabar indebidamente datos personales, puesto que la discriminación por estos -o similares- motivos ya está contemplada como infracción muy grave de los empresarios en el art. 8.12 de la LISOS. Por tanto, lo que debería sancionarse no es la discriminación, sino la simple solicitud de tales datos y, en caso de producirse una discriminación, aplicarse las respectivas sanciones y consecuencias<sup>23</sup>. Es más, con la actual normativa sucede que una misma conducta discriminatoria se encuentra tipificada como infracción en dos preceptos distintos, como infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas (art. 8.1 LISOS<sup>24</sup>) y como infracciones en materia de empleo (art. 16.1 c LISOS) estableciéndose en ambos casos unas mismas sanciones en el artículo 40 de la LISOS<sup>25</sup>.

Igualmente, y en contra de lo manifestado por el Gobierno español en 2011, sería necesario recoger expresamente como sanción el acceso mediante abuso o engaño a datos existentes en redes sociales, como son las mencionadas en el apartado segundo de este texto, consistentes en exigir el acceso a las cuentas en redes sociales de los candidatos o solicitar amistad bajo perfiles falsos (o reales, propios o de terceras personas) con objeto de indagar en la información presente en las mismas, lo que como ya ha quedado dicho constituyen prácticas rechazadas por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 en su dictamen 02/2017.

### 3.2 El derecho de transparencia respecto de las condiciones de trabajo aplicables al contrato

El artículo 1261 del Código Civil español dispone que, junto al consentimiento de los contratantes y la causa de la obligación que se establezca, el tercer elemento indispensable para la existencia de un contrato está constituido por el objeto cierto que sea materia del contrato, señalando, el artículo 1273 de este mismo cuerpo legal que el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. Más allá de esta genérica previsión, propia del derecho común y dirigida a que

.....  
*que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad, sexo, discapacidad, salud, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, opinión política, afiliación sindical, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

- 23 La redacción del precepto no invita a pensar que se haya pretendido establecer una situación de discriminación objetiva, derivada de la mera solicitud de ciertos datos, pues no se dice que ésta *constituirá* discriminación, en todo caso, sino que se sanciona la solicitud *que constituya* discriminación.
- 24 Este precepto tipifica como infracción muy grave *las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.*
- 25 Multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros. Téngase en cuenta, sobre esta cuestión, que el simple anuncio de la negativa contratar a personas de ciertos colectivos ha sido considerado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como discriminación, a pesar de que la medida no perjudique directamente a ninguna persona en particular (denunciante identificable). STJUE de 10 julio 2008 (asunto C-54/07, *Feryn*) o de 23 abril 2020 (asunto C-507/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*) donde la primera versa sobre unas declaraciones públicas de un empresario señalando que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, y la segunda sobre declaraciones efectuadas por un abogado durante una emisión audiovisual según las cuales su empresa nunca contrataría ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual.

en el contrato se establezca la identificación de lo que constituya su objeto, hasta la transposición en la normativa española de la ya derogada Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, no existía en la legislación laboral española una obligación de transparencia respecto de las condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral. El objetivo de esta Directiva no era otro que el de establecer la obligación de precisar los elementos esenciales del contrato de trabajo para proteger a los trabajadores *contra una posible falta de reconocimiento de sus derechos y garantizar una mayor transparencia del mercado de trabajo* (segundo considerando). Esto es, el objetivo de la Directiva, si bien se encontraba encaminado a facilitar la prueba de los derechos laborales de los trabajadores, también se encontraba mediatizado por la necesidad de proteger el mercado de trabajo, para evitar falseamientos de la competencia, mediante la fijación de medidas dirigidas a favorecer una mayor transparencia del mercado de trabajo<sup>26</sup>.

La transposición del mandato recogido en la referida Directiva se llevó a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo de una forma muy lacónica<sup>27</sup>, remitiendo a un ulterior desarrollo reglamentario (que no se publicó en el Boletín Oficial del Estado sino hasta 1998<sup>28</sup>) los términos y plazos en los que trasladar dicha información. Por otra parte, el incumplimiento de esta obligación se encuentra tipificado como infracción leve, sancionada con multas, en su grado mínimo, de 70 a 150 euros; en su grado medio, de 151 a 370 euros; y en su grado máximo, de 371 a 750 euros. Sanciones que no parecen ser efectivamente disuasorias.

Mayor rigor, sin embargo, puede apreciarse en la exigencia de transparencia incorporada al contrato a tiempo parcial en virtud del Real Decreto-ley 15/1998, de 28 de noviembre, exigiéndose que en el contrato figurase el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios, presumiéndose celebrado a jornada completa de no observarse estas exigencias, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los

26 La Directiva contemplaba la obligación del empresario de informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales del contrato, debiendo incluir, por lo menos, los siguientes extremos: *a) la identidad de las partes; b) el lugar de trabajo; a falta de lugar fijo o predominante de trabajo, el principio de que el trabajador efectúe su trabajo en diferentes lugares, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empresario; c) i) la denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador; o ii) la caracterización o la descripción resumidas del trabajo; d) la fecha de comienzo del contrato o de la relación laboral; e) en caso de que se trate de un contrato o de una relación laboral temporal: la duración previsible del contrato o de la relación laboral; f) la duración de las vacaciones pagadas a las que el trabajador tenga derecho, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones; g) la duración de los plazos de preaviso que deban respetar el empresario y el trabajador en caso de terminación del contrato o de la relación laboral, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso; h) la retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos, así como la periodicidad de pago, a que tenga derecho el trabajador; i) la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador; j) en su caso: i) la mención de los convenios colectivos y/o acuerdos colectivos que regulen las condiciones laborales del trabajador; o ii) si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por órganos o instituciones paritarias particulares, la mención del órgano competente o de la institución paritaria competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios.*

27 El apartado quinto del artículo octavo del Estatuto de los Trabajadores dispone, en una redacción que no ha sido modificada, que *cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.*

28 Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio.

servicios y el número y distribución de las horas contratadas en los términos previstos en el párrafo anterior.

Pese a la pérdida de intensidad respecto del nivel de transparencia exigida en la normativa española respecto del contrato de trabajo a tiempo parcial<sup>29</sup>, cabe apreciar una tendencia opuesta, fortaleciendo el requisito de transparencia y asegurando la previsibilidad de las condiciones de trabajo aplicables a los contratos. Cabe referirse, en este sentido, a la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuya aprobación se enmarca en el Plan de Acción del pilar europeo de derechos sociales que establece medidas concretas para hacer realidad los veinte principios que se engloban en este pilar, entre los cuales, en el número séptimo, se encuentra la información sobre las condiciones de trabajo.

Esta Directiva persigue adaptar los derechos de información (transparencia y previsibilidad) a la nueva realidad productiva, y nuevas formas de empleo que la acompañan, surgidas de los procesos de descentralización, internacionalización y digitalización de los sectores económicos, por lo que *algunas formas nuevas de empleo pueden divergir significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables para los trabajadores afectados* (considerando 4 de la Directiva). De este modo, los derechos de información que se reconoce a los trabajadores se refieren, entre otros, a las normas aplicables, en caso de no tener asignado un lugar de trabajo fijo o principal, para viajar entre los lugares de trabajo; al derecho a la formación que proporcione el empleador -precisando el número de días de formación al año a los que el trabajador tiene derecho, en su caso, e información acerca de la política general de formación del empleador-; a los sistemas de seguridad social aplicables, incluyendo, en su caso la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales en relación con las prestaciones por enfermedad, de maternidad, de paternidad y de permiso parental, las prestaciones por accidentes laborales y enfermedades profesionales, las prestaciones de vejez, de invalidez, de supervivencia, de desempleo, de jubilación anticipada y las prestaciones familiares; a los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral. Además, la Directiva contempla disposiciones específicas respecto de trabajadores enviados al extranjero, así como información sobre tiempo de trabajo, retribución y procedimiento de despido, que a continuación se analizan.

### 3.2.1 Derecho de transparencia en materia salarial

Respecto de las condiciones retributivas, la transparencia que están demandando las normas revisten una doble finalidad. Por una parte, y siguiendo el hilo argumentativo expresado en el punto inmediatamente anterior, facilitar la transparencia y previsibilidad de las condiciones de trabajo aplicables. De otra, luchar contra la brecha salarial por razón de género.

Por lo que se refiere a la primera de las perspectivas señaladas, esto es, la garantía de unas condiciones de trabajo previsibles y transparentes, la Directiva (UE) 2019/1152 recoge la previsión

29 Hoy día, en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la regulación de este contrato solamente exige que figure en el mismo el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo, manteniéndose la presunción *iuris tantum* de que el contrato se celebró a jornada completa en caso de inobservancia de estas exigencias, si bien en la actualidad solamente se exige que se acredite el carácter a tiempo parcial del contrato.

de que la información a proporcionar sobre la remuneración comprenda todos los componentes de la remuneración indicados de forma separada, incluidas, si procede, las retribuciones en metálico o en especie, el pago de horas extraordinarias, las primas y otros derechos, recibidos directa o indirectamente por el trabajador en razón de su trabajo. En todo caso, en su vigésimo considerando, se reconoce la libertad para los empleadores de proporcionar elementos de remuneración adicionales. Además de indicar los conceptos y cuantías de las retribuciones, se exige información sobre la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador (art. 4.2.k).

En esta misma línea dirigida a garantizar la transparencia y previsibilidad en materia salarial, la Directiva 2022/2041, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, recuerda, en sus considerandos, que el principio n.º 6 del pilar europeo de derechos sociales proclama que todos los salarios deben fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales, debiendo posibilitarse que los trabajadores tengan acceso a información exhaustiva sobre los salarios mínimos legales, así como sobre la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos universalmente aplicables, a fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad en lo que respecta a sus condiciones de trabajo (considerandos 5 y 34).

Respecto de la necesidad de transparencia para combatir la brecha de género en materia retributiva, fue primero una Recomendación<sup>30</sup> y posteriormente una Directiva<sup>31</sup> las que han incidido en este aspecto, lo que subraya la intención de establecer obligaciones de transparencia en esta materia que impulsen la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres<sup>32</sup>, dándose desarrollo, de este modo, al segundo principio contenido en el pilar europeo de derechos sociales, e implementando el quinto objetivo de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, que se refiere a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como el derecho a la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor.

Esta Directiva responde a la constatación de que las previsiones contenidas en la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, se ven obstaculizadas *por la falta de transparencia de los sistemas retributivos, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor» y los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación* dado que los trabajadores carecen de la información necesaria para interponer reclamaciones de igualdad retributiva que prosperen y, en particular, de los datos sobre los niveles retributivos de las categorías profesionales que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor (considerando 11). Sobre la cuestión de la transparencia como herramienta para luchar contra la brecha salarial también se ha pronunciado la OIT, en 2022, en su documento *Legislación sobre transparencia salarial: Implicaciones para las organizaciones de empleadores y trabajadores*<sup>33</sup>. En él se señala que las legislaciones sobre transparencia salarial pueden considerarse un desarrollo más reciente e innovador para acelerar el

30 Recomendación de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (D.O.U.E. de 8 de marzo de 2014, L 69/112)

31 Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (D.O.U.E. 15 de mayo 2023, L 132/2)

32 Tal y como ya anunció la Comisión en su Comunicación *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*. COM(2020) 152 final.

33 Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_854276.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_854276.pdf) (acceso agosto 2023)

progreso hacia la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, dando respuesta a la cuestión de cómo conseguir este reto, una vez superada la concienciación acerca de la imperiosa necesidad de hacer frente a la brecha salarial de género.

En este mismo sentido, el informe de la Comisión relativo a la aplicación del Plan de Acción de la UE 2017-2019 «*Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres*»<sup>34</sup> se constató que una mayor transparencia permitiría poner de relieve sesgos y discriminaciones de género en las estructuras retributivas de las empresas y, además, permitiría a los trabajadores, los empleadores y los interlocutores sociales adoptar las medidas adecuadas para garantizar la aplicación del derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. En definitiva, la transparencia serviría para efectuar un análisis de la situación, detectando situaciones de desigualdad retributiva con un componente de género en su base; permitiría valorar las medidas a implementar para superar la brecha de género y, por último, proporcionaría instrumentos de defensa para efectuar reclamaciones sobre discriminación por razón de género, puesto que *determinar que se ha producido discriminación con el respaldo de datos sigue constituyendo un reto*<sup>35</sup>. Ideas que se reiteran en la Comunicación de la Comisión *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*<sup>36</sup> en el que se señala que cuando se dispone de información sobre los niveles salariales es más fácil detectar las brechas y la discriminación y, además, se hace hincapié en que, debido a la falta de transparencia, muchas mujeres no saben, o no pueden demostrar, que están peor retribuidas.

Las medidas de transparencia propuestas por la Directiva (UE) 2023/970<sup>37</sup>, algunas de las cuales fueron anticipadas por ciertos países, como Francia<sup>38</sup> o España<sup>39</sup>, en respuesta a la Recomendación de 2014, se dirigen a:

1) Garantizar que en el proceso de contratación exista una negociación informada y transparente en materia retributiva, para lo que se establece el derecho de los solicitantes de empleo a recibir del empleador información sobre la retribución inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran, y, en su caso, las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto (*derecho a obtener información*) así como la prohibición de que el empleador realice a los solicitantes preguntas sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores (*derecho a no facilitar información*)

2) Facilitar el conocimiento de los criterios empleados para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva.

3) Posibilitar que los trabajadores conozcan su nivel retributivo individual, así como los niveles

34 COM(2020) 101 final.

35 Página 8 del informe.

36 COM(2020) 152 final.

37 Más allá de otras, como la dirigida a aclarar ciertos conceptos esenciales, como «retribución» y «trabajo de igual valor», o la que persigue proporcionar, en las situaciones en las que no exista ningún referente real, un referente de comparación hipotético para que los trabajadores puedan demostrar que no han recibido el mismo trato que ese referente hipotético de otro sexo. debe permitirse la utilización de un referente de comparación hipotético para que los trabajadores puedan demostrar que no han recibido el mismo trato que ese referente hipotético de otro sexo

38 A través del Décret n° 2019-15 de 8 enero 2019 portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et relatives à la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes au travail.

39 A partir del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo, imponiendo a los empresarios la obligación de informar anualmente a los trabajadores sobre estos derechos. Con objeto de garantizar el flujo de información sobre retribuciones, se prohíbe que los empresarios impidan a los trabajadores revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución.

4) Fiscalizar la brecha retributiva por razón de género existentes en las empresas, obligando a que éstas analicen la estructura salarial aplicable a su empresa con perspectiva de género de modo que se pueda conocer la brecha retributiva de género existente, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

5) Imponer una evaluación retributiva conjunta (empresario junto con los representantes de los trabajadores) cuando de la información recopilada se obtengan indicios de la existencia de diferencias retributivas por razón de género, con objeto de detectar, subsanar y evitar diferencias de retribución entre las trabajadoras y los trabajadores que no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género.

### 3.2.2 Derecho de transparencia en materia de tiempo de trabajo

La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, también se refiere al tiempo de trabajo, como no podía ser de otra manera al tratarse de una de las condiciones esenciales del contrato de trabajo, abordada en la normativa europea desde la perspectiva de la salud laboral<sup>40</sup>. En ella se señala que la información relativa al tiempo de trabajo debe incluir información sobre las pausas, períodos de descanso diario y semanal y la duración de las vacaciones remuneradas, de modo que se garantice la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, mostrando una especial preocupación por aquellos contratos en los que no es posible indicar un calendario de trabajo fijo debido a la naturaleza del empleo (contratos a demanda, contratos *zero hours*). En esos casos se exige que el empleador comunique a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, así como el período de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de la tarea (art. 4.2.m) La finalidad no es otra que la de dotar de un mínimo de previsibilidad a quienes prestan sus servicios con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible. En otro caso, de tratarse de prestarse servicios mediante un patrón de trabajo total o mayoritariamente previsible, debe informarse de la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno (art. 4.2.l)

Ahora bien, la normativa sobre transparencia en materia de tiempo de trabajo adolece de un expreso mecanismo de transparencia que posibilite el control del cumplimiento de esta normativa, a diferencia de lo que ocurre en materia retributiva para combatir la brecha salarial por razón de género. Sobre esta cuestión resulta de interés detenerse en lo acontecido en el contexto del ordenamiento

40 La normativa comunitaria en materia de ordenación de tiempo de trabajo (actualmente contenida en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, que deroga la Directiva 1993/104/CE de 23 de noviembre de 1993) se adoptó sobre la base del artículo 118 A del Tratado CE, con arreglo al cual *los Estados miembros procurarán promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito*. Así lo recordaba ya el TJUE en su sentencia de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94)

laboral español, donde las previsiones que disciplinaban la materia de tiempo de trabajo no preveían mecanismo alguno de registro, más allá del registro de las horas extraordinarias<sup>41</sup>. En este contexto normativo, la Inspección de Trabajo, dada la constatación a través de los datos estadísticos de la superación de los límites legales previstos en la materia, puso su atención en la necesidad de llevar, por parte de las empresas, un registro de jornada<sup>42</sup>. Las representaciones legales de los trabajadores en las dos entidades financieras a que se refieren las sentencias de la Audiencia Nacional promovieron un proceso de conflicto colectivo, solicitando el establecimiento de este registro horario, oponiéndose las entidades, considerando, entre otros motivos, que las múltiples denuncias a la Inspección de Trabajo concluyeron sin levantamiento de actas de infracción. Inicialmente la Audiencia Nacional desestimó los recursos de las entidades sancionadas, considerando que el registro debe hacerse en todos los casos -y no solamente cuando se realicen horas extraordinarias- porque, en caso contrario, resulta imposible saber si se han hecho o no horas extra<sup>43</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en el recurso interpuesto contra las sentencias de la Audiencia Nacional, admitió los recursos, anulando las sentencias recurridas<sup>44</sup> partiendo de una interpretación literal de la norma, que solamente exigía el registro en el caso de realización de horas extraordinarias.

Ante esta situación, cuando se le volvió a suscitar el tema a la Audiencia Nacional, ésta decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que este órgano valorase si la normativa española, tal y como fue interpretada por el Tribunal Supremo, respetaba lo dispuesto en la Directiva sobre ordenación de tiempo de trabajo<sup>45</sup>. En su resolución, el TJUE interpretando la Directiva 2003/88 teniendo en cuenta la importancia del derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal fijados en la Directiva con objeto de garantizar una protección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y una mejor protección de su seguridad y de su salud, concluyó que para asegurar la plena efectividad de la Directiva 2003/88, es necesario que los Estados miembros garanticen el respeto de esos períodos mínimos de descanso e impidan que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, y que si bien la Directiva 2003/88 no determina los criterios concretos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben garantizar la aplicación de los derechos en ella contemplados, se encomienda a los Estados miembros la tarea de definir esos criterios adoptando las «medidas necesarias» a tal efecto. De este modo, concluye, *si bien los Estados miembros disponen de este modo de un margen de apreciación a este efecto, el hecho es que, habida cuenta del objetivo esencial que persigue la Directiva 2003/88, que consiste, los Estados miembros también deben velar por que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado, haciendo que los trabajadores se beneficien efectivamente de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del límite máximo de la duración media del tiempo de trabajo semanal establecidos en esta Directiva*. Por todo ello, la sentencia concluye que la interpretación dada por el Tribunal Supremo a la normativa española no

41 Según el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”.

42 Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

43 Sentencias de 4 de diciembre de 2015 (rec. n.º. 301/2015) y 19 de febrero de 2016 (rec. n.º. 383/2015)

44 SSTs de 23 de marzo de 2017 (rec. n.º. 81/2016) y de 20 de abril de 2017 (rec. n.º. 116/2016)

45 Auto n.º 372018, de 19 de enero de 2018 (rec. n.º. 252/2017)

respetaba la legislación comunitaria, pues sin un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, *no es posible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias*, circunstancias en las que resulta extremadamente difícil que los trabajadores logren que se respeten los derechos que les confieren as disposiciones comunitarias sobre tiempo de trabajo.

Esta situación motivó que en 2019<sup>46</sup> se introdujese un apartado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a jornada de trabajo, obligando a la empresa a realizar el registro diario de jornada, en el que se debe incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.

En definitiva, tras todo este proceso se facilitó una herramienta de transparencia que permite velar por el cumplimiento de la normativa laboral en materia de tiempo de trabajo.

### 3.3 El derecho a la transparencia en materia de gestión algorítmica y despido

Las exigencias de transparencia se extienden, además de los vistos, a otros extremos de la relación laboral. De entre ellos cabe referirse, para concluir, a la gestión algorítmica y al despido.

#### 3.3.1 Transparencia y gestión algorítmica

La aparición de la inteligencia artificial en el mundo laboral ha generado notables preocupaciones acerca de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores. Tales preocupaciones no son infundadas pues, como se ha puesto de manifiesto en el primer apartado de este texto, las posibilidades de discriminación directa o indirecta a través de la gestión algorítmica de las relaciones laborales son muy reales. Bates recordar, en este sentido, la sentencia del Tribunale Ordinario de Bologna, de 31 de diciembre de 2020 (n. r.g. 2949/2019) en la que se condenaba a la empresa Deliveroo Italia, dedicada a la entrega de comida a domicilio, por discriminar a los trabajadores que habían secundado un huelga, al relegarlos (de forma inconsciente y ciega, alegaba la compañía, al ser fruto de la aplicación algorítmica) a unas franjas horarias de menor actividad como consecuencia de su falta de disponibilidad durante el tiempo en que ejercieron el derecho de huelga.

Por este motivo, se han comenzado a producir intervenciones legislativas al respecto. En el caso español, en virtud de la denominada *ley rider*<sup>47</sup>, una disposición e dos artículos en las que se producen sendas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y una de las cuales va dirigida, precisamente, a favorecer la transparencia de la gestión algorítmica<sup>48</sup>. De este modo, la norma introduce un nuevo

46 Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

47 Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

48 En todo caso, de lo expuesto en su preámbulo, se infiere que el objeto de dicha transparencia se dirige, fundamentalmente, a facilitar la correcta calificación jurídica del vínculo contractual. Así se desprende de la vinculación de la transparencia introducida por la norma a la eficacia de la presunción de laboralidad que la misma introduce, puesto que ésta, *va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de*

apartado en el artículo que regula los derechos de información de los representantes de los trabajadores (art. 64.4 ET) en el que se introduce su derecho a ser informados por la empresa *de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.*

En esta misma dirección se mueve la propuesta de Reglamento, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión<sup>49</sup>. En ella se indica que deben considerarse de alto riesgo (a los que la norma aplica unos mecanismos reforzados de protección) los sistemas de Inteligencia Artificial que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, *sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas.* Además, se subraya el riesgo de que estos sistemas, además de poder afectar a los derechos de protección de datos personales e intimidad, perpetúen patrones históricos de discriminación por diversos motivos (género, edad, discapacidad orígenes raciales o étnicos, orientación sexual, etc.) durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral (considerando 36).

Los artículos 11 a 13 de la propuesta de Reglamento se dedican a la transparencia, obligando a que la documentación técnica de un sistema de IA de alto riesgo -que deberá prepararse antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, y deberá mantenerse actualizada- se redacte *de modo que demuestre que el sistema de IA de alto riesgo cumple los requisitos establecidos ... y proporcionará a las autoridades nacionales competentes y los organismos notificados toda la información que necesiten para evaluar si el sistema de IA de que se trate cumple dichos requisitos* (art. 11). En estos preceptos se exige, además, que los sistemas de IA de alto riesgo se diseñen y desarrollen *con capacidades que permitan registrar automáticamente eventos («archivos de registro») mientras están en funcionamiento*, de modo que se garantice un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema de IA durante su ciclo de vida que resulte adecuado para la finalidad prevista del sistema (art. 12). Finalmente, se establece la obligación de que los sistemas de IA de alto riesgo se diseñen y desarrollen de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y usen correctamente su información de salida.

El problema que surge es el del control relativo a que estas especificaciones se cumplan realmente no se caiga en un mero lavado de imagen de las empresas, como ha ocurrido respecto de otros derechos laborales o medioambientales. No hace mucho, el 17 de octubre de 2022, la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital) anunciaba el lanzamiento del primer certificado de transparencia algorítmica

.....  
*plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial.*

49 COM(2021) 206 final.

para empresas. La propuesta de Reglamento también se ocupa, en su capítulo quinto, de establecer los requisitos que deben cumplirse para que tales certificados se entiendan verdaderamente respetuosos con las disposiciones en él contenidas.

### 3.3.2 Transparencia y despido

Por lo que se refiere al despido, la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, también se ocupa de esta institución, exigiendo que se informe sobre el procedimiento (incluyendo los requisitos formales y, en su caso, los plazos de preaviso) que deben seguir el empleador y el trabajador en caso de que se ponga fin a la relación laboral, debiendo poder incluir el vencimiento del plazo de presentación de un recurso contra el despido.

La exigencia de transparencia en el omento de la extinción de la relación laboral venía ya recogida en el principio séptimo del pilar europeo de derechos sociales, que dispone que los trabajadores tienen derecho a ser informados, antes de proceder a un despido, de las causas del mismo, así como que se les conceda un plazo razonable de preaviso; de que tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y que, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada. Estas obligaciones ya venían recogidas en la normativa española al exigir la expresión de la causa en la carta de despido, determinando la declaración de improcedencia del despido en caso de su incumplimiento<sup>50</sup>. Además, la normativa laboral contempla otros mecanismos de transparencia con relación a la extinción del contrato, como la posibilidad de solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito, o al establecer la obligación de entregar copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores, cuando se proceda a despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción regulados en el art. 52.c del ET.

Por otra parte, siendo la transparencia la base sobre la que se asienta la participación de los trabajadores en la gestión empresarial, lo que no es sino consecuencia del principio de buena fe que debe regir en todos los procesos de negociación y participación de los trabajadores en la empresa<sup>51</sup>, ésta ha sido exigida por el Tribunal Supremo en todos los momentos en los que la normativa impone un deber de negociación o consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa<sup>52</sup>, como en el caso de los despidos por causas económicas. En estos casos, la exigencia de transparencia conlleva la necesidad de dar toda la información relevante<sup>53</sup>, así como la necesidad de facilitarla con tiempo suficiente para poder ser analizada, lo que guarda relación con el principio finalista que preside la obligación de facilitar información a los representantes, esto es, propiciar la participación<sup>54</sup>. Por este motivo, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de los despidos promovidos por el empresario alegando

50 Procediendo a la declaración de nulidad, no de improcedencia, en caso de que el despido afecte a ciertas categorías de trabajadores a los que la legislación dota de una protección reforzada con objeto de proteger sus derechos fundamentales.

51 STS de 20 de julio de 2016 (rec. nº. 323/2014)

52 Deber de buena fe que impone el buen uso de las informaciones obtenidas, lo que guarda relación con el deber de confidencialidad.

53 Esto es, lo exigible consiste en facilitar sólo aquella información *que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada* (STS de 27 de mayo de 2013, rec. nº. 78/2012)

54 STS de 20 de diciembre de 2016 (rec. nº. 128/2016)

causas económicas cuando, llevando la empresa una contabilidad paralela -en B-<sup>55</sup> no se informa a la representación de los trabajadores de la verdadera situación contable de la empresa, por lo que no se respetan las reglas de la buena fe en el proceso negociador<sup>56</sup>.

#### 4 CONCLUSIONES

Al igual que sucediera con las primeras normas laborales, respecto de las que se señalaba la importancia de la labor de su divulgación -encomendada, entre otros agentes, a la Inspección de Trabajo- para evitar que las mismas se convirtieran en *letra muerta*<sup>57</sup>, la necesidad de potenciar la transparencia sigue siendo primordial para garantizar la eficacia de la norma laboral. En todo caso, conviene tener presente que la transparencia, favorecida a través de la difusión de información, tiene una doble vertiente: de una parte, se requiere la transparencia en la aplicación de la norma; de otra, es necesario proteger al trabajador de una injerencia en ciertas informaciones que pongan en riesgo derechos fundamentales de la persona trabajadora. Del mismo modo que existe una normativa dirigida a velar por los derechos de información reservada de la empresa<sup>58</sup> se hace imprescindible regular, en una disposición expresa, el derecho reservar cierta información de los trabajadores cuando ésta sea irrelevante a efectos del cumplimiento de las obligaciones laborales.

Esa normativa, que daría respuesta a la necesidad de hacer más visibles los límites tanto a las posibilidades empresariales de recabar y conservar información, como a las de transmitir esa información sin consentimiento del interesado, debería, además, agrupar los derechos de transparencia que aparecen dispersos en diversas normas y preceptos legales, lo que, paradójicamente, puede incidir en la falta de eficacia -por desconocimiento- de las disposiciones relativas a la los flujos de información que deben suministrarse en el desarrollo de una relación laboral. Además, debería ir acompañada de unas sanciones efectivas y disuasorias en caso de incumplimiento, de modo que resultase fortalecido el derecho a la transparencia, esencial en el desarrollo de relaciones jurídicas creadas en contextos democráticos, tendentes a favorecer la participación de todos los sujetos implicados en la adopción de decisiones que les afecten. No debe olvidarse que, si bien el contrato de trabajo aparece caracterizado por la subordinación, ello no supone la privación del derecho de participación de los trabajadores en las empresas ni, por tanto, el reconocimiento de un poder empresarial absoluto.

55 Lo que no supone *per se* la nulidad del despido.

56 En este sentido, STS de 18 de febrero de 2014 (rec. n. 42/2013) aunque esta falta de información no podrá motivar la declaración de nulidad del despido por causas económicas cuando exista una innegable causa económica cuya entidad sea tal que no quede ensombrecida por deficiencias documentales, de modo que las anomalías (los datos económicos ocultos) no posean suficiente trascendencia (STS de 31 de marzo de 2016 (rec. nº. 272/2015)

57 MONTROYA MELGAR, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873—1978)*. Madrid. 1992, p. 70.

58 Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, transpuesta en España mediante la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

# O PAPEL DAS STARTUPS FRENTE A EFETIVIDADE DA INCLUSÃO DO INDIVÍDUO NO MERCADO DE TRABALHO: UMA ABORDAGEM COMPARADA

Francelise Camargo de Lima\*

Irene Portela \*\*

Luiz Eduardo Gunther\*\*\*

## RESUMO

O tema central da pesquisa tem como finalidade apresentar em que medida há efetividade de inclusão e permanência do indivíduo no ciclo econômico promovido pelas startups, seja pela via do empreendedorismo ou pela via do emprego formal. A concepção atual da Dignidade Humana foi conquistada por meio de muitas lutas e o cenário dessa conquista sempre esteve relacionado ao trabalho. É do trabalho que o indivíduo obtém recursos para prover a própria vida e de seus familiares. Neste aspecto o Direito exerce uma importante função na manutenção dessas conquistas e também configura uma ferramenta essencial para assegurar a todos os direitos provenientes de seu labor. Observando a força produtiva gerada pelas atividades laborativas movidas pelas startups percebe-se que há um grande potencial de geração de economia próspera ressignificando o mercado de trabalho. A plena promoção da dignidade humana por intermédio das atividades laborais depende sempre de novas perspectivas, mas acima de tudo de comprometimento dos gestores desses movimentos no sentido de não primar pela máxima precarização do trabalho e da exclusão de postos de trabalho como único meio de redução dos custos do processo produtivo. Há de sempre buscar a promoção de reflexos positivos em toda malha do ecossistema de trabalho, pois a contrário censu compromete-se a sustentabilidade do sistema da dignidade humana.

**Palavras-chaves:** Startups. Mercado de Trabalho. (Im)Possibilidades.

## ABSTRACT

The central theme of the research aims to present the extent to which there is effectiveness of inclusion and permanence of individuals in the economic cycle promoted by startups, either through entrepreneurship or through formal employment. The current conception of Human Dignity was conquered through many struggles and the scenario of this conquest has always been related to work. It is from work that the individual obtains resources to prove his own life and that of his family members. In this aspect, the Law plays an important role in maintaining these achievements and also configures an essential tool to guarantee all the rights arising from its work. Observing the productive force generated by work activities motivated by startups, we realize that there is a great

\* Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba; Mestre em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA); Advogada, inscrita na OAB/PR sob nº 46.923; E-mail: franceliselima@hotmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3162895394404639>

\*\* Doutora em Direito Público e das Instituições Europeias, Professora Coordenadora em Direito Diretora do Departamento de Direito da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cavado e do Ave, Portugal, email: [iportela@ipca.pt](mailto:iportela@ipca.pt); Orcid [orcid.org/0000-0002-3570-2200](https://orcid.org/0000-0002-3570-2200) e Ciência ID **5B1B-7B99-85E2**, Investigadora do JusGov, Universidade do Minho, Portugal.

\*\*\* Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba –UNICURITIBA (Paraná). Email: [luiz.gunther@uol.com.br](mailto:luiz.gunther@uol.com.br)

Recebido: 01/09/2023

Aprovado: 11/09/2023

potential for generating a prosperous economy, giving new meaning to the labor market. The full promotion of human dignity through work activities always depends on new perspectives, but above all on the commitment of managers to these movements in the sense of not giving priority to the maximum precariousness of work and the exclusion of jobs as the only means of reducing production process costs. It is always necessary to seek a promotion of positive reflexes in the whole network of the work ecosystem, because unlike the census, it commits itself to the sustainability of the system of human dignity.

**Keywords:** Startups. Job market. (Im)Possibilities.

## RESUMEN

El tema central de la investigación tiene como objetivo presentar en qué medida existe efectividad de inclusión y permanencia del individuo en el ciclo económico promovido por las startups, ya sea a través del emprendimiento o a través del empleo formal. La concepción actual de la Dignidad Humana fue conquistada a través de muchas luchas y el escenario de esta conquista siempre ha estado relacionado con el trabajo. Es del trabajo que el individuo obtiene recursos para mantenerse a sí mismo y a su familia. En este aspecto, la Ley juega un papel importante para mantener estos logros y también configura una herramienta esencial para garantizar todos los derechos derivados de su trabajo. Al observar la fuerza productiva generada por las actividades laborales impulsadas por las startups, queda claro que existe un gran potencial para generar una economía próspera, resignificando el mercado laboral. La plena promoción de la dignidad humana a través de las actividades laborales depende siempre de nuevas perspectivas, pero sobre todo del compromiso de los gestores de estos movimientos en el sentido de no dar prioridad a la máxima precariedad del trabajo y a la exclusión de los empleos como único medio de reduciendo los costos del proceso de producción. Siempre es necesario buscar la promoción de reflejos positivos en todo el tejido del ecosistema laboral, porque de lo contrario el censo está comprometido con la sostenibilidad del sistema de dignidad humana.

**Palabras clave:** Startups. Mercado de trabajo. (Im)Posibilidades.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo do presente tema tem como justificativa as notáveis mudanças que as relações de trabalho vêm apresentando, que, de forma gradual, acelerada e circunstancial, propuseram uma desconstrução do que se entende como sendo tradicional nas relações de emprego.

Vários fenômenos contribuíram de forma notória para as crescentes mudanças nas oportunidades de trabalho lançando o indivíduo no mundo das incertezas. Por via de consequência, os reflexos negativos ainda existentes e perfeitamente visíveis da globalização sob o viés das últimas transformações jurídicas direcionam as perspectivas futuras a um estado socioeconômico não garantidor.

Diante dessa perspectiva, a partir da dialética onde de um lado está o trabalhador com seus direitos e garantias individuais protegidos pelo manto constitucional e de outro lado o empreendedor como pertencente a uma sociedade ancorada na liberdade, na justiça e na solidariedade social, o estudo se justifica quando visa comprovar que, seja qual for a sua decisão, emprego formal ou empreendedorismo, o indivíduo possa ver sua dignidade se concretizar.

O estudo comparado com Portugal, mostra-se oportuno na medida em que o país elegido demonstra sólidas características de uma sociedade informacional, onde segundo o autor Manuel Castells

“pode considerar-se que uma sociedade é informacional se possui uma sólida tecnologia de informação — infraestrutura, produção e conhecimento”<sup>1</sup>

Sobre a interação entre as perspectivas de trabalho destas duas nações há possibilidade de desenvolver conhecimento e contribuições políticas que possam contribuir para a criação de um valor econômico e social mais eficaz, sustentável e justo.

A relevância política da investigação é intensificada quando da análise do tecido econômico e social a partir de conhecimentos trazidos oriundos de três vertentes de investigação: indústria, inteligência artificial e robótica, e Governança trazendo grande relevância dos estudos, pois contempla o aspecto social, científico, tecnológico e econômico.

Inicialmente a pesquisa utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica. Esta pesquisa acontece quando é elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado na Internet. Utilizar-se-á de publicações estrangeiras estabelecendo uma comparação entre o direito pátrio e o alienígena na perspectiva de extrair soluções práticas.

Segundo Gil o material documentado, bem como, as respectivas análises serão organizadas em relatório de pesquisa que se pretende construir.<sup>2</sup>

O estudo tem sua abordagem classificada como qualitativa. Isto porque deve a pesquisa responder a questões muito particulares, preocupando-se com um nível de realidade que não pode ser quantificado.<sup>3</sup>

## 2 DESAFIOS DA INCLUSÃO DO INDIVÍDUO NO MERCADO DE TRABALHO NO MUNDO GLOBALIZADO

O estudo do presente tema tem como justificativa as notáveis mudanças pelas quais as relações de trabalho passaram ao longo das últimas décadas. Mudanças essas que desencadearam políticas públicas incentivadoras do empreendedorismo como forma de inclusão do indivíduo no mercado de trabalho e na economia local.

Como política pública eficiente deve-se observar o que nos diz Souza onde

(...) o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa corrigir, na chegada desse problema ao sistema político (politics) e à sociedade política (polity), e nas instituições/ regras que irão modelar a decisão e a implementação da política pública.<sup>4</sup>

Em continuidade a abordagem sobre o empreendedorismo Dornelas afirma ser este o envolvimento de pessoas e processos que, em conjunto, levam à transformação de ideias em

1 CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**; Conferência. Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005.

2 GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

3 MINAYO, M. C. de S.(org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

4 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura. **Sociologias** (UFRGS), Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

oportunidades, que levam à criação de negócios de sucesso.<sup>5</sup> Para Chiavenato o que caracteriza o empreendedor é “a energia da economia, a alavanca de recursos, o impulso de talentos, a dinâmica de ideias.”<sup>6</sup>

A globalização, considerando a reflexão de Giddens que afirma que a atual globalização “não é firme nem segura, mas repleta de ansiedades bem como marcada por profundas divisões”<sup>7</sup>, se apresenta predominantemente de forma crescente e incisiva a partir da necessidade de novas formas de produção e prestações de serviços, que de forma gradual, acelerada e circunstancial, promoveu uma desconstrução do que entende-se como sendo tradicional nas relações de emprego emergindo assim a importância da figura do empreendedor, sendo essa condição de trabalho, nem sempre desempenhada por opção, muitas vezes por necessidade de estar inserido no mercado.

Não menos perversa é a análise a partir do que leciona Santos que a globalização:

(...) sem as fábulas e mitos corresponde a um período histórico não existiria como é. Uma dessas fábulas é a tão repetida ideia de aldeia global. O fato de que a comunicação se tornou possível à escala do planeta, deixando saber instantaneamente o que se passa em qualquer lugar [...]. Um outro mito é do espaço e do tempo contraídos, graças, outra vez aos prodígios da velocidade [...]. Fala-se, também, de uma humanidade desterritorializada, e essa ideia dever-se-ia outra, de uma cidadania universal.<sup>8</sup>

A população está sendo impulsionada por falácias que somadas ao desconhecimento não pode resultar senão ao fracasso. Se a economia depende do mundo globalizado, das normas jurídicas decorrentes desse movimento como também a economia nada mais crucial do que fazer emergir os desconhecidos riscos desse sistema na busca de um sistema sócio-cultural-econômico autossuficiente.

Em análise do pensamento de Grosfoguel, é possível vislumbrar que as circunstâncias acima narradas estão em paralelo com o que o autor conceitua como descolonização jurídico-política na medida que houve uma transição entre um período de “colonialismo global” para um período de “colonialidade global”, comparação justificável quando observa-se seus dizeres:

Dizer colonialidade não é o mesmo que dizer colonialismo. Não se trata de uma forma decorrente nem antecedente da modernidade. Colonialidade e modernidade constituem duas faces de uma mesma moeda. Da mesma maneira que a revolução industrial europeia foi possível graças às formas coercivas de trabalho na periferia, as novas identidades, direitos, leis e instituições da modernidade, de que são exemplo os Estado-nação, a cidadania e a democracia, formaram-se durante um processo de interação colonial, e também de dominação/exploração, com povos não-ocidentais<sup>9</sup>.

Diante do atual cenário globalizado se tornou necessária a elaboração de políticas públicas que pudessem conter a marginalização do indivíduo em razão do obsoletismo dos cargos; das novas

5 DORNELAS, José. **Empreendedorismo: Transformando idéias em negócios**. 5. ed. Rio de Janeiro: Empreende/LTC, 2014

6 CHIAVENATO, Idalberto. **Empreendedorismo: dando asas ao espírito empreendedor**. São Paulo: Manole, 2013.

7 GIDDENS, A. **O mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo por nós**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

8 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

9 GROSGOUEL, Ramón. **Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global**. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 80: mar. 2008.

profissões, da adequação ao novo ritmo econômico consistente em diversidade de produtos, de serviços, na velocidade produtiva, da prática predatória dos economicamente mais fortes em detrimento dos menos favorecidos. Dessa nova realidade o microempreendedor individual surgiu no ordenamento jurídico através da Lei Complementar 128/2008 criou a figura do Microempreendedor Individual – MEI, com vigência a partir de 01.07.2009<sup>10</sup>.

A formalização do trabalho autônomo insere o cidadão no mercado de trabalho para assim exercer seu direito a dignidade. Com a inscrição nos moldes legais o intuito é de oportunizar alcance de alguns benefícios que o trabalho formal oferece, sendo certo que para o exercício de qualquer atividade empresarial existem investimentos, custos e responsabilidades.

Na lição de Beck, interpretado por Ianni a consciência do que vem a ser um risco alcança um significado peculiar e bem determinado na medida em que o risco corresponde na forma de identificar e interpretar as possíveis causas dos fatos acontecidos ou na eminência de acontecer. As causas passam a existir ou não a partir do nível de conhecimento, e esse conhecimento é oportunizado na proporção dos interesses políticos<sup>11</sup>.

Estar ciente sobre o risco em que se está exposto significa ter consciência e possibilidade de projetá-lo futuramente e essa condição depende de um processo social de reconhecimento e legitimação, neste interim a ciência é o elemento crucial na construção desta consciência de risco promovendo a legitimação e reconhecimento dos riscos.<sup>12</sup> No entendimento de Granovetter “as pequenas empresas em um contexto de mercado podem persistir em virtude de uma densa rede de relações sociais sobreposta às relações comerciais que conectam essas empresas e reduzem as pressões para a integração. Isso não exclui o relativo valor do debate do controle de riscos.”<sup>13</sup>

Em uma sociedade que busca o engajamento mutuo em prol de um desenvolvimento regional pujante não pode estar alheio ao que preconiza o doutrinador Freire que assim leciona: “a mudança da percepção da realidade, que antes era vista como algo imutável, significa para os indivíduos vê-la como realmente é: uma realidade histórico-cultural, humana, criada pelos homens e que pode ser transformada por eles.”<sup>14</sup>

Freire aduz ainda que o homem é capaz de alterar sua realidade: “tentar a conscientização dos indivíduos com quem se trabalha, enquanto com eles também se conscientiza, este e não outro nos parece ser o papel do trabalhador social que optou pela mudança”<sup>15</sup>

Necessário se torna estar seguro e também ter pleno conhecimento de quando atingir este novo nível para então não ser surpreendido pelo limbo jurídico que corresponde ao alcance de um novo enquadramento, contudo, somente para atender a uma agenda tributária mais alta sem qualquer perspectiva real de lucratividade ou alcance de melhores benefícios de qualquer natureza.

10 BRASIL. **Lei Complementar nº. 128 de 19 de dezembro de 2008**. Altera a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp128.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm)>. Acesso em 14 de jan. 2020.

11 IANNI, Aurea. **Choque antropológico e o sujeito contemporâneo: Ulrich Beck entre a ecologia, a sociologia e a política**. In: Revista Sociologias, v.14, n.30, Porto Alegre, 2012.

12 Idem.

13 GRANOVETTER, M. **Ação econômica e estrutura social: o problema da imersão**. RAE-eletrônica, v. 6, n. 1, Art. 9, jan./jun. 2007.

14 FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 12ª Edição. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1979.

15 Idem.

Do contrário a realidade se amoldará ao que pensa Mészáros que afirma que a educação “gera e transmite um quadro de valores que legitima os interesses dominantes, como se não pudesse haver nenhuma alternativa à gestão da sociedade, seja na forma “internalizada” ou através de uma dominação estrutural e uma subordinação hierárquica implacavelmente imposta.”<sup>16</sup>

Os parques conhecimentos disponibilizados não validam o marketing propagado pelas políticas públicas que propõe o alcance de uma vida próspera e digna para o empreendedor na medida que não oportuniza a escolha entre empregabilidade e empreendedorismo o tornando refém da sua própria ignorância.

Segundo Beck o próprio progresso da modernização destrói e modifica uma modernidade para o nascimento de outra, já que todos estão “cegos e surdos a seus efeitos e ameaças onde a própria radicalização da modernidade desenha os contornos da modernização reflexiva.”<sup>17</sup>

O desconhecimento inibe o empreendedor de explorar plenamente sua atividade e executá-la com confiança oportunizando a prosperidade de forma segura e sólida. A disseminação de conhecimento e planejamento jurídico proporcionará a evolução do microempreendedor fomentando um ciclo econômico positivo com menos risco de mortalidade da atividade empresarial.

Diante dessa perspectiva, a discussão e o estudo são importantes para o mundo jurídico e interdisciplinar, haja vista que a controvérsia emerge da seguinte dialética: de um lado o empreendedor, com a necessidade de prover a própria existência dignamente e um sistema econômico local, que está conectado com o mundo, buscando o crescimento, a sustentabilidade, e a redução das desigualdades; e de outro lado a falta de acessibilidade às informações jurídicas que proporcionam clareza dos riscos assumidos impedindo a ascensão empresarial e o eficaz e efetivo giro econômico sustentável.

Diante do crescente incentivo ao empreendedorismo a obtenção de informações jurídicas precisas e eficientes são de suma importância para a vitalidade da atividade econômica empresarial regional. A difícil obtenção de informações e/ou informações gerais e não específicas não atendem a necessidade do empreendedor, analogicamente comparando, seria como se o paciente recebesse uma medicação para sintomas diversos existindo remédio específico para o caso concreto, e mais, existindo prevenção para a patologia.

### 3 AS (IM)POSSIBILIDADES DE TRABALHO NO CENÁRIO DAS STARTUPS

#### 3.1 As startups no Brasil

De início necessário se faz a distinção entre uma Startup e uma empresa convencional que nos ensinamentos de Blank as diferencia de maneira ampla e completa como se verifica a seguir:

[...] Startups são consideradas empresas nascentes de base tecnológica, que possuem na inovação tecnológica disruptiva os fundamentos de sua estratégia competitiva. Entre as principais características de tais negócios estão o caráter de organização temporária com potencial de rápido crescimento, os quais atuam em um ambiente de extrema incerteza, em busca de um

16 MÉSZÁROS, István. **Educação para além do capital**. 2.ª ed. São Paulo: Boitempo, 2008. (Mundo do Trabalho).

17 BECK, ULRICH, **A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva**. In: GIDDENS, A.; BECK, U.; SCOTT, L. (Orgs.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997

modelo de negócios que possa tornar-se repetível e escalável. Já uma empresa estabelecida no mercado, ao contrário, está permanentemente projetada para executar um modelo de negócios repetível e escalável.<sup>18</sup>

O alto teor inovador das Startups desafia o mercado e capta a curiosidade dos consumidores. Conhecidas como “Revolução Silenciosa”, as Startups já não representam um simples estrangeirismo importado de Silicon Valley (Forbes, 2019).<sup>19</sup>

Com objetivo de fomentar o ecossistema de startups no Brasil, estabelecendo diretrizes para o desenvolvimento dessas empresas, facilitando investimentos, criando incentivos fiscais e promovendo a inovação foi aprovada em 1º de julho de 2021 a Lei Complementar 186/21, também conhecida como a “Lei do Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador”.

A lei define o que é considerado uma startup e estabelece critérios para a sua classificação, buscando simplificar processos e reduzir a burocracia para essas empresas. Além disso, a legislação traz medidas para facilitar o acesso a financiamentos, incluindo o estabelecimento de um regime especial de incentivo a investidores-anjo.

A Lei Complementar 186/21 também dispõe sobre a contratação de soluções inovadoras pela Administração Pública, visando a estimular a adoção de tecnologias desenvolvidas por startups.

No condão histórico-evolutivo das startups, que no Brasil pode-se dizer recente, a lei mencionada inaugura uma nova era dessa modalidade de empreendedorismo que apenas nas últimas décadas tem reconhecido o seu surgimento e sua trajetória contínua e interessante na busca de crescimento e desenvolvimento no Brasil.

As primeiras iniciativas que poderiam ser consideradas startups começaram a surgir no Brasil na década de 1990. No entanto, o termo “startup” ainda não era amplamente utilizado na época. A nomenclatura Startup somente foi vinculada a um modelo de negócio nos anos 1990, momento em que ocorreu a expansão das empresas na área de tecnologia da informação e comunicação, e alta nas ações das empresas desse setor, chamada na primeira grande “bolha da internet” ou bolha das “ponto com”. Esse período foi marcado por inovadores empreendimentos, principalmente associados à área de tecnologia e que, por se mostrarem promissores, encontram financiamento para o desenvolvimento de seus projetos.<sup>20</sup>

Com essa nova perspectiva de mercado, as startups se tornariam mais atrativas uma vez impulsionadas por avanços tecnológicos, mudanças na mentalidade empreendedora e o surgimento de ecossistemas de inovação. Surgia assim, em meados dos anos 1990 ambiente de negócios no Brasil era desafiador, com altos custos operacionais e dificuldades regulatórias.

Na década de 1990, o cenário de startups no Brasil estava apenas começando a se desenvolver. O termo “startup” ainda não era tão comum quanto é hoje, e o ambiente empreendedor era bem diferente das atuais startups de tecnologia que conhecemos. Muitas das empresas emergentes na época eram de setores tradicionais, como varejo, manufatura e serviços.

Em face dessa realidade, surge a partir do final do século XX, e com mais intensidade no início do século XXI, um novo modelo de empresa, as denominadas startups que tem como características a

18 BLANK, Steve. The four steps to the epiphany. K&S Ranch, 2013.

19 FIDALGO, Sofia Alexandra Figueiredo. **A Inovação como Fator Impulsionador de Novos Produtos e Serviços: Um Caso de Estudo de Startups Portuguesas**. 2019. Tese de Doutorado. Instituto Politecnico de Braganca (Portugal).

20 SANCHES, E. C.; PICANÇO, F. C. A.; PERIOTTO, T. R. C. **A dinâmica do ecossistema de inovação e o perfil dos empreendedores de startups de Maringá**, 2017. Empreendedorismo & Inovação, 319.

inovação e rápido crescimento econômico.<sup>21</sup>

A partir da década de 2000, mediante os avanços da internet e a crescente popularização da tecnologia, as startups começaram a ganhar mais visibilidade e atenção. Empresas como Buscapé e Mercado Livre, fundadas nos anos 2000, marcaram o início desse movimento. Ambas as plataformas tiveram um impacto significativo no comércio eletrônico e na forma como os brasileiros compram e vendem produtos online. Elas contribuíram para a popularização das compras pela internet e para o crescimento do mercado de e-commerce no Brasil. As primeiras aceleradoras e incubadoras começaram a surgir para apoiar o desenvolvimento de startups, proporcionando mentorias, networking e recursos financeiros.

Na próxima década, em 2010, as startups brasileiras começaram a se concentrar em setores como finanças, educação, saúde e tecnologia. Exemplos notáveis incluem Nubank, 99 (posteriormente adquirida pela Didi Chuxing) e iFood.

Ecosistemas de inovação começaram a se formar em cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Florianópolis. Eventos como o “CASE Startup Summit” se tornaram plataformas importantes para networking e aprendizado.

Investidores locais e estrangeiros passaram a direcionar mais capital para as startups brasileiras, contribuindo para o crescimento do setor.

Na presente década, a partir de 2020 até o momento presente, as startups continuaram a se multiplicar de forma exponencial, qualitativa e quantitativamente, tendo como foco as áreas como fintechs, agritech, healthtech e edtech.

Nesse compasso, o Brasil viu um aumento no número de unicórnios (startups avaliadas em mais de 1 bilhão de dólares), como QuintoAndar e Loft. O governo e instituições privadas começaram a criar mais programas de apoio às startups, incluindo incentivos fiscais e programas de aceleração. Eventos e conferências voltadas para o empreendedorismo e inovação continuaram a ganhar destaque e seguem dando continuidade a conquista de mercados ainda inexplorados por essa tendência mercadológica.

### 3.2 A importância das startups no ecossistema Português: um comparativo necessário

O cenário de startups em Portugal tem se desenvolvido significativamente ao longo das últimas décadas. Nas últimas duas décadas, Portugal tem visto um aumento no número de startups, bem como um aumento no investimento em tecnologia e inovação.

No início dos anos 2000, as startups em Portugal ainda estavam em uma fase inicial de desenvolvimento. No entanto, a partir de meados da década de 2010, houve um crescimento notável no ecossistema de startups. Lisboa, a capital do país, tornou-se um centro importante para startups, impulsionado pelo aumento de eventos de tecnologia e inovação, além do apoio do governo e de instituições.

Alguns marcos notáveis podem ser citados como o evento ocorrido a partir de 2016 teve início uma das maiores conferências de tecnologia do mundo, foi realizada em Lisboa, a chamada Web Summit trazendo atenção internacional para o ecossistema de startups em Portugal.

Web Summit, segundo COUÑAGO, Pedro Miguel Lourenço corresponde a um evento que transcende fronteiras e que, desde a sua criação em 2008 na Irlanda, tem vindo a acompanhar as

21 Moraes, R. R., Cavalcante, H. D. S., Brasil, A. T., & Botelho, M. A. D. S. (2012). **Empreendedorismo Start Up: um Estudo de Caso em uma Empresa de tecnologia no Estado do Pará.** Simpósio de Excelência em Gestão e tecnologia.

inovações tecnológicas e a apostar na divulgação de projetos de empreendedorismo, sendo ainda palco de divulgação de inovações importantes. Assim, é um evento que tem um impacto que importa estudar no campo digital. Tem ainda uma estrutura que emprega cerca de 200 pessoas a tempo inteiro nos seus escritórios em Portugal, na Irlanda e no Canadá, o que mostra a magnitude do evento, pois não são muitas as organizações deste tipo que dão emprego a tempo inteiro a centenas de indivíduos.<sup>22</sup>

Outra frente de incentivo foi a criação de programas de Incubação e aceleração buscando apoiar o crescimento das startups em Portugal, sendo destaques a Startup Lisboa e a Fábrica de Startups.

Os investimentos em startups portuguesas tem aumentado, com uma crescente presença de investidores locais e internacionais. Além disso, o governo português implementou incentivos fiscais e programas de apoio financeiro para startups.

Em Portugal as principais políticas públicas de apoio ao investimento empresarial surgiram no âmbito dos programas de apoio operacional cofinanciados pela União Europeia <sup>23</sup>. Assim sendo, nos últimos 20 anos, estes apoios têm contribuído tanto para a evolução do país, como também para a modernização da sociedade, sendo de destacar os seguintes envelopes de apoio europeu<sup>24</sup>.

No geral, o ecossistema de startups em Portugal tem se fortalecido ao longo dos anos, com um aumento no número de empresas inovadoras, investimento e apoio governamental. Isso tem contribuído para a posição de Portugal como um destino atraente para empreendedores e investidores no cenário europeu de startups.

Apesar de ainda ser um pequeno submundo, o mercado das Startups vai ganhando cada vez mais espaço no tecido empresarial português. Nos últimos anos, segundo a Forbes (2019), as Startups que exercem atividade na área da Tecnologia da Informação e Comunicação, vulgarmente conhecidas como TIC, geraram 166 milhões de euros de capital, criaram cerca de 10 mil postos de trabalho e ainda contribuíram para o aumento da taxa de exportação. Existe em Portugal, por iniciativa da “Startup Portugal”, uma base de dados que funciona como um agregador de dados e permite mapear o ecossistema empreendedor português. <sup>25</sup>

### 3.3 Discussão de elementos essenciais ao mercado de trabalho digno e saudável

No presente estudo reconhece-se que as startups trouxeram ao cenário econômico inovação e flexibilidade refletindo de forma significativa nas formas de trabalho, em dado momento incluindo e em outro excluindo possibilidades de inserção do indivíduo do ecossistema laborativo. Uma startup pode ser definida como “uma instituição humana projetada para criar um novo produto ou serviço em condições de extrema incerteza”.<sup>26</sup>

Ainda sobre o núcleo conceitual pode-se afirmar a partir do seguinte enunciado de que as

22 COUÑAGO, Pedro Miguel Lourenço. **Twitter e Web Summit 2019: Um estudo de caso**. 2020. Dissertação de Mestrado

23 Silva, A. M. N. M. (2014). **The Determinants of Participation in R&D Subsidy Programmes: Evidence from Firms and S&T Organisations in Portugal** [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Economia do Porto]. Repositório Aberto da Universidade do Porto. <https://hdl.handle.net/10216/77083>

24 AD&C (2022b). Portugal 2020. **Agência para o Desenvolvimento e Coesão**. <https://www.adcoesao.pt/fundos/portugal-2020/portugal-2020-apresentacao/enquadramento/>

25 FIDALGO, Sofia Alexandra Figueiredo. **A Inovação como Fator Impulsionador de Novos Produtos e Serviços: Um Caso de Estudo de Startups Portuguesas**. 2019. Tese de Doutoramento. Instituto Politecnico de Braganca (Portugal).

26 RIES, Eric. **Lean Startup: how constant innovation creates radically successful businesses**. New York: Crown Business, 2011. 336 p.

Startups, diferentemente de uma empresa tradicional, em que se recomenda fazer um plano detalhado para que depois vá ao mercado, nas startups recomenda-se validar a ideia diretamente no mercado, verificando se há pessoas que serão potenciais consumidores do produto ou serviço<sup>27</sup>.

O conceito de startup está diretamente relacionado ao nível de inovação e ao surgimento de novos modelos de negócio. <sup>28</sup> Em síntese o termo Startup contempla a descrição dadas às empresas que apresentam uma inovação e que seus objetivos correspondem a um crescimento em larga escala no intuito de conquistar o mercado com seus novos produtos ou serviços a partir de um custo reduzido, possível em razão da utilização da coleta do maior número possível de dados.

Segundo Ries as Startups podem ser descritas como um

(...) tipo de empresa deve entregar uma oferta inovadora, incluindo todas as interações com seus clientes. A startup se dedica a criar uma fonte nova de valor para seus usuários, seja simplificando um processo, criando um novo modelo de negócios, implementando uma tecnologia de maneira inédita ou criando um produto ou serviço que atende a uma necessidade não satisfeita por outras empresas<sup>29</sup> (RIES, 2011).

As Startups e inovação podem ser consideradas palavras sinônimas, uma vez que são originárias de uma cultura tecnológica e em suas essências contem a busca da quebra de paradigmas de processos de desenvolvimento e de processos burocráticos trazendo inovação nas negociações. Nessa perspectiva, trouxeram muitas soluções e novos horizontes para o mundo industrial. Seu principal objetivo é impulsionar o desenvolvimento econômico via produtos e serviços mais competitivos – redução e custos -, e com maior qualidade e tecnologia.

Essas organizações são normalmente definidas como empresas novas, entre quatro a seis anos de operação, que têm como principal objetivo criar um negócio escalável e repetível utilizando a tecnologia como ferramenta principal <sup>30</sup>.

As Startups são caracterizadas por um alto grau de conhecimentos tecnológico aplicado a inovação de produtos e serviços e por essa razão seu crescimento em potencial também é alto. Elas funcionam como um elo entre os clientes e o produto final e para isso utilizam-se de todos os recursos disponíveis em Tecnologia da Informação (TI), onde esse departamento corresponde a um dos pilares da empresa. Pode-se dizer que as startups utilizam a TI como forma de criar e capturar valor seja pela oferta de software, hardware ou de serviços<sup>31</sup>

Nesse particular encontra-se a fusão e a transcendência das Startups e da Indústria na medida que é possível considerar que o fenômeno da Globalização possibilitou o crescimento tecnológico de forma exponencial e esse oportunizou à indústria a utilização de dados essenciais ao pleno conhecimento

27 Alberone, M. Carvalho, R. Kircove, B. **Sua ideia ainda não vale nada – O guia prático para começar a validar seu negócio**. Rio de Janeiro, 2012.

28 Nagamatsu, F. A., Barbosa, J., & Rebecchi, J. (2013). Business model generation e as contribuições na abertura de startups. In **Anais do II simpósio internacional de gestão de projetos (II SINPEP) e simpósio internacional de inovação e sustentabilidade**. São Paulo, PR. Recuperado de <http://repositorio.uninove.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/556/659-1192-1RV%20-%20business%20model%20generation.pdf?sequence=1>

29 RIES, Eric. **Lean Startup: how constant innovation creates radically successful businesses**. New York: Crown Business, 2011. 336 p.

30 HENRY, Marvin et al. **A typology of circular start-ups: an analysis of 128 circular business models**. Journal Of Cleaner Production, v. 245, p. 118528, fev. 2020.

31 STEININGER, Dennis. **Linking information systems and entrepreneurship: a review and agenda for itassociated and digital entrepreneurship research**. Information Systems Journal, v. 29, n. 2, p. 363- 407, 3 ago. 2018.

das informações necessárias para o aprimoramento de produtos e serviços ao ponto de inovar. Nasce com esse fenômeno a Startup/Indústria 4.0.

A quarta revolução industrial vem sendo chamada de Indústria 4.0 e, pela primeira vez, é investigada antes de ocorrer, ou enquanto está acontecendo. Trata-se de uma revolução baseada na inclusão de tecnologias como os Sistemas Ciber-Físicos e a Internet das Coisas nos processos produtivos, possibilitando uma maior autonomia na tomada de decisão, e maior transparência nas relações entre humanos e máquinas<sup>32</sup>, tornando-se indispensável a aplicação dos princípios de governança desde o nascimento da Startup para o especial fim de garantir a sua continuidade e sobrevida.

Sobre os princípios de governança, segundo a doutrina de André Santa mecanismo que visa estabelecer padrões de gestão para os negócios explorados em sociedade, pode-se elenca-los como sendo: (i) transparência, (ii) equidade no tratamento entre os acionistas, (iii) prestação de contas confiável e (iv) responsabilidade corporativa.<sup>33</sup>

Em um ambiente tão promissor e com tantas ferramentas e possibilidades é imprescindível observar o entrelaçamento do trabalho nesse ambiente. Sobre as possibilidades de criação de produtos e serviços inovadores, observa-se que são possíveis e infinitas, partindo-se do pressuposto que a criatividade humana é ilimitada e o gerenciamento de dados permite a customização e a personalização dos mesmos. A Startup é uma proposta que permite uma profunda transformação na gestão dos negócios, principalmente do meio industrial, apesar dos riscos que a ela são inerentes.

A questão crucial que merece um debate aprofundado é quanto a questão do trabalho, em que medida essas vantagens também são refletidas no mundo laborativo? Em que medida essa nova forma de gestão, que merece toda a atenção e investimentos privados e governamentais, melhoram as oportunidades do trabalhador? O trabalhador a partir dessa nova tendência de mercado perceberá mais ou menos possibilidades de trabalho? Esses reflexos serão percebidos a curto, médio ou longo prazo? Quem serão os beneficiados?

No intuito de oferecer um horizonte para todas essas questões inicia-se afirmando que as startups têm se constituído em uma tendência mundial nos últimos anos. No Brasil, essas organizações têm crescido devido aos investimentos de investidores de startups do Vale do Silício, onde nasceram organizações como o Google e o Facebook<sup>34</sup>

Identifica-se que fatores jurídicos tais como a flexibilização das normas trabalhistas e do surgimento de leis que concedem tratamento diferenciado às Startups, moderno conceito de empreendedorismo, influenciam esse processo.

Conforme preceitua Cassar, flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial), mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilite a manutenção da empresa e dos empregos.<sup>35</sup>

Quanto a edição da Lei Complementar 182/2021 essa busca o alcance dessas, entre outras,

32 Jasperneite, I. J. (2012). Was hinter begriffen wie industrie 4.0 steckt. computer automation. Recuperado de <http://www.computer-automation.de/steuerungsebene/steuern-regeln/artikel/93559/0/>

33 RAMOS, André Luiz Santa Cruz, **Direito empresarial esquematizado**, Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2016, p. 346.

34 Zachary, G. P. A. (2012). **Geografia global da inovação**. Wall Street Journal. Recuperado de <http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijse1109p/zachary.htm>.

35 CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017.

diretrizes e princípios:

(...) I - reconhecimento do empreendedorismo inovador como vetor de desenvolvimento econômico, social e ambiental; II - incentivo à constituição de ambientes favoráveis ao empreendedorismo inovador, com valorização da segurança jurídica e da liberdade contratual como premissas para a promoção do investimento e do aumento da oferta de capital direcionado a iniciativas inovadoras; III - importância das empresas como agentes centrais do impulso inovador em contexto de livre mercado; IV - modernização do ambiente de negócios brasileiro, à luz dos modelos de negócios emergentes; V - **fomento ao empreendedorismo inovador como meio de promoção da produtividade e da competitividade da economia brasileira e de geração de postos de trabalho qualificados.**<sup>36</sup>

Atualmente a maior concentração de startups 4.0 no Brasil está localizada na região sudeste do país (61,25%), tendo São Paulo como o estado mais predominante (41,88%) e Minas Gerais (11,88%) como o segundo. Fora da região sudeste, os estados com maior presença de startups 4.0 são, igualmente, Paraná e Rio Grande do Sul (10,63%). Seguindo a região sudeste, em ordem decrescente, está a região sul (28,75%), norte (3,75%), nordeste (3,75%) e centro-oeste (2,5%).<sup>37</sup>

Um estudo realizado pela Porto Business School da cidade do Porto em Portugal, com o objetivo de apresentar o atual o ecossistema das Startups naquele país, obteve os seguintes resultados os quais foram transcritos no documento Fact & Features – Ecossistema de Empreendedorismo em Portugal:

Dos cerca de 436 mil milhões de investimento atraído para startups portuguesas, perto de 80% tem origem em investidores estrangeiros. Existem mais de 2000 mil startups ativas e cerca de 160 incubadoras. Das startups em funcionamento, aproximadamente 33% atuam no setor das tecnologias de informação. Seguem-se áreas como o turismo, a energia, a educação ou as ‘fintech’. O conjunto das startups existentes em Portugal empregam mais de 25 mil pessoas. Apesar de ser um ecossistema ainda jovem, Portugal é já uma exceção (pela positiva) no que diz respeito ao número de unicórnios que soma. Dos apenas 208 que existem no espaço europeu, 7 são empresas portuguesas, claramente acima do que seria de esperar, se se comparar com a população ou o PIB do país e numa área em que as probabilidades de uma startup atingir o patamar de unicórnio não são propriamente animadoras.<sup>38</sup>

Conforme o cenário comparado observando proporcionalidades entre empregabilidade e investimentos e associando aos altos riscos econômicos que a atividade está a mercê, vislumbra-se que as perspectivas de possibilidades para o mundo do trabalho ainda são mínimas em ambos os países em razão da especificidade do trabalho direto.

A empregabilidade no ecossistema das Startups atende a demanda de oportunidades de emprego direcionada a profissionais altamente especializados, não depende de um grande número de trabalhadores uma vez que contam com recursos tecnológicos capazes de dispensar o trabalho humano, e seu principal objetivo é buscar formas que visam reduzir ao máximo os custos de produção das atividades econômicas para as quais foram criadas. Considerando que o corte de etapas de processos produtivos usualmente visa

36 BRASIL. **Lei Complementar 182/2021**. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

37 BRASIL, Ministério da Ciência, **Tecnologia e Inovação, Startup 4.0 Report análise das startups brasileiras no campo da indústria 4.0**, disponível no site <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/STARTUPS4.0REPORT6.pdf>. Acesso em 28/08/2023.

38 PORTUGAL, Porto, Porto Business School, **Fact & Features – Ecossistema de Empreendedorismo em Portugal**, disponível no site [https://www.pbs.up.pt/media/5949/facts\\_features\\_entrepreneurial\\_act.pdf](https://www.pbs.up.pt/media/5949/facts_features_entrepreneurial_act.pdf), com acesso em 28/08/2023.

reduzir número de trabalhadores os deslocando para condições de subemprego como pode-se observar no fenômeno da uberização. A Uberização como forma de trabalho pode ser enquadrada como uma das referidas zonas “cinzentas” ou “intermediárias” onde os conceitos e regulamentações vigentes na legislação atual não englobam de forma satisfatória todas as singularidades da prestação desse serviço.<sup>39</sup>

Encontrar um ponto de equilíbrio e/ou considerar a necessidade incluir e não excluir o trabalhador do processo faz parte dos objetivos da governança. O Ecossistema das Startups ainda está em construção de merece toda a atenção para que a criatividade humana não seja tamanha que acabe por se autoexcluir.

Nesse interim debruçar-se na busca da ação exatamente vinculada a aspiração das recentes normas, quais seja, salvaguardar a inclusão do indivíduo no mercado econômico pujante progressista é sumariamente primordial, pois a contrário censo, a humanidade caminha a passos largos excluindo e marginalizando a humanidade, diferentemente do que preconiza a Carta Magna de 1988.

A consciência dos direitos e deveres do empreendedor/empresa e fomenta a responsabilidade social das empresas, na medida em que fortalece autoconhecimento do empreendedor como importante agente no processo econômico garantindo sua inclusão e permanência de maneira individual no ciclo econômico, e oportuniza que outras pessoas também possam empreender e/ou vincular-se sob forma de trabalho formal desencadeando assim um ciclo de prosperidade econômica.

O que se propõe como diretriz a partir do Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador é aplicação adequada de recursos os quais visam implementar condições favoráveis para criação de um ecossistema econômico sustentável e propício ao surgimento de empresas inovadoras, prósperas, minimizando os riscos que deterioram a condições necessárias voltadas a geração de emprego e renda.

Com vistas a posição ocupada pelo país paradigma, este encontra-se em uma posição adiantada quanto a informacionalização - que utiliza-se da internet para transformar o mundo e aplica a tecnologia nessas três frentes: infraestrutura, produção e conhecimento.

Essa realidade, em que a informação juntamente com as novas tecnologias proporcionam à sociedade organização e aprimoramento produtivo de conhecimento, contribui significativamente no fomento do maior número possível das condições ideais para fomentar um ambiente estável a favorecer a empregabilidade e a economia num sentido macro.

Neste interim as reais possibilidades de uma sociedade de emprego e renda prosperar estão diretamente ligadas ao conhecimento jurídico específico que rege a atividade, a utilização adequada dos recursos governamentais e próprios.

Também há uma pujante necessidade de aparar arestas quanto a precarização do trabalho e o favorecimento da mão de obra especializada, pois quando se trata de recursos governamentais, estes devem ser utilizados da maneira mais democrática possível fazendo um específico uso do princípio da igualdade em seu aspecto mais intrínseco, fazendo com que haja uma ampliação das perspectivas no mundo das possibilidades, ampliação viável através do empreendedorismo.

Nesse viés, com a crescente ascensão das startups no mundo moderno há que se averiguar em que medida os incentivos destinados aos empreendimentos inovadores promovem o seu papel de fomentar acessibilidade do indivíduo ao mercado de trabalho e qual sua importância para a manutenção das atividades empreendedoras de forma próspera e duradoura.

39 BRITO, Rebeca de Oliveira et al. **A uberização e seus reflexos no direito do trabalho**. 2020.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo apresentado pode-se afirmar que cada vez mais o ser humano está em busca de trazer ao mundo corporativo uma perspectiva diferenciada de produção de produtos e serviços. Haja vista que a inovação e criação está sempre no centro de seus anseios. Com essa linha de pensamento cada vez mais as Startups sequestram as atenções pelos rápidos e altos resultados que algumas poucas empresas alcançam.

Em linhas gerais a Startup é uma empresa que inicia suas atividades a partir de uma certa organização pautada na inovação e que possui um grande potencial de alavancagem oferecendo ao mercado econômico alcance em grande escala de uma certa demanda em massa.

Inegável se torna a sua importância quando se observa todas as suas vantagens, e são muitas, as quais são amplamente divulgadas na busca de possíveis investidores e no fomento a economia. Contudo, um aspecto ainda incerto e talvez negativo é o processo de precarização do mercado de trabalho que essa modalidade empreendedora traz para a realidade atual. Os investimentos e os incentivos direcionados para uma Startup são consideravelmente altos em razão de apenas uma certa perspectiva de aumento de empregabilidade.

Os empregos diretos contemplados pela criação de Startups são baixos e muito específicos. Atendem uma demanda de trabalhadores que possuem altos níveis de especialidade. Como principal papel as Startups desafiam o sistema econômico atual quando inserem ferramentas tecnológicas inovadoras. No sistema corporativo sua função principal é a busca de minimizar custos de produção que em sua maioria significa extinção de processos e postos de trabalho.

Se o que realmente importa para uma Startup é gerar uma significativa melhora na vida das pessoas através de seus inovadores produtos e serviços, deve ser natural também a melhora do ecossistemas de trabalho dessas mesmas pessoas, ou seja, a melhora somente será significativa na medida de promover possibilidades de acesso a esses produtos e serviço. Mais produtos e serviços e menos oportunidade e qualidade de emprego ocasiona um desequilíbrio socioeconômico, marginaliza o ser humano.

Em ambos os Ecossistemas de Startups analisados, embora com um pequeno distanciamento entre eles na questão de investimentos estrangeiros, foi identificado que que essa nova modalidade de empreendedorismo procura se afirmar ao mundo como moderna, inovadora e necessária forma na busca de progresso. Contudo, ainda não contempla o que é essencial que é assegurar uma forma democrática de acesso ao trabalho na medida que prioriza: o trabalho especializado; beneficia geograficamente grandes centros econômicos; explora e oportuniza o trabalho de uma pequena e específica faixa de trabalhadores que geralmente já possuem acesso a recursos financeiros e alta escolaridade; e ainda estimulam e fomentam o subemprego, não justificando assim a disponibilização de altos investimentos governamentais na medida que não distribui renda de forma eficiente e democrática.

Isto posto, criar soluções inovadoras e tecnológicas para problemas sem soluções precisa ocorrer ancorado em um movimento progressista frente ao mercado de trabalho, mesmo que isso signifique um grande desafio a ser alcançado.

## REFERÊNCIAS

AD&C (2022b). Portugal 2020. **Agência para o Desenvolvimento e Coesão**. <https://www.adcoesao.pt/fundos/portugal-2020/portugal-2020-apresentacao/enquadramento/>

ALBERONE, M. Carvalho, R. Kircove, B. **Sua ideia ainda não vale nada – O guia prático para começar a validar seu negócio.** Rio de Janeiro, 2012.

BECK, ULRICH, A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In:* GIDDENS, A.; BECK, U.; SCOTT, L. (Orgs.). **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** São Paulo: UNESP. 1997

BLANK, Steve. **The four steps to the epiphany.** K&S Ranch, 2013.

BRASIL, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, **Startup 4.0 Report análise das startups brasileiras no campo da indústria 4.0.** Disponível em: <<https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/STARTUPS4.0REPORT6.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 128 de 19 de dezembro de 2008.** Altera a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp128.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm)>. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRITO, Rebeca de Oliveira et al. **A uberização e seus reflexos no direito do trabalho.** 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política; Conferência.** Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005.

CHIAVENATO, Idalberto. **Empreendedorismo: dando asas ao espírito empreendedor.** São Paulo: Manole, 2013.

COUÑAGO, Pedro Miguel Lourenço. **Twitter e Web Summit 2019: Um estudo de caso.** 2020. Dissertação de Mestrado.

DORNELAS, José. Empreendedorismo: **Transformando idéias em negócios.** 5. ed. Rio de Janeiro: Empreende/LTC, 2014.

FIDALGO, Sofia Alexandra Figueiredo. **A Inovação como Fator Impulsionador de Novos Produtos e Serviços: um Caso de Estudo de Startups Portuguesas.** 2019. Tese de Doutorado. Instituto Politecnico de Braganca (Portugal).

FIDALGO, Sofia Alexandra Figueiredo. **A Inovação como Fator Impulsionador de Novos Produtos e Serviços: um Caso de Estudo de Startups Portuguesas.** 2019. Tese de Doutorado. Instituto Politecnico de Braganca (Portugal).

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança.** 12ª Edição. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1979.

- GIDDENS, A. **O mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo por nós. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.
- GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.
- GRANOVETTER, M. Ação econômica e estrutura social: o problema da imersão. **RAE-eletrônica**, v. 6, n. 1, Art. 9, jan./jun. 2007.
- GROSFUGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 80: mar. 2008.
- HENRY, Marvin et al. A typology of circular start-ups: an analysis of 128 circular business models. **Journal Of Cleaner Production**, v. 245, p. 118528, fev. 2020.
- IANNI, Aurea. Choque antropológico e o sujeito contemporâneo: Ulrich Beck entre a ecologia, a sociologia e a política. In: **Revista Sociologias**, v.14, n.30, Porto Alegre, 2012.
- Jasperneite, I. J. (2012). **Was hinter begriffen wie industrie 4.0 steckt. computer automation**. Disponível em: <<http://www.computer-automation.de/steuerungsebene/steuern-regeln/artikel/93559/0/>>.
- MÉSZÁROS, István. **Educação para além do capital**. 2.ª ed. São Paulo: Boitempo, 2008. (Mundo do Trabalho).
- MINAYO, M. C. de S.(org.). **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MORAES, R. R., CAVALCANTE, H. D. S., BRASIL, A. T., & Botelho, M. A. D. S. (2012). **Empreendedorismo Start Up**: um Estudo de Caso em uma Empresa de tecnologia no Estado do Pará. Simpósio de Excelência em Gestão e tecnologia
- NAGAMATSU, F. A., BARBOSA, J., & Rebecchi, J. (2013). Business model generation e as contribuições na abertura de startups. In **Anais do II simpósio internacional de gestão de projetos (II SINPEP) e simpósio internacional de inovação e sustentabilidade**. São Paulo, PR. Disponível em: <<http://repositorio.uninove.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/556/659-1192-1-RV%20-%20business%20model%20generation.pdf?sequence=1>>.
- PORTUGAL, Porto, Porto Business School, **Fact & Features – Ecosistema de Empreendedorismo em Portugal**, Disponível em: <[https://www.pbs.up.pt/media/5949/facts\\_features\\_entrepreneurial\\_act.pdf](https://www.pbs.up.pt/media/5949/facts_features_entrepreneurial_act.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2023.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz, **Direito empresarial esquematizado**, Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2016, p. 346.

RIES, Eric. **Lean Startup: how constant innovation creates radically successful businesses**. New York: Crown Business, 2011. 336 p.

SANCHES, E. C.; PICANÇO, F. C. A.; PERIOTTO, T. R. C. **A dinâmica do ecossistema de inovação e o perfil dos empreendedores de startups de Maringá**, 2017. *Empreendedorismo & Inovação*, 319.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

Silva, A. M. N. M. (2014). **The Determinants of Participation in R&D Subsidy Programmes: Evidence from Firms and S&T Organisations in Portugal** [Dissertação de Mestrado, Faculdade de Economia do Porto]. Repositório Aberto da Universidade do Porto. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10216/77083>>.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura. **Sociologias** (UFRGS), Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

STEININGER, Dennis. Linking information systems and entrepreneurship: a review and agenda for itassociated and digital entrepreneurship research. **Information Systems Journal**, v. 29, n. 2, p. 363-407, 3 ago. 2018.

Zachary, G. P. A. (2012). Geografia global da inovação. **Wall Street Journal**. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/HTML/ijse1109p/zachary.htm>>.

## O DANO MORAL COLETIVO À LUZ DA ADPF N. 944: A QUEM DESTINAR OS RECURSOS

João Alberto Alves Machado\*  
Guilherme Guimarães Feliciano\*\*

\* Vice-Presidente Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2023-2025). Desembargador Federal do Trabalho. Professor universitário.

\*\* Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho no biênio 2017-2019. Livre-Docente (Universidade de São Paulo), Pós-Doutor (IGC/CDH – Universidade de Coimbra) e Doutor (Universidade de Lisboa, Universidade de São Paulo) em Direito. Acadêmico Titular da Cadeira n. 43 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Coordenador dos Núcleos de Pesquisa e Extensão “O Trabalho além do Direito do Trabalho” e “Meio Ambiente do Trabalho” (DTBS/FDUSP).

### RESUMO

Com o ajuizamento da ADPF n. 944-DF, a Confederação Nacional da Indústria pretendeu limitar, no âmbito da Justiça do Trabalho, as possibilidades judiciais de destinação dos dinheiros arrecadados por conta de condenações de empresas ao pagamento de indenizações por danos morais coletivos e por danos sociais. O artigo demonstra que essa pretensão é inadmissível, do ponto de vista processual, por conta do princípio da subsidiariedade, como também é improcedente, do ponto de vista material, em razão do binômio pertinência/eficiência que deve informar tais destinações, das próprias diretrizes hermenêuticas que devem reger a matéria e da inadequada compreensão de que as destinações atípicas configurem “ativismo judicial” censurável.

**Palavras-chaves:** 1. Danos morais coletivos. 2. Danos sociais. 3. Fundo de Defesa de Interesses Difusos. 4. ADPF n. 944-DF. 5. Ativismo judicial.

### ABSTRACT

With the presentation of the ADPF n. 944-DF, the National Confederation of Industry intended to limit, within the scope of the Labor Court, the judicial possibilities for the allocation of money collected because of convictions of companies to pay compensation for collective moral damages and for social damages. The paper demonstrates that this claim is inadmissible, from a procedural point of view, because of the principle of subsidiarity, and also unfounded, from a material point of view, because of the pertinence/efficiency binomial that must inform such destinations, because of hermeneutical guidelines and because of the inadequate understanding that atypical destinations constitute objectionable “judicial activism”.

**Keywords:** 1. Collective moral damages. 2. Social damages. 3. Fund for Defense of Diffuse Interests. 4. ADPF n. 944-DF. 5. Judicial activism.

### Sumário

1. Introdução
2. Primeiras aproximações: o dano moral coletivo e sua reparação. Sobre destinos e finalidades
3. A destinação das indenizações por danos morais coletivos e sociais na jurisprudência atual: uma breve referência
4. A ADPF 944-DF e seus aspectos processuais. O princípio da subsidiariedade

Recebido: 20/09/2023  
Aprovado: 25/09/2023

JUSTIÇA DO TRABALHO  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



5. A ADPF 944-DF e seus aspectos meritórios (1): a pertinência/eficiência dos fundos de defesa de interesses difusos para os danos de base laboral
  6. A ADPF 944-DF e seus aspectos meritórios (2): a necessária construção hermenêutica dialógica
  7. A ADPF 944-DF e seus aspectos meritórios (3): “ativismo judicial”?
- Considerações finais

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 16 de fevereiro p.p., a Confederação Nacional da Indústria (CNI) apresentou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 944-DF, que pretende ver reconhecida a inconstitucionalidade das decisões judiciais que destinam indenizações (*rectius*: compensações) por danos morais coletivos e/ou danos sociais para fundos ou finalidades outras que não sejam aquelas previstas literalmente no art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – doravante, LACP).

Na opinião da CNI, com efeito, essas destinações “atípicas” configurariam reprovável elemento de ativismo judicial, cabendo ao Supremo Tribunal Federal dar cobro dessa prática e determinar, com vinculatividade abstrata e eficácia “*erga omnes*”, a estrita aplicação dos dinheiros obtidos em condenações judiciais por danos morais coletivos ou sociais, no âmbito da Justiça do Trabalho, adstrita ao fundo do art. 13 da LACP; ou, se muito, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), instituído pela Lei 7.998, de 11.1.1990 (art. 10).

Na dicção da peça, contrariam o ordenamento jurídico em vigor as “*decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, em ações civis públicas, nas quais, ao invés de haver ordem de reversão dos valores das condenações a um Fundo gerido por um Conselho Federal, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/1985, outras destinações vêm sendo dadas a esses valores*”.

A relatora, Min. Rosa Weber, entendeu pelo descabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, propondo a extinção do processo sem resolução de mérito (com toda razão, a propósito, como adiante apontaremos). Seguiram-se os votos dos Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes e o voto-vista do Ministro André Mendonça, em sentido contrário, porque todos conheciam da ADPF; e, bem assim, o voto do Ministro Edson Fachin, acompanhando a d. Relatora. . A seguir, na sessão virtual plenária de 23/6/2023 a 30/6/2023, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Os autos foram devolvidos para julgamento em 2/8/2023, com previsão de agendamento para a pauta de 11/8/2023 a 21/8/2023. A questão, portanto, segue em aberto no momento do fechamento deste estudo (17/8/2023).

Nada obstante – e independentemente do que venha a decidir o Excelso Pretório –, esse tema está a merecer uma análise mais cuidadosa e garantista, para além dos eflúvios emocionais que se leem cá e lá, geralmente a reboque de críticas mal postas a um suposto “ativismo judicial”.

Vejam com maior vagar, retomando reflexões que já publicamos em outros ensejos.

## 2 PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES: O DANO MORAL COLETIVO E SUA REPARAÇÃO. SOBRE DESTINOS E FINALIDADES

É fato que o tema do dano moral coletivo (e do dano social, que com ele se conecta) ainda suscita intensas polêmicas em doutrina e jurisprudência. Em se tratando de dano moral coletivo, ainda

no século passado, lecionava Carlos Alberto Bittar Filho:

[...] Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). (45-46)

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim destrinchada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação - que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária. Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil.”

**(Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.** Jus.com.br. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/revista/texto/6183>. Acesso em: 17 ago. 2023).

No mesmo sentido se encaminha XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO (**Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2007, p. 136):

[...] pode-se elencar como pressuposto necessário à configuração do dano moral coletivo, de maneira a ensejar a sua respectiva reparação, (1) a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente, pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas); (3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (4) o nexó causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (*lato sensu*); [...]

No mais, o Eg. STJ tem reiteradamente decidido pelo cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Neste sentido:

[...] 3. CONDENAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS. CABIMENTO  
[...]  
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o posicionamento de ser possível, em tese, a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela parte demandada atingir, sobremodo, valores e interesses fundamentais do grupo, afigurando-se, pois, descabido negar a essa coletividade o ressarcimento de seu patrimônio imaterial aviltado.  
(REsp 1.315.822-RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 16/04/2015)

No particular, merece transcrição as lapidares lições lançadas pelo Ministro relator em seu voto:

[...] 4. **Da Condenação por Danos Morais Extrapatrimoniais. Cabimento.**

Em que pese a existência de respeitáveis opiniões quanto ao não cabimento de reparação por danos morais transindividuais (por todos, Teori Albino Zavascki, in *Processo Coletivo - Tutela*

de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, Ed. Revista dos Tribunais. Ed. 2006), sob o argumento de que o abalo psíquico, por envolver, necessariamente, dor, sentimentos inerentes ao indivíduo, seria incompatível com a indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação da lesão (com ressonância, inclusive, em julgados desta Corte de Justiça - REsp ns. 598.281; 971.844), certo é que a jurisprudência mais recente do STJ tem superado o referido entendimento, para admitir a existência de dano extrapatrimonial coletivo e o correspondente dever de repará-lo.

E o faz com esteio em expressa previsão legal. O artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é explícito ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. De igual modo, o artigo 1º da Lei de ação civil pública, admite a pretensão reparatória por danos extrapatrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo.

Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem perfilhado o posicionamento de ser possível, em tese, a configuração de dano moral coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela parte demandada atingir, sobremodo, valores e interesses fundamentais do grupo, afigurando-se, pois, descabido negar a essa coletividade o ressarcimento de seu patrimônio imaterial aviltado.

Ainda ao mesmo propósito, citem-se os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.

[...]

7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.

9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDeI no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que “não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).

11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.

12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.

13. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014)

A dogmática atual afasta-se, pois, da concepção individualizada do abalo psíquico, para reconhecer a existência de dano extrapatrimonial coletivo indenizável sempre que a lesão ou a ameaça de lesão vulnerar, de modo contundente, valores intrínsecos à própria coletividade ou a grupo determinado de indivíduos.

De outra parte, é relevante considerar a compreensão corrente – agora posta em xeque no âmbito do Excelso Pretório – de que a indenização fixada, nas hipóteses de danosidade coletiva, deverá ser revertida em benefício de instituições, projetos ou iniciativas que atuem na tutela dos direitos e interesses da coletividade atingida pela conduta ilícita sancionada pela sentença.

Nesse sentido, nos lindes deste Regional, é imperioso referir as decisões proferidas pelo Desembargador Lorival Ferreira dos Santos no Processo 0012540-40.2019.5.15.0077 (RO) e no Processo 0011225-93.2020.5.15.0027 (RO), ambos julgados pela 5ª Câmara da 3ª Turma do TRT 15ª Região, *mantendo* – com insuperáveis argumentos – a destinação dos recursos das indenizações a *entidades locais nas comunidades alcançadas pelos danos*.

Isto foi assim – e, antecipamos, *deve sempre ser* – porque é intuitivo que, se o dano extrapatrimonial é coletivo, a coletividade diretamente prejudicada deve ser a principal beneficiada com o produto da indenização (ainda que não seja a única), o que traduz verdadeiro pressuposto para considerar atendido o princípio da reparação integral do dano causado.

Para tanto, por outro lado, afigura-se razoável que entidades ou projetos a serem beneficiados sejam indicados pelo Ministério Público em conjunto com o Juízo ou Tribunal, operando-se a

especificação final do destino na fase de cumprimento do julgado (e ouvida para tanto, se necessário, a própria comunidade prejudicada).

De outra parte, a pura e simples destinação dos recursos ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), como parece ser a tese agora “ressuscitada”, não vinha se revelando capaz, de modo geral – e considerando as atividades do Fundo –, de atender ao desiderato de promover a recomposição dos direitos imateriais e do patrimônio moral da comunidade atingida.

A propósito, vale lembrar que o FAT foi criado pela Lei n. 7.998/1990 para o custeio do Programa de Seguro Desemprego, de modo que a sua finalidade precípua se restringia a prover assistência material ao trabalhador desempregado. Trata-se de finalidade que, embora importante e de grande alcance social, não se revela capaz de atender ao requisito da máxima reparação possível do dano moral coletivo causado.

Em verdade, em se tratando de danos morais coletivos, em virtude da natureza metaindividual dos direitos atingidos, *deve-se buscar a restituição das partes ao estado anterior, na medida do possível*, adotando-se as medidas obrigacionais ou pecuniárias mais aptas a cumprir esse desiderato; e, se isso não for possível, convirá sempre *compensar economicamente a própria comunidade atingida*, evitando-se a externalização do proveito.

No particular, e como exemplo emblemático do Eg. TRT da 15ª Região, é importante registrar que, no acordo celebrado ao ensejo da ACP 0010230-31.204.5.15.0079, ajuizada em face do Grupo Odebrecht, foram atendidas solicitações diversas contemplando inúmeros hospitais, asilos, casas de repouso e saúde e entidades beneficentes e religiosas de amparo a crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiências e doenças diversas, manejando de modo socialmente justo os recursos disponibilizados (que acabaram sendo direcionados para aproximadamente 80 instituições distribuídas por cerca de 31 Municípios do Estado de São Paulo).

Da mesma maneira, não se pode deixar de apontar o inegável acerto na amplitude de atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário no que concerne ao direcionamento dos recursos decorrentes do acordo celebrado no famoso e emblemático caso Shell-Basf, como assinala, com propriedade, Raimundo Simão de Melo. *“In verbis”*:

Por esse acordo, a empresa assumiu, entre outras obrigações, as de dar atendimento médico vitalício a 1.058 vítimas, entre ex-trabalhadores e familiares, além de outras que comprovem sua necessidade no futuro, bem como a pagar uma indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 200 milhões, a serem destinados pelo Ministério Público do Trabalho a instituições por ele indicadas (Processo TST-RR 22200-28.2007.5.15.0126), para fins assistenciais.

Esse valor de R\$ 200 milhões parece até elevado (a 1ª e a 2ª instância arbitraram essa indenização em R\$ 622 milhões). Todavia, considerando-se o tamanho dos danos causados com referida contaminação, com a ceifa da vida de muitas pessoas, enquanto outras estão doentes e muitas na iminência da eclosão das doenças, e a capacidade econômica da empresa Shell, chega-se a outra conclusão, qual seja, a indenização, que tem por fim punir exemplarmente o ofensor, não foi elevada.

Desse valor, considerado o maior da história da Justiça do Trabalho em termos de indenização por danos morais, o Ministério Público do Trabalho doou R\$ 120 milhões para instituições da área da saúde, como o Centro Infantil Boldrini e a Fundacentro, em Campinas. Já o Hospital do Câncer de Barretos recebeu R\$ 70 milhões, sendo que parte dessa doação viabilizou o Centro de Pesquisa Molecular em Prevenção de Câncer, em Barretos, inaugurado em março. Outros R\$ 30 milhões foram investidos no Centro de Diagnóstico de Câncer de Campinas.

Com essa doação, o Hospital de Câncer de Barretos (SP) construiu uma unidade em Campinas (SP), o Hospital de Amor (inaugurado em 18/7/2017), em terreno doado pela prefeitura local, destinada à prevenção e tratamento da doença, e para manter centros móveis na cidade, pesquisa, prevenção, tratamento e educação em oncologia. São cinco unidades móveis (carretas), quatro adaptadas e equipadas para o diagnóstico e realização de exames de colo do útero, pele e pulmão,

e uma para a educação, direcionada para as escolas, no intuito de despertar nos jovens o interesse por hábitos saudáveis, qualidade de vida e para o diagnóstico precoce e os cuidados na prevenção ao câncer.

O caso, sem dúvida, foi um marco importante nas atuações do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, não somente na defesa da saúde dos trabalhadores, mas também para viabilizar considerável benefício a grande massa da população da região de Campinas, onde ocorreu uma das maiores contaminações, com incalculáveis consequências sociais e humanas.

De outra parte, foi acertada a destinação da indenização, revertendo-a em benefício da população, para combate e prevenção do câncer, por um dos mais importantes e respeitados hospitais da América Latina no tratamento da referida doença.

Assim, o artigo 13 da lei da ação civil pública, que manda que o valor das indenizações coletivas seja revertido para recuperação dos bens lesados, certamente foi bem cumprido e atingirá a sua finalidade. Foi melhor do que mandar para o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), que, apesar do nome, não cumpre a finalidade atribuída pela lei, qual seja, recuperar os bens lesados.”

**(Indenização do caso Shell foi bem aplicada na construção de hospital.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-23/reflexoes-trabalhistas-indenizacao-shell-foi-bem-aplicada-construcao-hospital> . Acesso em: 17 ago. 2023).

Além desses recursos, vale ainda ponderar que parte dessas indenizações também permitiram o financiamento da construção do Barco Hospital Papa Francisco, inaugurado oficialmente em agosto de 2019. Sediado na cidade de Óbidos, no Pará, o barco atende a mais de 1000 comunidades ribeirinhas na região amazônica, contando com uma estrutura moderna que contempla consultórios médicos, odontológicos, centro cirúrgico, sala oftalmológica, laboratório de análise e equipamentos de diagnóstico, além de leitos de enfermaria e sala de vacinação.

Eis a primeira lição a se apreender: como o produto da indenização deve ser destinado à coletividade, *não existem fundamentos legais ou jurídicos para reverter seu pagamento apenas à categoria profissional ou ao sindicato, e tanto menos a comunidades ou populações não afetadas*, o que limitaria seu alcance e campo de abrangência.

Nessa ordem de ideias, os Tribunais poderiam – e deveriam – regulamentar os procedimentos, em parceria com o Ministério Público, de modo claro e transparente, valendo-se para tanto, inclusive, da realização de *audiências públicas*; e, a par disso, criando, que por meio de resoluções ou atos regulamentares similares, um cadastro de entidades, projetos e iniciativas. Poder-se-ia, ademais, estabelecer critérios gerais para orientar o direcionamento dos valores das indenizações às comunidades lesionadas em cada caso concreto.

O dano moral coletivo é essencialmente transindividual, de natureza coletiva típica, tendo como destinação os interesses difusos e coletivos; logo, não se compatibilizando com a lógica própria da tutela de direitos individuais homogêneos. Tal controvérsia tem por baliza o alcance e o cumprimento da norma inscrita no artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública, que determina, de forma expressa, que, “[h]avendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. E, no entanto, até o momento não houve a constituição de fundos, por conselhos federais ou estaduais, com a amplitude de atuação e finalidade requerida pela legislação de regência para as questões de meio ambiente do trabalho.

Ora, a pura e simples remessa de valores ao FAT, com a devida vênia, pelos mais variados fatores não tem logrado atender ao intuito que inspirou a ideia de construção de fundos para reparação de danos causados, mormente porque o FAT é um fundo genérico de âmbito geral, que não contempla

projetos individualizados ou regionais. Atente-se, ademais, para a somatória de recursos já naturalmente destinados ao FAT, cuja proposta orçamentária para o ano de 2023 é da ordem de impressionantes R\$ 111,90 bilhões de reais, sendo que, desse total, R\$ 78,90 bilhões serão destinados ao pagamento do seguro-desemprego e do abono salarial, ao passo que R\$ 23,7 bilhões serão repassados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico ao BNDES. E, ao serem comparados esses importes com os valores e os benefícios alcançados nas destinações específicas, não se pode deixar de considerar que, apesar de serem comparativamente pequenos os valores liberados para projetos e comunidades locais, *a repercussão nessas coletividades tem sido expressiva e duradoura, gerando efeitos multiplicadores.*

O exame dos números e a experiência concreta demonstram que a gestão unificada e centralizada dos recursos não tem se revelado eficaz. Ao reverso, a gestão descentralizada tem proporcionado melhores frutos e resultados. Daí porque, em nosso entendimento, o foco deve estar, sempre, na busca pelo aprimoramento da gestão e da destinação dos recursos, tendo por escopo atender aos interesses duradouros da comunidade lesada pelo dano que se busca reparar. Daí porque as indenizações por danos morais coletivas, porquanto endereçadas a uma coletividade, devem sobretudo se destinar à melhoria e/ou à recomposição da vida das pessoas que integram essa mesma coletividade ou grupo, visando a amenizar ou neutralizar o dano causado, por meio da atuação de entidades ou projetos específicos indicados pelo Ministério Público, com oportuna chancela pelo juiz natural da causa, para melhor atender ao interesse público coletivo.

Verticalizemos, porém, esse debate, tendo agora em conta os argumentos específicos vazados na ADPF n. 944-DF.

### **3 A DESTINAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS COLETIVOS E SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL: UMA BREVE REFERÊNCIA**

A ADPF 944-DF foi distribuída à Min. Rosa Weber e, até este momento, não houve apreciação liminar. É certo, porém, que se identifica uma importante resistência a destinações que não revertam aos fundos de defesa de direitos difusos (LACP, art. 13), federal ou estaduais, e/ou ao FAT. Vejam-se, *e.g.*, TST, RR 18543220105030111, rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 24/6/2015, 4ª Turma, publ. 26/6/2015; TRT 20, RO 00019295120155200005, rel. Des. Jorge Antonio Andrade Cardoso, publ. 13/9/2018; TRT 1, RO 01010325920175010241, rel. Des. Rogerio Lucas Martins, j. 5/6/2019, 7ª Turma, publ. 15/6/2019; TRT 3, AP 00350000620085030056, rel. Des. Paula Oliveira Cantelli, j. 20/8/2020, 4ª Turma, publ. 20/08/2020 (conquanto, nesse caso, em razão da coisa julgada); e assim sucessivamente.

Em sentido diverso, por outro lado, veja-se, *e.g.*, TST, ARR 1019008520055050131, rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, j. 30/9/2020, 1ª Turma, publ. 2/10/2020. Nesse julgado, o saudoso Ministro Walmir Costa mantinha – por razões processuais, é verdade – a destinação da indenização por dano moral coletivo, em unidade baiana da Ford Motors Company, para o *Funtrad/BA*<sup>1</sup> e não para o FAT.

Há, com todas as vênias, tanto naquele repto judicial como nesse pendor jurisprudencial mais restritivo, ao menos quatro equívocos – e, com eles, um grande retrocesso argumentativo – que devem ser trazidos à luz.

Analise-os doravante.

1 “Fundo de Promoção do Trabalho Decente”, vinculado à Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte (SETRE) do Estado da Bahia.

#### 4 A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Em primeiro lugar, e com todas as vênias, a ADPF não admitiria sequer conhecimento, porque viola o princípio da subsidiariedade, ínsito à regência processual das arguições de descumprimento de preceito fundamental, nos precisos termos da Lei 9.882, de 3.12.1999.

Com efeito, tal ação de controle abstrato de constitucionalidade é de restritíssima via, eis que “a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta” (art. 4º); e, na forma do respectivo parágrafo 1º, “[n]ão será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Ora, o cabimento ou não da destinação das indenizações por danos sociais e morais coletivos a determinado fundo, e a suficiência das respectivas instâncias de gestão (i.e., se atreladas ou não a um “conselho federal”), são questões a serem aferidas caso a caso, sob o rigor da garantia do juiz natural, nas ações civis públicas e coletivas que reclamem tais compensações.<sup>2</sup> Daí porque, à partida, a ADPF 944-DF não deveria sequer ser admitida, por absoluta inadequação, *ut* art. 485, VI, 2ª parte, do CPC.

#### 5 A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (1): A PERTINÊNCIA/EFICIÊNCIA DOS FUNDOS DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS PARA OS DANOS DE BASE LABORAL

Em segundo lugar, deve-se ter em conta que os preditos “fundos de defesa de interesses difusos”, previstos no art. 13 da LACP, não estão sequer completamente constituídos em todos os Estados da Federação; e, de um modo geral, os usos previstos pelas respectivas regulamentações não dizem respeito, por exemplo, à saúde e segurança do trabalho (ou, dir-se-á com melhor técnica e maior abrangência, ao **meio ambiente do trabalho**, *ut* art. 200, VIII, *in fine*, c.c. art. 225, *caput*, da CRFB). Não raro, prestam-se a intervenções restaurativas no meio ambiente natural ou no patrimônio cultural brasileiro, por exemplo.

Ora, a finalidade das “indenizações” de índole coletiva que se obtêm após o reconhecimento de danos ao meio ambiente – inclusive o do trabalho – é precisamente recuperar o bem jurídico coletivo, *na sua especificidade ontológica*; ou, se menos, minorar os impactos deletérios da atividade lesiva ou perturbadora. Essa é a razão, aliás, pela qual a Lei 12.288, de 20.7.2010 (Estatuto da Igualdade Racial) introduziu, no precitado art. 13 da LACP, o seu atual parágrafo 2º:

[...] §2º. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (g.n.)

2 V., *e.g.*, STF, ADPF 172-RJ (MC), rel. Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, j. 10.6.2009. V. ainda RTJ 184/373, RTJ 189/395. Na doutrina, v., por todos, GOMES, Ana Cláudia Nascimento. O destino da ADPF 944/DF e de outras propostas genericamente contra “decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho”. **Migalhas de peso**. Migalhas, 24.2.2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/360396/o-destino-da-adpf-944-df-e-o-principio-do-juiz-natural-do-trabalho>. Acesso em: 16 mar. 2022.

Com efeito, é da melhor doutrina que todo dano merece uma reparação justa e, preferencialmente, passível de reverter fenomenicamente a situação criada (de lesão a um determinado bem jurídico) ao seu “*status quo ante*”, evitando-se a transformação maciça de todos os direitos em pecúnia<sup>3</sup> (= patrimonialização)<sup>4</sup>; e essa é, a rigor, a ideia mais adequada de “reparação integral” que deve informar o tratamento jurídico dos danos difusos e coletivos. E, justamente por isso, mesmo a destinação ao FAT termina sendo, ao mais das vezes, algo *inservível* para a recomposição do bem jurídico coletivo especificamente lesado ou ameaçado, quando estivermos tratando de direitos difusos e coletivos de cariz laboral.

Imagine-se, p. ex., a hipótese de uma indenização por dano moral coletivo derivado da exploração de mão-de-obra análoga a de escravo (CP, art. 149); ou ainda a de uma indenização por dano social derivado do reiterado descumprimento das regras de saúde e segurança do trabalho impostas pela NR 18 para o setor da construção civil. Caso esses valores sejam revertidos para o FAT (Lei 7.998/1990, art. 11, V), servirão basicamente para custear benefícios previdenciários “*lato sensu*”, como são o seguro-desemprego (Lei 7.998/1990, arts. 3º e 4º) e a bolsa de (re)qualificação profissional (Lei 7.998/1990, art. 2º-A). Tais benefícios são concedidos difusamente, por todo o território nacional, de acordo com as políticas do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat).

Logo, é certo que, no final das contas, os recursos destinados aos tais “fundos geridos por conselhos” não beneficiarão própria e especialmente a comunidade ou o município diretamente afetado pela cooptação de trabalho escravo contemporâneo, no primeiro caso; ou tampouco a categoria profissional diretamente prejudicada (trabalhadores da construção civil), no segundo caso. A finalidade da indenização, que se alinha à ideia-força do princípio da “*restitutio in integrum*”<sup>5</sup> (*supra*) – ainda que nem sempre se alcance a plena restauração (o que, diga-se claramente, é natural e aceitável, precisamente

- 3 TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. **Revista de Direito Público**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n1p149>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- 4 De nossa parte, já dissemos alhures que o Direito do Trabalho contemporâneo padece de três grandes vícios: ele se *patrimonializou* demais (o que se revela no pendor pelas reparações pecuniárias, mesmo no campo dos interesses difusos e coletivos), como também se *individualizou* demais (e isso também se revela nas decisões judiciais que pretendem distribuir os dinheiros decorrentes das indenizações por danos morais coletivos aos próprios trabalhadores; v., e.g., ) e, por fim, *contratualizou-se* demais (e, quanto a isso, veem-se já tendências de “terceirização” dos riscos, no campo dos interesses difusos e coletivos, por meio da contratação de seguros específicos para esses sinistros, o que pode estimular o desinvestimento em prevenção/precaução). Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*; v. também FELICIANO, Guilherme Guimarães. Prefácio. In: NETO, Alberto Nemer; ROCHA, Cláudio Jannotti da; FILHO, José Rizk; PIMENTA, José Roberto Freire; BRITTO, Ricardo José Macêdo de. **Direito material e processual do trabalho constitucionalizados**. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020, v. 4 (Processo Coletivo do Trabalho), *passim*; FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Discurso de posse**. Brasília: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 27.11.2020. Disponível em: <https://andt.org.br/academicos/guilherme-guimaraes-feliciano>. Acesso em: 8 mar. 2022.
- 5 Afinal, cabe entender – especialmente em tema de meio ambiente do trabalho – que, “[...] *em caso de dano ambiental especificamente considerado, não sendo possível a restauração natural no próprio local, a chamada restauração in situ, deverá ser invocada a compensação por equivalente ecológico (restauração ex situ), por meio da substituição do bem afetado por outro que lhe corresponda funcionalmente. [...] Desse modo, tem-se que o princípio da reparação integral impõe o dever de se buscar a reparação do dano ambiental de forma a se restabelecer o equilíbrio ecológico por meio de ações que visem ao retorno da situação evidenciada de forma mais próxima ao status quo ante. Em não sendo possível, deve-se buscar a adoção de medida compensatória equivalente, de sorte a propiciar algo próximo daquilo que era antes da sua ocorrência, que se traduz, ao fim e ao cabo, em mecanismo voltado ao restabelecimento do equilíbrio ecológico*”. MILARÉ, Édis; FRANCO, Rita Maria Borges. *Reparação integral: “pensando” melhor*. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano 37, n. 133, p. 57-58, mar./2017.

porque estamos lidando com uma *norma-princípio*, i.e., com um “*Optmierungsgebot*”<sup>6</sup>) –, estará larga e severamente comprometida.

## 6 AADPF944-DFE SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (2): A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DIALÓGICA

Em terceiro lugar – e em acréscimo ao argumento anterior –, a impugnação judicial prefere desconhecer as lições da hermenêutica clássica em torno dos *métodos de interpretação*; neste caso, em especial, os métodos de interpretação *histórica, sistemática e teleológica*, que devem preferir à própria interpretação gramatical. Essa via de inteligência, a propósito, não é “facultativa”, nem pressupõe juízes mais “progressistas”; ao revés, deriva do expresso e positivo teor da legislação vigente: nos termos do Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – doravante, LINDB), “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”.

Ora, a interpretação histórica supõe que a fonte formal do direito seja interpretada de acordo com as condições do meio social e do momento em que a fonte foi elaborada, impondo um olhar para o passado. Já a interpretação teleológica requer, na direção do art. 5º da LINDB, que o intérprete ultrapasse os baremas da lógica formal e construa uma semântica que assegure o melhor proveito ao bem da vida ou ao interesse jurídico tutelado pela fonte.<sup>7</sup> E a interpretação sistemática, enfim, busca construir objetivamente o sentido e o alcance da norma, no contexto do sistema jurídico-positivo em que ela se insere – com seus princípios, regras e valores (“*mens legis*”) –, relativizando a inteligência do legislador histórico (“*mens legislatoris*”).<sup>8</sup>

Para questões como a deste estudo, as duas últimas são as que devem prevalecer,<sup>9</sup> considerando-se sobretudo o tempo considerável que medeia entre a publicação da LACP (1985) e o tempo presente: são praticamente *trinta e sete* anos de evolução processual (com um novo CPC em 2015) e de transformações institucionais (com a ressignificação da Justiça do Trabalho pela EC 45/2004) que não podiam ser sequer cogitadas em meados dos oitentas.

Nesse caso, é de rigor considerar que, em diversas hipóteses, o sistema legal brasileiro revela a estrita necessidade de que os ativos derivados de condenações por danos coletivos sirvam essencialmente à reparação/promoção dos próprios bens jurídicos coletivos lesados ou ameaçados. É o que se dá com os danos ambientais, para os quais foram originalmente pensados para o(s) fundo(s) de defesa de interesses difusos do art. 13 da LACP; ou com os danos coletivos derivados de atos de discriminação ética, como dito há pouco, cujas indenizações também devem reverter para aquele(s) fundo(s) do art. 13

6 “Mandado de otimização”. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp.75-77 e 122-125.

7 V., por todos, JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Interpretação*. Revista AJURIS. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 16, n. 45, p.7 e ss., mar. 1989.

8 V., e.g., LOBO, Jorge. *Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 72, p.125-146, abr./jun. 2019.

9 Nesse sentido, a propósito, Miguel Reale ponderava que “o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação do texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presente os da mesma espécie existentes em outras leis: destarte, a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 287 e ss.).

da LACP, mas com afetação específica às “ações de promoção de igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racional [...] ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais” (LACP, art. 13, §2º), conforme a extensão geográfica do próprio dano; ou, ainda, para os danos coletivos derivados de ilícitos praticados contra crianças e adolescentes, cujas indenizações devem reverter para o Fundo da Criança e do Adolescente (FDCA).<sup>10</sup>

Ocorre, porém, que esse nível de especialização gerencial não se verifica (ainda) em todas as hipóteses-modelos de lesões a interesses difusos e coletivos; não há, por exemplo, um fundo para a promoção da saúde e da segurança do trabalho, ou um fundo para a promoção da liberdade sindical (e nem haverá, diante da atual resistência do próprio Poder Executivo federal – e, por consequência, de setores importantes do Congresso Nacional – à criação de “fundos autônomos” que impactem ou imobilizem parcialmente o orçamento da União)<sup>11</sup>.

Para situações como essas, a única maneira de se conferir *coerência* ao sistema jurídico-positivo e atender minimamente a finalidade da indenização judicialmente deferida, convergindo para o princípio da “*restitutio in integrum*” (e sua especificidade intrínseca), é admitir que o juiz ou tribunal, na condição de sujeito político concretizador das normas-princípios<sup>12</sup> (e revelador da capacidade de aprendizagem das normas constitucionais em geral)<sup>13</sup>, possa estabelecer *destinações especiais, sob balizas claras de gestão* – o que não significa, registre-se, criar fundos “judiciais” a esmo, à base da caneta, sem diálogo interinstitucional e mínimas condições de viabilidade a longo prazo –, que atendam à especialidade do dano e sirvam à reparação/promoção específica do bem da vida lesado ou ameaçado. A não ser assim, certos interesses difusos e coletivos estarão sempre mais bem atendidos do que outros, apenas porque aqueles primeiros foram primeiramente e/ou casuisticamente galardoados pelo legislador federal ordinário, estabelecendo-se uma “hierarquia” de proteção jusfundamental que não se justifica constitucionalmente.

## 7 A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (3): “ATIVISMO JUDICIAL”?

Em quarto lugar, e por último, cabe entender bem essa interminável polêmica do “ativismo judicial”, até mesmo porque envolve frequentemente jogos semânticos perigosos. O que é ser “ativista”? Julgar conforme a Constituição, *apesar* da lei? Se for isto, o Supremo Tribunal Federal talvez seja, de todos, o mais “ativista” dos tribunais; e estaremos inadvertidamente fazendo coro com recentes clamores

10 Lei 8.069/1990, art. 260.

11 Veja-se, p. ex., o caso do PL n. 6.786/2016 (que advém de anteprojeto elaborado no âmbito da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho., quando a presidimos, e que “[r]egulamenta o art. 97 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no âmbito da União, cria o Fundo de Modernização do Poder Judiciário da União e dá outras providências”): conquanto se trate de iniciativa legislativa destinada a basicamente regulamentar um fundo já previsto pela legislação em vigor (CPC/2015, art. 97), a resistência à sua tramitação é de tal ordem que, até o presente momento, o projeto sequer foi votado na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados. Confira-se em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26582-projeto-que-cria-fundo-de-modernizacao-judiciario-da-uniao-recebe-parecer-favoravel-na-comissao-de-trabalho-da-camara> (acesso em 16.2.2022). A proposta foi apresentada, em 21.12.2016, pelo Dep. Alessandro Molon, e obteve, na CTASP, parecer favorável do relator, Dep. Wolney Queiroz, com substitutivo.

12 V. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.1086-1087.

13 *Id.*, *ibid.*, p. 1085. V. também FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: Inflexões do “due process of law” na tutela processual de direitos humanos fundamentais. São Paulo: LTr, 2016, subseção 12.2, IV. Entre os autores alemães, procure-se pela expressão “*Lehre-Fähigkeit*”.

de “indignação” – inclusive de altas autoridades da República<sup>14</sup> – que flertam com o imobilismo judiciário, com uma ideologia retroliberal radicada no século XVIII (do juiz “*bouche de la loi*”)<sup>15</sup>, com a falência do saudável regime de “*checks and balances*” que anima as repúblicas e, algures, com a autocracia e o autoritarismo. A ser assim, ademais, estaríamos condenando aos umbrais da ilicitude qualquer esforço de controle difuso de constitucionalidade por parte de juízes e tribunais por todo o mundo.

Diriam os detratores da ideia, por outro lado, que a aderência das leis à Constituição suscita múltiplas opiniões, o que levaria a uma grande insegurança jurídica; e que, portanto, cumpriria sempre privilegiar a presunção de legitimidade e constitucionalidade das leis, algo iterativamente desacatado pela copiosa jurisprudência “ativista”, especialmente no campo laboral. Mas, a seguir por aí, o debate seria estatístico: em quantas ocasiões a lei trabalhista aprovada, promulgada e sancionada teve a sua constitucionalidade questionada? Poderíamos afirmar que, mesmo em relação à Lei 13.467/2017, tão ampla e incisivamente criticada – inclusive por nós –, a maioria dos novos preceitos teve a sua vigência negada por algum sub-reptício expediente “hermenêutico”? Ou, ao revés, a despeito das críticas doutrinárias mais extensas e inespecíficas (inclusive no sentido de que “toda” a reforma trabalhista seria ilegítima<sup>16</sup> e/ou inconstitucional), deve-se reconhecer que a discussão jurisprudencial ateu-se, finalmente, a determinados *temas sensíveis* – independência judicial, direito fundamental à desconexão, direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, direito fundamental ao trabalho decente (e, logo, não precário), autonomia sindical etc. –, que realmente suscitam dúvida quanto à legitimidade constitucional, inclusive do ponto de vista da literalidade dos preceitos (v., e.g., o caso dos artigos 790-A e 791-A, §4º, da CLT, na perspectiva do art. 5º, LXXIV, da CRFB, vertido na ADI 5.766-DF)?

Parece claro que uma análise desapassionada, a partir da própria pesquisa jurisprudencial, decerto apontará nessa última direção.

Então, afinal, concluiremos que a jurisprudência trabalhista não padece desse “ativismo” malsão, tantas vezes vociferado como a mais odiosa distorção legada pela Justiça do Trabalho. Há, sim,

14 Cf., e.g., <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-diz-que-barroso-fez-politicalha-ativismo-judicial-ao-mandar-abrir-cpi-da-pandemia-3-24963045>, acesso em 16.3.2022.

15 Porque, nas repúblicas, a lei – e apenas ela – seria a “rainha de todos os mortais e imortais”; jamais “justa” ou “injusta”, mas sempre soberana. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 21 (a obra foi escrita originalmente em 1748). As interpretações judiciais, portanto, seriam sempre “declaratórias”, jamais constitutivas; aliás, os juízes sequer deveriam se organizar em carreiras – não teria cabimento um corpo judiciário profissionalizado, como há nas democracias contemporâneas –, mas, antes, cumpririam mandatos circunscritos cronologicamente, de modo a que os tribunais durassem “apenas o tempo necessário”. Essa visão de mundo, *d.v.*, já não se sustenta há muitas décadas. Nesse sentido, v., e.g., TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide: The role of politics in judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010, *passim* (e sua teoria realista do Direito); BARAK, Aharon. **Purposive interpretation in law**. Trad. Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005, *passim* (com a tese unificadora da dita “interpretação intencional”, convergindo para o que propusemos acima); e, para uma releitura particular e crítica da obra de Oliver Wendell Holmes Jr. (a partir de uma compreensão menos formalista das possibilidades do direito judiciário), v. ALSCHULER, Albert W. **Law without values: The life, work, and legacy of Justice Holmes**. Chicago/London: University of Chicago Press, 2001, p. 98 e ss. (referindo, a partir de Holmes, a figura do “*deductive formalist bogeyman*”, ou “bicho-papão dedutivo-formalista”).

16 V., e.g., o Enunciado nº 1 da Comissão 1 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra, 2018): “*A Lei nº 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material*”. Cfr. FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael. **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**: Organizados por assunto. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Enunciados-da-2-Jornada-de-Direito-Material-e-Processual-do-Trabalho-da-ANAMATRA-Organizados-por-Assunto-1-1.pdf>. Acesso em: 16.3.2022.

falácia e resistência ideológica; mas não há fundamentos efetivos. Como dissemos, noutra contexto, o diabolizado “ativismo” nada mais é, as mais das vezes, do que o produto de uma “inexorável mudança de perspectiva”: hodiernamente,

“[...] não se pode mais interpretar a Constituição pelas lentes míopes das leis, como se o legislador fosse o único intérprete autorizado do texto constitucional. Manda a hermenêutica contemporânea, libertada dos arreios do positivismo jurídico (e diz-se dela, por isso mesmo, ser “pós-positivista”), que se interpretem as leis conforme a Constituição; não o contrário. Eis aqui, altaneiro, o princípio da supremacia da Constituição, festejado aos quatro ventos desde a célebre sentença do juiz Marshall no caso *Marbury x Madison*. Se a lei é contrária à Constituição, deve ser expungida do sistema; se a lei admite variegadas interpretações, deve-se optar pela interpretação conforme a Constituição; se a lei é lacunosa, deve-se completá-la com os princípios constitucionais. [...]”<sup>17</sup>

Nessa direção é que se devem compreender, afinal, as decisões judiciais que determinam destinações “alternativas” às indenizações por danos coletivos (sejam morais, sejam sociais): **construções judiciais de adequação legítima da legislação em geral – e do art. 13 da LACP em especial – às necessidades do caso concreto, para a efetiva reparação/promoção do bem da vida vulnerado pela(s) conduta(s) do réu**. E sempre revisitamos, a esta altura, a indefectível dicção de Marinoni:

“[...] a norma constitucional que afirma a ação institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva [...]. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva **obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito**, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que **a ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo**. [...]”<sup>18</sup>

Não há como dizer ou entender melhor.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já se afirmou que o ato humano de julgar, nos foros e tribunais, dá-se por empréstimo divino. De nossa parte, jamais chegaríamos a tanto.

A justiça dos homens é, ao revés, genuinamente humana, como tem de ser, com todos os predicamentos inerentes à humanidade. É racionalizante, mas também intuitiva; é limitada e ocasionalmente falha, mas também pacificadora. Tanto mais pacificadora, aliás, quanto mais se aproxime dos valores subjacentes à norma jurídica.

Essa constatação enseja, mais uma vez, a ressignificação da máxima de Coríntios 2, 3: “*A letra mata, mas o Espírito vivifica*”. O art. 13 da LACP, nesse sentido, deve ser entendido para além da sua letra, com vislumbres mais francos do seu espírito.

17 FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo judicial” para bom entendedor. **Folha de S. Paulo**, 25.5.2009, p. 3 (Opinião). V. também BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

18 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. I, p.285-291 (g.n.).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALSCHULER, Albert W. *Law without values: the life, work, and legacy of justice Holmes*. Chicago/London: University of Chicago Press, 2001.

BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. Trad. Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

BIITAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Jus.com.br*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/revista/texto/6183>. Acesso em: 17 ago. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.1086-1087.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo judicial” para bom entendedor. *Folha de S. Paulo*, 25.5.2009, p. 3 (Opinião).

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Discurso de posse*. Brasília: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 27.11.2020. Disponível em: <https://andt.org.br/academicos/guilherme-guimaraes-feliciano>. Acesso em: 8 mar. 2022.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do “due process of law” na tutela processual de direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Prefácio. In: NETO, Alberto Nemer; ROCHA, Cláudio Jannotti da; FILHO, José Rizk; PIMENTA, José Roberto Freire; BRITTO, Ricardo José Macêdo de. *Direito material e processual do trabalho constitucionalizados*. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020, v. 4 (Processo Coletivo do Trabalho).

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*: organizados por assunto. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Enunciados-da-2-Jornada-de-Direito-Material-e-Processual-do-Trabalho-da-ANAMATRA-Organizados-por-Assunto-1-1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

,GOMES, Ana Cláudia Nascimento. O destino da ADPF 944/DF e de outras propostas genericamente contra “decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho”. **Migalhas de peso**. Migalhas, 24.2.2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/360396/o-destino-da-adpf-944-df-e-o-principio-do-juiz-natural-do-trabalho>. Acesso em: 16 mar. 2022.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Interpretação**. **Revista AJURIS**. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 16, n. 45, mar. 1989.

LOBO, Jorge. Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 72, abr./jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização do caso Shell foi bem aplicada na construção de hospital. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-23/reflexoes-trabalhistas-indenizacao-shell-foi-bem-aplicada-construcao-hospital> . Acesso em: 17 ago. 2023.

MILARÉ, Édís; FRANCO, Rita Maria Borges. Reparação integral: “pensando” melhor. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano 37, n. 133, p. 57-58, mar./2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004,

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide**: the role of politics in judging. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. **Revista de Direito Público**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n1p149>. Acesso em: 8 mar. 2022.

## A PROIBIÇÃO DE RECURSO À TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E O *DESPEDIMENTO-PARA-TERCEIRIZAR*: SOBRE O NOVO ARTIGO 338.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO DE PORTUGAL

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

João Leal Amado\*

Como diria Vinicius de Moraes, o contrato de trabalho é como o amor: eterno enquanto dura! A verdade é que, como tantas outras, cedo ou tarde a relação jurídico-laboral acaba por se extinguir, produzindo-se então a ruptura definitiva do vínculo contratual. E o tema é, como se sabe, de enorme importância, tanto do ponto de vista teórico como prático, até porque muitas das questões relacionadas com a situação jurídico-laboral apenas são discutidas no momento da sua extinção (ou após a sua extinção), pois, não raro, só então o trabalhador se sente em condições de questionar judicialmente o comportamento do empregador.

Acontece que o tema da cessação do contrato de trabalho é também um tema particularmente sensível, nele se entrecruzando aspetos sociais, humanos e económicos da maior relevância. A extinção do contrato significa, para o trabalhador, perder o emprego. E é sabido que, quando a perda do emprego ocorre sem ou contra a vontade do trabalhador, as consequências dessa perda, a nível social e humano, podem ser devastadoras, sobretudo quando se trate de trabalhadores pouco qualificados e já não muito jovens. É que, seja ou não um meio de realização pessoal, o emprego representa, tipicamente, a fonte de sustento do trabalhador. A perda daquele implica, portanto, a privação desta.

É certo que, no atual contexto de *flexigurança*, se procura desdramatizar essa perda do emprego. A tônica é colocada na ideia de transição, o trabalhador que é despedido não fica propriamente desempregado, fica como que num “intervalo entre empregos”... Vistas as coisas sob este prisma, tanto o emprego como o desemprego são, por definição, situações transitórias, devendo a aposta residir no empoderamento (*empowerment*) das pessoas, no reforço da sua posição no mercado de trabalho, na promoção da sua empregabilidade, em ordem a que elas possam dar resposta aos desafios emergentes, sem ansiedades existenciais. Nesta linha, escreve, exemplarmente, ROBERT REICH: «Na geração anterior, ser despedido correspondia a um insucesso moral, uma falha pessoal, uma ferida profunda. O despedimento significava que a pessoa não conseguira fazer o que se esperava dela, ou que já não era

Recebido: 02/08/2023

Aprovado: 10/08/2023

capaz de o fazer. Assim, um despedimento arrastava uma perda profunda de auto-estima»<sup>1</sup>.

Resta saber se correspondia ou se corresponde. Se arrastava ou se ainda arrasta<sup>2</sup>. Não parece que se deva remeter a estabilidade no emprego para a arca das velharias inúteis, optando por consagrar o princípio do despedimento livre ou *ad nutum*, segundo o qual, *free to hire, free to fire*, permitindo-se que o empregador despeça o trabalhador por qualquer razão, ou mesmo sem razão. A doutrina do *employment-at-will* representa, sem dúvida, o grau máximo de flexibilidade laboral (flexibilidade contratual “de saída”). Tem, porém, o sério inconveniente de abrir as portas ao arbítrio patronal, instituindo a precariedade como traço indelével de toda e qualquer relação de trabalho – e assim legitimando o chamado “precariado”. Com efeito, admitir o despedimento por livre decisão do empregador, sem um qualquer motivo ponderoso e comprovável a justificá-lo, seria, em retas contas, sujeitar os trabalhadores à arbitrariedade ou à perseguição individual. Acresce que aquela doutrina do *employment-at-will* é claramente violadora da Convenção nº 158 da OIT, ratificada por Portugal nos anos noventa do século passado<sup>3</sup>, bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo art. 30.º estabelece que todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa.

Seguro parece, em qualquer caso, que o clássico dito de DUPEYROUX não perdeu validade: toda a legislação do trabalho – como um grande pião bojudo – gira à volta do bico fino e aguçado que são as normas sobre os despedimentos. A lei portuguesa rejeita o despedimento *ad nutum*, não reconhece ao empregador o direito de despedir arbitrariamente, sem explicações, sem justificação, sem indicação de motivo. Entre nós, o despedimento é uma *declaração vinculada*, porque a validade do ato extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos que a lei considera justificativos da cessação da relação de trabalho. Quando esses motivos existirem – e só quando existirem – o empregador terá então o direito de proceder ao despedimento do trabalhador, direito este que consiste, estruturalmente, num *direito potestativo extintivo da relação jurídico-laboral* (e não num qualquer direito subjetivo em sentido estrito)<sup>4</sup>.

1 *O Futuro do Sucesso (Trabalhar e Viver na Nova Economia)*, Terramar, Lisboa, 2004, p. 133.

2 «A perda do emprego implica para o trabalhador a perda da sua principal ou exclusiva fonte de rendimentos e transporta consigo consequências de natureza psíquica, familiar e social que a política de assistência material no desemprego dificilmente compensa e seguramente não apaga, por mais generosa que seja. Estudos de vária ordem, designadamente sociológica, permitem estabelecer, com um mínimo de rigor, uma tipologia das consequências do desemprego, consequências naturalmente variáveis, quantitativa e qualitativamente, em função de fatores vários, nomeadamente de natureza psicológica, familiar e social e da própria causa da perda do emprego. O trauma provocado pela perda do emprego afeta profundamente a própria personalidade do trabalhador, implicando, com frequência, perturbações fisiológicas e psíquicas: sente-se humilhado, inútil, atingido no seu brio profissional, vítima de uma medida injusta, objeto da piedade pública ou particular. Altera-se o seu quotidiano, o tempo e o ritmo da sua vida, restringe-se, ou modifica-se, o círculo da sua convivialidade. Ele sente-se, frequentemente, culpado perante os membros do seu agregado familiar, deteriorando-se, nalguns casos, as respetivas relações. Em situações de desemprego, sobretudo quando prolongado, acentua-se a tendência para a marginalidade e mesmo para o suicídio». Estas palavras são de JORGE LEITE e datam já de há quase quatro décadas (*Coletânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 239). Mas alguém ousará dizer que elas perderam atualidade?

3 A exigência de motivação do despedimento patronal encontra guarida no art. 4.º da Convenção n.º 158 da OIT, de 1982 (cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador), aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 55/94, de 27 de agosto.

4 A este propósito, há que não confundir o *direito potestativo de despedir* com o *direito de despedir arbitrariamente*, visto que mesmo em ordenamentos jurídico-laborais como o português, que rejeitam o despedimento imotivado ou *ad nutum*, o direito de despedir, quando existe e nos moldes em que existe, traduz-se sempre num direito potestativo do empregador. Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, em diálogo com a doutrina brasileira, JOÃO LEAL AMADO, «O despedimento entre o direito potestativo e o ato *contra legem*: um olhar português», in *Trabalho, Castigo e Escravidão: Passado ou Futuro?*, Benizete Ramos de Medeiros e Ellen Hazan (org.), JUTRA, Ltr, São Paulo, 2017, pp. 99-108.

Como estabelece o art. 53.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), «é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos». «É proibido o despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos», lê-se também no art. 338º do Código do Trabalho (CT). E o que é a justa causa? Em termos simples, dir-se-á que o despedimento com justa causa se traduz na sanção disciplinar máxima suscetível de ser aplicada ao trabalhador. «Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho», estabelece o art. 351.º, n.º 1, do CT. A justa causa de despedimento assume, portanto, um caráter de infração disciplinar, de incumprimento contratual particularmente grave, de tal modo grave que determine uma perturbação relacional insuperável, isto é, insuscetível de ser sanada com recurso a medidas disciplinares não extintivas.

Aqui chegados, importa sublinhar: a proibição – legal e constitucional – do despedimento sem justa causa não significa que o ordenamento jurídico-laboral português apenas considere lícito o despedimento com justa causa. Com efeito, a par do despedimento com justa causa (causa subjetiva, baseada em factos imputáveis ao trabalhador), a lei admite e regula várias modalidades de *despedimento por causas objetivas*, isto é, por motivos da esfera da empresa, por razões económicas, de índole gestonária. Essas modalidades de despedimento por causas objetivas são três: o *despedimento coletivo*, o *despedimento por extinção do posto de trabalho* e o *despedimento por inadaptação* (este último já com alguns ingredientes de ordem subjetiva). A lógica subjacente a esta trilogia de despedimentos é marcadamente distinta da lógica disciplinar da justa causa, pelo que o respetivo regime jurídico também se diferencia nitidamente deste (ao nível dos procedimentos a observar antes do despedimento, dos efeitos produzidos pela decisão de despedimento, etc.).

O despedimento coletivo, em especial, baseia-se, segundo a lei, em *motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos*. Ora, nesta matéria a discussão foi reacendida, em Portugal, pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, diploma que aprovou a chamada “Agenda do Trabalho Digno” e que veio rever numerosas disposições do CT e demais legislação laboral. Aprovada depois de um longo e tormentoso processo legislativo, a nova lei contém, como seria de esperar, várias novidades de monta, muitas delas bastante polémicas e cuja interpretação vai dar lugar a um mar de dúvidas e dificuldades.

Uma das novidades que tem sido alvo de maior contestação, designadamente por parte das confederações patronais e por uma considerável legião de advogados, em grande parte oriundos de grandes escritórios de advocacia, decerto versados em *outsourcings*, *downsizings* e quejandos, consiste, sem dúvida, no art. 338.º-A do CT, norma aditada pela Lei n.º 13/2023, na qual, sob a epígrafe “Proibição do recurso à terceirização de serviços”, se estabelece: «Não é permitido recorrer à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho» (n.º 1). A violação desta proibição constituirá contraordenação muito grave, imputável ao beneficiário da aquisição de serviços, segundo dispõe o n.º 2 do mesmo preceito.

A nova norma tem estado debaixo de fogo intenso<sup>5</sup>. Alega-se que a mesma constitui um

5 A nível doutrinal, merece destaque o texto de PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, «Constituição e Agenda do Trabalho Digno», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, 2023, pp. 279 e ss., em especial pp. 292-311 (parecer jurídico elaborado pelos Autores a pedido do Conselho Nacional das Confederações Patronais), bem como as referências, curtas mas incisivas, de MARIA REGINA REDINHA, «Agenda do trabalho digno: *what's in a name?*», *APODIT, Newsletter Primavera'23*, pp. 6-8, e de ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 1082-1084.

atentado inadmissível à liberdade de organização empresarial, ao direito de propriedade privada e à liberdade de iniciativa económica privada, consagrada no art. 61.º da CRP. A empresa, diz-se, deixará de poder externalizar serviços, deixará de poder terceirizar, deixará de poder recorrer ao *outsourcing*, deixará de ter a liberdade de se reinventar e reorganizar, o empresário deixará de poder modelar a sua atividade como bem lhe aprouver, máxime concentrando-se no *core business* e externalizando as demais atividades, despedindo os trabalhadores que as exerciam e recorrendo, para aquele efeito, à terceirização de serviços.

Em suma, razões de eficiência e de competitividade empresarial imporiam, nesta perspetiva, que a faculdade de recurso ao *outsourcing* fosse ilimitada e sem freios, no seio de uma economia de mercado, baseada no direito de propriedade, na iniciativa económica privada e na busca do lucro, do máximo lucro, pelos investidores. Logo, a proibição estabelecida pelo novo art. 338.º-A do CT seria inconstitucional. Flagrantemente!

Será assim? Cremos que a norma em apreço suscita, de facto, grandes problemas, desde logo de ordem interpretativa. Qual é, afinal, o sentido e o alcance da nova norma legal? A este propósito, não podemos deixar de chamar a atenção para que, em rigor, esta nova norma, a despeito da sua epígrafe algo hiperbólica, não proíbe o recurso à terceirização de serviços, não veda o recurso ao *outsourcing*. O alcance do preceito é mais limitado: *o que se proíbe é que algo, em si mesmo lícito (a terceirização), seja efetuado por meio do recurso ao despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho, nos 12 meses anteriores; o que se veda é que o empregador recorra ao despedimento, eliminando emprego, em ordem a externalizar serviços; o que se pretende evitar, afinal, é que esse meio (o despedimento) seja utilizado para alcançar tal fim (a terceirização) – não porque o fim seja alvo de um juízo de desvalor, mas porque o meio utilizado, esse sim, é tido como desvalioso pela lei.*

Ora, este é, a nosso ver, o ponto. O despedimento consiste, decerto, numa das formas de cessação do contrato de trabalho, numa rutura do vínculo jurídico-laboral por iniciativa unilateral da entidade empregadora. O despedimento é isso, mas é, note-se, muito mais do que isso. O despedimento, como bem assinalam BAYLOS GRAU e PÉREZ REY, é também um *ato de violência do poder privado*. Com o despedimento, «a empresa, através da privação do trabalho a uma pessoa, procede à expulsão dessa pessoa de uma esfera social e culturalmente decisiva, vale dizer, de uma situação complexa em que, através do trabalho, esta obtém direitos de integração e de participação na sociedade, na cultura, na educação e na família. Cria uma pessoa sem qualidade social, porque a qualidade da mesma e os referentes que lhe dão segurança na sua vida social dependem do trabalho»<sup>6</sup>. E, como sublinham os autores, a violência do despedimento constitui um facto que não deixou de ser submetido a um processo de “civilização democrática” por parte do Direito do Trabalho – esse poder foi racionalizado, foi condicionado, foi procedimentalizado, foi formalizado, foi limitado.

A lei rejeita o despedimento *ad nutum*, a ordem jurídica não reconhece ao empregador o direito de despedir arbitrariamente, sem explicações, sem justificação, sem indicação de motivo bastante. A CRP consagra, não por acaso, a garantia da segurança no emprego como um dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, no seu art. 53.º. É certo que a era da nova economia globalizada, dinâmica, inovadora e ferozmente competitiva obedece à lógica do efémero, do volátil e do imprevisível, sendo incompatível com o ideal do *job for life* que, de algum modo, imperou no século passado. Daí, porém, não se segue inexoravelmente que o ordenamento jurídico tenha de contemporizar com despedimentos arbitrários, dispensando o empregador de justificar — e de justificar de forma bastante, com base em

6 *El Despido o la Violencia del Poder Privado*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 44.

fundamentos ponderosos — a sua decisão extintiva e isentando esta última do escrutínio judicial.

É isso que, cremos, importa sublinhar, para recentrar a discussão em torno da bondade ou maldade (e, o que é diferente, da constitucionalidade ou não) do novo art. 338.º-A do CT. O despedimento não é coisa de somenos ou banal, não é um mero detalhe sem importância, resultante de decisões gestonárias insindicáveis do empregador. *O despedimento é um ato expulsivo que lesa uma garantia constitucional.* A CRP salvaguarda o bem jurídico representado pelo emprego, tentando evitar que o mesmo seja sacrificado sem que para tanto existam motivos ponderosos e comprováveis. E isso vale, decerto, tanto para os motivos disciplinares, que podem originar um despedimento com justa causa, como para os motivos económicos, *lato sensu*, que podem fundar uma decisão de despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho.

O “despedimento por eliminação de emprego”<sup>7</sup>, que se baseia em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, não pode ser perspetivado como um ato de gestão virtualmente insindicável pelo tribunal, a coberto da liberdade de iniciativa económica do empresário. A liberdade económica e a propriedade privada, sendo valores constitucionalmente consagrados, têm de se concatenar com outros valores e direitos fundamentais, entre os quais a garantia da segurança no emprego. Não faz qualquer sentido, com efeito, afirmar o valor primacial da segurança no emprego, proibir o despedimento livre por parte da entidade empregadora e, do mesmo passo, sustentar que a entidade empregadora pode despedir com base em quaisquer motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, ao abrigo de uma liberdade de gestão que escaparia ao controlo judicial (descontados, claro está, os casos patológicos, de fraude, de simulação, de “abuso de direito”, por parte do empregador). Ou seja, a garantia da segurança no emprego e a proibição constitucional do despedimento sem justa causa significariam que o nosso sistema rejeitaria o *employment-at-will*, mas depois, bem vistas as coisas, haveria motivo para despedimento sempre que o empregador quisesse, desde que este invocasse um qualquer motivo de mercado, estrutural ou tecnológico. O empregador diria: não sou livre para despedir os trabalhadores, mas, desde que eu decida promover uma qualquer “reestruturação da organização produtiva” e a invoque, passo a poder despedir os trabalhadores, sem que o tribunal deva ou possa imiscuir-se nesta minha decisão de gestão.

Não cremos que isto seja defensável. Diga-se, aliás, que, em certo sentido, o Direito do Trabalho não é outra coisa senão um vasto sistema de controlo das decisões gestonárias do empregador, não se percebendo por que razão deveria deixar de sê-lo em face de uma decisão tão importante (tão destruidora de emprego e tão criadora de desespero) como é a de proceder a um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho<sup>8</sup>. E bom será não ter ilusões a este respeito. O objetivo magno da empresa privada capitalista não consiste em criar emprego para os trabalhadores, nem sequer em assegurar a manutenção daquele para estes, mas sim em gerar lucros para os respetivos sócios/acionistas. Ao Direito

7 Utilizamos a expressão cunhada por PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Principia Editora, Cascais, 2017, p. 247.

8 A este propósito, remetemos para as valiosas reflexões desenvolvidas, há bem mais de uma década, por JÚLIO GOMES, Autor que manifestava a sua preocupação por se vir impondo, na nossa doutrina e na nossa jurisprudência, um entendimento que praticamente esvazia a necessidade de fundamentação do despedimento coletivo. Como observa o Autor, não se vê como é que esta linha argumentativa se concilia com a exigência constitucional de justa causa para que haja despedimento: «Se a justa causa puder consistir numa decisão de gestão insindicável — por exemplo, na afirmação do empregador de que o despedimento coletivo é o meio necessário simplesmente para aumentar o lucro que a empresa já vem obtendo — não vislumbramos qualquer utilidade na exigência constitucional» (*Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 993). O Autor alertava, a nosso ver com inteira razão, para a necessidade de atender «a que a liberdade de iniciativa e a propriedade privada têm que concorrer com outros direitos fundamentais (como o direito ao emprego) e que o juízo de proporcionalidade necessário para conciliar em concreto a colisão entre este tipo de direitos fundamentais dificilmente se pode bastar com alegações de mera eficiência» (ob. cit., p. 992).

do Trabalho compete, justamente, evitar que a prossecução deste desígnio lucrativo sacrifique em demasia os interesses dos trabalhadores.

Parece-nos, por isso, excessivo sustentar a legitimidade do recurso ao despedimento por parte de empresas prósperas e lucrativas, com uma situação económico-financeira plenamente equilibrada, apenas em ordem a maximizar a eficiência e/ou ao incremento dos lucros. *Julga-se que a tutela constitucional da segurança no emprego impõe – tem de impor – um outro tipo de ponderação, que não menospreze o valor da manutenção do emprego, quer ao empregador quando toma a decisão, quer ao julgador quando chamado a sindicat os motivos da decisão daquele, quer ao próprio legislador, quando, como agora sucedeu no âmbito da “agenda do trabalho digno”, se propõe traçar um quadro jurídico-laboral para a terceirização de serviços.*

A importância do bem protegido — o emprego — impõe o respeito por critérios de racionalidade e de proporcionalidade aquando da decisão de despedimento, tomando em consideração o sacrifício que esta decisão comporta para os trabalhadores que dela são alvo. Admitir que um qualquer motivo de mercado, que uma qualquer opção gestonária — máxime, a de terceirizar serviços — possa, sem mais, legitimar o despedimento seria, afinal, hipostasiar a liberdade de iniciativa económica privada e fazer tábua-rasa da segurança no emprego. Seria ver no trabalhador um elemento descartável, seria tratá-lo como uma mercadoria, ignorando a pessoa, o ser humano que existe em cada trabalhador. Vivemos, decerto, numa economia de mercado, mas também vivemos num Estado social e democrático de direito, em que a CRP constitui a lei fundamental. E note-se, a este propósito, que a segurança no emprego não tem menos dignidade constitucional do que a livre iniciativa económica. Aliás, como se lê no n.º 1 do art. 61.º da CRP, «a iniciativa económica privada exerce-se livremente *nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*» (itálico nosso). Vale dizer, se a segurança no emprego não é, decerto, um direito absoluto, muito menos o é, convenhamos, a liberdade de iniciativa económica privada.

Reiteramos que o que vem de ser dito não significa que estejamos a tomar posição no debate sobre a bondade ou maldade substantiva do novo art. 338.º-A do CT. A norma é complexa, tem de ser devidamente interpretada e irá dar lugar, seguramente, a dificuldades aplicativas de monta. A este propósito, diríamos apenas que, salvo melhor opinião, se o legislador veio agora proibir, *expressis verbis*, o recurso à terceirização de serviços para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador que tenha sido alvo de um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho nos 12 meses anteriores, então isso significa que, no juízo do legislador, um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho que se fundamente na decisão gestonária de proceder a essa terceirização (visando, quiçá, reduzir custos, obter ganhos de eficiência, aumentar lucros) deve ser tido como ilícito, justamente com base na improcedência do respetivo motivo justificativo (art. 381.º, al. b), do CT). Trata-se, cremos, do verso e reverso da mesma medalha: *se a lei proíbe o empregador de terceirizar, para substituir trabalhadores que acabou de despedir, é porque a lei consagra a regra, ainda que de forma implícita, de que não é lícito despedir-para-terceirizar*. Talvez o atual n.º 1 do art. 338.º-A devesse passar para n.º 2. E o legislador, se fosse mais cuidadoso, deveria ter redigido um outro n.º 1 para esta norma, em termos próximos dos seguintes: «O despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho é ilícito caso vise a terceirização de serviços, nos termos do número seguinte».

Isto porque, ao contrário do que alguns supõem, nem todos os motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, genericamente referidos nas alíneas do n.º 2 do art. 359.º do CT, bastam para justificar um despedimento. Há sempre aqui, forçosamente, um juízo de proporcionalidade a fazer, juízo em que não se poderá perder de vista, para o dizermos com JÚLIO GOMES, «que a liberdade económica e a

propriedade privada (que para muitos tem, aliás, também uma função social) não são os únicos valores constitucionalmente consagrados e têm que se conciliar com outros valores e direitos, entre os quais o direito ao trabalho e o reconhecimento da necessidade de tutela da personalidade do trabalhador»<sup>9</sup> — e também, acrescentaríamos nós, com a garantia da segurança no emprego. Vale dizer, só se aqueles motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos possuírem, no caso concreto, um peso considerável, se forem realmente motivos ponderosos, só então o despedimento será lícito, só então a ordem jurídica aceita o desvalor traduzido no sacrifício do emprego dos trabalhadores atingidos por tal decisão — só então, na terminologia da CT, o motivo justificativo do despedimento será considerado procedente, nos termos da al. *b*) do seu art. 381.º

Não se acompanha, pelo exposto, a ideia segundo a qual esta nova norma teria vindo introduzir uma incongruência no sistema, registando-se aqui, segundo alguns autores, uma “incompatibilidade teleológica” entre o art. 338.º-A e o n.º 2 do art. 359.º do CT. Assim pensam, desde logo, PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUÍS GONÇALVES DA SILVA: «Deste modo, consideramos evidente que existe uma incompatibilidade teleológica entre a credencial de cessação e consequente proibição de contratação, com recurso a vínculos de diferente natureza. O que significa, dito de outro modo: o empregador pode recorrer — com habilitação constitucional e legal — ao despedimento coletivo (ou extinção de postos de trabalho) por razões empresariais — na terminologia legal, “motivos económicos”, reconhecidos como motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos —, mas fica impedido, durante 12 meses, de adequar a gestão empresarial à estratégia delineada, se esta consistir na externalização de serviços. Em termos práticos, o legislador impõe uma “sanção” por ter despedido, não obstante, reitera-se, a base constitucional e legal de tais despedimentos»<sup>10</sup>.

A nosso ver, não há aqui qualquer incompatibilidade teleológica, porque cremos que o raciocínio deve ser, justamente, o inverso. O que a nova norma quis dizer, ainda que de forma pouco clara e manifestamente inábil (e até incompetente), foi que a mera vontade patronal de terceirizar não constitui credencial bastante para despedir, licitamente, um ou vários trabalhadores. Ou seja, que essa terceirização de serviços, a ocorrer, deve ser realizada sem despedir, mas sim, porventura, integrando esses trabalhadores noutras atividades, em outros setores da empresa, celebrando acordos de pré-reforma ou, no limite, obtendo o acordo desses trabalhadores para a cessação dos respetivos contratos, mediante uma revogação bilateral, nos termos legais. Mas não, repete-se, através de uma decisão unilateral expulsiva e que priva o trabalhador do seu “ganha-pão”, como é o despedimento. Se esse despedimento-para-terceirizar ocorrer, ele deverá ser considerado ilícito, por improcedência do respetivo motivo justificativo. E, se essa terceirização se vier a verificar nos 12 meses subsequentes, tal constituirá uma contraordenação muito grave.

Reitere-se: haveria aqui, realmente, uma contradição valorativa insanável, uma quebra da unidade do ordenamento jurídico, se, por um lado, o CT considerasse lícito o despedimento baseado em motivos estruturais, com vista à terceirização de serviços, e, por outro lado, proibisse depois que essa terceirização de serviços fosse consumada. Se assim fosse, não se vê como escapar à conclusão de que a lei conteria uma inadmissível incongruência, como assinalam os autores acima referidos. Mas isto seria

9 *Direito do Trabalho*, cit., p. 994.

10 «Constituição e Agenda do Trabalho Digno», cit., p. 296. Em sentido próximo, cremos, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 1083. Referindo-se ao novo art. 338.º-A do CT, a Autora observa: «A lei tutela esta regra com muito vigor, ao qualificar a sua violação como uma contraordenação muito grave, *embora sem lhe associar qualquer consequência do ponto de vista da licitude do despedimento*» (itálico nosso). A nosso ver, tal consequência está no reverso da norma, qual cara e coroa da mesma moeda.

próprio de um legislador bipolar, que autorizaria o despedimento para terceirizar, numa norma, para logo depois, numa outra norma, proibir que, uma vez realizado o despedimento, a terceirização fosse por diante!!! Seria manifestamente absurdo. Mesmo que não se subscreva a nota de incorrigível otimismo contida, a este propósito, no art. 9.º, n.º 3, do Código Civil (CC), segundo o qual, «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados», sempre haverá de se presumir que o legislador não sofre de bipolaridade, autorizando a montante o que proíbe a jusante. O empregador perguntaria: posso despedir para terceirizar? A ordem jurídica responderia: sim, pode! E depois o mesmo empregador perguntaria: posso terceirizar, agora que já despedi? E a ordem jurídica responderia: não, não pode (ou só poderá após terem decorrido 12 meses)! *Nonsense...*

A nosso ver, a nova norma proibitiva — concorde-se ou não com ela — impõe ao intérprete uma releitura do sistema e a questão deve ser analisada a partir de um outro prisma. Se subentendermos, acompanhando KARL ENGISH, «que as regras de um ordenamento contêm um complexo homogêneo e harmonicamente solidário de pensamentos jurídicos»<sup>11</sup>, então, *justamente porque a nova lei proíbe a terceirização de serviços para satisfazer necessidades que eram asseguradas por trabalhadores despedidos nos últimos 12 meses, isso significa, implícita mas logicamente, que a lei considera que esse motivo (a decisão gestionária de terceirizar serviços) não constitui credencial bastante para legitimar o despedimento desses trabalhadores.*

Não somos, longe disso, acérrimos defensores da bondade substantiva da norma em causa ou do seu acerto técnico-jurídico. Vislumbramos, de resto, enormes — quiçá invencíveis — dificuldades aplicativas nesta sede, havendo aqui, desde logo, óbvias dificuldades de ordem temporal, (dir-se-ia: de sincronização jurídica), visto que a norma proíbe o recurso à terceirização de serviços para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador que tenha sido alvo de um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho nos 12 meses anteriores, sendo certo que o prazo de impugnação judicial de tais despedimentos é bem mais curto do que isso: seis meses, em caso de despedimento coletivo (art. 388.º do CT), sessenta dias, em caso de despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 387.º do CT). Tudo, pois, a fazer pensar que o legislador não andou bem, nesta matéria. É claro que, mesmo na ausência de impugnação judicial de tais despedimentos, a ACT deverá atuar, em sede contraordenacional, se verificar que a norma é violada, isto é, que, após ter procedido a um despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho, a empresa recorreu à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que eram asseguradas pelos trabalhadores despedidos. O que, logicamente, significa que, para a ordem jurídica, esses trabalhadores foram despedidos sem razão bastante — daí a punição do infrator, o autor do despedimento e beneficiário da aquisição desses serviços externos.

Tudo isto para além de as dúvidas, no plano interpretativo, também serem consideráveis, quer no que diz respeito à previsão da norma, quer no que diz respeito à sua estatuição. Por exemplo, a lei proíbe, de forma assumidamente imperativa, que a entidade empregadora, depois de despedir trabalhadores (por via do despedimento coletivo ou por extinção de posto de trabalho), recorra à aquisição de serviços externos a entidade terceira, para satisfazer necessidades que eram asseguradas pelos trabalhadores despedidos. A violação desta proibição constitui contraordenação, nos termos do n.º 2 do art. 338.º-A. Mas os contratos celebrados em violação desta proibição, com a tal “entidade terceira”, serão válidos? Como é sabido, os negócios celebrados contra disposição legal de caráter imperativo são nulos, salvo

11 *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, p. 118.

nos casos em que outra solução resulte da lei, como estabelece o art. 294.º do CC. Neste caso, como a lei sanciona a violação da proibição com uma sanção contraordenacional, talvez isso signifique que esta é uma norma *minus quam perfecta*, isto é, uma norma cuja violação importa uma pena, mas não a nulidade dos contratos celebrados contra essa proibição legal. Talvez. Mas há espaço para dúvidas<sup>12</sup>.

Por outro lado, importa levar em conta que a chamada “terceirização” é um fenómeno muito complexo, polimórfico, multiforme<sup>13</sup>. A matéria presta-se a desenvolvimentos que em muito transcendem o limitado escopo do presente texto, mas cabe distinguir, dentro do conceito lato de terceirização, entre a *terceirização interna*, aquela em que a empresa se serve de trabalhadores alheios, como se inserisse uma outra dentro de si (a empresa que utiliza trabalhadores disponibilizados por uma empresa de trabalho temporário, por exemplo, ou a empresa que recorre a empresas prestadoras de serviços especializados, para executar serviços de limpeza ou de vigilância, para dar outro exemplo), e a *terceirização externa*, em que a empresa como que faz o movimento inverso, jogando para fora de si algumas das etapas do seu ciclo produtivo, como se se lançasse dentro de outra (por exemplo, quando uma fábrica “externaliza”, passando para outra a fabricação de parte do produto)<sup>14</sup>. Será que a proibição de terceirização de serviços, estabelecida pelo art. 338.º-A do CT, se refere a todas aquelas modalidades de terceirização? Ou apenas a alguma ou algumas das suas variantes? É ponto discutível, que carece de reflexão mais detida. De resto, em certas hipóteses de “terceirização”, poderemos deparar com casos que consubstanciem uma autêntica transmissão de unidade económica, sem que possa haver aqui qualquer despedimento, por força da aplicação das normas do CT que garantem aos trabalhadores em causa a manutenção do emprego, apenas se registando mudança no plano subjetivo, de entidade empregadora, nos termos do art. 285.º do CT: o transmissário substitui o transmitente na posição de empregador nos contratos de trabalho dos trabalhadores da unidade económica em causa<sup>15</sup>.

12 Dúvidas tanto mais fundadas se nos não olvidarmos de que este art. 338.º-A, sendo inovador, se situa numa certa linha de continuidade com uma disposição, algo discreta mas constante do nosso CT há já vários anos, em matéria de trabalho temporário. Com efeito, o n.º 5 do art. 175.º do CT, relativo ao contrato de utilização de trabalho temporário (contrato de prestação de serviço celebrado entre a empresa utilizadora e a empresa de trabalho temporário, conforme esclarece o art. 172.º, al. c), do CT), estabelece: «Não é permitido celebrar contrato de utilização de trabalho temporário para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho». A violação desta proibição não constitui contraordenação, afigurando-se que a sanção, *in casu*, consiste na nulidade daquele contrato de utilização e considerando-se que o trabalho é prestado pelo trabalhador ao utilizador, em regime de contrato de trabalho *standard*, sem termo (art. 176.º do CT). Na doutrina, considerando que o n.º 5 do art. 175.º do CT estabelece uma condição negativa para a validade da celebração do contrato de utilização, *vd.*, por todos, MARIA REGINA REDINHA, *Relações Atípicas de Emprego (A Cautionary Tale)*, CIJE, Universidade do Porto, p. 103.

13 O nosso legislador usa agora esse termo, de cunho brasileiro (alguns preferem, em jeito de vera lusitanidade, o termo *outsourcing*). Mas, justamente no Brasil, a doutrina sublinha que terceirização é um neologismo oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como *intermediário*, *interveniente*. Nas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, «o neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa» (*Curso de Direito do Trabalho*, 17.ª ed., LTR, São Paulo, 2018, p. 534).

14 Sobre a distinção entre estas duas formas de terceirização, interna (a empresa internaliza trabalhadores alheios) e externa (a empresa externaliza etapas do seu ciclo produtivo), *vide* MÁRCIO TÚLIO VIANA, *Para Entender a Terceirização*, LTR, São Paulo, 2015, *passim*. O Autor conclui que as diferentes formas de terceirizar têm efeitos comuns: em ambas a empresa externaliza custos e internaliza a lógica da precarização (ob. cit., p. 58).

15 Como é sabido, o conceito de transmissão, para estes efeitos, é muito abrangente, desde logo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, não pressupondo, necessariamente, a existência de uma relação contratual direta entre transmitente e transmissário. Para desenvolvimentos sobre o ponto, MILENA SILVA ROUXINOL, AA.VV, *Direito do*

Em suma, se tivéssemos voto na matéria, aconselharíamos o legislador a ponderar, a reformular esta norma, a pensar melhor numa forma congruente e tecnicamente sólida de traduzir, em letra de lei, a preocupação social que o anima, a preocupação com a salvaguarda de emprego estável e com o combate à precarização laboral que amiúde está no bojo da terceirização. No mais, sobre a conformidade ou desconformidade constitucional do novo art. 338.º-A, trata-se de matéria discutível e o princípio da proporcionalidade terá, decerto, de ser judiciosamente aplicado. *O que nos impressiona e até nos revolta é, todavia, o “argumentário mercadológico” que por vezes tem sido mobilizado para contestar esta norma, sem qualquer atenção para com o valor constitucional da segurança no emprego, sem qualquer sensibilidade para com as consequências destrutivas tantas vezes resultantes de uma decisão de despedimento, sem qualquer respeito pela pessoa que há em cada trabalhador atingido pelo despedimento. Tudo secundarizado, tudo olvidado, tudo facilmente sacrificado em nome de alegados ganhos de eficiência e, quiçá, de maiores margens de lucro*<sup>16</sup>.

Não é essa, cremos, a ponderação de valores que a CRP obriga a efetuar. Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana, em que o trabalhador é titular de direitos fundamentais de primeira grandeza. Portugal não é uma República em que vigorem, sem mais e acima de tudo, as leis do mercado e em que o trabalhador seja livremente descartável, por mera conveniência da entidade empregadora. Como J. J. GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE lapidarmente afirmaram, «a proteção da salvaguarda, conservação e estabilidade no emprego é reconhecida, no plano jurídico-constitucional, como um “bem”, “direito” ou valor constitucional eminente, o que não pode deixar de o fazer prevalecer nos casos de *colisão ou conflito* desse bem ou direito com outros bens, mesmo se constitucionalmente protegidos (exemplos: rentabilidade da empresa, racionalidade económica, direitos e interesses da entidade patronal, etc.)»<sup>17</sup>.

Assim era no séc. XX, assim continua a ser, cremos, no séc. XXI. ROSÁRIO PALMA RAMALHO fornece um exemplo que ilustra perfeitamente a questão. Escreve a Autora: «Imagine-se que, no âmbito de um processo de reestruturação financeira, a empresa promove o despedimento coletivo dos trabalhadores não essenciais para a sua operação económica e extingue o serviço da cantina, o serviço médico e a secção da segurança, contratando para o mesmo efeito, uma empresa de *catering*, uma clínica médica, cujos profissionais se deslocam à empresa, e uma empresa de segurança, que prestam esses serviços de modo mais especializado mas a um preço mais baixo; ou ainda que a mesma empresa, depois de encerrar uma qualquer secção, recorre a uma ETT para assegurar essa atividade através de trabalhadores temporários, dentro dos requisitos de admissibilidade do trabalho temporário». A Autora conclui: «À luz da norma do art. 338.º-A, estes contratos de prestação de serviço correspondem a situações de *outsourcing* proibido, o que não faz sentido do ponto de vista dos objetivos do despedimento»<sup>18</sup>.

Ora, a nosso ver, é aqui que, justamente, bate o ponto. Mal ou bem, com justificação bastante

.....  
*Trabalho – Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 855-861.

16 Há muito que a nossa melhor doutrina denuncia a tendência, de matriz neoliberal, para colocar a empresa, e não o trabalhador, no centro das preocupações do direito laboral (a empresa como novo “maître à penser”) e para que o social se degrade em mero subproduto do económico — por todos, J. J. GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, «A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», *separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1988, p. 9.

17 Loc. cit., p. 25.

18 *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., pp. 1084-1085, n. 1810.

ou insuficiente, quiçá até de forma contraproducente, estamos convictos de que *aquilo que o legislador pretendeu, com o novo art. 338.º-A, foi precisamente instituir a regra segundo a qual despedir-para-terceirizar, ainda que possa ser uma medida racional, de ponto de vista da eficiência empresarial, não é uma medida proporcional, pela violência inerente ao sacrifício do emprego dos trabalhadores despedidos*. O desejo empresarial de terceirizar tem de ser temperado, pois, pela necessidade de respeitar os contratos de trabalho em vigor, não legitimando decisões unilaterais extintivas dos mesmos por banda do empregador. A livre iniciativa económica e a liberdade de organização empresarial, sendo valores constitucionais, têm de se concatenar com a garantia fundamental da segurança no emprego. E, na visão da “agenda do trabalho digno” — discutível, claro, mas não aberrante, nem constitucionalmente absurda —, despedir alguns trabalhadores (porventura mais antigos e com vínculos por tempo indeterminado) para, ato contínuo, os substituir por outros (porventura mais jovens e com vínculos precários), por exemplo através de uma ETT, é uma operação que pode ser economicamente racional, mas que é tida como juridicamente desvaliosa<sup>19</sup>.

Vale dizer, a racionalidade económico-financeira da decisão de gestão não implica, inexoravelmente, a licitude do despedimento realizado para pôr em prática aquela decisão. O direito não se confunde com a economia, o direito possui uma axiologia própria, distinta, que concede importância, isto é, que valoriza o emprego e a pessoa humana que está a ser privada do emprego em virtude daquela decisão gestonária. Certo, o direito não pode ignorar a lei do mercado, mas também, convenhamos, o direito não se pode limitar a vergar-se perante o mercado<sup>20</sup>. O direito regula, permite, prescreve, proíbe. E, na ponderação de valores a efetuar, a eficiência pode ter de ceder, em homenagem à salvaguarda do emprego daquelas pessoas. É uma ponderação complexa, delicada. Mas, se bem o lemos, o que o art. 338.º-A pretende sinalizar é, precisamente, que meras considerações de eficiência, ligadas à terceirização de serviços, não bastam para justificar despedimentos, não servem de credencial para legitimar o ato de violência expulsiva (e, por vezes, destrutiva) em que o despedimento se analisa. Por outras palavras: aquilo que o legislador quis dizer com esta nova norma (de forma conscienciosa, de forma audaciosa ou, quiçá, de forma demasiado audaciosa) foi que, se o preço a pagar pela terceirização de serviços consistir em despedimentos, então esse preço é demasiado elevado.

O que vem de ser escrito, concedemos, não reabilita o disposto no art. 338.º-A, no plano técnico-jurídico, nem resolve as dúvidas sobre a (des)conformidade constitucional desta nova norma do CT. Estamos mesmo em crer que esta norma vai constituir um ato falhado do legislador. As dúvidas e dificuldades que a dita norma suscita, no plano interpretativo e aplicativo, irão, provavelmente, fazê-la sucumbir. Ainda assim, as notícias sobre uma nítida, flagrante e insofismável inconstitucionalidade deste

19 No caso do trabalho temporário, o desvalor jurídico desta operação é duplo, pois tal operação parece violar, não só o novo art. 338.º-A do CT, mas também o velho n.º 5 do art. 175.º do CT, implicando, por isso, a mobilização articulada de ambos os preceitos legais.

20 De certa forma, esta norma constitui uma magnífica ilustração daquilo que JORGE LEITE qualificava como uma das mais angustiantes e dramáticas questões da modernidade: como articular o mercado com o trabalho? Sujeitando este último às exigências daquele? Regulando aquele tendo em conta as necessidades deste? O Autor manifestava a sua apreensão perante a crescente tendência para o Direito do Trabalho desempenhar uma função de «frio instrumento de gestão empresarial» («A reforma laboral em Portugal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013). No caso do art. 338.º-A do CT, é notório que o legislador não concebe esta norma como mais um “frio instrumento de gestão empresarial”, bem pelo contrário. A norma pode é relevar de algum voluntarismo excessivo, a norma parece é ter sido mal desenhada e estar deficientemente calibrada — sem que se conteste a nobreza dos seus propósitos.

art. 338.º-A parecem-nos algo exageradas. E temos de reconhecer um mérito ao legislador. O legislador revela, com esta tosca norma, que tem plena consciência de que *terceirização rima com precarização*. Daí a proibição constante do art. 338.º-A. Mesmo que com falhas técnicas assinaláveis, é bom sinal que o legislador se preocupe com este fenómeno, é positivo que revele inconformismo em relação a este fenómeno. Submeter os processos de terceirização a um “controle civilizatório”<sup>21</sup> por parte do Direito do Trabalho parece-nos uma ideia de louvar, se queremos, realmente, levar a sério o princípio segundo o qual o trabalho não é uma mercadoria.

.....  
21 As palavras são de MAURÍCIO GODINHO DELGADO, **Curso de Direito do Trabalho**, cit., p. 581.

# OS NOVOS MODOS DE TRABALHAR E O INJUSTO ESTIGMA DA LEI TRABALHISTA

José Affonso Dallegrave Neto\*

\* Advogado; Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR; Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (FDUNL); Especialista em Ciências Humanas: História, Sociologia e Filosofia pela PUC-RS; membro da ABDT – Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho.

## Sumário

1. Introdução
2. Do modelo Fordista ao Toyotista
  - 2.1. O Volvismo e as diferenças entre os modos de produção
3. O modelo Uberista
  - 3.1. A *Gig Economy* e o impacto nas relações de trabalho
4. A quem interessa a flexibilização da lei trabalhista?
  - 4.1. O modelo *McJob* dos restaurantes *fast food*
5. O bezosismo da Amazon como novo paradigma de trabalho
6. Era uma vez um *patinho feio* chamado lei trabalhista
  - 6.1. O papel da OIT
7. Considerações finais

## 1 INTRODUÇÃO

O Capitalismo, como se sabe, é um sistema econômico nascido no Estado Moderno que pode ser dividido em três reconhecidas fases. A primeira denominada *comercial ou mercantil* (século XV a XVII); a segunda *industrial* (séculos XVIII e XIX); a terceira *financeira* (meados do século XX). Há quem sustente que somente com o aparecimento das indústrias o capitalismo se consolidou, ocasião em que surgiu o modo de produção fordista, toyotista e volvista. Com a era pós-industrial e a revolução tecnológica veio o modo uberista e, mais recente, o modo bezosista, inspirado nas medidas de Jeff Bezos aplicadas em seus armazéns de mercadorias.

Na quadra da história contemporânea, inaugurada pelos motes da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), tivemos o Estado Liberal (e a política do *laissez-faire* defendida por Adam Smith), o qual cederia lugar para o Estado de Bem-Estar Social (teoria desenvolvimentista de Keynes e a relação tripartite de cooperação: sindicatos, empregadores e Estado). Infelizmente, este *Welfare State* durou pouco, vez que a hegemonia capitalista<sup>1</sup>, aproveitando-se do

Recebido: 02/08/2023  
Aprovado: 10/08/2023

1 O conceito de hegemonia aqui adotado é aquele em que Gramsci se refere à supremacia de determinado grupo ou classe social e sua liderança moral e intelectual na sociedade civil; uma liderança exercida antes mesmo de chegar ao governo. Mais

endividamento das nações provocado pela crise do petróleo de 1973<sup>2</sup>, forçou a volta do modelo de mercado; desta vez turbinado e repaginado sob outro rótulo: *neo*-Liberalismo.

O resultado desta transição é o progressivo esvaziamento da legislação tutelar do trabalho e o desprestígio de seu órgão judicante. No campo socioeconômico, o que se vê é o recrudescimento da desigualdade social, a partir do implemento de modos de produção em que o trabalho é precarizado e o trabalhador cada vez mais controlado por uma parafernália digital. Este ataque orquestrado aos direitos trabalhistas se dá sob o pálio de uma ideologia (pós)moderna que incute a ideia de que todo trabalhador é (ou deve ser) um *empreendedor de si próprio*, dispensando assim a formalidade e a proteção da lei trabalhista. Esta estratégia neoliberal tem como objetivo enfraquecer a classe trabalhadora e alargar a margem de lucro das grandes corporações, que deixam de gastar com encargos sociais. A extensão do dano social aqui causado atinge não apenas um núcleo mínimo, mas de forma conjunta outras esferas da vida em sociedade, impondo-se, pois, o necessário resgate da nossa capacidade de indignação<sup>3</sup>.

Para demonstrar este trajeto de evolução (ou involução), abordaremos os modos de produção fordista e toyotista, além de comentar o volvismo dos países nórdicos. Dentro da nova quadra da Economia de Engajamento (*gig economy*) enfrentaremos o trabalho *on demanda* da Uber e o recém-chegado modelo bezosista da Amazon. Após isso, adentramos na análise da flexibilização da legislação trabalhista, o estigma que carrega a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e o papel da Organização Internacional do Trabalho.

## 2 DO MODELO FORDISTA AO TOYOTISTA

No início do séc. XX, tivemos a sensível influência de Frederick Winslow Taylor; um esforçado e inteligente operário que estudava engenharia no período noturno e que, em 1911, publicaria uma obra paradigmática: “Princípios da administração científica”.

Em suma, o seu estudo descrevia uma nova proposta de racionalizar a produção, agora dividida de acordo com as aptidões específicas de operários treinados e controlados por um gerente de fábrica, incumbido de evitar qualquer tempo ocioso e resistência de trabalhadores indisciplinados; não mais medidas imprevisíveis, mas planejadas e pautadas em método científico com o objetivo de obter maior produtividade e execução eficiente dos afazeres. A partir de esteiras que passavam a frente dos operários, tarefas repetidas e sincronizadas eram realizadas de acordo com a velocidade programada. Assim, quanto

.....  
sobre o tema: GRAMSCI, Antonio. **Selections of prison's notebooks**. New York: International Publishers, 1971, pág. 58.

- 2 Ressalte-se que essa desarrumação mundial se espalhou para além do plano econômico. Tudo teve início com o encontro de alguns países, principalmente das nações árabes pertencentes a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), decidindo pelo embargo ao fornecimento de petróleo aos EUA e potências europeias. A medida foi tomada em represália ao apoio que tais países deram à ocupação de territórios palestinos por Israel, durante a Guerra do Yom Kippur (1973), fato que implicou severa recessão não só destes países (americanos e europeus), mas também das economias deles dependentes (Brasil, México, Argentina, por exemplo), as quais se viram imediatamente afetadas. O drástico aumento do petróleo não pode ser subestimado, nomeadamente porque se tratava da principal fonte energética do mundo. Aliás, as decorrentes crises da dívida externa, da desvalorização cambial e da ausência de investimentos estrangeiros iriam colapsar os países da América Latina até meados da década de 1980 (a ‘década perdida’)’. In: “A Crise do Petróleo”. Publicado no Portal da Universidade do Cotidiano. Redação, em 11/03/2016. Disponível em: <<https://universidadedocotidiano.catractalivre.com.br/o-que-foi/a-crise-do-petroleo/>> Acesso em 25 de abril de 2023. Registre-se que a Guerra do Yom Kippur (1973) foi uma continuação de outro conflito ocorrido em 1967 (a Guerra dos Seis dias).
- 3 DUTRA, Lincoln Zub. **O necessário resgate da nossa capacidade de indignação frente ao capitalismo**. In: DUTRA, Lincoln Zub. (Coord.) *Direito fundamental ao trabalho: o valor social do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2017, pág. 59-80.

mais padronizado e especializado o trabalho, melhor custo-benefício era obtido pela empresa. Tudo dentro dos quatro princípios fundamentais: o planejamento, a preparação, o controle e a execução de ações dos trabalhadores.

Uma década adiante, Henry Ford ouviu falar do engenheiro Taylor e o contratou para introduzir tais ideias em sua fábrica de automóveis. Assim, de uma produção antes artesanal e com custo alto, a Ford passou a racionalizar a sua linha de montagem de modo que cada operário atuasse em apenas uma parte do *Modelo T* (veículo de sucesso no período de 1908 a 1927). Ainda que a qualificação da mão-de-obra tivesse caído e a alienação aumentada (pois o trabalhador deixava de conhecer o método de fabricação como um todo), a empresa alcançava o escopo mais importante: aumento da produção com menos horas de trabalho. Além disso, o carro construído em série (*just in case*) passou a ter menor valor final, tornando-se acessível a um número maior de consumidores.

Observa-se que nesse modelo fordista havia uma compensação para a classe trabalhadora, que se inseria no jogo capitalista ao obter um salário com poder de compra, emprego de longa duração e garantias sociais. Prevalencia, pois, a ideia de que o sistema pudesse ser efetivo, duradouro e definitivamente regulado por um compromisso entre capital e trabalho mediado pelo Estado<sup>4</sup>. Todavia, nem tudo foram flores neste período, pois Henry Ford assim agia para solucionar o seu problema maior, qual seja a altíssima rotatividade da mão de obra causada por tarefas desgastantes da sua fábrica. Vale dizer: sem salário alto seria difícil segurar os empregados. Evidentemente, essa remuneração atraente tinha um “preço” a ser cobrado dos próprios trabalhadores, qual seja o maior controle e subordinação. Assim, o aumento salarial vinha em forma de um bônus condicionado ao cumprimento de “uma cartilha quase militar que a direção da empresa lhe impunha e que incluía, até mesmo, uma completa invasão à sua privacidade”<sup>5</sup>.

O francês Robert Castel talvez tenha sido o melhor sociólogo a descrever o processo de erosão dos sistemas de proteção social, a partir do abandono do modelo *Welfare State* e do esvaziamento do modo de produção fordista. Em sua correta visão, a grande questão social deste tempo, anos 1970, se deu no momento em que o Estado abdicou de seu papel de aglutinador da economia. Logo, com o enfraquecimento da condição salarial, adentrou-se no que ele chama de *zona de vulnerabilidade*: um espaço social de instabilidade, de turbulências, povoado de indivíduos em situação precária na sua relação com o trabalho, e “frágeis em sua inserção relacional.”<sup>6</sup>.

A sua classificação acerca do trajeto da exclusão social se encontra apoiada na centralidade do trabalho. Neste viés, há três estágios de vulnerabilidade, tendo como partida a estável *zona de integração* (própria do pleno emprego com Carteira assinada), passando para a *vulnerabilidade* propriamente dita (estágio em que prevalecem os trabalhos precários e a fragilidade dos suportes de proximidade), até chegar à *zona de desfiliação* (aquela de ausência de trabalho e isolamento relacional). Nesta lógica, estar desempregado, subempregado ou mesmo sem um contrato que garanta direitos trabalhistas é estar

4 ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009, pág. 40.

5 CASAGRANDE, Cássio. **A lição de Henry Ford**: empregado não é colaborador, é empregado. *Uma reflexão para quem quer negar o inafastável conflito de classe no Direito do Trabalho*. Publicado em 12/11/2018 no Portal JOTA. Disponível em: <[www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/a-licao-de-henry-ford-empregado-nao-e-colaborador-e-empregado-12112018](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/a-licao-de-henry-ford-empregado-nao-e-colaborador-e-empregado-12112018)>. Acesso em: 20 abr. 2023.

6 CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998, pág. 27. Neste sentido também: MIGUEL, Renata. **As reflexões de Robert Castel sobre os conceitos de “risco” e “vulnerabilidade social”**. Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís: UFM, 2015.

descoberto do sistema de seguridade, garantias, oportunidades e proteção, o que põe em risco a própria coesão social. É, pois, a *anomia* de que falava Émile Durkheim, inspirador da certa declaração de Castel: “*não há coesão sem proteção social*”. E isso é uma verdade, pois não se pode negar a forte correlação entre o lugar ocupado na divisão social do trabalho “e a participação nas redes de sociabilidade e nos sistemas que cobrem um indivíduo diante dos acasos da existência”<sup>7</sup>.

Observa-se que o fordismo seria, aos poucos, substituído por outro modelo oriental. Refiro-me ao Japão, nos idos de 1950, e sua fantástica fase de reconstrução pós-guerra, momento em que revolucionária o processo de produção, com destaque para a empresa Toyota, que alterou as bases do sistema anterior (fordismo), ao implementar a chamada *produção flexível*<sup>8</sup>. Agora não mais a fabricação em série (*just-in-case*), mas aquela sob demanda do consumidor (*just-in-time*), que passou a ter mais opções de modelo, cor e estilo<sup>9</sup>. A adoção deste novo paradigma se explica pelo problema espacial do Japão. Além da superpopulação, os constantes terremotos sempre dificultaram a estocagem de veículos em pátios abertos. Por outro lado, os japoneses já se destacavam na vanguarda tecnológica, sendo, portanto, mais viável e econômico construir carros sob medida do que estocá-los. No regime *just in time* a produção é enxuta e econômica, pois se dá apenas pela quantidade necessária, na hora certa e de acordo com as especificações do cliente (*lean production*).

O sucesso mundial do método Toyotista só iria acontecer mais tarde quando a americana GM (*General Motors*), em plena crise dos anos 1980, decidiu se inspirar no modelo dos orientais. Estes, por sua vez, pretendiam expandir sua produção em território *yankee*. Nascia, então, uma parceria inédita que fez reativar uma fábrica vazia em Fremont, Califórnia. O mais inusitado é que a planta se tornou um *case* de qualidade e sucesso, nomeadamente porque as duas sucessivas crises do petróleo (1973 e 1979) demandaram lançamento de carros econômicos e com baixo custo de manutenção. Ainda que a GM tivesse que recontratar inúmeros ex-empregados, toda a gestão, treinamento e administração da nova fábrica ficaram por conta dos japoneses. Essa arriscada *joint-venture*, GM-Toyota, tornou-se uma perfeita união, na medida em que se manteve a identidade das duas empresas, ao mesmo tempo em que a parceria implicou atividade benéfica para ambas, ainda que por tempo determinado<sup>10</sup>. Posteriormente, com a privatização dos portos, queda das barreiras alfandegárias e fácil logística provocada pelo contexto globalizado, o modo *just in time* tornar-se-ia ainda mais eficiente e sedutor.

7 CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998, pág. 23, 24, 417 e 610.

8 Neste sentido: CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, pág. 187. Castells lembra que o sistema kanban originou-se no Japão, em 1948, e foi elaborado pelo ex sindicalista Ono Taiichi, que se tornou gerente da Toyota. Trata-se de um quadro de sinalização que controla os fluxos em uma indústria. No mesmo sentido: MELLO, Prudente José Silveira. **Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo**. In: Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho. Curitiba, Edibej, 1998, pág. 273 e 274. O modelo toyotista foi idealizado pelos engenheiros Taiichi Ohno (1912-1990), Shingo Shingo (1909-1990) e Eiji Toyoda (1913-2013), entre 1948 e 1975, nas fábricas de automóveis Toyota.

9 Apesar da empresa Toyota iniciar suas atividades em 1950, a sua linha de produção só se tornou emblemática nos anos de 1980. A propósito, Reginaldo MELHADO observa que “todas estas transformações apontam para um mesmo rumo: a esgarçadura do espaço territorial da fábrica como demiurgo da produção e das relações de trabalho. Hoje, a produção tende a refugiar aos limites espaciais da empresa, multiplicar-se no espaço de um sem-número de empresas e alcançar o âmbito privado da vida do trabalhador”. In: Judiciário mínimo e relações de trabalho. **Revista Gênese de Direito do Trabalho**. n. 78, junho/99. p. 880.

10 A instalação foi inaugurada como General Motors' Fremont Assembly em 1962, e mais tarde operada pela NUMMI, uma *joint venture* GM-Toyota criada em 1984 e encerrada em 2009. Hoje o predestinado local é uma planta da fábrica Tesla. A Tesla Fremont Factory é uma fábrica de automóveis em Fremont, Califórnia, operada pela Tesla, Inc, desde 2010.

## 2.1 O Volvismo e as diferenças entre os modos de produção

Algumas diferenças entre estas duas linhas de produção merecem ser destacadas. Na estrutura Fordista (que também inspirou o modelo inicial da GM), o controle da empresa é verticalizado sobre todas as áreas e fases da produção, localizadas em um único local geográfico, desde a chegada da matéria-prima até a logística de seus produtos. Nesta quadra, quanto maior a empresa melhor (*the big is beautiful*). No Toyotismo, ao contrário, as empresas não precisam ser grandes (*the small is beautiful*), pois há incentivo de subcontratação de diversos setores da produção, ensejando o fenômeno da *terceirização* da mão de obra em que a empresa-mãe fica responsável apenas pela atividade principal.

A rigidez piramidal da antiga organização *tayloriana/fordista* foi sucedida por uma “acomodatícia estrutura celular”, em que as tarefas secundárias ou adjacentes se afastam do interior da empresa-principal<sup>11</sup>. Daí a nomenclatura *fábrica* ser mais adequada para o formato Fordista e *montadora* para o Toyotista. Enquanto o modelo norte-americano enfatiza a eficiência das funções demarcadas e especializadas, o japonês valoriza o grupo de trabalhadores, em especial a sua capacidade de compartilhar conhecimentos e soluções para lidar com as emergências<sup>12</sup>.

No Fordismo, o operário atua em uma única parte da produção de forma repetitiva, rápida e estressante, havendo categorias profissionais definidas e semiqualficadas. No Toyotismo, o trabalhador é polivalente e versátil, devendo estar apto a operar várias máquinas e a desempenhar múltiplas funções, simultaneamente. Se no modelo americano o controle de qualidade é centralizado na pessoa de um superior hierárquico, no modo oriental prevalecem as células de produção (círculos de controle de qualidade - CCQs - e controles de qualidade total - CQTs), ficando os próprios grupos de trabalhadores incumbidos da fiscalização mútua e horizontalizada. Nesta toada, os empresários toyotistas criaram o *kaisen* e o *kanban*. O primeiro se refere a um sistema de informações computadorizadas ligadas à produção *just in time* de demandas específicas; o segundo consiste na busca de melhoramento contínuo com a meta dos *cinco zeros*: zero de defeitos nas peças; de danos nas máquinas; de estoque; de demora; e de burocracia. Mas, novamente é preciso dizer que nem tudo são flores nesta quadra produtiva, sobretudo diante de rigorosas exigências. Não sem motivo que os empregados japoneses passaram a usar o pejorativo conceito de *karoshi*, traduzido pela ideia de ‘morte súbita por excesso de trabalho’. Se no lado ocidental é alta a incidência de esgotamento laboral (síndrome de *burnout*), no Japão os índices de suicídio são assustadores<sup>13</sup>. Em suma, há precarização do trabalho nos dois modelos de produção.

Por último, importa lembrar que enquanto no Fordismo a integração dos operários na economia capitalista se dava pelo consumo (propiciado pelo pleno emprego e salário mais alto), no modelo flexível da Toyota praticamente não há compensação ou atrativo para a classe trabalhadora, eis que os proventos são pagos por tarefas sazonais e sem qualquer perspectiva de estabilidade. A propósito, o consultor de empresa Max Gehringer lembra que são raríssimas as companhias que hoje ainda mantêm planos de carreira por critério de antiguidade, prevalecendo a meritocracia como critério único de promoção

11 REDINHA, Maria Regina Gomes. **A relação laboral fragmentada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Pág. 47.

12 AOKI, Masahiko. **Information, incentives, and bargaining in the Japanese economy**. Cambridge: University Press, 1988, pág. 16.

13 Só em outubro de 2020 foram registrados 2153 casos de acordo com a Agência Nacional de Polícia do Japão. Fonte CNN Brasil: Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/japao-teve-mais-mortes-por-suicidio-em-outubro-do-que-por-covid-19-em-todo-o-ano/>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

funcional<sup>14</sup>. Em igual direção, a Reforma Trabalhista de 2017 aboliu a exigência do critério alternado (mérito/antiguidade) para a promoção em Planos de Carreira, podendo agora ser apenas por merecimento em ato unilateral e potestativo do empregador. Diante do tormentoso espectro do desemprego estrutural, o trabalhador hodierno se conforma com este modelo precarizado e terceirizado. Algo como: “contente-se com o seu trabalho, pois o desemprego bate à porta”.

Atualmente, os dois modos de produção convivem no cenário mundial, prevalecendo cada vez mais os formatos flexíveis e seu novo concorrente: o modelo *uberista*, inspirado na emblemática empresa Uber, cuja atividade não apenas afetou o mercado mundial dos taxistas, mas acabou por introduzir novo modo de trabalho ainda mais precário que seus antecessores. Antes de examinarmos este capitalismo de aplicativos, cabe lembrar da existência do modelo da *Volvo*. Esta empresa sueca, na contramão da economia neoliberal, introduziu uma visão técnica de produção flexível de automóveis e caminhões, que alia automação e trabalho manual com ênfase no aspecto social da valorização do trabalhador.

Inspirado na conjuntura econômica própria dos países nórdicos (*Welfare State*), este modo sociotécnico de produção foi implementado em algumas fábricas Volvo, nas décadas de 1970-80. Atenta às negociações sindicais e ao cumprimento integral da legislação trabalhista, o modelo parte da autonomia e participação ativa de grupos de trabalhadores qualificados e bem treinados para atuar em todas as etapas da montagem, inclusive com alternância periódica de funções. Logo, não é o operário que se submete ao ritmo das máquinas, mas o contrário. No *volvismo* não há precarização da mão de obra, vez que os operários são bem remunerados, inclusive com previsão de bonificação por resultado atingido. Justamente por encarecer o custo da produção industrial e reduzir a margem de lucro, este modelo inovador não durou muito no contexto competitivo do mercado global. Deixou bons frutos, dentre eles o espírito cooperativo entre empregado e empregador. Aliás, o termo “colaborador” nasceu justamente desta quadra industrial, restando posteriormente deturpado nos demais modelos precarizados.

### 3 O MODELO UBERISTA DE TRABALHO

Como visto, após a fase Fordista dos EUA sobressaiu modelo mais flexível: a da fábrica japonesa da Toyota, que deu início à terceirização da produção com redução de direitos trabalhistas. Atualmente, temos a ascensão de um terceiro modelo: o Uberismo praticado por trabalhadores subordinados por algoritmos, dentro de um capitalismo de plataforma. Formalmente, os motoristas são tratados como “autônomos”; estratégia das empresas contratantes para que fiquem à margem da legislação trabalhista. Tal movimento reduz o *pleno emprego* e aumenta a precariedade do trabalho, visto cada vez mais fragmentado, parcial, subcontratado e ofertado nas nuvens (*crowd work*). Analisemos, pois, esta trajetória.

Inicialmente, em 2009, a Uber se apresentava como simples aplicativo de carona, dentro do novo contexto de economia compartilhada. Mais tarde, passou a exibir em seu site que se tratava de uma plataforma de tecnologia que liga dois grupos de pessoas: as que querem se deslocar na cidade com aquelas disponíveis para as levarem onde querem ir<sup>15</sup>. Apesar de ter nascido para atender um grupo de amigos em São Francisco (EUA), com o passar do tempo a Uber se tornou uma megacorporação de

14 GEHRINGER, Max. **Plano de carreira não existe mais. A meritocracia está prevalecendo.** Publicado em 5 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://blog.reachr.com.br/max-gehringer-plano-de-carreira-nao-existe-mais-meritocracia-prevalece/>>. Acesso em: 20 fev. 2023. Tal fato seria corroborado com a Reforma Trabalhista: Lei 13.467/2017.

15 Disponível em: <<https://newsroom.uber.com/portugal/uberpt/>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

transporte de passageiros mundo afora. Aliás, em maio de 2019, com a sua venda inicial de ações (IPO - Bolsa de Nova York) a empresa restou avaliada em US\$ 82,4 bilhões; a nona maior da história.

No plano do consumidor, não há dúvidas de que o usuário obtém vantagem com a entrada deste serviço disruptivo, que rompeu com o monopólio dos táxis, fez cair o valor das corridas e melhorou o atendimento ao público. Quanto aos motoristas contratados não se pode dizer o mesmo, pois a Uber os considera meros “parceiros”, dentro do conceito de *self-employment* (autoemprego); forte no atual contexto de *Gig Economy* (economia de engajamento ou compartilhamento) Assim, a admissão destes profissionais, alcunhados de “drivers” ou “colaboradores do sistema”, ocorre pelo preenchimento de cadastro, comprovação da habilitação para dirigir, seguro, documento do veículo e certidão negativa de antecedentes criminais. A partir desta aprovação, o motorista se submete a breve e remota explicação em relação ao uso do aplicativo, tarifas, atendimento ao usuário, avaliações e demais condições de trabalho.

Se por um lado a contratação é relativamente simples, a execução do trabalho se submete a uma série de mecanismos de controle por meio de *algoritmo*, entendendo-se como tal as operações sequenciais e codificadas, que visam obter o resultado desejado pela contratante. Tal sistema coloca o destinatário em um trilho procedimental mediante operações passo a passo (*step-by-step*). A margem de liberdade e autonomia do motorista é mínima, ficando o pagamento do serviço condicionado ao cumprimento do rito previamente delimitado. Vale dizer: o algoritmo pode cancelar unilateralmente o pagamento do condutor, ou excluí-lo a qualquer momento, sem justificativa ou aviso prévio.

Observa-se que nos antigos modelos de produção Fordista e Toyotista o contrato de trabalho se apresentava como uma troca quantificada: uma porção de dinheiro em contrapartida a quantidade de horas à disposição do empregador. Agora, no recente modelo Uberista (Uber; Didi/99; Ifood; Rappi), remunera-se apenas e tão somente o trabalho das chamadas atendidas e pelo valor unilateralmente estipulado pela contratante. Da mesma forma, enquanto nos modelos Fordista/Toyotista o risco e os custos da atividade econômica recaiam sobre o empregador, no regime Uberista tanto o veículo e combustível quanto a sua manutenção constituem ônus exclusivos do motorista contratado. Dito de outro jeito: o sistema trabalhista vai se aprimorando para que fique cada vez melhor para quem contrata e pior para quem é contratado. Exemplo disso é o sistema de avaliação, em que o usuário atribui uma nota (de uma a cinco estrelas), conforme a performance, pontualidade e atendimento do trabalhador. Neste caso, nós, os passageiros, atuamos como uma *longa manus* ou extensão da mão avaliadora da contratante. E assim o fazemos de forma gratuita.

Sublinhe-se que este sistema de *subordinação por algoritmo*, tendo como modelo o trabalho ofertado por intermédio de aplicativos, põe em debate a caracterização da relação de emprego. No atual contexto, tornou-se comum o gerenciamento das atividades profissionais por meio de plataformas digitais, situações em que o poder diretivo do tomador permanece. Quiçá até mais insidioso do que a típica subordinação presencial, pois nesta nova quadra há uma suposta relação de aliança, inserindo-se o trabalhador nas exaustivas diretrizes da empresa contratante.

Na observação de Alain Supiot<sup>16</sup>, enquanto o Fordismo estava centrado em uma subordinação presencial, vista como uma racionalidade que lhe restava exterior, agora o foco está na programação mediante apresentação de metas, regras e medidas de resultados do trabalho por meio de indicadores estatísticos. O juiz e professor da USP, Homero Batista Silva, diz que é ilusório alguém achar que o empregador precisa estar fisicamente próximo: “ao contrário, o empregador sem rosto, que emite

16 SUPIOT, Alain. **La ouvernance par les nombres**. Paris: Fayard, 2015, pág. 38.

ordens a dez ou vinte mil quilômetros de distância, talvez seja o mais temido”<sup>17</sup>. Ainda assim, é comum ver empresas tentando escapar dos encargos sociais por meio de rótulos como “parceiros autônomos”, geralmente utilizados como forma de fraudar a legislação trabalhista. Eis a dimensão contemporânea de organização e gestão de pessoal, cuja tendência se alastra para outros ramos, conforme observa o Procurador do Ministério Público do Trabalho, Rodrigo Carelli:

Os bancos estão deixando de ocupar cargos gerenciais, que estão todos transformados em algoritmos. Mesmo os gerentes intermediários têm sido substituídos por trabalhadores de *telemarketing* menos qualificados, que somente transmitem aos clientes as informações repassadas pelo sistema. Se a resposta não está no sistema, geralmente não há como ser resolvida a questão, pois é o algoritmo que está no controle, não os trabalhadores<sup>18</sup>.

De nossa parte, estamos convencidos de que estes trabalhadores não podem ser considerados autônomos, seja porque a relação de trabalho é pessoal e essencial à atividade da contratante, seja porque é a Uber quem regula o valor das tarifas diferenciadas, indica qual motorista deverá atender a chamada do usuário, glosa eventuais incidentes de recusa, além de receber o pagamento diretamente do consumidor e criar um sistema de avaliação do motorista. Urge, portanto, uma regulação legal que lhes assegure um mínimo de dignidade e segurança, assim como ocorreu com o teletrabalhador e o intermitente ou o próprio taxista empregado<sup>19</sup>. Enquanto isso não se realiza, ao julgador caberá reconhecer a relação de emprego, com base nos dispositivos da legislação trabalhista, artigos 2º, 3º da CLT combinado com o parágrafo único do artigo 6º que dispõe: “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão *se equiparam*, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. Como se vê, já existe na legislação trabalhista amparo para reconhecer vínculo de emprego para estes casos de subordinação por algoritmo.

Em verdade, de um modo geral, na qualidade de consumidores temos facilidade de assimilar toda esta nova tecnologia por aplicativo que faz cair o preço e aumentar a concorrência, contudo resistimos a um novo e necessário olhar interpretativo que seja capaz de abarcar a *Uber-economy* e garantir direitos sociais a tais trabalhadores, ainda que isso implique aumento das tarifas. Eis o paradoxo: “aceito a modernidade, mas não aceito a interpretação *moderna* da CLT, que é feita pela doutrina e pela jurisprudência”, observa, em correto tom crítico, o professor Paulo Baria<sup>20</sup>.

Em pioneira decisão do tribunal inglês, um grupo de motoristas deste aplicativo teve reconhecido sua condição de empregado (“workers”), na cidade de Londres. Na sentença do *Employment* foi reafirmado o velho e conhecido princípio, segundo o qual “os contratos são o que são, e não o que as partes dizem que são”<sup>21</sup>. Dito de outro jeito, não basta chamar um contrato de “autônomo”, quando

17 SILVA, Homero Batista Mateus da. *CLT Comentada*. 14ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 36.

18 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O caso Uber e o controle por programação**: de carona para o século XIX. In: *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues, José Eduardo de Resende Chaves Junior. São Paulo: LTr, 2017, pág. 141.

19 São eles, respectivamente: art. 75-A e 452-A da CLT e art. 6º da Lei 12.468/2011.

20 BARIA, Paulo. **Uber e relação de emprego em tempos de pós-verdade**. Suplemento Trabalhista LTr, 074/17. São Paulo: 2017, ano 53, pág. 389.

21 “O tribunal conclui, em síntese, que, sempre que um motorista (a) tem a APP ligada, (b) se encontra no território no qual está autorizado a trabalhar, e (c) está capaz e disponível para aceitar missões/clientes, então, encontrando-se estas condições satisfeitas, ele estará a trabalhar para a Uber ao abrigo de um “worker contract”. AMADO, João Leal. SANTOS, Catarina Gomes. **A Uber e seus motoristas**: mind the gap!; A Sentença do Employment Tribunal de Londres. In: *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme; Bruno Alves

na prática o contratado permanece trabalhando sob as diretrizes e ordens algorítmicas da plataforma. Neste contexto, uma pesquisa realizada pela empresa *Fairwork India* revelou a total insatisfação dos trabalhadores temporários da Uber e da Amazon no quesito sobre condições justas. O resultado foi próximo de zero, dentro de uma escala de zero a dez<sup>22</sup>.

No Brasil, os Tribunais do Trabalho ainda estão divididos neste tema, conforme a análise de cada caso em concreto e o perfil ideológico do órgão julgante. Digno de destaque é a notícia publicada no site do Tribunal Superior do Trabalho, com a seguinte manchete: *8ª Turma mantém reconhecimento de vínculo de motorista de Uber*. Segundo o relator, ministro Agra Belmonte, a relação com a empresa é de subordinação, pois o motorista não tem nenhum controle sobre o preço da corrida, o percentual do repasse, a apresentação e a forma da prestação do trabalho. Até mesmo a classificação do veículo utilizado é definida pela empresa, “que pode baixar, remunerar, aumentar, parcelar ou não repassar o valor da corrida”. Nas corretas observações de Agra Belmonte:

O que a Uber faz é codificar o comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual “insere suas estratégias de gestão, e essa programação fica armazenada em seu código-fonte”, concluiu.

Em relação ao vínculo de emprego, o relator observou que a nova modalidade de prestação de serviços de transporte individual, mediante uma “economia compartilhada”, embora tenha inserido uma massa considerável de trabalhadores no mercado, também é caracterizada pela precariedade de condições de trabalho, com jornadas extenuantes, remuneração incerta e submissão direta do próprio motorista aos riscos do trânsito.

Na acertada avaliação do relator, os princípios da livre iniciativa e da ampla concorrência “não podem se traduzir em salvo-conduto nem em autorização para a sonegação deliberada de direitos trabalhistas”; a Uber não fabrica tecnologia, e aplicativo não é atividade”. Trata-se, pois, de uma transportadora que “utiliza veículos de motoristas contratados para realizar o transporte de passageiros”, afirmou o ministro do tribunal superior do trabalho. “Basta ela deslogar o motorista do sistema para que ele fique excluído do mercado de trabalho; basta isso para demonstrar quem tem o controle do meio produtivo”, concluiu<sup>23</sup>.

### 3.1 A *Gig Economy* e o impacto nas relações do trabalho

Hoje há empresas que continuam seguindo o regime Fordista, outras o Toyotista, e muitas delas o modelo Uberista de trabalho sob demanda, adotando sistemática em que a convocação se dá por meio de aplicativo, a exemplo de advogados correspondentes, *freelancers* contratados para a realização de atos

.....  
Rodrigues; José Eduardo de Resende Chaves Júnior, São Paulo: LTr, 2017. Pag. 344. Trata-se do Case Ns 2202551/2015 & Others, sentença proferida em 28/10/2016. Os juristas portugueses Leal Amado e Catarina Santos, ao comentarem esta decisão inglesa, sublinham a larga distância entre a engenharia contratual e a realidade relacional: “Nem *partner* nem *customer*, o motorista (*driver*) é, afinal, um empregado (*worker*) do Uber”. *Idem, ibidem*, pag. 348.

22 “A empresa que se saiu melhor nas avaliações dos contratados na Índia foi a startup Unicorn Urban, que atingiu uma pontuação sete. Flipkart e Swiggy ganharam a nota cinco”. A matéria, intitulada “Amazon e Uber recebem nota zero na avaliação de funcionários temporários” foi produzida por William Schendes e editada por Adriano Camargo. Foi publicada em 28/12/2022, no Portal “Olhar Digital”. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2022/12/28/pro/amazon-e-uber-recebem-nota-zero-na-avaliacao-de-funcionarios-temporarios/>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

23 A notícia foi publicada em 20/12/2022 no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho, versando sobre o Processo: RRAg-100853-94.2019.5.01.0067. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/8%C2%AA-turma-mant%C3%A9m-reconhecimento-de-v%C3%ADnculo-de-motorista-de-uber>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

pontuais, ou mesmo médicos acionados para atendimento domiciliar<sup>24</sup>. São modalidades de “uberização” inserida no conceito de *Gig Economy*, modelo colaborativo em que trabalhadores se dispõem a executar tarefas ou projetos de curta duração<sup>25</sup>. Registre-se que o termo *gig* foi cunhado na década de 1920 por músicos de *jazz*; uma abreviação da palavra engajamento (*engagement*). Assim, ao se apresentarem em bares e *pubs*, era (e ainda é) comum a convocação, de última hora, de músicos profissionais disponíveis para o trabalho de *free lancers* em um projeto breve e específico.

Sublinhe-se que este movimento de *Sharing Economy* se tornou forte na Europa e nos EUA, quando a crise econômica de 2008 impeliu os profissionais a buscarem outras fontes de rendas complementares. No Brasil a trajetória foi um tanto diferente, vez que aqui sempre tivemos poucos empregos plenos e muitos “bicos”, seja para complementar o baixo salário, seja para remediar uma situação de desemprego. Por tal motivo que a realidade brasileira está muito mais para a *gig economy* (economia do bico) do que para o pomposo *sharing economy* (economia compartilhada). A propósito, o Dicionário de Cambridge considera *gig economy* a forma de trabalho “baseada em pessoas que têm empregos temporários ou fazem atividades de trabalho *freelancer*, pagas separadamente, em vez de trabalhar para um empregador fixo”.

A pesquisa amostral, realizada pelo Ipec (Inteligência em Pesquisa e Consultoria), realizada em abril de 2022, revelou que 45% dos brasileiros entrevistados, acima de 16 anos, precisam fazer atividades extras para complementar sua renda. Destes, 33% são ligados ao setor de serviços (manutenção, beleza, segurança, motorista, entregador por aplicativos, trabalhos domésticos de faxina, babá, aulas particulares, cuidados com idosos e *pets*) e 28% ligados à venda de mercadorias (como objetos artesanais e alimentos preparados em casa, produtos de beleza ou produtos em geral voltados para o comércio ambulante)<sup>26</sup>.

O mesmo se diga da expansão do modelo uberista, a exemplo do curioso “goleiro de aluguel”; aplicativo que disponibiliza a locação de atleta cadastrado, mediante o pagamento de R\$30,00 a hora (aproximadamente), em valor a ser pago mediante PIX ou cartão de crédito. A ideia é suprir aquele velho problema do grupo de amigos do futebol que sofre para encontrar alguém disposto a atuar na posição de guarda-metas. É só informar o local e a data que o contratado *delivery* vai até lá se somar aos amigos peladeiros (contratantes).

Em matéria publicada no Estadão, com a manchete: *Prefeitura de Ribeirão Preto planeja criar ‘Uber do Professor’*<sup>27</sup>, verificou-se a ideia de municípios adotarem a figura do professor *suplente*, a fim de substituir eventuais ausências dos efetivos. Neste caso, o acionamento se dará por aplicativo de celular

24 Neste sentido é a matéria publicada em 01/03/2018 por Paula Laboissière da Repórter Agência Brasil: “CFM regulamenta atendimento médico em casa via aplicativo”. Trata-se de atividade conhecida como “Uber da Medicina” regulada pela Resolução n. 2178 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/cfm-regulamenta-atendimento-medico-domiciliar-aplicativo>>. Publicado em 01/03/2018 - 15:00 Por Paula Laboissière - Repórter da Agência Brasil Brasília. Acesso em: 20 fev. 2023.

25 Só em 2015 a Economia Colaborativa movimentou em torno de US\$ 15 bi, sendo que até 2025 deverá chegar à casa dos US\$ 335 bi, conforme estimativa da Consultoria PricewaterhouseCoopers (PWC). Aludido setor utiliza diversas nomenclaturas próximas, com destaque para: *sharing-economy*; *crowdwork* e *crowdsourcing*; *gig-economy*, economia colaborativa, economia sob demanda, economia compartilhada, ou mesmo *Uber-economy*.

26 “Quase metade dos brasileiros fazem bico para completar renda. A maior parte dos bicos está relacionada com serviços”. Publicado na Agência Brasil, em 10/08/2022. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-08/quase-metade-dos-brasileiros-fazem-bico-para-completar-renda>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

27 Jornal O Estado de S.Paulo, de 22/07/2017. Matéria do jornalista Renê Moreira. Disponível em: <<http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,prefeitura-de-ribeirao-preto-planeja-criar-uber-do-professor,70001899946>>. Acesso em 19/12/2017.

ou redes sociais, tendo o professor convocado um prazo de trinta minutos para responder a chamada e se dirigir à escola, pois do contrário outro colega será chamado. Como se vê, o professor e demais trabalhadores são vistos cada vez mais como uma mercadoria de reposição *express* do que propriamente um sujeito de direitos trabalhistas. Vale dizer: o metabolismo social do capital necessita cada vez *menos* do trabalho *estável* e cada vez *mais* das diversificadas formas de trabalho parcial, terceirizado e *hifenizado*. Aliás, este termo foi originalmente utilizado por Huw Beynon no sentido que o empregado é usado como hífen, ou seja, para necessidades efêmeras da empresa. Na observação de Ricardo Antunes, ainda que hoje se cogite da existência de jornadas e empregos flexíveis, o que prevalece na prática é uma nova dinâmica precarizante do trabalho, alinhada ao interesse exclusivo do empresário<sup>28</sup>.

No universo corporativo impera a busca cada vez mais intensa por maior produção e lucratividade dos sócios, a partir de um menor custo possível do trabalho contratado. Sob as lentes do capitalista, o trabalho é e sempre será visto como custo, despesa ou passivo trabalhista. Aliás, nunca se viu tantos entregadores de *delivery*, apelidados de “microempreendedores”, que trafegam nas grandes cidades *sem* seguro de vida, plano de saúde, repouso remunerado ou dignidade. Estudos recentes da OIT alertam para as jornadas e turnos extenuantes (em média 65 horas por semana); estresse ligado ao trabalho e ao congestionamento de carros; alta concorrência entre colegas; baixa remuneração, ausência de negociação coletiva; pressão da plataforma ou mesmo dos clientes que reclamam por mobilidades rápidas<sup>29</sup>. Eis o perverso resultado da flexibilização das legislações do trabalho ou mesmo de sua total ausência de regulação.

#### 4 A QUEM INTERESSA A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI TRABALHISTA?

Na atual esteira do Estado mínimo e Mercado total, a iniciativa privada vem adotando linha de produção e organização cada vez mais precária e *flexível*. Quanto a esta expressão, a rigor ela nos remete à noção de algo positivo, complacente e tolerante. Contudo, no campo das relações de trabalho a palavra flexibilização aparece em sentido negativo, ao restringir a proteção jurídica da classe trabalhadora<sup>30</sup>. Se antes havia uma lei sólida que a tutelava, doravante o regramento torna-se líquido a fim de facilitar à volatilidade do mercado e dos interesses do capital. Com outras palavras: o princípio de proteção ao trabalhador se apresenta cada vez mais enfraquecido, acarretando maior amplitude ao poder diretivo do empresário e precarização do mundo do trabalho. Direitos sociais antes conquistados são agora revogados em todos os cantos do planeta. Tudo em nome da competitividade e de uma suposta “modernização da empresa”. Some-se a isso a ansiedade imposta por um mercado globalizado e conectado, que ignora fusos horários, e impõe decisões em tempo real por meio de cobranças duras e jornadas exaustivas.

Nesta esteira acelerada, cada vez mais o trabalhador é visto como uma máquina operacional que deve ser veloz, infalível e conectada *full time*. Se em um primeiro momento tivemos o esforço tecnológico para desenvolver a Inteligência Artificial (IA), vista como uma rede neural que imita o nosso sistema nervoso na solução de problemas complexos, hoje o processo está se invertendo. Vale dizer: ao

28 ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho**. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 7a. ed., SP: Cortez, 2000, pág. 160.

29 “World Employment and Social Outlook 2021. Rápido crescimento da economia digital exige uma resposta política coerente”. Publicado em 23 de fevereiro de 2021. Disponível em: <[https://www.ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS\\_773082/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS_773082/lang--pt/index.htm)>.

30 FONSECA, Máira Silva Marques da. **Teoria crítica do Direito do Trabalho**: reflexões sobre os tempos de trabalho. BH: Editora Dialética, 2021.

homem-trabalhador exige-se performance similar à da máquina, com zero erro, zero reclamação, zero desconexão e zero desperdício. Uma deformação da natureza humana em prol de interesses neuróticos de um mercado que só pensa em acumular progressivamente. Talvez por isso aproximadamente 1/3 (um terço) da atual população economicamente ativa apresenta sintomas da “síndrome de *burnout*”, classificada na CID-11 como *estresse crônico no local de trabalho*. O Brasil é um dos países com maior número deste esgotamento provocado pela pressão advinda do ambiente corporativo<sup>31</sup>.

A propósito, registre-se a importante aprovação da Lei do direito à Desconexão, em vigor a partir de janeiro de 2017, na França, para todas as empresas que tenham mais de 50 empregados. Desde então, os trabalhadores franceses estão legalmente desobrigados a responder mensagens eletrônicas de seus chefes após o horário de expediente, seja por *email* ou *whatsapp*. Que venha norma idêntica para os brasileiros, sobretudo em tempos que sobressaem o trabalho remoto com uso intenso da telemática. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho já caminha neste sentido ao declarar: “há o uso e há o abuso no envio de mensagens pela chefia fora do horário de trabalho”, assinalou o Ministro Alexandre Agra Belmonte, ao deferir indenização por dano moral ao trabalhador constantemente interrompido em seu período de desconexão<sup>32</sup>.

Se de um lado há enorme contingente de desempregados e desalentados, de outro existe um imenso grupo de trabalhadores estressados pela premência de metas, performances e horas extras. Não por acaso, surgiu no campo jurídico o *dano existencial*, caracterizado pelo sensível prejuízo do empregado em relação ao seu projeto pessoal, diante de exigências permanentes e de excessivas convocações pelo empregador, a exemplo daqueles casos em que o trabalhador fica dez anos sem tirar férias. Muitas vezes, faz parte do sonho pessoal desse obreiro cursar uma faculdade ou pós-graduação, estudar música ou tocar bateria numa banda, jogar futebol, tênis, praticar artes marciais, pintar quadros de arte ou mesmo participar de atividades associativas, recreativas ou religiosas fora dos horários de expediente. Também há planos de viagens ou de visitas aos amigos nos fins de semana. Logo, cada vez que este sujeito for tolhido em um desses desejos de vida, a sua frustração estará sujeita à uma reparação judicial<sup>33</sup>, conforme vêm julgando os Tribunais do Trabalho:

Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana.<sup>34</sup>

Esta pressão por resultado é uma artimanha da ideologia neoliberal, conforme descreveu o cronista Luís Fernando Veríssimo, quando da reunião dos sete de ouro (G7) para tratar do custo social da nova ordem econômica. Nesta ocasião, os países mais ricos do planeta chegaram a uma conclusão

31 A pesquisa foi realizada em 2019 pela International Stress Management Association (Isma-BR).

32 Processo em Recurso de Revista n. 0377-55.2017.5.03.0186, julgado em 17 de outubro de 2018 pela 3ª. Turma do TST.

33 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5ª. edição. SP: LTr, 2014, pág. 179. Registre-se que o precedente mais importante desse tema ocorreu em 1998 quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu tratar-se de uma lesão à pessoa, “considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

34 (TRT 9ª R.; RO 28161-2012-028-09-00-6; Segunda Turma; Rel.ª Des.ª Ana Carolina Zaina; DEJT 11/10/2013)

surpreendente sobre como combater o desemprego:

Deve-se continuar enfatizando e receitando aos pobres austeridade fiscal sobre qualquer política de desenvolvimento e pedindo ao trabalhador que coopere, trocando a proteção social que tem pela possibilidade de mais empregos. Algo como 'continuar batendo no supercílio que já está sangrando'. Chama-se isso não de crueldade ou chantagem, mas de *flexibilização do mercado de trabalho*. Podia se chamar de Maria Helena, não faria diferença - o neoliberalismo triunfante conquistou o direito de pôr os rótulos que quiser nos seus bíceps. Quem chama a volta ao capitalismo do século dezenove de modernidade e consegue vendê-la merece o privilégio<sup>35</sup>.

Não se ignore que só existe Direito do Trabalho dentro do regime capitalista, sendo ele o instrumento normativo adequado a reproduzir este tipo de relação de produção e extração de mais-valia, conforme observa o jurista espanhol Palomeque, não sem antes constatar que as mesmas condições, que demandaram a interferência protetiva do Estado, permanecem no atual contexto laboral<sup>36</sup>. Essa função reguladora do mercado está sempre presente neste embate de poder capital/trabalho. Ou seja, tal constatação é válida para fundamentar a permanência da lei tutelar ao empregado, que continua vulnerável e hipossuficiente, mas também para os neoliberais defenderem a ideia da flexibilização como medida moderna de regulação, crescimento econômico e (suposta) redução do desemprego, daí, inclusive, as periódicas *reformas da legislação trabalhista* ocorridas nas últimas décadas aqui e no velho continente. Na Alemanha, conhecida como Plano Hartz<sup>37</sup> (iniciada em 2003); em Portugal<sup>38</sup> (em janeiro de 2012); na Espanha<sup>39</sup> (decreto assinado em 2012); e na França<sup>40</sup> (em vigor a partir de agosto de 2016). O discurso é sempre o mesmo: é preciso reduzir o custo da mão de obra para que as empresas possam contratar mais. Ocorre que em todos os casos os índices de oferta de emprego ficaram aquém do esperado, reforçando a conclusão de que a redução do desemprego se combate com o aquecimento da economia e não com a desregulamentação do trabalho.

O Brasil segue a mesma pauta de flexibilização, seja perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (que, por exemplo, validou a jornada 12 x 36 e a terceirização em qualquer atividade da empresa), seja pelas sucessivas medidas legislativas que afetaram os contratos de trabalho<sup>41</sup>. Iniciadas no Governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (final da década de 1990)<sup>42</sup>, a Reforma Trabalhista

35 VERÍSSIMO, Luiz Fernando. **Os braços de Mike Tyson**. Jornal do Brasil. Coluna Opinião, setembro, 1996.

36 PALOMEQUE Lopez, Manuel Carlos. **Derecho del trabajo e ideologia**: médio siglo de formacionideológica del Derecho español del trabajo. 4ª. Ed. Madri: Editorial Tecnos, 1989, pág. 20.

37 Alterou as regras do seguro-desemprego (reduzido de 24 para 12 parcelas mensais), facilitou a contratação de empregos de curta duração (menor custo), e flexibilizou a compensação de horário.

38 Incidiu na redução do período de férias e dos dias dos feriados anuais, além de alterar o tratamento do labor aos sábados, antes computado no saldo dos dias de DSR, agora representando apenas o direito a simples acréscimo de remuneração.

39 Com destaque para a redução de encargos para as empresas que contratarem um primeiro empregado com idade inferior a 30 anos.

40 Basicamente prestigia o negociado sobre o legislado, flexibiliza as jornadas com a possibilidade de maiores elastecimentos e compensação, além de permitir e facilitar a rescisão de contratos em caso de prejuízos devidamente comprovados das empresas por pelo menos três trimestres seguidos.

41 Neste sentido a ADI 5994 reconheceu válida a adoção da jornada 12 x 36, mesmo que em acordo individual sem a participação do sindicato (julgada em junho de 2023), e a ADPF 324 flexibilizou (e deformou) o instituto da terceirização para admitir inclusive em atividades essenciais da empresa (julgada em agosto de 2018).

42 São elas as principais: 1) Lei 9.601/98 - flexibilizou o acordo de compensação de jornada que passou a ter um banco de horas, além de introduzir o contrato por prazo determinado sem qualquer vinculação a fatos de índole transitória,

ampla veio com a Lei 13.467, no governo Temer, em novembro de 2017. Dessa vez, ao invés de alterações pontuais o legislador exagerou na dose, modificando mais de uma centena de dispositivos. Mencionem-se aqui as principais alterações da Consolidação das Leis Trabalhistas<sup>43</sup>:

- fim das horas *in itinere*, mesmo sendo o local de trabalho de difícil acesso e não servido de transporte regular público<sup>44</sup>;
- terceirização ampla, inclusive sobre a atividade fim e essencial da empresa<sup>45</sup>;
- exigência de horas extras habituais sem o condão de descaracterizar o regime de compensação de jornada<sup>46</sup>;
- dispensa de pagamento de horas extras para o teletrabalhador que presta serviço por produção ou tarefa<sup>47</sup>;
- restrição ao direito de postular equiparação salarial entre colegas com igual função<sup>48</sup>;
- prevalência do negociado sobre o legislado, ainda que para reduzir históricos direitos legais<sup>49</sup>;
- redução das hipóteses de concessão da Justiça Gratuita<sup>50</sup>;

Mais do que simples alterações, esta Reforma traduz sensível precarização das relações de trabalho, e desta vez nem mesmo os empresários a viram como estímulo para novas contratações, conforme revelou pesquisa realizada com as empresas de São Paulo:

.....  
alargando as hipóteses taxativas da lei (art. 443, § 2º. da CLT). Esta nova espécie de contratação a prazo diminuiu de uma só vez a alíquota do FGTS, de 8% passa para 2%, e pela metade as contribuições sociais (Sesi, Sesc, Senai, Senac, Sebrae, etc); 2) Lei 8.949/94 e 9.608/98 – incidentes, respectivamente, sobre o serviço prestado em cooperativa e trabalho voluntário, afirmando que nenhum deles enseja o reconhecimento de vínculo empregatício. Abre-se uma porta para a contratação fraudulenta de mão-de-obra permanente; 3) Medida Provisória n. 1709/98 - introduziu o art. 58-A na CLT, admitindo a contratação a *tempo parcial* com o pagamento de salário proporcional à jornada. Também abriu a possibilidade do empregado em tempo integral optar pelo novo regime com a correspondente diminuição do valor do salário; 4) Medida Provisória n. 1779/99 - introduziu o art. 476-A da CLT criando uma nova modalidade de suspensão contratual com diminuição de salário e ausência de recolhimento do FGTS e INSS no seu período de vigência. A medida autorizou o uso do FAT (fundo de amparo ao trabalhador) para viabilizar a suspensão de interesse do empregador; 5) Lei 9958/00 – implementou as Comissões de Conciliação Prévia que dificultam o livre acesso do empregado à Justiça do Trabalho e ainda possibilitam acordos extrajudiciais com eficácia liberatória geral; 6) Lei 10.243/01 – alterou o § 2º. do art. 458 da CLT, ampliando o número de utilidades concedidas em troca do trabalho, deixando de ser consideradas salário *in natura*; 7) Lei 10.820/03 – relativizou o arcabouço protetivo do salário em prol da segurança das operações econômicas, trazendo nova exceção aos princípios da intangibilidade (art. 462, da CLT) e impenhorabilidade do salário (art. 649, IV, do CPC).

43 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6ª. Ed.; São Paulo: Editora LTr, 2017, pág. 728.

44 (art. 58, § 2º)

45 (alteração da Lei 6019/74 e ADPF 324, STF)

46 (art. 59-C, parágrafo único, CLT)

47 (art. 62, III) - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa. Conforme posterior redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022.

48 (art. 461 e §§s, CLT)

49 (art. 611-A, CLT e Tema 1046 do STF)

50 (art. 790, § 3º e 4º, CLT)

Para 70% das empresas de SP, Reforma Trabalhista não é grande incentivo a contratações e investimentos. Pesquisa da Fiesp mostra que apenas 22,2% dos empresários paulistas acreditam que a Reforma incentiva muito a ampliar os investimentos e as contratações de empregados.<sup>51</sup>

Observa-se que a flexibilização das normas trabalhistas implica emprego *precarizado* não apenas de um reduto restrito, marginal ou esporádico, mas invade toda a zona do emprego estável ou permanente<sup>52</sup>.

#### 4.1 O modelo *McJob* dos restaurantes *fast food*

Digno de nota é o modelo de trabalho dos empregados de baixa renda que prestam serviços para a franquia mundial *McDonald's*. Refiro-me ao “McJob”, expressão recorrente nos EUA e na Inglaterra ao se reportar aos trabalhadores desta e de outras redes de restaurante *fast-food*: Subway, Starbucks, Burger King, Pizza Hut, etc<sup>53</sup>. Na maioria das vezes, são trabalhadores jovens em seus primeiros empregos, que se submetem a tarefas extenuantes e intensas em troca de uma remuneração reduzida e com pouca perspectiva de ascensão funcional. Trabalham em pé, em ritmo acelerado, sem descanso ou intervalo adequado para idas ao banheiro, e com a presença de um supervisor que fiscaliza a execução do trabalho. Em razão da força comercial de sua marca corporativa, boa parte destes humildes empregados sente orgulho de vestir o uniforme com a logomarca da empresa multinacional. Na maioria das vezes, são contratos precários e transitórios, com jornadas flexíveis que atendem exclusivamente ao interesse do empregador, conforme já invalidou o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo:

McDONALD'S. Ilegalidade. A engenhosa 'jornada móvel e variável' não pode ser convalidada porque sujeita ao inteiro alvedrio de uma das partes - *in casu*, o empregador. Com efeito, não há benefício para o trabalhador que vê sua vida transformada num autêntico caos, sem saber quanto tempo de trabalho lhe será exigido, mantendo-se à disposição e quiçá, aos caprichos do empregador<sup>54</sup>.

Nesta modalidade de trabalho há um treinamento prévio em que se estimula não apenas o aprendizado dos procedimentos, mas também o emocional dos jovens subalternos. Exemplo disso é o chamado “funcionário do mês”, título atribuído àquele que se destaca no cumprimento das diretivas da empresa, cuja imagem é exposta na parede do restaurante. Quem nunca viu a esquisita foto nestes estabelecimentos do McDonald's? De forma sarcástica, alguns americanos chamam de *hamburger-flipping job* este trabalho (de “virar hambúrguer”) de meio período, baixa qualidade e salário reduzido, geralmente realizado por imigrantes e *part-timers*<sup>55</sup>.

51 Matéria publicada na InfoMoney com Bloomberg, em 28 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/carreira/clt/noticia/6402750/para-das-empresas-reforma-trabalhista-nao-grande-incentivo-contratacoes-investimentos>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

52 REDINHA, Maria Regina Gomes. **A relação laboral fragmentada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Pág. 71.

53 “Um em cada 10 americanos já foi empregado da empresa. (...) Celebidades como Sharon Stone, Shania Twain, Jay Leno e Pink trabalharam no McDonald's antes de se tornarem famosas. Jeff Bezos, fundador da Amazon, também teve uma passagem pela chapa da rede”. Disponível em: <<http://www.sixsoft.com.br/blog/a-origem-das-marcas-mcdonalds/>>. Registre-se que o termo “McJob” foi incorporado ao Dicionário Oxford em 1986. Acesso em: 20 fev. 2023.

54 TRT-2a. Região, RO: 00025070920115020311 SP 00025070920115020311 A28, Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, 4ª Turma, DEJT: 11/10/2013

55 DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho. Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. 2ª. ed. Brasília: UnB, 1999,

Mas nada que esteja ruim não possa piorar. Refiro-me à substituição deste trabalho de chapeiro pela máquina. Desde 2018 já existe o *Flippy*, robô que lança e retira hambúrgueres da chapa por meio de: “olhos térmicos” que monitoram o processo de cozimento; um braço com ponta de espátula; e um sistema IA que mapeia a grelha e avisa o momento de os cozinheiros humanos colocarem o queijo. Assim, se de um lado o investimento com inovações tecnológicas deve ser bem acolhido, de outro é preciso estar atento para que não seja pretexto para menosprezar o trabalho humano. A população cresceu, as máquinas substituíram as vagas de emprego, deixando muitos trabalhadores fora do mercado. Os que ficaram são exigidos à exaustão. Esgotados e cientes da facilidade legal de serem substituídos a qualquer momento, acabam se conformando com a exploração, pois pior do que trabalhar demais é estar na condição de desempregado. Eis aí um dos maiores problemas sociais do país e do mundo capitalista.

Diante disso, o legislador não deve titubear em alinhar o mercado à proteção do trabalhador diante da automação, conforme o fez quando vedou o abastecimento de combustíveis por meio de bombas *self-service*. Esta medida legal não só se preocupou com a saúde dos clientes em relação ao contato com inflamáveis nocivos, como protegeu o emprego dos frentistas<sup>56</sup>. Em suma, os extremos devem ser evitados: nem uma legislação trabalhista que desestime por completo a onerosa contratação formal, tampouco uma liberdade de mercado que pretenda tudo (inclusive a permanência histórica da exploração humana).

No final de 2022, a Espanha revogou a sua Reforma Trabalhista que precarizava o trabalho para, desta vez, coibir abusos de trabalho temporário, intermitente e terceirizações, além de estimular as negociações coletivas<sup>57</sup>. Em igual direção, o Congresso do Chile aprovou, em abril de 2023, projeto de lei para reduzir gradualmente a semana de trabalho de 45 para 40 horas. Também cabe sublinhar que empresas de Portugal, Irlanda, Espanha e Bélgica vêm experimentando com sucesso a *semana de 4 dias*. Em pesquisa divulgada em fevereiro de 2023, a ONG *4 Day Week Global* apresentou resultados positivos de um projeto piloto no Reino Unido, envolvendo 61 empresas que somam cerca de 2,9 mil empregados. Dentre as vantagens, foi mencionado um ligeiro aumento do faturamento; redução do número de funcionários pedindo demissão; aumento da satisfação dos trabalhadores. No ano anterior, a mesma ONG desenvolveu um teste com 33 empresas em vários países – principalmente EUA e Irlanda – com resultados similares:

O número de horas trabalhadas caiu, em média, de 40,8 para 34,8 horas semanais. E os trabalhadores ficaram bastante satisfeitos com a nova rotina: de zero a 10, atribuíram nota 9,1, em média, à nova forma de organizar o trabalho<sup>58</sup>.

.....  
pág. 70. Registre-se que a aludida matéria da despedida em massa foi veiculada no *Newsweek*, em encarte especial sobre Desemprego, editada por Vittorio Zucconi, em 1/08/1993.

- 56 Trata-se da Lei 9956/00. Lamenta-se que até agora apenas os postos de gasolina tenham sido atingidos pela proteção do mercado de trabalho em face da automação. Outros ramos como, por exemplo, o bancário, deveria ter legislação equivalente. Há que ser bem-vinda a regulamentação da Constituição na parte que protege o trabalhador da automação. Refiro-me ao art. 7º., XXVII, da Constituição Federal de 1988, que aguarda mais de três décadas a sua regulação por força de lei.
- 57 Trata-se do Real Decreto-Lei 32/2021, de 28 de dezembro, aprovado em 3 de fevereiro de 2022, sobre medidas urgentes de reforma trabalhista, garantia da estabilidade do emprego e transformação do mercado de trabalho. Mais conhecido como Reforma Trabalhista de 2022, este decreto-lei modificou a Lei do Estatuto dos Trabalhadores na Espanha.
- 58 “Semana de 4 dias: o que experiências mostram sobre futuro do trabalho”. André Shalders. Role, De Madri para a BBC News Brasil. Matéria publicada em 27 fevereiro 2023. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/crgz4ny3k9xo>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Por outro lado, dentro deste eterno pêndulo avanço/retrocesso, hoje já se fala do modo de produção *bezosista*, assim chamado porque retrata a gestão de Jeff Bezos nos galpões de entrega e distribuição de encomendas da *Amazon*.

## 5 O BEZOSISMO DA AMAZON COMO NOVO PARADIGMA DE TRABALHO

O método Bezos se destaca no que diz respeito à forma de controlar o trabalho de seus funcionários, que atuam na área de *e-commerce* da empresa Amazon, considerada a 2ª maior empregadora dos EUA, seguida apenas do *Walmart*<sup>59</sup>. Neste método se vê uma mistura de *fordismo* (grandes armazéns com linhas de montagem), *toyotismo* (produção sob medida e com metas diárias), *uberismo* (controle por algoritmo e competição entre colegas) e algumas sensíveis inovações trazidas pelo seu CEO, Jeff Bezos. A principal delas diz respeito ao acelerado ritmo de trabalho, em que o próprio trabalhador se impõe a executar, na medida em que há uma competitividade velada e insidiosa entre os colegas de trabalho.

Funciona assim: diariamente, os trabalhadores são pressionados a alcançarem, no mínimo, a “taxa de 25%” da produtividade geral daquela unidade de produção, cuja métrica se dá pela média de desempenho agregado de todos os colegas, em tempo real. Assim, o sistema informatizado colhe a performance dos funcionários, medindo o tempo em que cada um leva para identificar itens, retirá-los das prateleiras e alocá-los em caixas para o despacho. A partir do compasso frenético de cada um, estabelece-se uma média geral. Tudo por meio de rastreadores de produtos, sensores de depósito, e medidores de desempenho (GPS portátil e pistolas de *scanners*), que registram a velocidade de todos os atos praticados e alimentam o sistema de aferição de resultado útil. Nesta perspectiva de absoluto controle e vigilância, os próprios empregados se veem impelidos a suprimir suas pausas, distração ou qualquer conversa paralela, via WhatsApp ou entre colegas.

Sublinhe-se, nesta esteira, o chamado “efeito Hawthorne” relativo à mudança de comportamento verificada sempre que o indivíduo tem ciência de estar sendo observado. No trabalho, isso representa um aumento, ainda que temporário, na produtividade do funcionário vigiado<sup>60</sup>. No caso dos galpões da Amazon, o que se vê são os trabalhadores hipermonitorados por algoritmo, esmerando-se além de seus limites físicos e psicológicos, dentro de uma jornada média de 10 horas, com meia hora de almoço, dois intervalos de 15 minutos, em quatro dias por semana.

Conforme estudo sindical realizado pela *UNI Global Union*, cada trabalhador acessa o sistema por meio de um dispositivo específico, que viabiliza o monitoramento de sua produtividade, a exemplo dos leitores de código de barras que enviam dados para o software *Associate Development and Performance Tracker* (ADAPT). Este aplicativo identifica a rapidez com que as tarefas são executadas, além de rastrear os tempos de não-tarefa (*ToT* ou “*Time off Task*”), indicando o exato horário em que o trabalhador se desconecta para o almoço ou idas ao banheiro. O subalterno que ultrapassar determinado

59 A empresa Amazon de Jeff Bezos conta com aproximadamente 1,5 milhão de funcionários, conforme dados da Reuters de 2023.

60 Conforme matéria do portal italiano: living economy advisors. Guide Finanziare. *Cos’è l’effetto Hawthorne?* Fonte: <https://it.livingeconomyadvisors.com/1461-what-is-the-hawthorne-effect>. Acesso em 6 de julho de 2023. Na matéria consta que o termo “efeito Hawthorne” foi cunhado pelo pesquisador Henry A. Landsberger em 1958, quando conduzia uma análise de experimentos anteriores realizados nas décadas de 20 e 30. Ele nomeou o efeito que descobriu após a *Hawthorne Works Electric Company*, em Hawthorne, Illinois, onde o primeiro experimento ocorreu. A concessionária de energia elétrica patrocinou um estudo com seus trabalhadores para aferir a eficiência/produtividade aumentaria após a troca da iluminação. Durante o estudo, a produtividade dos funcionários aumentou, tanto quando a iluminação foi aumentada quanto quando foi diminuída. No entanto, a produtividade diminuiu ao final do estudo.

limite de *ToT* estará sujeito a multas e, se for terceirizado ou temporário, correrá o risco de não ter seu contrato renovado<sup>61</sup>. Aliás, decisões rápidas são marcas deste modelo automatizado.

Além de todo este aparato tecnológico de controle, duas vezes por dia aparece o gerente de depósito para uma breve reunião, em pé, relatando o último levantamento da métrica. Neste momento, os trabalhadores mais lentos são tacitamente alertados a reagir para não caírem na lista dos “caras sólidos”<sup>62</sup>, assim chamados aqueles que estão dentro da “*taxa mais baixa de 25%*”, sujeitos à advertência e ameaças de desligamento. Não por coincidência que a empresa fornece gratuitamente café (como estimulante) e aspirina (como analgésico).

O editor de tecnologia do *Wall Street Journal*, Christopher Mims, foi quem batizou este modelo de bezosismo (“*bezosism*”), quando de sua obra publicada em 2021, sob o sugestivo nome: “*Arriving Today: From Factory to Front Door*”, em tradução livre “Chegando hoje: da fábrica à porta da frente”. Nela, Mims faz uma investigação reluzente sobre as novas condições e regras do *e-commerce*, transporte e gerenciamento da cadeia de suprimentos no varejo. Ao final, conclui que o bezosismo é uma “mistura de vigilância, medição, truques psicológicos, metas, incentivos, slogans”, além de uma atitude agressiva de Jeff Bezos, que faz uso de uma “variedade de tecnologias inteligentes e outras patenteadas por ele próprio”<sup>63</sup>.

Duas das entrevistas coletadas pelo jornalista Mims se destacam: uma com o jovem Tyler Hamilton, de 22 anos, que trabalhou no centro de atendimento da Amazon em Shakopee, Minnesota, e a outra com o senhor Austin Morreale, um arrumador de 50 anos, que trabalhou por 6 semanas na Amazon, centro de atendimento LGA9, em Edison, NJ, tendo lá ficado até desenvolver síndrome do túnel do carpo. Nestes dois depoimentos há revelações interessantes e significativas, aqui separadas:

- “*Eram 10 horas de trabalho enfadonho e entorpecente, ficando praticamente na mesma posição durante todo o turno*” (Morreale)
- “*no final do turno, eu estava encharcado de suor e com dores como não sentia desde que jogava futebol competitivo.*” (Morreale)
- “*Se há pessoas que pegam atalhos, se há pessoas que tomam toneladas de café e toneladas de bebidas energéticas para ir mais rápido, isso aumenta a taxa acumulada... Ou seja, se você quiser se manter na média, terá que economizar e tomar café e bebidas energéticas a cada intervalo.*” (Hamilton)
- “*o café sai de graça das máquinas*” (Hamilton)

Na atenta observação de Cardoso e Neffa, há, neste novo paradigma, um ritmo alucinante de trabalho, com prazos curtos, forte repetição, cadências elevadas, progressiva produtividade e eficiente

61 “*Amazon, o trabalho ditado pelo algoritmo: é pior do que o esperado*”. Por Bárbara Calderini, Publicado em 25 de outubro de 2021 no Portal italiano: Agenda digitale. Disponível em: <[www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/bezosismo-il-lavoro-gestito-dallalgoritmo-limpatto-su-diritti-e-dignita-dei-lavoratori/](http://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/bezosismo-il-lavoro-gestito-dallalgoritmo-limpatto-su-diritti-e-dignita-dei-lavoratori/)>. Acesso em: 5 jul. 2023. A aludida UNI Global Union é uma federação que agrega mais de 900 sindicatos do setor de serviços de 140 países ao redor do mundo.

62 John Rossman, ex-gerente da Amazon, publicou o livro: “*The Amazon Way*”, John Rossman, explicando que este termo (“cara sólido”) se refere aos trabalhadores prestes a serem dispensados diante da baixa performance.

63 “*The Way Amazon Uses Tech to Squeeze Performance Out of Workers Deserves Its Own Name: Bezosism*”. Por Christopher Mims. Publicado no “The Wall Street Journal”, em 11 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/the-way-amazon-uses-tech-to-squeeze-performance-out-of-workers-deserves-its-own-name-bezosism-11631332821?mod=djemalertNEWS>>. Acesso em 5 jul. 2023.

controle. Com a ajuda das NTDIC (novas tecnologias digitais de comunicação e informação) e o uso cada vez maior da IA, Big Data e algoritmos, as empresas passam a ter maior controle, mesmo que à distância, sobre todo o processo produtivo. Além disso, há um rompimento sensível das fronteiras espaciais e temporais, com a possibilidade de redução de custos e aumento da precarização do trabalho. Como resultado deste cenário, crescem e se diversificam as formas de sofrimento e doenças laborais, além da continuidade das lesões (LER/DORT): fadiga generalizada, estresse, ansiedade, angústia, depressão, medo, esgotamento profissional (Síndrome do pânico e de Burnout), alcoolismo, problemas cardíacos, dentre outros, completam os sociólogos<sup>64</sup>.

Jeff Bezos, já preocupado com as críticas que vêm recebendo, antecipou-se a rebatê-las em carta aos acionistas. Nela sustenta que a Amazon faz uso de algoritmos sofisticados para rotacionar funcionários a fim de “reduzir movimentos repetitivos e ajudá-los na proteção dos riscos de distúrbios músculo-esqueléticos”. De modo mais direto, Bezos completa sua réplica: “Lendo algumas notícias, você pode pensar que nossos funcionários são almas desesperadas, às vezes tratados como robôs, (mas) estas não são análises precisas, (pois) nossos funcionários são pessoas sofisticadas e atenciosas, que podem escolher onde trabalhar”. Aliás, “quando pesquisamos nossos funcionários, 94% dizem que recomendariam a Amazon a um amigo como um lugar para trabalhar”. Sim, “eles podem fazer pausas informais durante seus turnos, pegar água, usar o banheiro ou falar com um gerente, tudo sem afetar seu desempenho”, completa o CEO da Amazon<sup>65</sup>. De nossa parte, lamenta-se ver Bezos esquecendo de esclarecer um detalhe: a forte pressão por produtividade que exsurge do sistema algorítmico como um todo.

Por tal motivo, neste modelo fatigante há intensa rotatividade de mão de obra, o que não chega a ser um problema para a Amazon, que quase nada investe em treinamento, além de instalar seus armazéns, estrategicamente, próximos de regiões carentes em que sobram desempregados prontos para suprir suas renovadas vagas de emprego. Em matéria publicada na revista Exame, consta que a sede da Amazon, em Seattle, determinou a um recrutador colocar panfletos de “procura-se trabalhador” em escolas secundárias, bancos de alimentos e abrigos para moradores de rua. O agenciador achou a ordem desesperada, mas estava ciente da dificuldade de achar pessoas dispostas a trabalhar para a Amazon, a exemplo de um candidato que, ao saber que a remuneração inicial era de US\$ 18,25 por hora, disse que com tal valor sequer conseguiria pagar o aluguel<sup>66</sup>.

A Amazon vem investindo pesado em sua frota de unidades robóticas, em que robôs móveis autônomos transportam mercadorias nos centros de atendimento da empresa. Com nomes heroicos, como *Hércules* (que combina força e velocidade), *Pegasus* (classifica as encomendas por código postal ou via de entrega) e *Xanthus* (classifica e realiza outras tarefas mais delicadas). Além destes há

64 CARDOSO, Ana Claudia Moreira. NEFFA, Júlio César. **Mudanças nos tempos de trabalho como determinantes do processo saúde-doença**. In: ROSSO, S. D.; CARDOSO, A.C.M.; CALVETE, C.S., KREIN, J. D. (Org.). O futuro é a redução da jornada de trabalho. Porto Alegre: CirKula, 2022. p. 376.

65 “Amazon, o trabalho ditado pelo algoritmo: é pior do que o esperado”. Por Bárbara Calderini, Publicado em 25 de outubro de 2021 no Portal italiano: Agenda digitale. Disponível em: <[www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/bezosismo-il-lavoro-gestito-dallalgoritmo-limpatto-su-diritti-e-dignita-dei-lavoratori/](http://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/bezosismo-il-lavoro-gestito-dallalgoritmo-limpatto-su-diritti-e-dignita-dei-lavoratori/)> . Acesso em: 5 jul. 2023.

66 “A estratégia da Amazon para contornar a falta de gente disposta a trabalhar nos galpões da empresa. Num cenário de escassez generalizada de mão de obra nos Estados Unidos, a varejista global aposta em tecnologia para continuar crescendo apesar da falta de braços”. Revista Exame. Por Matt Day, da Bloomberg Businessweek, publicado em 23 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://exame.com/negocios/a-estrategia-da-amazon-para-contornar-a-falta-de-gente-disposta-a-trabalhar-nos-galpoes-da-empresa>> Acesso em: 31 jul. 2023.

também o famoso braço amarelo, *Sparrow*, o primeiro robô da Amazon capaz de detectar, selecionar e manipular produtos de maneira individual nos armazéns da empresa, deixando-os em caixas na frente dos humanos. Com o uso de inteligência artificial e visão computacional, o novo robô consegue lidar com 65% dos itens guardados no depósito (livros, garrafas, etc). Além destes, há também o *Robin* e o *Cardinal*, que classificam pacotes juntos com o *Proteus* que levanta e move carrinhos com até 360 quilos, de modo autônomo. Tudo para reduzir as taxas de lesões e rotatividade em seus armazéns, diz Tye Brady, tecnólogo-chefe da *Amazon Global Robotic*, ocultando que tal automação vem reduzindo o número de empregos<sup>67</sup>.

Em suma, as máquinas operam ao lado de trabalhadores hipervigiados e em ritmo alucinado. O fato de seus contratos não serem duradouros e de competirem entre si traz outra vantagem para o empregador, qual seja o esvaziamento de qualquer espírito coletivo ou de organização sindical. Vale dizer: a comparação e a competição entre trabalhadores compõem uma estratégia que promove a individualização, desfavorece a união e mina qualquer relação de pertencimento<sup>68</sup>.

Como bem observa Cássio Casagrande, a pregação de que a revolução tecnológica veio para libertar o trabalhador é, pois, uma falácia ideológica. Assim, o velho e bom Direito do Trabalho, com sua proteção contra o despotismo fabril e a nova tirania algorítmica, “nunca foi tão necessário e urgente”<sup>69</sup>. Pena que a legislação trabalhista é sempre estigmatizada como um diploma legal anacrônico e obstrutor de empregos; um alarido falso e persuasivo da classe dominante, conforme veremos a seguir.

## 6 ERA UMA VEZ UM *PATINHO FEIO* CHAMADO LEI TRABALHISTA

Mitos e falácias foram criados pela mídia e por boa parcela dos economistas em relação à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) de 1943, em vigor até hoje. O primeiro deles é que ela foi inspirada na *Carta Del Lavoro* do regime fascista italiano. Não é verdade, pois apenas um único artigo da nossa legislação foi copiado da referida Carta de Mussolini, qual seja a que autorizava o nascimento de entidades representativas através de Registro Sindical, emitido conforme a conveniência do governo. Este dispositivo solitário já restou revogado na década de 1980, assim como mais da metade de seus 921 enunciados. Aliás, do total de dispositivos somente 625 se referiam aos direitos trabalhistas propriamente ditos (os demais regulam o processo do trabalho), sendo que deste número apenas 255 não sofreram alteração ou revogação<sup>70</sup>.

67 “Conheça o novo robô da Amazon, capaz de realizar algo inédito nos armazéns. O anúncio do *Sparrow*, novo robô da Amazon equipado com inteligência artificial, foi ofuscado pelas demissões que ocorreram em novembro”. Por Layse Ventura, editado por Nick Ellis em 03/12/2022. Olhar Digital. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2022/12/03/reviews/conheca-o-novo-robo-da-amazon-capaz-de-realizar-algo-inedito-nos-armazens/>> Acesso em: 31 jul. 2023.

68 VIANA, Márcio Túlio. O direito, a química e a realidade sindical. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, p. 49-51, jan/jun. 1999, pág. 50. LEME, Ana Carolina R. P. **De vidas e vínculos: as lutas dos motoristas plataformizados por reconhecimento, redistribuição e representação no Brasil**. SP: LTr, 2023, pág. 193. DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005, pág. 42.

69 CASAGRANDE, Cássio. “*Bezosismo = taylorismo + fordismo + toyotismo. Amazon, símbolo da revolução tecnológica, desenvolveu sistema de controle total dos empregados*”. Portal do Jota, Coluna: “O mundo fora dos autos”, publicado em 01/11/2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/bezosismo-amazon-taylorismo-fordismo-toyotismo-01112021>>. Acesso em: 5 jul. 2023.

70 Mais sobre o tema, consultar: CASAGRANDE, Cássio. “*Associar a CLT ao fascismo é uma mistificação da História. Afirmativa revela ignorância sobre origens do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo*”. Publicado no Portal Jota, em 6 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/associar>>

Também não se pode dizer que a CLT foi um “presente” do governo populista de Getúlio Vargas, pois, na verdade, o Brasil foi um dos últimos países democráticos a ter legislação social, nomeadamente após o fenômeno da *constitucionalização dos direitos trabalhistas*, iniciado pela Constituição do México, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, em 1919, além da própria criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nesse mesmo ano. Ademais, importa lembrar que na época da edição da CLT tivemos inúmeros movimentos paredistas e de pressão por parte dos operários, que clamavam por uma regulamentação do trabalho. E aqui reside outro mito, qual seja o de que “a lei trabalhista só protege o trabalhador”. Mais uma inverdade.

É sabido que quando o empregador cumpre a legislação social, ela se volta a favor dele próprio, sobretudo porque regula e apazigua o modo capitalista e a legitimação do lucro. Imagine se não houvesse a segurança jurídica da norma trabalhista? Seria o caos para a classe patronal, pois teríamos greves permanentes e reivindicações constantes na busca de um rol de direitos regulados. Com efeito, a CLT só se torna inimiga de quem a descumpra (assertiva, aliás, que também vale para as demais legislações)<sup>71</sup>. Nesta mesma toada, cabe refutar outro sofisma, qual seja a de que a legislação trabalhista brasileira é completamente diferente da dos demais países. Observa-se que a ala capitalista insiste em declarar que somos uma espécie de “patinho feio”, sendo o Brasil o único país com legislação trabalhista protetiva. Isto também não é verdade, pois a CLT é muito parecida com as demais legislações sociais de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, Argentina, Uruguai, dentre outras.

A verdade é que virou mania falar mal da Lei e da Justiça do Trabalho pátrias. Quando do evento *Brazil Forum*, realizado em Londres em 2017, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou: “Temos que trabalhar com fatos e não com escolhas ideológicas prévias. O Brasil, sozinho, tem 98% das ações trabalhistas do mundo”. Desculpe ministro, mas a sua declaração constitui um factóide. Diante de sua alargada cultura e história acadêmica, reputo que essa equivocada afirmação fora induzida por *fake news*.

A propósito, quem melhor a desmascarou foi o professor de Direito Comparado, Doutor pelo IUPERJ, Cássio Casagrande, em sugestivo artigo: “*Brasil, campeão de ações trabalhistas. Como se constrói uma falácia*”, publicado no portal Jota. Com proficiência e erudição, este Procurador do Ministério Público do Trabalho bem rechaça a equivocada afirmação do ministro de que nos EUA só há 75 mil ações trabalhistas. O erro teve início em uma publicação um tanto tendenciosa do sociólogo neoliberal, José Pastore, que apurou tão somente dados da Justiça Federal norte-americana, “esquecendo” que naquele país as reclamações trabalhistas são julgadas de forma concorrente pela Justiça Estadual de cada região. Considerando esta real competência acumulada, o número de ações trabalhistas nos EUA passa de 1,7 milhão (e não dos poucos 75 mil declarados por José Pastore e repetido pelo ministro Barroso). Ademais, cabe sublinhar, que nos EUA é forte e abrangente o uso da Ação Coletiva (*Class Actions*). Só no famoso Caso *Boeing* (versus JF Illinois) tivemos 190 mil litigantes<sup>72</sup>. Estas falácias

.....  
 a-clt-ao-fascismo-e-uma-mistificacao-da-historia-06082018>. “Acha a CLT ultrapassada? Veja quantas mudanças já foram feitas em 74 anos”. Por Marcus Lopes. Portal do UOL, Economia, publicado em 28 de maio de 2017. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/05/28/acha-a-clt-ultrapassada-veja-quantas-alteracoes-ela-jasofreu-em-74-anos.htm>>. Acesso em 2 ago. 2023.

71 Cabe sublinhar, ainda, outra falácia repetida a pretexto da aprovação da Reforma Trabalhista. Os desavisados congressistas diziam que a nossa CLT se encontrava defasada, por se tratar de um diploma legal surgido em 1943. Ocorre que dos 921 artigos originais, apenas 188 mantinham-se em vigor. Todos o restante já tinha sido modificado por sucessivas alterações legislativas. Agora, com a Reforma Trabalhista de 2017, este número se alargou, pois mais de uma centena deles foi alterado no sentido de esvaziar a proteção do trabalhador.

72 Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>>. Artigo publicado em 25 jun. 2017.

deferidas contra a legislação e a justiça trabalhista me fazem lembrar da célebre frase de Joseph Goebbels: “uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”. Detalhe: Goebbels era o ministro da propaganda do governo nazista de Adolf Hitler.

No Brasil já faz tempo que existe sim alta taxa de disputas judiciais, mas não na proporção declarada pela mídia. Enquanto na Alemanha os litigantes representam 1,4% da População Economicamente Ativa (PEA), no Brasil alcança 3,4% da PEA. Contudo, esta litigiosidade não é só da área trabalhista, mas também no campo do direito do consumidor, na esfera tributária, criminal e de família. Credito este alto grau de judicialização à cultura da “falta de diálogo” das partes interessadas, sobretudo entre patrão e empregado. Muitas vezes, ao questionar o cabimento de algum direito que entende desprezado, o trabalhador ouve do próprio empregador: “*Não está satisfeito? Então vá procurar seus direitos na Justiça do Trabalho*”. E ele vai.

Nunca é demais realçar que as formas mais flexíveis de contratação, a exemplo da terceirização, teletrabalho, contratos intermitentes, estágios e autônomos podem até reduzir o contingente de desempregados, contudo criam número absurdo de ocupações precarizadas, com salários aviltantes e contratos de curtíssima duração. Veja-se, por exemplo, o engodo do *trabalho intermitente*, trazido pela Reforma Trabalhista de 2017, que se dá pela contratação de um trabalhador para prestar serviços esporádicos ou sazonais, em que se alternam períodos de atividade e inatividade. Ocorre que, apesar de registrado em Carteira de Trabalho (CTPS), inclusive para efeitos estatísticos de governo (Caged)<sup>73</sup>, este trabalhador pode ser que nunca seja convocado e por consequência nenhum salário receba. Logo, a vantagem maior é do empregador que passa a ter um banco de empregados à sua disposição para poder convocar apenas quando de suas necessidades pontuais, a exemplo do serviço de garçom em uma casa de eventos. Assim, uma vez aceita a oferta, a parte que descumprir deverá pagar à outra multa de 50% da remuneração que seria devida pela convocação<sup>74</sup>. Ou seja, além de formalizar o “bico do *free lancer*”, a lei criou um mecanismo que penaliza eventuais desistências de última hora por parte do trabalhador.

Lamentamos dizer que, via de regra, o empresário não é um sujeito que prioriza empregabilidade, pois o seu foco não é a função social, mas o lucro do empreendimento. Por sua vez, a marca do capitalismo nunca foi a solidariedade, mas a *acumulação* e a *competitividade*; um jogo em que sempre prevalecem os interesses dos mais fortes economicamente. Nesta esteira cabe lembrar do comentário de Leonardo Boff:

A lógica interna desse sistema, entretanto, é ser acumulador de bens e serviços, e por isso criador de grandes desigualdades e injustiças, explorador ou dispensador da força de trabalho e predador da natureza. *Ele é apenas competitivo e nada cooperativo*<sup>75</sup>.

A título de ilustração, veja que nos últimos anos nunca se viu tanto lucro das instituições financeiras e das *big techs* (Apple, Amazon, Alphabet, Microsoft e Meta), mas, ainda assim, tais corporações insistem em sucessivas despedidas em massa. Tudo em nome de uma reengenharia ou

73 Segundo dados do Cadastro Nacional de Empregados e Desempregados, o conhecido CAGED, em 2021 foram realizadas mais de 22 mil contratações nesta modalidade intermitente e aproximadamente 15,3 mil desligamentos, implicando um saldo de quase 7 mil empregos. Na verdade, esse número é apenas uma “bolha estatística”, vez que não se trata de atividades plena e necessariamente remunerada.

74 Assim prevê o art. 452-A, § 4º, da CLT: “Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo”.

75 BOFF, Leonardo. *Fundamentalismo: a globalização e o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, pág. 38.

reestruturação produtiva, sobretudo pela alegação do incremento da máquina em substituição ao trabalho humano. Certa vez, a maior empresa americana de produtos de limpeza e cosméticos, a *Procter & Gamble*, anunciou que 13 mil funcionários no mundo seriam despedidos e 30 fábricas fechadas, como *medida preventiva*. Indignado, o sociólogo Domênico de Masi observou em tom irônico: a solução somente se dará quando esta empresa se der conta de que “não sobrarão mais ninguém com dinheiro suficiente para comprar as fraldas e os cotonetes que elas produzem”<sup>76</sup>.

Outra notícia emblemática se deu em relação ao empresário espanhol, Amâncio Ortega, detentor de uma das maiores fortunas do mundo, proprietário de uma rede com milhares de lojas em quase uma centena de países. Diz a manchete da Revista Exame<sup>77</sup>: “Zara pagará R\$ 5 mi por descumprir acordo sobre trabalho escravo”. Ora, como pode uma corporação tão rentável negligenciar direitos sociais tão comezinhos, e explorar de forma tão injusta trabalhadores da sua linha de produção? Em outubro de 2021, uma outra investigação da Polícia Civil do Ceará concluiu que uma de suas lojas cometia atos ilícitos de discriminação, ao acionar um alerta cada vez que um cliente negro e com padrão de roupa simples adentrava no estabelecimento<sup>78</sup>.

Infelizmente, tenho percebido, dentro da minha área de atuação profissional, que muitas vezes a sanha lucrativa do empresário ignora até mesmo a dignidade da pessoa humana, sendo recorrente no ambiente do trabalho os casos de assédio sexual e moral; humilhações; deboches; dispensas injuriosas; ameaças pelo descumprimento de metas; patrulhamento ideológico e tantos outros abusos no exercício da direção do empreendimento ou mesmo fora dele.

Não se pode impulsionar a concentração de renda nas mãos de uma minoria, conforme vem acontecendo neste global modelo de mercado total. Ao contrário, é preciso compreender que todos que contribuem para o resultado devem participar dos lucros e resultados, conforme sinalizou a Constituição Federal<sup>79</sup>. Dito de outro jeito: é preciso conscientizarmos que não resolveremos nossos problemas sem também resolvermos o problema dos outros.

Aqui peço licença para compartilhar uma história pessoal. No nosso escritório de advocacia, de tempos em tempos, temos meses de alta arrecadação, o que gera uma alegria a todos os advogados registrados e envolvidos na partilha dos lucros. Certa vez, percebi que a nossa alegria contrastava com a indiferença da Dona Lucia, a humilde funcionária que, com tanto esmero, servia-nos cafezinho há quase duas décadas. Os sócios concluíram, então, que não era justo deixá-la de fora na divisão dos bons resultados. Foi então que decidimos estender o programa de participação nos lucros a todos os empregados, sem distinção. Confesso que ver a alegria da Dona Lucia no compartilhamento do resultado positivo criou, no ambiente de trabalho, uma atmosfera fraterna, justa e solidária. Este, pois, deve ser nosso anseio: que *todos* compartilhem do êxito do empreendimento.

76 DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**. Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 2ª. ed. Brasília: UnB, 1999, págs. 73 e 74. Registre-se que a aludida matéria da despedida em massa foi veiculada no *Newsweek*, em encarte especial sobre Desemprego, editada por Vittorio Zucconi, em 1/08/1993.

77 Matéria publicada em 01/06/2017. Por Tatiana Vaz. Disponível em: <https://exame.com/negocios/zara-pagara-r-5-mi-por-descumprir-acordo-sobre-trabalho-escravo/> Da matéria constou que em 2011, depois de trabalhadores que produziam roupas para a marca terem sido resgatados de condições consideradas degradantes, a Zara firmou com o Ministério Público do Trabalho de São Paulo um TAC (Termo de Ajuste de Conduta) e descumpriu, o que gerou a penalização.

78 “Zara criou código para 'alertar' entrada de negros em loja, diz polícia”. Carlos Madeiro. Colaboração para o UOL, em Maceió. Publicado em 20/10/2021. Disponível em: <[www.noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/10/20/ce-zara-criou-codigo-para-alertar-entrada-de-negros-em-loja-diz-policia.htm?cmpid=copiaecola&cmpid=copiaecola](http://www.noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/10/20/ce-zara-criou-codigo-para-alertar-entrada-de-negros-em-loja-diz-policia.htm?cmpid=copiaecola&cmpid=copiaecola)>. Acesso em: 22 fev. 2023.

79 Neste sentido o art. 7º, XI, da Constituição Federal de 1988.

Em direção oposta, lastima-se que quase todas medidas que flexibilizam as formas de contratação e remuneração acabam por agravar o quadro de exploração do capital sobre o trabalho. Se de um lado é preciso reduzir os tributos sobre a folha de pagamento, de outro, urge manter a legislação que assegura dignidade e pleno emprego. Não se ignore que uma Economia saudável requer prosperidade para todos e não apenas para uma parcela ínfima de privilegiados. Desempregar a massa de trabalhadores ou empobrecê-la (com condições precárias e proventos reduzidos) afeta a Economia como um todo. Em igual toada, o festejado jurista uruguaio, Américo Plá Rodriguez, foi certo ao observar que o princípio de proteção não constitui obstáculo às mudanças exigidas pelos tempos, pois a “sua própria maleabilidade lhe permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude”<sup>80</sup>.

Nesta esteira, estou convencido de que o melhor modelo é aquele que traduz o tripé da sustentabilidade, conjugando desenvolvimento social, ambiental e econômico, a exemplo do que seguem as empresas oriundas de países como a Suécia e a Noruega. Por outro lado, conforme observa Sachs, o desenvolvimento sustentável é incompatível com o jogo irrestrito das forças neoliberais de mercado. Sim, pois elas são “por demais míopes para transcender os curtos prazos e cegos para quaisquer considerações que não sejam lucros e a eficiência Smithiana de alocação de recursos”<sup>81</sup>.

## 6.1 O papel da OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem papel importante para fincar padrões mínimos e direitos universais de proteção ao trabalho decente, visando, sobretudo, o combate à exploração e ao *dumping* social. Não se ignore, pois, que as declarações e as resoluções das Organizações Internacionais exercem grande influência na conformação das normas jurídicas, especialmente pela interação com o costume internacional e, também, com os princípios gerais do direito, observa Gunther<sup>82</sup>.

Não por coincidência, em sua 95ª Conferência Mundial de 2006, a OIT publicou a Recomendação n. 198 para que os Estados-membros adotassem uma política nacional destinada a adaptar a legislação, com a finalidade de garantir proteção efetiva aos trabalhadores. Em junho de 2015, a Conferência Internacional do Trabalho (CIT), aprovou outra Recomendação, a de n. 204, relativa à transição da economia informal para formal. Em 2017, a Recomendação sobre Emprego e Trabalho Decente para a Paz e a Resiliência, n. 215, apelou para a aplicação de uma perspectiva de gênero em todas as atividades de elaboração, execução, monitoramento e avaliação da resposta à crise. Em 2019, a Declaração do Centenário do Futuro do Trabalho reafirmou que o estabelecimento e a promoção das Normas Internacionais do Trabalho são de fundamental importância para a OIT, inclusive para mitigar

80 RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução: Wagner Giglio. 3. ed. 2000, 2. tir. 2002. p. 82. Registre-se que a 1. ed. foi escrita em 1978, pág. 82

81 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Organização de Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 55. Sublinhe-se que os termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, embora distintos, direcionam-se para um único significado, eis que complementares entre si. Assim, observa Carvalho, pode-se afirmar que “a sustentabilidade se relaciona com o fim, enquanto o desenvolvimento sustentável liga-se com o meio”. CARVALHO, Sonia Aparecida de. *Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/101815390/Direitos\\_Humanos\\_Desenvolvimento\\_Sustentavel\\_e\\_Sustentabilidade](https://www.academia.edu/101815390/Direitos_Humanos_Desenvolvimento_Sustentavel_e_Sustentabilidade)>. Acesso em: 17 jul. 2023.

82 GUNTHER, Luiz Eduardo. **Resoluções e Declarações da OIT: natureza e efeitos**. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba: Biblioteca da Universidade Federal do Paraná, 2002, pág. 332. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/75664/D%20T%20LUIZ%20EDUARDO%20GUNTHER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 2 jul. 2023.

os impactos da vivenciada crise sanitária oriunda da pandemia de COVID-19.

A regulação do trabalho em plataformas digitais é tema de atenção de diversos países, a exemplo da Califórnia, que aprovou em novembro de 2020, a “*App-Based Drivers as Contractors and Labor Policies Initiative*”, conhecida como Proposition 22, regulando a relação entre motoristas, entregadores de aplicativos e plataformas. Na Espanha, em maio de 2021, foi aprovado o Real Decreto-ley 9/2021, conhecido como Ley Rider, que estabeleceu requisitos para a presunção de vínculo empregatício e direito à informação do gerenciamento por algoritmo. Em Portugal, no final de 2022, a Comissão do Trabalho, Segurança Social e Inclusão aprovou proposta que resultou na criação do art. 12-A do Código do Trabalho com presunção de laboralidade a relação que contiver alguns indícios concretos. No Brasil, este assunto é objeto de mais de uma centena de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional<sup>83</sup>. Já passou da hora de regular estas novas modalidades de trabalho.

Recentemente, após a divulgação do relatório *Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo - Tendências 2023*, o diretor do escritório da OIT para o Brasil, Vinícius Pinheiro, declarou: “Um dos maiores desafios do mercado de trabalho brasileiro continua sendo a formalização das 39 milhões de pessoas – 39,1% da população ocupada – que estão na economia informal, sem direitos trabalhistas”<sup>84</sup>.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as Reformas legislativas, as mudanças estratégicas no modo de produção e o fortalecimento da ideologia neoliberal que incute desejos e valores impróprios da realidade da classe trabalhadora, o que se vê é uma captura de sua subjetividade para acreditar que é bom estar fora da proteção da CLT. Nesta esteira, a própria Justiça do Trabalho se vê em um processo de desconstrução, a qual passa a representar uma faceta menos relevante e com papel secundário, sobretudo, observa Marques Filho, por movimentos paulatinos, porém contínuos, por partes dos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, que concorre para a redução de sua importância. Nas lentes de Cavalcanti, isso ocorre porque os seus integrantes estão imersos na ideologia dominante: como ser social, a magistratura não vive isolada dos dogmas, das crenças, “mas são aparelhos ideológicos do Estado que serve à estabilização do *status quo*”<sup>85</sup>.

Há pouco fizemos uma provocação de que a legislação trabalhista é estigmatizada, sendo tratada como uma espécie de “patinho feio”, sobretudo pela ideologia neoliberal, boa parcela da mídia e de ministros do Supremo Tribunal Federal. Todos eles insistem no intento de esvaziar o poder da Justiça do Trabalho<sup>86</sup>. E assim o fazem ao enaltecer a *livre iniciativa*, como fundamento da nossa Carta

83 Sobre o tema consultar: **Debates conceituais e regulatórios sobre o futuro do trabalho em plataformas digitais** [recurso digital] / Organização: Ana Paula Camelo et al. São Paulo: FGV Direito SP, 2022. Disponível em: <[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/32018/ebook2\\_gig-economy\\_cepi-fgv.pdf?sequence=1](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/32018/ebook2_gig-economy_cepi-fgv.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 20 fev. 2023.

84 In: “*Perspectivas sociais e do emprego no mundo: Tendências 2023. O Relatório WESO Trends da OIT e o comportamento recente do mercado de trabalho no Brasil*. Notícias. Publicado em 16 de Janeiro de 2023. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_865530/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_865530/lang--pt/index.htm). Ver também: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_745248.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_745248.pdf). Acesso em 18/2/2023. O nome original do aludido relatório é *World Employment and Social Outlook: Trends 2023 (Weso Trends)*

85 MARQUES FILHO, Lourival Barão. **Litigantes em fuga: o ocaso da Justiça do Trabalho? Como as novas tecnologias e a reforma trabalhista impactam a litigiosidade trabalhista**. São Paulo: Dialética, 2022, pág. 247. CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Sub-humanos: o capitalismo e a metamorfose da escravidão**. São Paulo: Boitempo, 2021, pág. 226.

86 Na nossa opinião, a maioria da atual composição do STF é refratária à essência tutelar do Direito do Trabalho, conforme

Republicana. Desprezam, contudo, que ao lado deste valor econômico, o inciso IV do primeiro artigo da Constituição fala justamente dos “valores sociais do trabalho”. Assim, no atento e correto comentário do meu xará, José Afonso da Silva, a iniciativa privada é um princípio básico do capitalismo, mas, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”<sup>87</sup>. Logo, esta clivagem não se justifica, sendo correto o equilíbrio entre o capital e o trabalho humano, conforme se propõe o Direito do Trabalho mundo afora.

No célebre conto do dinamarquês, Hans Christian Andersen, escrito em 1843, um certo patinho feio sempre foi estigmatizado por sua diferente aparência em relação aos seus irmãos de criação. Somente mais tarde, ao descobrir que sua verdadeira identidade não era a de um pato, mas de um lindo cisne, igual àqueles que avistava em um lago, o velho palmípedes renasce ao perceber que era tão ou mais belo do que os demais. Que assim seja o destino do Direito laboral e da Justiça do Trabalho, quando perceberem que é justamente a sua idiossincrasia que lhe faz distinta e proeminente. Que os operadores do Direito, os trabalhadores e a sociedade como um todo possam despertar desta letargia, que renega e abjura a importância dos Direitos Sociais, neles incluídos os trabalhistas. A propósito, Sêneca, em uma de suas Cartas a Lucílio, nos alerta:

“Quem tem o sono leve, mesmo quando descansa tem a visão das coisas e a consciência de estar dormindo; um sono muito profundo, porém, entorpece tão profundamente o espírito que o faz perder o conhecimento de si próprio.”

## REFERÊNCIA

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho**. Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 7a. ed., SP: Cortez, 2000.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

AOKI, Masahiko. **Information, incentives, and bargaining in the Japanese economy**. Cambridge: University Press, 1988.

BARIA, Paulo. **Uber e relação de emprego em tempos de pós-verdade**. Suplemento Trabalhista LTr, 074/17. São Paulo: 2017, ano 53, pág. 389.

BOFF, Leonardo. **Fundamentalismo**: a globalização e o futuro da humanidade. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

CARDOSO, Ana Claudia Moreira. NEFFA, Júlio César. **Mudanças nos tempos de trabalho como determinantes do processo saúde-doença**. In: ROSSO, S. D.; CARDOSO, A.C.M.; CALVETE, C.S., KREIN, J. D. (Org.). O futuro é a redução da jornada de trabalho. Porto Alegre: CirKula, 2022.

.....  
depreende de inúmeros julgados, a exemplo da ADC 58 que pôs fim aos juros moratórios e apequenou o crédito trabalhista, e de tantas Reclamações que afastaram a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar relações de trabalho, em flagrante violação ao art. 114 da Constituição e ao Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, próprio do microsistema trabalhista.

87 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. SP: Saraiva, 2015, pág. 720.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **O caso Uber e o controle por programação:** de carona para o século XIX. In: *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano*. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues, José Eduardo de Resende Chaves Junior. São Paulo: LTr, 2017, pág. 141.

CARVALHO, Sonia Aparecida de. Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSMI**, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/101815390/Direitos\\_Humanos\\_Developimento\\_Sustent%C3%A1vel\\_e\\_Sustentabilidade](https://www.academia.edu/101815390/Direitos_Humanos_Developimento_Sustent%C3%A1vel_e_Sustentabilidade)>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CASAGRANDE, Cássio. **Associar a CLT ao fascismo é uma mistificação da História. Afirmativa revela ignorância sobre origens do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo**. Publicado no Portal Jota, em 6 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/associar-a-clt-ao-fascismo-e-uma-mistificacao-da-historia-06082018>>. Acesso em: 2 ago. 2023.

CASAGRANDE, Cássio. **Bezosismo = taylorismo + fordismo + toyotismo. Amazon, símbolo da revolução tecnológica, desenvolveu sistema de controle total dos empregados**. Portal do Jota, Coluna: “O mundo fora dos autos”, publicado em 01/11/2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/bezosismo-amazon-taylorismo-fordismo-toyotismo-01112021>>. Acesso em: 5 julho 2023.

CASAGRANDE, Cássio. **A lição de Henry Ford:** empregado não é colaborador, é empregado. Uma reflexão para quem quer negar o inafastável conflito de classe no Direito do Trabalho. Disponível em: <[https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/a-licao-de-henry-ford-empregado-nao-e-colaborador-e-empregado-12112018](https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/a-licao-de-henry-ford-empregado-nao-e-colaborador-e-empregado-12112018)>. Acesso em: 20 abril 2023.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social:** uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Sub-humanos:** o capitalismo e a metamorfose da escravidão. São Paulo: Boitempo, 2021.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 6ª. Ed.; São Paulo: Editora LTr, 2017.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho. Fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. 2ª. ed. Brasília: UnB, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego:** entre o paradigma da destruição e

os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

DUTRA, Lincoln Zub. **O necessário resgate da nossa capacidade de indignação frente ao capitalismo.** In: DUTRA, Lincoln Zub. (Coord.) Direito fundamental ao trabalho: o valor social do trabalho. Curitiba: Juruá, 2017.

FONSECA, Máira Silva Marques da. **Teoria crítica do Direito do Trabalho:** reflexões sobre os tempos de trabalho. BH: Editora Dialética, 2021.

GEHRINGER, Max. **Plano de carreira não existe mais. A meritocracia está prevalecendo.** Disponível em: <<https://blog.reachr.com.br/max-gehringer-plano-de-carreira-nao-existe-mais-meritocracia-prevalece/>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GRAMSCI, Antonio. **Selections of prison's notebooks.** New York: International Publishers, 1971.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **Resoluções e Declarações da OIT:** natureza e efeitos. Tese de Doutorado em Direito. Curitiba: Biblioteca da Universidade Federal do Paraná, 2002, pág. 332. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/75664/D%20-%20T%20-%20LUIZ%20EDUARDO%20GUNTHER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> . Acesso em: 2 jul. 2023.

LEME, Ana Carolina R. P. **De vidas e vínculos:** as lutas dos motoristas plataformizados por reconhecimento, redistribuição e representação no Brasil. SP: LTr, 2023.

MARQUES FILHO, Lourival Barão. **Litigantes em fuga:** o ocaso da Justiça do Trabalho? Como as novas tecnologias e a reforma trabalhista impactam a litigiosidade trabalhista. São Paulo: Dialética, 2022.

MELHADO, Reginaldo. Judiciário mínimo e relações de trabalho. **Revista Gênese de Direito do Trabalho.** n. 78, Junho/99. p. 880.

MELLO, Prudente José Silveira. **Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo.** In: Globalização, Neoliberalismo e o mundo do trabalho. Curitiba, Edibej, 1998.

MIGUEL, Renata. **As reflexões de Robert Castel sobre os conceitos de “risco” e “vulnerabilidade social”.** Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís: UFM, 2015. Disponível em: . Acessado em: 26/05/2017.

PALOMEQUE Lopez, Manuel Carlos. **“Derecho del trabajo e ideologia:** médio siglo de formacionideológica del Derecho español del trabajo. 4ª. Ed. Madri: Editorial Tecnos, 1989.

REDINHA, Maria Regina Gomes. **A relação laboral fragmentada.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho.** Tradução: Wagner Giglio. 3. ed. 2000, 2. tir. 2002.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Organização de Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTOS, Catarina Gomes. **A Uber e seus motoristas: mind the gap!**; A Sentença do Employment Tribunal de Londres. In: **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. Coord: Ana Carolina Reis Paes Leme; Bruno Alves Rodrigues; José Eduardo de Resende Chaves Júnior, São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. 14ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. SP: Saraiva, 2015.

SUPIOT, Alain. **La ouovernance par les nombres**. Paris: Fayard, 2015.

VERÍSSIMO, Luiz Fernando. **Os braços de Mike Tyson**. *Jornal do Brasil*. Coluna Opinião, setembro, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. O direito, a química e a realidade sindical. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, p. 49-51, jan/jun. 1999, pág. 50.

**A RELEVÂNCIA DA CONVENÇÃO Nº. 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO PARA REPRIMIR A VIOLÊNCIA CONTRA AS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS: UMA LEITURA INTERSECCIONANDO COM A LEI BRASILEIRA Nº. 11.340/2006**

**LA RILEVANZA DELLA CONVENZIONE Nº. 190 DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO PER REPRIMERE LA VIOLENZA CONTRO LE LAVORATRICI DOMESTICHE: UNA LETTURA CHE SI INCROCIA CON LA LEGGE BRASILIANA Nº. 11.340/2006**

**Lucieny Magalhães Machado Pereira\***  
**Marco Antônio César Villatore\*\***

\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pesquisadora. Professora no curso de Direito na Faculdade Guilherme Guimbala, em Joinville, SC. Coordenadora do CerNemape – Centro de Referência e Núcleo de Extensão Maria da Penha na ACE FGG. Advogada. E-mail: [lucienymmp@gmail.com](mailto:lucienymmp@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0707202257646222>

\*\* Pós-Doutor em Direito Econômico pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”. Professor Associado I da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, do Curso de Graduação e, também, de Pós-Graduação (Mestrado e do Doutorado), ambas em Direito. Advogado. E-mail: [marcovillatore@gmail.com](mailto:marcovillatore@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6658857270253086>

**RESUMO**

A presente pesquisa tem como estudo central as violências vivenciadas por trabalhadoras em ambiente doméstico, bem como os efeitos danosos à sua saúde psicológica, e apresentar alguns dispositivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro ante a violência de gênero, especialmente no ambiente do trabalho doméstico. A partir de uma pesquisa bibliográfica e análise lógica hipotético-dedutiva dos dados coletados, esse artigo aborda a relevância dos dispositivos da Convenção nº. 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente os dispositivos apresentados para coibir e prevenir a violência no trabalho, além de os correlacionar com a Lei brasileira nº. 11.340/2006, a fim de reprimir e prevenir violências, promover dignidade às trabalhadoras domésticas, e ensinar maior atenção à realidade vivida por muitas delas.

**Palavras-chave:** Convenção nº. 190 da Organização Internacional do Trabalho; violência doméstica; proteção à trabalhadora doméstica.

**RIASSUNTO**

La presente ha come analisi centrale le violenze vissute dalle lavoratrici nell'ambiente domestico, nonché gli effetti dannosi sulla loro salute psicologica, e presenta alcuni dispositivi esistenti nell'ordinamento giuridico brasiliano di fronte alla violenza di genere, in particolare nell'ambiente di lavoro domestico. Sulla base di una ricerca bibliografica e di un'analisi logica ipotetico-deduttiva dei dati raccolti, questo articolo affronta la rilevanza delle disposizioni della Convenzione nº. 190 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO), in particolare i dispositivi presentati per frenare e prevenire la violenza sul lavoro, oltre a correlarli con la Legge brasiliana nº. 11.340/2006, al fine di reprimere e prevenire la violenza, promuovere la dignità alle lavoratrici domestiche e

Recebido: 08/09/2023  
Aprovado: 15/09/2023

**JUSTIÇA DO TRABALHO**  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



suscitare una maggiore attenzione alla realtà vissuta da molti di loro.

**Parole chiave:** Convenzione n.º. 190 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro; violência domestica; tutela del lavoratore domestico.

#### Sumário

1. Introdução.
2. A violência no ambiente de trabalho;
3. Aplicabilidade da Lei n.º. 11.340 /2006 às trabalhadoras domésticas no Brasil;
4. A Convenção n.º. 190 da OIT e a proteção do trabalho doméstico, sem violência e sem assédio, diante das evidências da Lei brasileira n.º. 11.340/2006.
5. Considerações finais. Referências.

#### Sommario

1. Introduzione.
2. Violenza sul posto di lavoro;
3. Applicabilità della Legge n.º. 11.340/2006 ai lavoratori domestici in Brasile;
4. Convenzione n.º. 190 dell'ILO e la tutela del lavoro domestico, senza violenza e senza molestie, alla luce dell'evidenza della Legge brasiliana n.º. 11.340/2006.
5. Considerazioni finali. Riferimenti.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a Convenção n.º. 190 da OIT sob a perspectiva da Lei n.º. 11.340/2006 Lei Federal brasileira criadora de mecanismos para coibir e prevenir violências contra a mulher, trazer à tona a realidade vivida por essas trabalhadoras a fim de promover a dignidade da pessoa da trabalhadora em ambiente doméstico.

Para tanto, a problemática deste estudo reside em identificar se, há compatibilidade da Convenção n.º. 190 da OIT com a Lei n.º. 11.340/2006, pois em havendo, tal estudo poderá agregar na ratificação da presente Convenção pelo Brasil e promover a dignidade da pessoa da trabalhadora doméstica? Como pressuposto, busca-se na Lei n.º. 11.340/2006 considerando que essa lei tem o condão de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência ao gênero feminino em ambiente familiar, relacional e, também, doméstico, e que a redação do artigo 6º. resta evidenciado que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2006).

Destarte, para análise acurada quanto ao tema, realizou-se pesquisa bibliográfica em obras, artigos científicos e textos legais, adotando-se para a análise dos dados coletados, o método lógico hipotético-dedutivo, sendo apresentado descritivamente no modelo de artigo científico, o qual buscará responder a problemática em três tópicos essenciais:

No primeiro tópico, o estudo se debruça em compreender quem é essa trabalhadora que labora em ambiente doméstico. Quais suas vulnerabilidades no ambiente de trabalho que ensejam situações de violência como: violências físicas, violências psicológicas, violência moral, violência sexual e violência patrimonial vivenciadas por elas. Neste contexto, se englobarão algumas fragilidades descritas na literatura como decorrentes das violências vivenciadas. Albergar estudos que exemplifiquem adoecimento por causa de violências sofridas no ambiente laboral torna esse estudo altamente relevante, pois sem saúde

essa trabalhadora estará indigna a ter uma vida plena em condições de saúde.

No segundo tópico do artigo será tratado a possibilidade de aplicar a Lei nº. 11.340/2006 às trabalhadoras domésticas no Brasil. Buscar-se-á entender essa lei, especialmente, entender sua aplicação no contexto de trabalho laboral mediante uma pesquisa exploratória em alguns julgados, e conhecer a aplicabilidade desta Lei às trabalhadoras domésticas no Brasil, além de verificar se essas trabalhadoras teriam direito de usufruir das medidas protetivas descritas na Lei nº. 11.340/2006?

No tópico seguinte, o estudo apresentará a Convenção nº. 190 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, e a correlacionará aos dispositivos descritos na Lei nº. 11.340/2006, a fim de promover dignidade à pessoa da trabalhadora doméstica, e ensejar maior atenção à realidade vivida por muitas delas. O eixo norteador deste estudo será agregar evidências com o fito de ratificação da Convenção nº. 190 da OIT pelo Estado brasileiro.

## 2 A VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DO TRABALHO

A violência contra a mulher no âmbito do trabalho, no Brasil, tem sido marcada por diversas situações de constrangimento, assédio e violações de direito. Diversas vulnerabilidades no âmbito do trabalho e muitas violações de direito no âmbito do trabalho estão sendo identificadas no Brasil e no mundo.

A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO em Brasília (OIT Brasília) afirma que as trabalhadoras domésticas são o grupo de trabalho mais vulnerável, devido a informalidade e outros fatores de exclusão, sendo um “núcleo duro do déficit de Trabalho Decente no Brasil e no Mundo”. Por isso, publica no seu site fatos e números no mundo e no Brasil que evidenciam tais constatações sobre o trabalho doméstico (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2023):

### Fatos e números no mundo

- existem 67 milhões de trabalhadoras(es) domésticas(os) adultas(os) no mundo, segundo estimativas da OIT para 2013.
- deste número, 80% ou 55 milhões são mulheres.
- a América Latina e o Caribe conta com 18 milhões de trabalhadoras(es) domésticas(os), dos quais 88% são mulheres.
- o trabalho doméstico representa 27% da ocupação feminina na região.
- o trabalho doméstico é uma das ocupações com níveis de remuneração mais baixos no mundo, com médias de salário abaixo da metade do salário médio no mercado de trabalho.
- cerca de 90% das(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) não têm acesso à seguridade social.

### Fatos e números no Brasil

(Fonte: PNAD Contínua Trimestral do IBGE)

- em 2016, o Brasil tinha 6,158 milhões de trabalhadoras(es) domésticas(os), dos quais 92% eram mulheres.
- apenas 42% destas(es) trabalhadoras(es) contribuem para a previdência social e só 32% possuem carteira de trabalho assinada.
- a grande maioria das(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) são mensalistas. As diaristas, por sua vez, enfrentam a possibilidade de situações de trabalho mais precárias e tem sua própria responsabilidade de contribuir para a previdência social.
- apenas 4% da categoria de trabalhadoras domésticas e trabalhadores domésticos é sindicalizada.
- o número de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil doméstico no Brasil teve uma diminuição de 61,6% entre 2004 e 2015, passando de 406 mil para 156 mil.
- em 2015, 88,7% das(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) entre 10 e 17 anos no Brasil eram

meninas e 71% eram negras(os).  
**(destaque nosso).**

Esses dados geram inquietações e preocupações em todo o mundo, uma vez que esse grupo de trabalhadoras vem crescendo ano a ano e com ela a informalidade. Tais constatações se extraem de que se, “em 2016, o Brasil tinha 6,158 milhões de trabalhadoras(es) domésticas(os), dos quais 92% eram mulheres” e apenas “42% destas(es) trabalhadoras(es) contribuem para a previdência social e só 32% possuem carteira de trabalho assinada”, com o crescimento populacional em ascensão, é possível supor que os dados se encontram bem mais elevados, atualmente (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2023).

Marisa Sanematsu, redatora que concebeu o documento “A pauta é violência e assédio contra mulheres no trabalho” realizado pelo Instituto Patrícia Galvão com apoio da Laudes Foundation com objetivo de que seja um guia que contribua “para o debate público sobre a violência e o assédio contra mulheres no trabalho, oferecendo apoio a jornalistas, especialistas e ativistas que querem abordar essa pauta a partir de uma perspectiva de gênero e de garantia dos direitos humanos”. A autora afirma que “gritos e xingamentos; discriminação em razão da: aparência, raça, idade ou orientação sexual; controle excessivo e críticas constantes; agressão física; elogios constrangedores; assédio e estupro” são algumas formas de violência vividas pelas trabalhadoras no ambiente de trabalho no Brasil (SANEMATSU, 2022, p. 5-6).

O Guia traz a colaboração de diversas pesquisas, dentre elas, está o estudo da empresa Mindsight que “mostrou que as mulheres sofrem três vezes mais assédio sexual do que os homens no ambiente de trabalho e que 97% das vítimas não denunciam o crime”. O relatório identifica as subnotificações existentes quando mulheres sofrem assédio sexual no trabalho, e denotam que a “maioria não denuncia” afirma Sanematsu (2022, p. 12).

Esse grupo de trabalhadoras, merece total atenção, pois as vulnerabilidades sofridas por essas profissionais são difíceis de identificar, uma vez que seu ambiente laboral é um ambiente doméstico. Assim, importante mencionar que se incluem nessa categoria de trabalhadora doméstica, as atividades de jardineira, caseira, cuidadora de idosos, cuidadora de crianças, professora domiciliar, motorista, diarista, governanta e outras atividades vulneráveis pois seu local de trabalho é o ambiente de moradia de seus empregadores ou empregadoras.

Segundo a Lei Complementar nº. 150/2015, considera-se “empregado doméstico” como sendo aquele que “presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana” (VILLATORE, 2016, p. 37). Percebe-se assim, que a função empregada doméstica na modalidade diarista ficaria de fora dessa categoria. Contudo, com a “elaboração de um contrato de solidariedade entre empregadores domésticos” esta função poderia ser incluída.

A preocupação com a violência contra a mulher no ambiente laboral espalha em diversos órgãos no Brasil, como evidencia as seguintes publicações: o “Levantamento do sistema de prevenção e combate ao assédio moral e sexual” do Tribunal de Contas da União (TCU), publicado em 2022 para formalizar e implementar um sistema de prevenção e combate ao assédio; a “Cartilha de prevenção ao assédio moral Pare e Repare - Por um ambiente de trabalho mais positivo (TST, 2022)” desenvolvido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em parceria com o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), com objetivo de instituir uma política de prevenção e combate ao assédio moral no TST e no CSJT; e o “Guia Lilás – Orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo

Federal”, publicado em março de 2023 pela Controladoria Geral da União (CGU, 2023).

Para elucidar a realidade dessas mulheres no ambiente laboral, é importante rememorar evidências publicadas sobre a realidade de 2020. Esse ano, o mundo experimentou o período de pandemia COVID-19, o qual acentuou as vulnerabilidades vivenciadas por essas profissionais e eclodiu em diversas reflexões sobre a categoria de trabalhadoras domésticas.

Nesse período, ocorreu que, na contramão do mundo inteiro, em que, nesse período, profissionais estavam saindo de seus ambientes laborais e indo para suas casas trabalhar de forma remota, devido ao *lockdown*, essas profissionais permaneciam indo para seus locais de trabalho com demandas maiores, suscetíveis a mais violações.

Isso ocorreu porque se somando a exposição a um vírus letal, nas casas de seus patrões, havia a dificuldade de locomoção e o aumento da demanda no seu ambiente laboral devido haver mais pessoas no ambiente domiciliar. Toda estrutura familiar da casa se encontrava presente, crianças e seus pais, ficavam em seus lares, em tempo integral. Assim as trabalhadoras domésticas deveriam desenvolver suas atividades habituais acrescidas de um aumento de trabalho, o que ensejavam maior possibilidades de vulnerabilidades no ambiente de trabalho como: situações de violências físicas, violências psicológicas, violência moral, violência sexual e violência patrimonial. Ressalta Vivian Heringer Pizzinga (2021, p. 4) que esse período foi marcado por muita insegurança e por isso as tensões nos tratos e constantes vigilâncias eram vivenciadas por elas.

Importante destacar que, assim como os filhos dos patrões foram dispensados de suas atividades escolares para adotarem o modo remoto de estudo, os filhos das trabalhadoras domésticas também tiveram que adotar esse modelo e retornar para suas casas sem suas respectivas mães porque as legislações vigentes, à época, determinavam que o labor da trabalhadora doméstica era essencial, motivo pelo qual a trabalhadora deveria continuar indo ao seu local de trabalho sob pena de quebra de vínculo contratual.

A pesquisadora Vivian Heringer Pizzinga evidenciou-se que as trabalhadoras domésticas começaram a vivenciar, também, violências institucionais de âmbito do governo federal, pois “se elas não são dispensadas pelos patrões, deverão se expor ao risco de trabalhar mesmo que possam contaminar-se” acrescido ao fato de que muitas delas precisaram levar seus filhos ao trabalho, devido ao fato de que, para seus filhos também, as escolas e creches estavam fechadas (PIZZINGA, 2021, p. 5).

Por esse motivo, foi noticiado em 21 de março de 2020, a publicação de uma carta manifesto denominada “Pela Vida de Nossas Mães – endereçada ao poder público, aos empregadores de domésticas e diaristas e a toda sociedade civil” pedindo a “dispensa remunerada” e “proteção das trabalhadoras que moram nas casas de seus empregadores, no sentido de não expor a tarefas como compras em supermercado” (PIZZINGA, 2021, p. 5).

Tais fatos denunciam as vulnerabilidades sofridas por essas trabalhadoras, como ter que dormir no próprio local de trabalho, de ficar acompanhada de seu suposto agressor sem a presença de testemunhas, ou de estar sob constante vigilância em prol de dar resultado imediato, e muitas vezes sendo coagida a praticar atos libidinosos para manter seu emprego, são situações de violência que materializam: violências físicas, violências psicológicas, violência moral, violência sexual e violência patrimonial. As violências sofridas por essas profissionais, que em sua maioria são mulheres, denotam dificuldade de provar os riscos no trabalho, por serem ambientes domésticos, ausentes de testemunhas. A esse fator, somasse a desigualdade de gênero, violação difícil de ser demonstrada. Ainda há as subnotificações, devido a dependência financeira da trabalhadora.

Às vulnerabilidades sofridas pelas empregadas domésticas, Marco Antônio César Villatore (2016, p. 21) acrescenta “que a exploração e o desprestígio são tão grandes que, muitas vezes, o

empregado doméstico não quer ser registrado em seu Contrato de Trabalho e Previdência Social com esta denominação, em razão de complexos decorrentes da discriminação sofrida”. A ausência destes registros, dificultam as notificações de violações sofridas pelas empregadas domésticas e, por consequência, dificultam a exposição de suas vulnerabilidades.

Neste mesmo sentido, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2021, p. 65) defendem que a mulher, em situação de violência doméstica, vê-se em regra, desvalorizada (desprestigiada) no seu (árduo) trabalho doméstico, pois agredida nesse espaço, muitas vezes, dependentemente financeiramente, emocionalmente não tem a quem recorrer e se vê acuada, o que pressupõe sua hipossuficiência de vítima.

Por todas essas vulnerabilidades, estudos evidenciam adoecimento da trabalhadora, pois o “comportamento violento nos seus diversos matizes espraia-se nas relações de trabalho causando repercussões na saúde do trabalhador, no clima organizacional, na Previdência Social e na produtividade, com impacto direto no princípio fundamental da dignidade do trabalhador”. A violência é a alegação precípua de “reclamações envolvendo assédio sexual, assédio moral, discriminações, metas abusivas, jornadas exaustivas, invasão da intimidade, trabalho escravo, trabalho infantil etc.” afirma Sebastião Geral de Oliveira, do Tribunal Regional do Trabalho, 3ª. região, Belo Horizonte, Brasil (OLIVEIRA, 2019, p. 25).

Para ele, “nos últimos tempos ocorreu no mundo todo um posicionamento mais firme contra a violência nos locais de trabalho, tanto das agressões físicas quanto daquelas encobertas, como são os casos de violência psíquica” e ressalta que por ser esse um “um grande problema de saúde ocupacional, a Organização Internacional do Trabalho resolveu partir para o seu enfrentamento e decidiu, pela Resolução n. 1421 de 8 de junho de 2018, colocar o tema na pauta de discussões”, portanto, a vigilância e enfrentamento é dever de todos devido a localização de materialização dessa violência (OLIVEIRA, 2019, p. 25-26).

Nesse sentido, importante apresentar o estudo de Ana Luisa Schmidt Ramos, afirmando que Freud definia o trauma como sendo “resultado da ruptura da barreira protetora do psiquismo diante da estimulação excessiva, o que poderia produzir um único evento de maior gravidade ou por uma série de pequenos e reiterados acontecimentos de menor intensidade”. Os danos psíquicos são os considerados “como sendo aquele ligado à ideia de prejuízos à psique do sujeito e às situações traumáticas” e este “contumaz ser equiparado a trauma” (RAMOS, 2019, p. 112).

Assim é compreensível que o trabalho doméstico desempenhado debaixo de reiterados acontecimentos violentos, abusivos ou estressantes possam ser considerados como traumas, e estes por sua vez, possam desencadear doenças psicossomáticas na trabalhadora. Exemplifica Ramos (2019, p. 112) com os ensinamentos de Camara Filho e Sougey:

“a experiência traumática pode trazer intenso sofrimento às suas vítimas, muitas delas desenvolvem, como mecanismo de defesa, sintomas de esquiva de pensamentos, sentimentos, conversas, situações e atividades associadas ao trauma. As estratégias podem ser óbvias ou sutis, relativamente adaptativas ou manifestamente inadequadas – que vão da recusa em falar sobre o trauma, ao uso de bebidas alcoólicas ou drogas para obscurecer as memórias, até ao engajamento excessivo e compulsivo em atividades como trabalho, jogo, sexo, entre outras. Em alguns casos, ressaltam os autores, acontecem de o fato ser esquecido (amnésia psicogênica ou seletiva), o que caracteriza um sintoma de natureza dissociativa, evidenciado por lacunas presentes na história lembrada e contada. O trauma pode ser central na vida da vítima. Para evitar os estímulos desencadeadores, ele acaba por direcionar sua atenção, de maneira excessiva, a essa defesa, levando-a a um menor envolvimento com situações potencialmente prazerosas

e recompensadoras. Se os sintomas intrusivos tentam gradativamente invadir o campo da consciência, o comportamento de esquiva, paradoxalmente, torna-os mais fortes, porquanto adquirem caráter de verdadeira fobia”.

Resta evidenciado que a procrastinação, na busca por momentos recompensadores e de fuga do trauma, poderão ser o novo estilo de vida de mulheres vítimas dessa violência.

E é por isso que situações traumáticas podem obstruir a continuidade da vida laboral da trabalhadora e merecem atenção de todos em disseminar mecanismos de alerta e prevenção.

Como visto, Comportamentos como o da esquiva e distanciamento emocional, fazem parte do grupo de comportamentos que podem acometer as mulheres que sofreram violência doméstica, afirma Ramos (2021, p. 120). Tais desordens, advindas de traumas, eram tidas como neuroses traumáticas, todavia, a reformulação teórica passou a defini-las como patologias, e a ser classificadas pela “*American Psychiatric Association (APA)*, no *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, como transtornos de estresse pós-traumático”, atualmente a versão vigente é a DSM5 publicado pela APA (RAMOS, 2021, p. 115).

No Brasil, os profissionais da saúde, utilizam as definições do DSM5 e da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, denominada de CID-10, como fonte de enquadramento diagnóstico determinado pelo Conselho Federal de Psicologia (Resolução CFP 015/1996), validado como documento oficial pelo Ministério de Saúde brasileiro (RAMOS, 2021, p. 115). Tais documentos são importantes para classificar a doença e evitar subjetividades no enquadramento pelos profissionais ao mencionarem a realidade vivida por essa trabalhadora.

A violência e assédio contra a mulher, especialmente no trabalho, tem sido pauta de muitas reuniões e alvo de muitas demandas no judiciário. Com olhar nesse fenômeno, o Conselho nacional de Justiça (CNJ) inicia o ano de 2023 publicando a Resolução nº 492, de 17 de março de 2023, para que ocorra a “capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário”. Essa conduta do CNJ denota compromisso com a Corte Internacional e ressalta as mudanças da contemporaneidade no mundo do trabalho.

### **3 APLICABILIDADE DA LEI Nº. 11.340/2006 ÀS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS NO BRASIL**

No que tange aos direitos das mulheres trabalhadoras e a aplicação de normas internacionais no direito brasileiro, cumpre esclarecer, pelo fato de que o Brasil por aderir ao sistema de proteção de direitos humanos, pela ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, reconheceu a jurisdição Internacional e atraiu para seu ordenamento dispositivos em prol da dignidade humana de sua população. Assim, como um Estado-membro da comunidade mundial, ratificou a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de 1979, a Declaração de Direitos humanos de Viena de 1993, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher assinada em Belém do Pará em 1994, e outras Convenções no que tange aos direitos humanos de brasileiros, inclusive os de proteção à mulher.

Essa introdução, se faz necessária, para que, de forma resumida, se esclareça que em 20 de agosto de 1998, o caso 12.051, de Maria da Penha Maia Fernandes, chegou ao conhecimento da

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o qual notificou o Brasil da denúncia. Assim, pela falta de respostas e providências, o Brasil foi penalizado pelo descumprimento de dispositivos das Convenções Internacionais ratificadas pelo país, sendo obrigado a tomar algumas providências para dar efetividade às convenções de proteção à mulher. Dentre as providências adotadas pelo Brasil está a publicação da Lei nº. 11.340, em 07 de agosto de 2006, denominada de Lei Maria da Penha, com objetivo de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispor sobre a criação de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em cada comarca de cada estado brasileiro, e de, principalmente, estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

Atualmente, no Brasil, essa Lei é a principal medida de enfrentamento à violência contra a mulher em contexto relacional, familiar e ambiente doméstico. Decisões foram proferidas, confirmando sua constitucionalidade, consolidando e ampliando a Lei nº. 11.340/2006, como a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4.424/DF, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº. 19 do STF e o entendimento da Súmula nº. 600 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A Lei nº. 11.340/2006 traz em seu bojo que “serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Isto posto, é importante destacar que seu objetivo é a proteção do gênero feminino, independente de orientação sexual. Neste sentido, Rogério Schietti Cruz da sexta turma do STJ decidiu que mulher transgênero pode ser protegida pela Lei nº. 11.340/2006, explicitando que o objetivo da Lei Maria da Penha “é prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar que se pratica contra a mulher por causa do gênero, e não em virtude do sexo” (STJ, 2023).

Para dar concretude ao que se propõe, a Lei Maria da Penha configura violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão, baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (artigo 7º.), desde que ocorrerem em ambiente familiar, em relação íntima de afeto e/ou em unidade doméstica (artigo 5º.) serão resguardadas pelos dispositivos dessa Lei. Consoante ao artigo 5º. da Lei nº. 11.340/2006 é possível afirmar que a Lei Maria da Penha abrange as violações sofridas pelas mulheres trabalhadoras domésticas (BRASIL, 2006).

Ao longo dos anos foram sendo proferidas decisões relevantes confirmando a constitucionalidade da Lei nº. 11.340/2006, ampliando-a, consolidando entendimentos e reverberando alterações em diversas outras legislações, como por exemplo o inciso VII do Parágrafo único do artigo 27 da Lei Complementar nº. 150, de 1º. de junho de 2015, cuja redação apresenta a hipótese de rescisão de contrato de trabalho por culpa do empregador em caso de violência doméstica:

Art. 27. Considera-se justa causa para os efeitos desta Lei:

Parágrafo único. O contrato de trabalho poderá ser rescindido por culpa do empregador quando:  
VII - o empregador praticar qualquer das formas de violência doméstica ou familiar contra mulheres de que trata o art. 5º. da Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Nesse dispositivo, resta evidenciado a possibilidade de a mulher trabalhadora doméstica buscar refúgio na Lei Maria da Penha, inclusive confirma a possibilidade de rescindir seu contrato por culpa do empregador (rescisão indireta do contrato de trabalho) devido a violência sofrida, com base no gênero, na unidade doméstica (MELLO; PAIVA, 2020, p. 91).

Para exemplificar essa atribuição da Lei nº. 11.340/2006 alcançar os contratos de trabalho das

profissionais domésticas, Bianchini, Bazzo e Chazian (2021, p. 220-221) elencam algumas decisões:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da vida eleita. **Assédio Sexual**. Lei maria da penha. Crime cometido contra empregada doméstica. Condição de vulnerabilidade comprovada. Coabitação entre agressor e vítima. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Requisitos atendidos. Competência do juízo especializado. Constrangimento ilegal não verificado. Habeas corpus não conhecido [...] 2. A Lei Maria da Penha dispõe que a violência doméstica e familiar contra a mulher consiste em qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O inciso I do art. 5º estabelece que a violência doméstica e familiar contra a mulher estará configurada quando praticada no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. 3. Neste caso, o suposto agressor e a vítima partilhavam, em caráter diário e permanente, a unidade doméstica onde os fatos teriam ocorrido. Além disso, há inegável relação hierárquica e hipossuficiência entre a vítima e o suposto agressor, o que enseja a aplicação do art. 5º, inciso I, da Lei nº. 1340/2006. 4. Eventual acolhimento da tese de falta de motivação de gênero depende de exame aprofundado de fatos e provas, providência não comportada pelos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ-HC nº. 500.314/PE, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º./7/2019).

A proteção e os benefícios previstos pela Lei Maria da Penha devem ser garantidos no âmbito da relação empregatícia da mulher, especialmente a sua dignidade sexual.

“(...) Para os efeitos da lei, caracteriza violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (art. 5º). E o âmbito da unidade doméstica e familiar contra a mulher compreende o espaço de convívio permanente de pessoas, ‘com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas’ (art. 5º, I). Crime em razão do gênero é aquele praticado contra a vítima mulher, tendo em mente o gênero dessa, motivado pela vontade de oprimir a vítima, pelo fato de esta ser do sexo feminino. Mas não é só. A lei objetiva assegurar maior proteção a mulheres que também se encontrem em situação de vulnerabilidade no âmbito doméstico e de intimidade familiar. **Segundo a denúncia, o acusado constrangeu a vítima – empregada doméstica - com intuito de obter favorecimento sexual, prevalecendo-se da sua condição de superior hierárquico inerente ao exercício de emprego.** Ele agarrou a vítima e passou as mãos nos seios dessa, por cima da roupa (...). No crime de assédio sexual, a superioridade hierárquica do agressor sobre a vítima - em razão do exercício de emprego, cargo ou função - é circunstância elementar do tipo penal (CP, art. 216 – A). Isso, contudo, não significa que mulheres, vítimas desse crime, não estejam inseridas no âmbito de proteção da Lei Maria da Penha, sobretudo quando se tratam de empregadas domésticas, cujo local de trabalho se confunde com o ambiente doméstico e familiar... **A vulnerabilidade da vítima – intimidada, por meio de força física, a manter ou praticar ato sexual contra a sua vontade -- revela-se tanto pela superioridade hierárquica do agressor – empregador -, quanto pelo fato de essa ser do sexo feminino.** Trata-se de violência doméstica, a justificar a competência do juizado especializado”. *ACÓRDÃO 1111591*, 07101370420188070000, Relator: JAIR SOARES, Câmara Criminal, data de julgamento: 23/7/2018, publicado no DJe: 30/7/2018. (**destaques nossos**)

Se faz relevante evidenciar que mesmo em casos de alegação de ausência de motivação de crime de gênero, há a aplicabilidade da Lei nº. 11.340/2006 para a trabalhadora doméstica.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. JUÍZO DA VARA CRIMINAL E DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. APURAÇÃO DE CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA SUPOSTAMENTE PRATICADOS CONTRA EMPREGADA DOMÉSTICA. POSSÍVEL SUJEITO PASSIVO. MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. A Lei nº. 11.340/2006 cuida-se de norma de aplicação restrita e, conforme previsto em seu artigo 5º, a situação de violência doméstica pressupõe que a ação ou omissão tenha motivação de gênero, em ambiente doméstico, e seja efetuada contra mulheres “com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”, incluindo-se nesse rol as empregadas domésticas. Sendo este o caso dos autos, uma vez que o denunciado, durante a suposta prática dos delitos, **proferiu xingamentos típicos daqueles que desejam diminuir a condição feminina**, deve incidir a Lei Maria da Penha. 2. Conflito Negativo de Jurisdição conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado (Juízo do Segundo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF).

Diante das presentes decisões que aplicam a Lei Maria da Penha nos casos de violência contra a mulher em ambiente doméstico, é possível compreender que em sendo confirmado que a mulher sofreu violência em âmbito doméstico é cabível o deferimento de uma ou mais Medidas Protetivas contra o suposto agressor ou agressora. É importante ressaltar que a Lei nº. 11.340/2006 surge para proteger a mulher de qualquer meio de violência, por “ação ou omissão que fira a sua integridade física, moral ou intelectual” (art. 7º. da Lei nº. 11.340/2006), isto é protegê-la de atos de violência de um homem ou de outra mulher, no caso em análise, atos praticados em ambiente doméstico de um suposto agressor empregador ou suposta agressora empregadora (BRASIL, 2006).

Sobre as medidas protetivas de urgência trazidas nos artigos 22 e 24 da Lei Maria da Penha, Mello, e Paiva (2020, p. 306) afirmam ser uma importante inovação para o combate à violência contra a mulher, pois permite a interrupção do ciclo de violência, e assim evita, na maioria das vezes, que o agressor tenha a sua liberdade privada, pois o mantém longe da presença da vítima. Esclarecem as autoras que “trata-se de um mecanismo que tutela a integridade da mulher por meio de uma atuação emergencial e desburocratizada do Estado”. Integridade esta, que deverá ser respeitada a vontade da mulher, pois a mulher almeja a interrupção da violência. Por esta razão, as autoras afirmam que as medidas protetivas são uma configuração muito importante como instrumento diante de cada caso e conforme a complexidade do caso. Esse mecanismo é deferido por solicitação da própria vítima, pelo Ministério Público, Advogado ou Juiz. Tais medidas podem ser deferidas “em conjunto ou separadamente” e aplicada(s) de imediato ao agressor, por determinação judicial (BRASIL, 2006).

É possível verificar pela redação do artigo 22 da Lei nº. 11.340/2006 que as Medidas Protetivas de Urgência imputam uma ou mais obrigação(ões) ao agressor diante da vítima.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

(...)

**II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;**

**III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:**

**a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;**

**b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;**

**c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;**

(...)

**VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº. 13.984, de 2020)**

(...) **(destaques nossos)**

Os incisos II, III e VII do artigo exposto, tratam de condutas que podem ser aplicadas a um

suposto agressor de hierarquia patronal, isso porque referem-se a condutas para manter a integridade física, psíquica e emocional da vítima sem ser revitimizada. Imagina-se o caso de uma empregada doméstica, em condição de hipossuficiência, ser confrontada porque denunciou o suposto agressor, e, porque deseja realizar um acordo trabalhista com a mesma. Seria inaceitável, pois a depender do nível de dor psicológica sofrida seria considerada um trauma. Como visto anteriormente, passível de eclodir doenças psicossomáticas e aumentar o dano.

Relevante é também demonstrar a existência de Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida dispostas nos artigos 23 e 24 da Lei nº. 11.340/2006, especialmente alguns incisos do artigo 24, pois tratam de proteção patrimonial da ofendida. No presente estudo, é aplicável o inciso I do artigo 24 desta Lei, pois trata da obrigatoriedade de restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida. É cabível no caso de empregador apropriar-se de documentos, salários da ofendida, instrumento de procuração e outros itens.

Insta ressaltar sobre a aplicabilidade da Lei nº. 11.340/2006 às trabalhadoras domésticas no Brasil, que em caso de uma violência durante o trajeto, exemplo de um caso de estupro à empregada, seja ao ir ou ao voltar de seu trabalho, é de competência do empregador realizar a respectiva comunicação (CAT) conforme Lei nº. 8.213/1991 e esta violência contra a mulher é configurada como acidente de trabalho, cabe ao empregador propiciar as providências para que a ofendida possa receber benefício previdenciário e ser amparada diante desse infortúnio (CUNHA; PINTO, 2021, p. 132).

Por fim, uma grande inovação da Lei nº. 11.340/2006 é a possibilidade de responsabilizar o agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo SUS. Previsão instituída pela Lei nº. 13.871, de 17 de setembro de 2019, alterou o artigo 9º., § 4º., § 5º., e § 6º. da Lei Maria da Penha, deixando claro que esse ressarcimento “não poderá causar e ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes” (BRASIL, 2006).

Demonstrado a aplicabilidade da Lei nº. 11.340/2006 aos casos de violência contra a mulher trabalhadora doméstica, e possibilidades de que essa vítima tenha deferido em seu favor Medida Protetiva de urgência, cabe ainda a aferição de como seria essa possibilidade na Convenção nº. 190 da OIT.

#### **4 A CONVENÇÃO Nº. 190 DA OIT E A PROTEÇÃO DO TRABALHO SEM VIOLÊNCIA E SEM ASSÉDIO DIANTE DAS EVIDÊNCIAS DA LEI Nº. 11.340/2006**

Como um Estado-membro da comunidade mundial, o Brasil está debaixo do guarda-chuva da Organização das Nações Unidas, tendo acesso aos grupos de trabalho para produção de normas internacionais, a exemplo a OIT (Organização Internacional do Trabalho) criada em 1919, formada por representantes dos governos, das organizações de empregadores e de trabalhadores. Cujas funções principais são de elaborar, adotar, aplicar e promover as Normas Internacionais do Trabalho, sob a forma de convenções, protocolos, recomendações, resoluções e declarações. Importa salientar, que ao ratificar as convenções propostas pelo OIT, a partir desse ato, incumbe ao Brasil o dever de zelar pelos direitos humanos de todos os seus cidadãos trabalhadores.

Desde sua concepção, a OIT emitiu inúmeras Convenções, dentre as ratificadas pelo Brasil destacamos as que tratam do gênero feminino e as que tratam do *locus* doméstico: Convenção nº. 100 (Ratificada em 25/04/1957, dispõe sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor); Convenção nº. 103 (Ratificada em 18/06/1965, dispõe sobre o amparo a maternidade); Convenção nº. 105 (Ratificada em 16/06/1965, dispõe sobre a abolição do trabalho forçado); Convenção nº. 111 (Ratificada em 26/11/1965, dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação); Convenção nº. 182 (Ratificada em 02/02/2000, dispõe sobre a proibição das

piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação), e a Convenção n.º 189 da OIT foi finalizada em 17 de junho de 2011, ratificada em 2019, com objetivo de apresentar à comunidade mundial um instrumento internacional de proteção ao trabalho doméstico, fortalecendo as proteções do trabalhador doméstico, a nível mundial, fomentando uma coercividade aos países que o ratificarem pois serão obrigados a seguir os ditames acordado em 17 de junho, sob pena de sanções.

De todas as convenções propostas, a Convenção n.º 189 da OIT é a primeira a tratar especificamente sobre o trabalho no contexto doméstico, para tanto, abarca tanto trabalhadores homens como trabalhadoras mulheres. Importante revelar, que no texto da Convenção aparecem 8 (oito) vezes o termo “violência” e 7 (sete) vezes o termo “assédio”, fato que evidencia a preocupação mundial com a violência e assédio sofrido pelo trabalhador, nesse recorte, a trabalhadora doméstica.

Contudo, apesar das disposições da Convenção n.º 189 da OIT, ainda pesa sobre as atividades laborais das empregadas domésticas, estereótipos culturais que aviltam a dignidade humana da trabalhadora. Como visto, em evidências anteriores, ainda há muito que evoluir para mitigar a violência e o assédio no âmbito do trabalho.

Neste contexto, a Convenção n.º 190 da OIT é muito feliz, pois é a primeira convenção a tratar enfaticamente do tema, apesar de outras Convenções somente haverem pincelado o tema:

A Convenção (N.º 190) reconhece o direito de todas as pessoas a um mundo do trabalho livre de violência e assédio. Define a violência e o assédio como “um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis” que “têm por objetivo provocar, provocam ou são suscetíveis de provocar danos físicos, psicológicos, sexuais ou económicos”. Esta definição abrange, entre outros, o abuso físico, o abuso verbal, o *bullying* e o *mobbing*, o assédio sexual, as ameaças e a perseguição. Associada à sua Recomendação complementar (N.º 206), estabelece um quadro comum de ações para prevenir e combater a violência e o assédio no mundo do trabalho (ILO, 2020).

A relevância da Convenção n.º 190 da OIT se dá pelo fato de ser um mecanismo específico de eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho, incluindo todos os gêneros. Por esse motivo é fundamental apresentar alguns dispositivos descritos nesse instrumento os quais se correlacionam com a supre citadas, Lei Maria da Penha.

Assim como a Lei Maria da Penha inicia apresentando espécies de violências, a Convenção n.º 190 da OIT descreve no artigo 1º. os conceitos de violência e assédio:

o termo “violência e assédio” no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou económico, e inclui a violência e o assédio com base no género;

(b) o termo “violência e assédio com base no género” significa violência e assédio dirigido às pessoas em virtude do seu sexo ou género, ou afectam de forma desproporcionada as pessoas de um determinado sexo ou género, e inclui o assédio sexual.

Tais descrições são fundamentais, porque a proposta da Convenção é fazer uma interlocução com outras legislações. Assim como Lei Maria da Penha faz uma interlocução com o Código Penal, Legislação Trabalhista e outras legislações, a Convenção propõe aos membros, que a ratificarem em seu Estado, devam:

- (a) proibir por lei a violência e o assédio;
- (b) garantir que políticas relevantes abordem a questão da violência e do assédio;
- (c) adotar uma estratégia abrangente a fim de implementar medidas para prevenir e

- combater a violência e o assédio;
- (d) estabelecer ou reforçar os mecanismos de aplicação e acompanhamento;
- (e) garantir acesso às vias de reparação e apoio às vítimas;
- (g) prever sanções;
- (h) desenvolver ferramentas, orientação, educação e formação, e sensibilizar em formatos acessíveis e apropriados; e
- (i) garantir meios eficazes de inspeção e investigação de casos de violência e assédio, incluindo por meio de inspeções do trabalho ou por outros organismos competentes.

A Lei Maria da Penha apresenta proteção ao gênero feminino, e também para quem se identifica com esse gênero, “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual” dispõe o artigo 5º. da Lei nº. 11.340/2006. Nesse sentido, destaque para o artigo 6º. da Convenção nº. 190 da OIT, cujo texto expressa uma proposta ampla de proteção a todos os gêneros, especialmente os grupos vulneráveis:

“adotar leis, regulamentos e políticas que garantam o direito à igualdade e a não discriminação no emprego e trabalho, incluindo mulheres trabalhadoras, bem como aos trabalhadores e a outras pessoas pertencentes a um ou mais grupos vulneráveis ou a grupos em situações de vulnerabilidades que sejam afetadas de forma desproporcionada pela violência e pelo assédio no mundo do trabalho”.

Um instrumento institucionalizado e usualmente utilizado na Lei Maria da Penha é o Formulário de Avaliação de Risco (FRIDA) aplicado em todas as delegacias em caso de violência doméstica, para avaliar o grau de risco envolvido da vítima. Por sua vez, e em mesmo sentido, a Convenção propõe no item c do artigo 9º. a utilização de um instrumento semelhante, isso pode otimizar muito a aplicabilidade da Convenção e efetividade posto que toda a rede de enfrentamento à violência contra a mulher está apta a usar esse instrumento.

Alguns pontos devem ser observados na Convenção nº. 190 da OIT que dizem respeito ao artigo 10, pois este menciona sobre a possibilidade de utilizar mecanismos de resolução de conflitos (ii) e o item (iv) menciona sobre proteção a vitimização ou retaliação. Importante aprofundar o estudo nesse ponto, uma vez que na aplicabilidade da Lei Maria da Penha, já restou decidido que a vítima não pode ser revitimizada e o contato com seu algoz poderá fazer com que ela reviva suas dores. Sendo assim, a utilização de mecanismos de resolução de conflitos para vítimas, detentoras de Medidas protetivas de Urgência deferidas com base na Lei Maria da Penha, são inaplicáveis.

Por outro lado, os subitens “c”, “d”, “e”, e, “f” do artigo 10 estão no modus operandi diário da Lei nº. 11.340/2006. Tais dispositivos, promovem a dignidade da mulher vítima e da trabalhadora doméstica.

Restou evidente que a Convenção nº. 190 da OIT traz uma pauta identitária, contemporânea e urgente. A OIT está envidando todos seus esforços para que toda comunidade mundial faça parte deste movimento para coibir a violência, devido a sua abrangência. Contudo, o Brasil país-membro da Organização das Nações Unidas, ainda não ratificou esse instrumento, o que torna esse instrumento para o Brasil sem efeito coercitivo, até o momento.

Acredita-se que a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de outros órgãos inicialmente citados, tem o propósito de conscientizar sobre as violências vividas pelas trabalhadoras mulheres e as em âmbito doméstico. É preciso envidar esforços, aprofundar em mais estudos, a fim de

proporcionar um ambiente sem assédio e sem violência para as trabalhadoras doméstica.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das exposições realizadas nos três tópicos condutores desse estudo, restou evidenciado a compatibilidade da Convenção nº. 190 da OIT com a Lei nº. 11.340/2006. O quadro comparativo, trouxe uma visão didática da correlação entre os dois instrumentos normativos. Esta conclusão, é de extrema relevância, isso porque a OIT e a Lei nº. 11.340/2006 está consolidada no Brasil. Já possui equipamentos nas políticas públicas e no judiciário preparados para acolher a vítima de violência, e por isso esse é o primeiro facilitador da validação da Convenção nº 190. Uma vez ratificada pelo Brasil, o judiciário poderá se apropriar de diretrizes semelhantes e colocar em marcha a proteção ao ambiente de trabalho, com o fito de coibir toda e qualquer violência e assédio.

Outro ponto importante, de ambas legislações se correlacionarem é o modelo cultural de proteção à empregada, especialmente a empregada doméstica. Esse estudo poderá agregar na ratificação da presente Convenção pelo Brasil e promover a dignidade da pessoa da trabalhadora doméstica. Buscou apresentar a Lei nº. 11.340/2006 como pressupostas para ratificação da Convenção nº. 190, uma vez que essa Lei tem o condão de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência ao gênero feminino em ambiente familiar, relacional e, também, doméstico, e que a redação do artigo 6º. resta evidenciado que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2006).

Restou evidenciado a plena relevância da Convenção nº. 190 da OIT e sua plena importância contra a violência e assédio no trabalho, especialmente às mulheres trabalhadoras que labutam em ambiente doméstico. Observou-se que os exemplos trazidos ao direito da trabalhadora em ambiente doméstico trouxeram como válido a aplicação da Lei nº. 11.340/2006, no que toca a violência de gênero vivenciada por trabalhadoras brasileiras em ambiente doméstico. Como principal contribuição, foi a de que essa correlação pode trazer conteúdos palpáveis para a ratificação da Convenção nº. 190 da OIT em prol de um ambiente de trabalho mais justo, colaborativo, sem assédio e violência.

Acredita-se que com tais proposições, criar-se-iam mecanismos de segurança fortalecidos e tornariam o ambiente de trabalho doméstico mais saudável. Corroborariam com as trabalhadoras domésticas, muitas vezes esquecidas, e, nem sempre tão evidenciadas, devido as subnotificações de violência por medo ou dependência financeira.

As evidências denotaram as realidades vividas por essas trabalhadoras, e, também, ampliam o olhar do judiciário e de toda a sociedade para numa tentativa de coibir e prevenir as violências existentes no âmbito de trabalho doméstico, promover dignidade a pessoa da trabalhadora doméstica e corroborar com o alcance dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra Mulheres**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>

[ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](#)> Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º. do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 150, de 1º. de junho de 2015.** Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3o da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp150.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2023.

CGU. **Guia lilás: Orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e a discriminação no Governo Federal.** Março, 2023. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/16385>>. Acesso em: 30 mai. 2023.

CIDH. **Relatório nº. 54/01 caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes Brasil.** Abril, 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 30 mai. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006 comentado artigo por artigo.** 11. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

SANEMATSU, Marisa. **A pauta é violência e assédio contra mulheres no trabalho.** INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Apoio Laudes Foundation. Fevereiro, 2022. Disponível em: <[https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2022/03/IPG\\_Gui\\_ApautaeViolenciessedioContraMulheresNoTrabalho\\_2022.pdf](https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2022/03/IPG_Gui_ApautaeViolenciessedioContraMulheresNoTrabalho_2022.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na Prática.** 2. ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Violência no Trabalho. **Rev Bras Med Trab.** 2019;17(0) DOI:10.5327/Z16794435201917S1010:25-26. Disponível em: <<https://www.rbmt.org.br/details/407/pt-BR/violencia-no-trabalho>>. Acesso em: 25 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório Anual 2000, **Relatório nº. 51/2001, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil,**

04 de abril de 2001. Disponível em: <[https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA\\_CIDH\\_relatorio54\\_2001\\_casoMariadaPenha.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Ambientes de trabalho seguros e saudáveis livres de violência e de assédio** – Genebra, OIT, 2020. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_783092.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_783092.pdf)>. Acesso em: 25 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)**. 1946. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp150.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm)[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 25 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção (nº. 190) sobre violência e assédio**. 2019. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms\\_729459.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf)>. Acesso em: 25 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Experiences of violence and harassment at work: A global first survey**. Dezembro, 2022. Disponível em: <[https://www.ilo.org/global/publications/WCMS\\_863095/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/WCMS_863095/lang--en/index.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação (nº. 206) sobre violência e assédio**, 2019. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms\\_729461.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729461.pdf)>. Acesso em: 25 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho doméstico**. 2023. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Violência e assédio no mundo do trabalho: Um guia sobre a Convenção nº. 190 e a Recomendação nº. 206**. 2021. Disponível em: <[https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_832010/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_832010/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2023.

PIZZINGA, Vivian Heringer. Vulnerabilidade e atividades essenciais no contexto da COVID-19: reflexões sobre a categoria de trabalhadoras domésticas. **Revista brasileira de Saúde Ocupacional**. 2021; 46-25. DOI: 10.1590/2317-6369000025020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbso/a/8GBS7nSVTGR3NyGcnMSsC6v/?lang=pt>>. Acesso em: 25 mai. 2023.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **Violência psicológica contra a mulher: O dano psíquico como crime de lesão corporal**. 2. ed. Florianópolis, SC: Emais, 2019.

STJ. **Notícias**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Sexta-Turma-estendeu-protecao-da-Lei-Maria-da-Penha-para-mulheres->

[trans.aspx](#)>. Acesso em: 18 jun. 2023.

TJDFT. **Acórdão 1111591, 07101370420188070000**, Relator: Jair Soares, Câmara Criminal, data de julgamento: 23/7/2018, publicado no DJe: 30/7/2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/sujeitos-e-requisitos/sujeitos/empregada-domestica-como-sujeito-passivo-dos-crimes-previstos-pela-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 25 mai. 2023.

TCU. **Levantamento do sistema de prevenção e combate ao assédio moral e sexual**. 2022, Brasília, DF. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/prevencao-e-combate-ao-assedio-praticas-e-modelo-para-implantacao.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

TST. **Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral Pare e Repare: por um ambiente de trabalho mais positivo**. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/assedio-moral>>. Acesso em: 17 jun.2023.

VILLATORE, Marco Antônio César. **Inovações no Direito do Trabalho Doméstico: Teoria e Prática**. Curitiba, PR: Juruá, 2016.

## MACROFILOSOFIA DO ALGORITMO JURÍDICO

Luiz Fernando Coelho\*

\* Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ) e Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ). Professor das Universidades Federais do Paraná e Santa Catarina. Professor da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (CESUL)

### RESUMO

Macrofilosofia é um viés relativamente recente na investigação filosófica, analogamente aos conceitos de Macroeconomia, Macro-História, Macrossociologia e Macroantropologia. O estudo a seguir deve ser, portanto, recepcionado como um ensaio de macrofilosofia do direito, mas limitado à compreensão e alcance dos algoritmos como o verdadeiro núcleo da tecnologia da informação jurídica. Algoritmos jurídicos têm, assim, seus conteúdos significativos atrelados a algumas correntes de pensamento privilegiadas pelo autor, entre as quais o culturalismo fenomenológico e o jurisprudencialismo. Após o texto introdutório, onde são esclarecidos os conceitos de macrofilosofia, modernidade e racionalidade, faz-se uma análise da presente Revolução Algorítmica e seus impactos na sociedade atual, descrita como globalizada e informatizada de forma tal que as comunicações passam a ser cada vez mais virtuais, sem necessidade da presença de interlocutores. O autor propõe o adjetivo “sigmoidal” para nominá-la. Na análise do conteúdo significativo dos algoritmos jurídicos são confrontados dois fatores que mutuamente se complementam, denominados conceitos noéticos e noemáticos (Husserl), a partir das palavras gregas *noesis*, plural *noetá*, e *noema*, plural *noemáta*. A análise noética incorpora o conceito de imperativo categórico (Kant) e a análise noemática considera os valores jurídicos, políticos e sociais construídos na progressividade histórica da civilização, como determinantes para a ressignificação algorítmica. Outra abordagem desse conteúdo é a análise hermenêutica, a partir da metodologia tradicional na interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, o que pode enriquecer o conhecimento do direito sem prejudicar a operosidade técnica dos algoritmos de que se vale, mas pelo menos concedendo-lhes legitimidade ontológica e não somente jurídico-política. Este conjunto de reflexões conduz a uma concepção sistêmica da sociedade (Luhmann), e culmina com uma visão do futuro da humanidade, que oscila entre duas tendências, o domínio absoluto da razão ou o triunfo apocalíptico da barbárie irracional.

**Palavras-chave:** Algoritmos jurídicos, sociedade sigmoidal, sociologia sistêmica, fenomenologia, hermenêutica.

### ABSTRACT

Macrophilosophy is a relatively recent bias in philosophical research, analogously to the concepts of Macroeconomics, Macrohistory, Macrosociology and Macroanthropology. The following study should therefore be received as an essay on the macrophilosophy of law, but limited to the understanding and scope of algorithms as the very core of legal information technology. Legal algorithms have, therefore,

Recebido: 08/08/2023

Aprovado: 23/08/2023

their significant contents linked to some currents of thought privileged by the author, among which phenomenological culturalism and jurisprudentialism. After the introductory text, where the concepts of macrophilosophy, modernity and rationality are clarified, an analysis of the present Algorithmic Revolution and its impacts on today's society is made, described as globalized and computerized in such a way that communications become increasingly virtual, without the need for the presence of interlocutors. The author proposes the adjective "sigmoidal" to name it. In the analysis of the significant content of the legal algorithms, two factors that mutually complement each other are confronted, called noetic and noematic concepts (Husserl), from the Greek words *nóesis*, plural *noetá*, and *nóema*, plural *noemáta*. Noetic analysis incorporates the concept of categorical imperative (Kant) and noematic analysis considers the legal, political and social values constructed in the historical progressivity of civilization as determinants for algorithmic resignification. Another approach of this content is the hermeneutic analysis, based on the traditional methodology in the interpretation, integration and application of legal norms, which can enrich the knowledge of the law without harming the technical operosity of the algorithms that it uses, but at least granting them ontological legitimacy and not only legal-political. This set of reflections leads to a systemic conception of society (Luhmann), and culminates in a vision of the future of humanity, which oscillates between two tendencies, the absolute domination of reason or the apocalyptic triumph of irrational barbarism.

**Keywords:** Legal algorithms, sigmoid society, systemic sociology, phenomenology, hermeneutics.

#### Sumário

1. Macrofilosofia, modernidade e racionalidade.
2. A revolução algorítmica e a sociedade sigmoidal.
3. Fenomenologia do algoritmo jurídico: noética e noemática.
4. A racionalidade algorítmica.
5. Legitimidade algorítmica e saudade do futuro.

## 1 MACROFILOSOFIA, MODERNIDADE E RACIONALIDADE

As reflexões a seguir expressam inquietações surgidas durante o período de recolhimento forçado pela pandemia da COVID 19, que levam a sopesar as transformações ocorridas em todo o mundo, em especial, as decorrentes da quarta revolução industrial, a Revolução Digital, também identificada como 4.0 e, neste trabalho, Revolução Algorítmica. Tal designação releva da importância do *algoritmo* na condição de conceito nuclear na ciência geral da computação e instrumento que possibilita quase todas as operações intelectuais destinadas a amoldar formas de comportamento. Apesar da escassez de referências neste setor do conhecimento, é possível construir uma filosofia da computação, mediante a reunião de análises que transcendem a praticidade desta ciência, com ressonância em outros campos do saber, inclusive na teoria e prática do direito.

Fica assim delimitado o objetivo deste artigo: uma conversa, com algumas das correntes mais representativas da tradição jurídico-filosófica da civilização ocidental, a qual não pode ser minimamente desprezada, apesar do aparente desprestígio da investigação filosófica nos tempos atuais.<sup>1</sup>

1 A motivação deste texto e grande parte das reflexões que o compõem tiveram seu início nas investigações preliminares para a conferência intitulada "*Uma epistemologia para o Direito 4.0*", que proferi em 21/07/2022, no Instituto de Investigação Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, dentro da programação sugestivamente denominada "Quinta dos Infernos". A exposição então preparada foi enriquecida por debates subsequentes e novas elaborações. Entre estas, as ideias apresentadas no seminário virtual sobre hipercidades, na Universidade "Gabriele d'Annunzio, da cidade

Por outro lado, procuro seguir a orientação definida pelo filósofo espanhol Gonçal Mayos, sob a designação “de Macrofilosofia”, a qual preconiza o tratamento dos grandes temas do pensamento filosófico, num contexto de renovação das ciências humanas que já elaborou a Macroeconomia, a Macro-história, a Macrossociologia e a Macroantropologia, as quais têm em comum a visão holística o mais abrangente possível, bem assim,<sup>2</sup> o enfrentamento dos inconvenientes da hiperdisciplinarização e ultraespecialização sobre assuntos relevantes, numa tentativa de restabelecer na filosofia o sentido originário da *episteme* grega. Mas existe ainda outro objetivo, a denúncia da prevalência de um *pensamento único* em relação aos meios de acesso ao conhecimento científico, postura análoga à que denunciara Marcuse ao falar da unidimensionalização do humano,<sup>3</sup> e Hanna Arendt ao referir-se ao homem massificado, receptivo à uniformização do pensamento, em vista de haver sido destituído de qualquer inclinação para questionamentos que poderiam ou deveriam ser realizados.<sup>4</sup> Em sentido análogo, é possível evocar Nietzsche em sua crítica à tradição filosófica europeia.<sup>5</sup> Por isso, a compreensão e alcance operacional dos algoritmos no contexto da ciência e técnica do direito é um ensaio de Macrofilosofia Jurídica.

Entretanto, o que a seguir se discute não configura a releitura do que poderia ser considerado micro na tradição metafísica, mas de um estudo sobre a substância subjacente aos universais da filosofia jurídica, política e social, expressados linguisticamente como *sociedade, direito e Estado*, conceitos que servem de ponto de confluência para o repensar macrofilosófico do algoritmo. São conceitos situados entre dois referenciais extremos, o universo enquanto apreendido na subjetividade da razão, e o mundo da individualidade e intersubjetividade do ser humano, definido por Heidegger como presença existencial – *Dasein* -,<sup>6</sup> e por Ortega y Gasset, como sujeito envolto na circunstância.<sup>7</sup>

É tema bastante amplo e envolvente e, para melhor compreensão, proponho tomar como ponto de partida a noção de *modernidade*. Embora não possa ser isolado de outros fatores, o traço mais marcante desta fase da evolução civilizatória foi o *racionalismo*, modo de encarar o mundo e a própria razão, uma *Weltanschauung* que passou a envolver todas as manifestações da vida humana, abarcando a administração, a economia e os negócios privados, racionalizados através da burocracia e do capitalismo.

Foi o avanço da racionalidade que levou a Europa a superar a parafernália regulativa da baixa Idade Média, preparando o que viria a ser o direito em sua concepção moderna, impregnando-o de pressuposta superioridade no confronto com as demais regras do convívio social.

A racionalidade tem sido considerada sob diversos aspectos, os quais indicam os direcionamentos que, consciente ou inconscientemente, demonstram os desejos, objetivos e aspirações dos seres humanos quanto ao alcance de suas razões individuais, as mais das vezes relacionando-se com seu entorno comunitário. Este é o sentido com que se a designa, a partir de Max Weber, como formal, substantiva,

.....  
de Pescara, Itália, no dia 24/02/2023.

- 2 MAYOS, Gonçal. **Para una Macrofilosofia**. In Macrofilosofia de la Modernidad, coletânea de estudos coordenada por Gonçal Mayos. Barcelona: Ediciones dLibro 2012.
- 3 Marcuse, Herbert. **A Ideologia da Sociedade Industrial. (O Homem Unidimensional)**. Trad. Giasone Relená. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- 4 ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 241.
- 5 NIETZSCHE, Frederico. **Assim falou Zaratustra**. 2ª ed. Trad. Mario Ferreira dos Santos. São Paulo: Logos, 1956. Tb. **Ecce Homo: como cheguei a ser o que sou**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel, 3ª ed. São Paulo: Brasil Editora, 1959.
- 6 HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do Fundamento**. Trad. Ernildo Stein. In Conferências e Escritos Filosóficos, 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- 7 ORTEGA Y GASSET, José. **Meditaciones del Quijote**, in Obras Completas, Vol. I. Madrid: Taurus/Fundación José Ortega y Gasset, 2004, p. 757.

finalística e valorativa,<sup>8</sup> a que se acrescentou o tipo definido como *instrumental*.

Entretanto, os aspectos éticos da racionalidade foram se deteriorando e, aos poucos, a burocracia veio a revelar-se um instrumento a mais de dominância econômica e reprodução das estruturas comunitárias que privilegiavam ricos proprietários de bens duráveis, bem como do dinheiro em circulação, servindo antes a objetivos políticos de tomada de poder e sua manutenção por grupos hegemônicos, do que ao cumprimento de tarefas civilizatórias de inclusão social.<sup>9</sup> Tem sido graças a essa união entre a burocracia estatal e o capitalismo, rejeitada a ética que, ainda de acordo com Max Weber, fora incorporada aos intercâmbios econômicos desde a Reforma,<sup>10</sup> que o capitalismo manteve até o presente sua vocação predatória e apátrida.<sup>11</sup> Nesta condição, as formas modernas de produção da riqueza transformaram-se em aparelhos do Estado a serviço do capitalismo, subsidiando o processo denunciado por Marx como *mais-valia*. Mas trata-se de uma subserviência oculta, dissimulada por uma principiologia construída para conceder ao *status quo* e às regras que o expressavam, uma feição de legitimidade, no sentido de que as situações de mando, poder e opressão fossem consentidas, ainda que de modo apenas aparente.

Nada obstante, o resgate da antiguidade clássica contribuiu para o aperfeiçoamento cultural, político e ideológico, que consolidou as grandes conquistas da humanidade, revestidas de ideais traduzidos como Humanismo, Antropocentrismo e Cientificismo. O apogeu dessa trajetória ocorreu no século XVII, com o estabelecimento dos fundamentos racionais da metodologia científica, por René Descartes, Francis Bacon, John Locke e Isaac Newton, precursores do Iluminismo do século XVIII. Em fins do século XVI, com a constituição da nova ciência físico-matemática e confrontando as posturas aristotélico-escolásticas, a racionalidade vê-se marcada pela extrema matematização do saber, com imposição de rigor lógico absoluto que exigia análise, sistematização e redução dos objetos a conceitos matemáticos; uma racionalidade *more geométrico* inspirada na geometria de Euclides de Alexandria.<sup>12</sup>

O acompanhamento historiográfico da modernidade pôde assim ser acompanhado até o século XIX, quando um acontecimento de suma relevância abriu o caminho para o que veio a ser designado como pós-modernidade: a *Revolução Industrial*, que provocou uma reviravolta nas relações econômicas e atinentes ao trabalho, início de uma série que culmina com a *Quarta Revolução Industrial*, a atual *Revolução Digital*, expressivamente referida pelos símbolos matemáticos 4.0. Podemos acompanhá-las no que tiveram de mais expressivo, a substituição do trabalho humano por máquinas: a primeira importou na substituição do trabalho físico pelo mecânico; a segunda, denominada *Revolução Tecnológica*, deu-se mediante a atribuição às máquinas do acionamento e controle das outras, encarregadas da produção de bens; a terceira, *Revolução Cibernética* ou *Informática*, ocorreu com o progresso nos meios de comunicação, substituindo a antiga entrega física de mensagens pela telefonia celular;<sup>13</sup> e a atual, *Revolução 4.0* ou *Digital*, tem como característica basilar a atribuição às máquinas de tarefas antes

8 WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Trad: Eduardo García Máynez et al, 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 196. Tb. WEBER, Max.

9 ALTHUSSER, Louis. **Sobre a Reprodução**. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1999.

10 WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsanyi e Tamás J. M. K. Szmrecsanyi. São Paulo: Pioneira, 1967.

11 LUXEMBURGO, Rosa. **La Acumulación del Capital**. Buenos Aires, 1963, p. 334s, *apud* ASTESANO, Eduardo. *Historia Ecológica y Social de la Humanidad*. v. I, Buenos Aires: Castañeda, 1979, p. 282.

12 MAYOS, Gonçal. *Ob. Cit.*

13 Pode ser considerado o dia 03 de abril de 1974 como *dies a quo* da Revolução Digital, quando apareceu o primeiro telefone celular, invenção atribuída a Martin Cooper.

exclusivas do cérebro humano, especialmente a tomada de decisões. Por razões já aduzidas, proponho chamá-la Revolução *Algorítmica*.

Um dos maiores avanços nesta trajetória tecnológica foi a introdução da *tecnologia digital* na produção dos signos da comunicação humana, em substituição ao *sistema analógico* anteriormente utilizado.

No sistema analógico, a geração dos sinais se procedia mediante manipulação de objetos físicos e valendo-se de valores quantificáveis, estando por isso sujeita à interferência de fatores estranhos ao mecanismo de geração. Na prática, a tecnologia analógica envolvia a conversão em pulsos eletrônicos de sinais de áudio ou vídeo gerados por equipamentos de alto falante, vídeo cassete ou aparelho de televisão.

Já o sistema digital, mais complexo e preciso, vale-se de circuitos eletrônicos integrados como sistemas lógicos decorrentes do emprego de somente dois valores, o *sim* e o *não*, matematicamente simbolizados como *Um* (1) e *Zero* (0), valores aos quais todo signo de comunicação, linguístico, visual ou simbólico, pode ser reduzido. De modo mais prosaico, pode-se dizer que a tecnologia digital possibilita a conversão dos sinais de áudio e vídeo em um formato binário, sendo estes dados convertidos em uma série de *zeros* e *uns*, para serem recebidos por algum dispositivo, como modem, roteador, TV ou celular; o sinal assim convertido pode ser reconvertido no sinal original, mas possibilitando a correção de eventuais erros, do que resulta uma saída comunicacional depurada de defeitos, imagem mais nítida e som mais limpo. Em suma, o sistema digital permite melhor qualidade nas transmissões de sons, imagens e mensagens.

O advento desta tecnologia identifica a quarta revolução industrial, a *Revolução Digital*. Muito mais que nas anteriores, as inovações tecnológicas afetam fundamentalmente a indústria, com melhorias expressivas nos processos de automação e controle da produção, sensível diminuição nos custos e consequente aumento da demanda. Quando as máquinas se tornam inteligentes, as fábricas também o fazem. É a indústria 4.0, a sociedade 4.0 e o direito 4.0.

## 2 A REVOLUÇÃO ALGORÍTMICA E A SOCIEDADE SIGMOIDAL

Tal progressão da racionalidade computacional ficou mais fortalecida com o desenvolvimento da *Robótica* e o aperfeiçoamento dos sistemas de *Inteligência Artificial*. Embora a ideia fosse antiga na ficção literária, os robôs industriais, concebidos para realizar trabalhos normalmente feitos por trabalhadores braçais, começaram a funcionar a partir dos anos cinquenta. Quanto à inteligência artificial, expressão empregada para referir-se à criação de dispositivos com capacidade para imitar tudo o que ser humano pudesse empreender, pode-se fixar o dia 11 de maio de 1997 como expressiva demarcação histórica. Nesta data, o campeão mundial Garry Kasparov foi vencido numa partida de xadrez por *Deep Blue*, supercomputador da IBM. Pareceu, assim, ter-se tornado possível a transferência da programação das máquinas para os computadores.

Como consequência da tecnologia digital, o desenvolvimento tecnológico tem sido tão rápido que é possível vislumbrar em pouco tempo a construção de modelos mecânicos aptos a imitar as tarefas de um cérebro humano, a não ser, talvez, a capacidade de sentir e imaginar. Nesta segunda década do século XXI, fala-se em internet das coisas e serviços, sistema que conecta à rede mundial de computadores objetos físicos presentes no dia a dia, tais como eletrodomésticos, maçanetas, aparelhos de ar-condicionado, dispositivos de segurança domiciliar e vestimentas; e serviços de lavanderia, alimentação, entrega domiciliar, transporte, comunicações e negócios.

Hoje em dia, cidadãos do mundo inteiro podem ter acesso a *smartphones*, *tablets*, *personal computers* (PC), aparelhos digitais de TV e outros dispositivos, aproveitando as vantagens da tecnologia; mesmo entre as camadas menos instruídas da população ou as menos favorecidas pelo progresso econômico, as pessoas estão familiarizadas com códigos de barras e de resposta rápida (*Quick Response Code* ou *QR Code*). Ainda que aparentemente contidas em sua comunicação com o mundo, as pessoas julgam-se aptas a acessar um universo indefinido, através de redes sociais como WhatsApp e Twitter, blogs, vídeos e programas de rádio e televisão.

Estes avanços enfrentam igualmente consequências nem sempre favoráveis ao ideal eudemonístico da humanidade, como o aperfeiçoamento de armas destinadas a matar e destruir. Infelizmente, a humanidade ainda não banuiu o recurso à guerra como solução para os conflitos entre as nações, como atualmente ocorre com a absoluta insensatez de uma nova guerra na Europa em pleno século XXI.<sup>14</sup>

Ademais, existe a preocupação em todo o mundo, quando se constata o mau uso da internet, a exemplo da disseminação de notícias falsas (*fakenews*), com propósitos político-partidários, populistas ou simplesmente para disseminar pânico e prejudicar pessoas, uma espécie de *terrorismo virtual*. Tais possibilidades têm constituído uma das maiores preocupações dos governos, que procuram através da legislação e medidas normativas a proteção dos dados pessoais dos cidadãos.<sup>15</sup>

Salvo alusões pontuais, deixo de referir-me às consequências da Revolução Digital para as profissões jurídicas, pois o escopo almejado é repensar conceitos filosoficamente consolidados na tradição cultural herdeira da filosofia grega e do direito romano. Entretanto, não podemos deixar de observar que o horizonte histórico das profissões jurídicas vislumbra o crescimento incessante e avassalador da *advocacia digital*, uma atuação cada vez mais subordinada a práticas e ferramentas relacionadas aos avanços da tecnologia da informação jurídica. Quando, porém, voltamos nossa atenção para os aspectos filosóficos da revolução digital, deparamo-nos com uma imensidade de problemas que nem mesmo a máquina mais sofisticada consegue resolver.

Em todo este histórico, destacam-se os algoritmos, que para os juristas podem ser comparados à jurisprudência, no significado de entendimento majoritário entre juízes e tribunais sobre situações *sub judice*, podendo ou não ter força vinculante. No sistema da *common law*, os precedentes judiciais constituem o núcleo genuíno do direito revelado através da atividade jurisdicional.

A analogia entre algoritmo e jurisprudência vem a propósito de uma delimitação temática. Neste texto, não se trata de algoritmos como expressão generalizada de juízos e proposições, mas daqueles que estão à disposição dos advogados, juízes, promotores, procuradores e demais operadores do direito, que os utilizam como ferramenta computacional. Este é o sentido da expressão “jurisprudência algorítmica”, com a qual procuro defini-los, vale dizer, o algoritmo jurídico enquanto sujeito e objeto dos enunciados linguísticos do direito.

Entendemos que os computadores criam algoritmos somente a partir dos dados que lhe são propostos, mas os sistemas de inteligência artificial entreveem a possibilidade de o computador criar seus próprios dados e, assim, tomar decisões aparentemente racionais, ainda que possivelmente irracionais do

14 No dia 24 de fevereiro de 2022, o mundo assistiu estarrecido à invasão do território do Ucrânia pelo poderoso exército da Rússia, remanescente da antiga União Soviética. Uma guerra não declarada, denominada pelos invasores de “operação especial militar”, condenada pela maior parte das nações do mundo e causadora de muito sofrimento e destruição.

15 **Lei 13.709, de 4 de agosto de 2018** - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), redação dada pela Lei nº 13.853, lei nº 13.853 de 8 de julho de 2019.

ponto de vista da inteligência humana.

Esta ideia foi genialmente antecipada pela criatividade artística de três mestres da cinematografia. O primeiro foi Jean-Luc Godard, produtor de *Alphaville*, filme de 1965, que retrata uma sociedade governada pelo computador Alpha 60. O segundo foi Stanley Kubrick, com sua obra muitas vezes premiada, o filme de 1968 intitulado *2001 – Uma Odisseia no Espaço*, baseado em roteiro elaborado pelo escritor Arthur Clarke. E o terceiro foi Ridley Scott, com o filme “O Caçador de Androides”, com título original *Blade Runner*, de 1982.<sup>16</sup>

Revolucionam-se os sistemas pedagógicos, e o ensino em todos os níveis passa a dispensar a velha presencialidade e, mesmo nos ambientes formais, se fazem aulas, seminários, palestras e conferências *on line*. No momento em que escrevo estas reflexões, um novo instrumento parece tornar obsoletas as velhas técnicas de elaboração intelectual. Com efeito, o *chatbot* de conversação, criado pela empresa OpenAI, e o aperfeiçoamento através do ChatGPT, constituem novos recursos, há pouco inimagináveis, capazes de substituir simples diálogos, conversas, redação de textos jornalísticos, estudantis e de argumentação científica, técnica ou jurídica, por expressões algorítmicas elaboradas por meio do computador. É a substituição do trabalho humano, inclusive o intelectual, pelo robótico. E já se anteveem avanços a partir da computação quântica, o que pode superar os sistemas digitais, admitindo valores intermediários entre zero (0) e um (1). É a *Revolução Algorítmica*, com impactos significativos nas relações humanas e internacionais, vislumbrando-se alterações no desenho geopolítico da pós-modernidade, que prefiro denominar “transmodernidade”. Como descrevê-la sem dar-se conta do caráter avassalador dos algoritmos, mundialmente credenciados para uma espécie de monopólio do saber?

A qualificação da atual sociedade como pós-industrial deve-se a Daniel Bell,<sup>17</sup> mas autores renomados valeram-se de outros epítetos. Ulrich Beck a designou como *de risco*,<sup>18</sup> Ortega y Gasset e Hannah Arendt descreveram-na como *de massa*,<sup>19</sup> Nico Stehr como *de conhecimento*<sup>20</sup> e Guy Debord como *do espetáculo*.<sup>21</sup> Também nela enfatizou-se o *medo e a exclusão*, a exemplo do conceito de sociedade *excludente* de Jock Young<sup>22</sup> e da noção de *outsider* em Howard Becker.<sup>23</sup>

São visões parciais e unilaterais, todavia insuficientes, que convergem para o conceito mais abrangente de sociedade pós-moderna, em Lyotard,<sup>24</sup> e *sociedade complexa*, em Luhmann.<sup>25</sup> Quanto a

16 Muito embora a palavra “androide” seja de uso generalizado, é preferível “humanoide”.

17 BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial**. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973.

18 BECK, Ulrich. **A Sociedade de Risco Mundial: em busca da segurança perdida**. Trad. Marian Toldy e Tersa Toldy. Lisboa: Ed. 70 (Almedina).

19 ORTEGA Y GASSET, José. *La Rebelión de las Masas*. Madrid: **Revista de Occidente**, 1945 ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1998. Tb. **A Condição Humana**. 13ª ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2917.

20 STEHR, Nico. **The Knowledge Society: The Growing Impact of Scientific Knowledge on Social Relations (Sociology of the Sciences)**. Ed. Gernot Böhme/Nico Stehr.V

21 DEBORD, Guy. **La Société du Spectacle**. Paris : Buchet Chastel – Société Libella, 1967.

22 YOUNG, Jock. **Sociedade Excludente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

23 BECKER, Howard S. **Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

24 LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

25 LUHMANN, Niklas. **Ilustración Sociológica y Otros Ensayos**. Versión castellana de H. A. Murena. Buenos Aires: SUR, 1973. Tb. **La Diferenziazione del Diritto. Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto**. [s.l.]: Società Editrice il Mulino, [s.d.]. LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. México: Universidad Iberoamericana e Universidad de

este, embora imbuído da matematicidade e logicismo inerentes à teoria geral dos sistemas, incorporou uma visão dialética da sociedade, pois demonstrou ser ela constituída por conjuntos relacionais que unem grupos microsociais entre si e ao conjunto da macrosociedade.

Nada obstante, é possível descrever a sociedade a partir de elementos forjados pelas ciências humanas de modo geral e pela sociologia sistêmica em especial, as quais se atêm a características observáveis nos diferentes tipos de agrupamentos; tal singularidade vê-se cada vez mais diluída pelos fatores da sociedade global, entre os quais se destacam justamente os decorrentes da Revolução Algorítmica, realizando com muito maior evidência o que McLuhan denominava *aldeia global*,<sup>26</sup> expressão alusiva ao desaparecimento paulatino das fronteiras geopolíticas e culturais.

Tais aspectos considerados por eminentes mestres da sociologia jurídica, política e social, são insuficientes para dar-se conta da nova realidade acarretada pela compreensão algorítmica da sociedade. A concepção que proponho afasta-se de tais vieses e busca uma visão mais realista. Por isso, designo-a *sociedade sigmoide ou sigmoidal*, conceito que tanto serve para a compreensão da história quanto da coletividade mundial que está sendo construída sobre os escombros das sociedades capitalistas presentes.

Quanto ao alcance historiográfico do conceito, diz respeito à própria temporalidade do mundo contemporâneo, eis que vivenciamos uma aceleração do tempo histórico em decorrência da velocidade com que se verificam as transformações. É uma sucessão de fatores tão vertiginosa, que sua narrativa historiográfica pode ser enunciada coimo *sigmoide*, palavra decorrente da semelhança de sua grafia com a letra **S**, equivalente ao sigma  $\Sigma$  do alfabeto grego.

A ideia da evolução sigmoide pode ser graficamente representada pelo **S**, interpretado como união de três elementos - **A B C** - onde **A** simboliza as revoluções anteriores de relativa estabilidade, **B** a presente revolução algorítmica, vertiginosamente tendendo para o futuro, e **C** a incerteza quanto ao futuro.<sup>27</sup>

Geram-se novidades materiais, sensoriais e vivenciais que mudam a face do planeta e relativizam qualquer tentativa de previsão,<sup>28</sup> diante do conflito apocalíptico entre a herança do passado e a incerteza quanto ao futuro. As verdades absolutas adotadas durante toda a vida têm que ser repensadas, gerando uma tensão entre duas necessidades opostas: a preservação dos modelos que representam valores identificados com a verdade, a beleza e o bem, e a contingência da adaptação às transformações determinadas por fatores totalmente fora do alcance dos indivíduos e grupos de maior ou menor dimensão, até o presente considerados sujeitos da história. Com efeito, o ser humano ocidental é fruto de seu passado, mas seu presente já incorpora tudo o que ele espera viver como futuro, inclusive o apocalipse final, eis que já é detentor dos meios capazes de exterminar a vida no planeta.<sup>29</sup> A partir daí, as pessoas passam pouco a pouco a deixar de ser sujeitos da história para tornar-se objetos, cada vez mais determinados por uma racionalidade que parece defluir das próprias coisas. E o algoritmo torna-se sujeito da história.

A cosmovisão sigmoide também se refere à estrutura social que permanece desde a modernidade

.....  
Guadalajara, 1992.

26 MC LUHAN, Marshall. **The Global Village**. Oxford University Press.

27 Na matemática, a letra grega sigma  $\Sigma$  indica uma sequência de valores, a exemplo de uma progressão aritmética. Em psicologia, economia e estatística, é um símbolo da somatória tanto de objetos quanto de formas comportamentais, e assim, pode ser utilizado para representar o desenvolvimento temporal das revoluções industriais. Analogicamente, valho-me da terminologia matemática para descrever a história do futuro, mas comparando-a com a letra latina **S**.

28 DREIFUSS, René Armando. **A Época das Perplexidades**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 21 ss.

29 ZIMMERMAN, Michael E. **Contesting Earth's Future. Radical Ecology and postmodernity**. Los Angeles: University of California Press, 1994.

e tende a manter-se no futuro, dividindo as populações em três grupos, *privilegiados*, *intermediários* e *marginalizados*. De modo mais prosaico, são os excessivamente ricos, a classe média que luta e trabalha para nela permanecer ou para melhorar a qualidade de vida, e os pobres, desesperançados quanto ao futuro. É um dos aspectos da sociedade complexa, cuja representação gráfica assemelha-se à curva em forma de **S** da função sigmoide: é a sociedade como estrutura social tipicamente capitalista, que pouco difere da medieval, onde os cidadãos estão divididos em três grupos: classe **A** no plano superior, classe **B** no intermediário e classe **C** no plano inferior.

O principal mecanismo de sustentação da sociedade sigmoide é a reprodução das desigualdades ao longo das gerações de direitos. Os privilegiados têm mais chances de transmitir suas vantagens para os descendentes, enquanto os marginalizados têm menos oportunidades de ascensão social; já o grupo dos intermediários, com seus subgrupos de intelectuais, professores estudantes, profissionais liberais, comerciantes, trabalhadores remunerados, enfim, outrora definidos como pequenos burgueses, lograram assimilar a ideia do *welfarestate* – Estado do Bem-estar-social – como a meta final de sua utopia. Mas não conseguiram desmontar sua própria estrutura sigmoide, que, autopoietica, e avessa a rupturas significativas que possam impulsionar a mobilidade social; nada obstante está sujeita a uma dinâmica própria que tende a forçar os mecanismos de transformação sócia, e sim, a sociologia jurídica, política, e social pode valer-se do conceito de sociedade sigmoide como ferramenta teórica útil para compreender a estratificação social e tentar impedir que os ricos fiquem cada vez\ mais ricos e os pobres cada vez mais pobres.

Quanto ao direito, expressado por meio da legislação dogmaticamente compreendida, é o principal instrumento de manutenção e reprodução da sociedade sigmoide, tendo restado à classe dos juristas a colossal tarefa de interpretar, integrar e aplicar as leis vigentes. Nesta condição, desenvolveu-se uma categoria de pensadores que, oriundos dos três grupos, estão encarregados da elaboração e divulgação das teses doutrinárias que apresentam a ordem jurídica estabelecida como a única efetivamente válida, cientificamente estruturada e voltada para o bem comum. Mas para a classe **C** resta a esperança de que, no âmbito da intelectualidade jurídica, haja espaço para a hermenêutica zetética e o pensamento crítico.

### 3 FENOMENOLOGIA DO ALGORITMO JURÍDICO: NOÉTICA E NOEMÁTICA

A investigação do algoritmo como objeto específico não dispensa sua análise ontológica preliminar, mas importa observar que estamos diante de uma interdisciplinaridade que coordena diversos ramos do conhecimento, inclusive a sociologia, a ética a própria filosofia. Entretanto, ao debruçar-se sobre a questão basilar de uma concepção do algoritmo que vá além das análises puramente lógico-matemáticas, a primeira sensação é acerca da inutilidade desta pesquisa, porquanto existe a percepção de que as grandes questões integrantes do magnífico cabedal da Jurisfilosofia já não ostentam a atratividade de outrora. Na sociedade sigmoide, quando as expressões do direito estão reduzidas a fórmulas engendradas para responder às questões com que se deparam os profissionais e estudiosos do direito, qual o interesse em descobrir alguma essência universal? Não seriam os algoritmos a formulação final de todos os cálculos lógicos até agora elaborados, tornando supérflua a elucubração mental acerca de sua natureza?

A Filosofia do Direito já enfrentara um grande desafio, quando reduzida pelo positivismo a uma escrava das ciências - *ancilla scientiarum*. No século XIX, diante do progresso científico, os pensadores positivistas afirmaram que o papel da Filosofia, e por extensão da Filosofia do Direito, seria considerar o somatório dos resultados das ciências particulares, numa visão geral da objetividade, ou seja, a filosofia

estaria subordinada às ciências particulares. Seria o fim da filosofia especulativa, visão distorcida que veio a ser reforçada pelo neopositivismo e seu *princípio da verificação*: somente seriam admitidos como verdadeiros os enunciados que pudessem ser empiricamente comprovados ou analiticamente demonstrados.

Isto representou uma *capitis deminutio* para o saber jurídico, pelo menos para os que mantinham a convicção de seu caráter científico, em face da inverificabilidade de seus juízos e proposições. Os princípios gerais de direito, a ideia da igualdade perante a lei e o princípio *nullum crimen sine lege*, por exemplo, não eram passíveis de demonstração ou pelo menos de verificação no mundo dos fatos. Mas o problema mais relevante foi a questão dos valores jurídicos, que havia adquirido importância nuclear após a II Guerra Mundial. Lembremo-nos da conversão jusnaturalista de Radbruch e das notáveis construções jurisfilosóficas influenciadas pela fenomenologia e pelo existencialismo. Se concordamos em que os grandes valores da civilização, *liberdade, igualdade, democracia e justiça*, integram a essência da juridicidade, como postulou Reale, como teriam verificada sua verdade ou falsidade dentro dos critérios positivistas, salvo sua expressão normativa e pregações político-partidárias, muitas delas eivadas de boa dose de hipocrisia? Como discernir na normatividade, especialmente a constitucional, as diretrizes contaminadas por doutrinas incompatíveis com a dignidade humana e nelas manter o respeito às instituições, consolidadas com o progresso da civilização?

O fim da filosofia especulativa, ou mesmo sua imprestabilidade, já estava contida na tese algo esdrúxula do *fim da história*,<sup>30</sup> aparecida no início dos anos noventa. Enfrentamos agora o mesmo desafio: restaria algum espaço para o transcendentalismo investigativo, que não sopesar as repercussões da tecnologia da informação, da robótica e da inteligência artificial na vida das pessoas?

O enfoque macrofilosófico ora empreendido pode configurar uma resposta, à medida que, ao afastar-se dos nominalismos e universalidades conceituais, não se deixa seduzir pela hiperdisciplinarização e ultraespecialização científica, que soeriam reduzir o estudo dos algoritmos aos vieses exclusivos da teoria da informação.

Diante da persistência da fome e da miséria no mundo, a despeito do extraordinário progresso tecnológico, não restaria à intelectualidade responsável sopesar os efeitos da tecnologia digital, não somente no exercício efetivo da juridicidade, mas também para restabelecer os grandes ideais que amoldaram através dos tempos nossa percepção da normatividade, legitimidade e justiça das leis, sua hermenêutica e dialeticidade enquanto fato, valor e norma.<sup>31</sup>

O tema é bastante amplo para uma exposição exaustiva, mas basta considerar que estamos diante do senso comum teórico dos juristas, a que se referia Warat,<sup>32</sup> envolvendo o saber jurídico e a práxis hermenêutica. Mas é preciso deixar claro que o essencialismo das correntes mais expressivas que se seguiram à ruptura kantiana cedeu lugar para a preocupação com experiência viva do direito,<sup>33</sup> com destaque para a fenomenologia e o existencialismo.

A concepção algorítmica é momento culminante da prevalência de uma busca metafísica que

30 FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the Last Man**. New York: Penguin Books, 1992.

31 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1968. Tb. **Fundamentos do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1972.

32 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. Tb. **A Produção Crítica do Saber Jurídico**. Comunicação apresentada à IV Jornada da ALMED. Rio de Janeiro, 1984.

33 REALE, Miguel **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

nos legou a dogmática do direito, a geral e as especiais, um legado de sapiência em torno de algo que se pressupunha objetivamente existente em si e por si. Milhares de páginas foram escritas para definir em que ele consiste, se é um objeto natural, ideal, cultural ou transcendental, uma objetividade que legitimava as normas estatais e a elas subordinava as éticas.

Se outrora a legitimidade das leis radicava em fatores meta-jurídicos, de caráter transcendental ou sociológico, a concepção dogmática pressupunha uma legitimidade, tautológica: o direito deve ser aceito simplesmente porque é único, estatal e racional. Além disso, afirmavam-se os valores jurídicos num sentido de positividade, o direito como *ars boni et aequi*, identificado na justiça e voltado para a liberdade, a igualdade e o bem comum, omitindo os aspectos perversos da herança jurídica, como a escravidão e o uso das leis para semear o ódio e a discórdia.

A afirmação da racionalidade se desdobrava no conceito de ordem jurídica, aceita como dotado de completude hermética e apto a reproduzir-se por sua própria autopoiese. Quanto ao Estado, desde a paz de Westphalia, em 1648, consolidou-se a imagem de uma entidade também existente em si mesma, dotada de vontade própria e protetora dos cidadãos.

Com a Revolução 4.0 tais pressupostos foram reafirmados mediante acréscimo de mais um, a afirmação do direito como expressão de uma verdade matemática, novo sustentáculo para a legitimidade, não somente das ordens jurídicas nacionais, mas da ordem mundial, uma legitimidade tecnológica ou algorítmica. Com o poder político tendente a permanecer cada vez mais nas mãos de quem detém a tecnologia, reafirmava-se com muito maior ênfase o que já ficara estabelecido no passado, que *saber é poder*. E assim, para não ficar atrelada ao pensamento único da validade das leis porque revestidas de racionalidade incontestada, como poderia a jurisfilosofia reintroduzir no saber jurídico a investigação ontogenoseológica, sem recair no essencialismo iluminista ou no ceticismo epistemológico positivista? Se desde o título deste estudo falamos em algoritmo jurídico, o que pode este objeto de um saber especializado significar em essência, já que só é acessado quando o relacionamos sua aparência formulística com os resultados de sua aplicação?

Quando nos deparamos com um algoritmo jurídico, já não se trata da comunicação direta com a fórmula, mas com os produtos para os quais tenha sido criada, permanecendo como espécie de filtro, a separar o que convém do supérfluo. Na esteira do essencialismo, jamais se questionou o pressuposto da autonomia ontológica do direito como algo pressuposto ao conhecimento, mesmo no plano da experiência. Autonomia que o tornava incognoscível sob o viés criticismo- gnosiológico de Kant, donde a ingente luta dos neokantianos para superá-lo. No entanto, quando a racionalidade algorítmica se afasta do problema, em virtude mesmo da destinação de seus códigos, a solução de problemas práticos, se cabe alguma indagação sobre seu alcance ontológico, o caminho a trilhar é o da fenomenologia de Husserl, a qual introduz um viés estranho ao criticismo kantiano, a *intencionalidade*, cujo alcance resgata o realismo metafísico para o pensamento especulativo.

A fenomenologia husserliana ensina que o fato histórico-social consubstanciado no algoritmo oferece duas instâncias *a priori* de significado, *noese* e *noema*, palavras derivadas do grego *nóesis*, aludindo à faculdade de pensar, e *noema*, significando o produto do pensamento. O primeiro deflui dos fatores que tornam possível sua apreensão subjetiva enquanto objeto cognoscível, o segundo, de sua própria objetividade, como algo situado no mundo exterior à consciência. Em suma, o próprio algoritmo assume-se como sujeito cognoscente voltado para si mesmo, constituindo uma objetividade da qual deflui a maior parte dos significados noéticos que se articulam com os noemáticos. Se a *noese* algorítmica é um *a priori* formal, os comportamentos algorítmicamente induzidos configuram um *a priori* material, husserliano. A primeira análise configura, portanto, a *noética* algorítmica, a segunda

sua *noemática*. São enfoques que dizem respeito à ontologia do algoritmo, com a distinção de duas correntes gnoseológicas: apriorismo, vinculado ao criticismo kantiano, e aposteriorismo, relacionado com a fenomenologia husserliana.

Não se indaga do direito como experiência, mas do direito como algo exterior à consciência, muito mais abrangente do que a experiência atrelada à dogmática da legislação. Abrangência que engloba os aspectos da existência relacionados à coletividade humana, um dos *existenciais* ou *existenciários* a que se referia Heidegger em seu conceito de *Dasein*, o ser humano enquanto presença *hic et nunc*.<sup>34</sup> São aspectos que envolvem todas as manifestações da juridicidade na vida social, inclusive o *direito achado na rua*,<sup>35</sup> o *direito alternativo*,<sup>36</sup> o *direito do oprimido*,<sup>37</sup> *direito insurgente e positivismo de combate*.<sup>38</sup> Mas a abrangência da juridicidade fenomênica, no sentido ora proposto, abarca igualmente o direito privado.<sup>39</sup>

Para introduzir uma análise noética do algoritmo, tendo em conta que se trata da expressão formulística de uma verdade matemática, comecemos por entender em que consiste a verdade.

Segundo expõe Platão em seus diálogos, concebia Sócrates a verdade do conhecimento com as características de *universalidade, necessidade, imutabilidade e eternidade* ou seja, haveria somente uma verdade única, imutável, universal e necessária. A trajetória do pensamento humano desde então revela a busca de uma objetividade que corresponda tais caracteres, espelhando basicamente a oposição entre duas concepções, idealismo e realismo. Assim, começando pelo idealismo platônico e realismo aristotélico e, através da Patrística e da Escolástica chegando ao racionalismo moderno, vê-se o pensamento filosófico ainda dividido, mesmo considerando as tentativas de superação esboçadas após a reviravolta operada por Kant e os neokantianos de Marburgo e Baden.

A contemporaneidade ainda convive com doutrinas políticas subsidiadas pela metafísica idealista em oposição à materialista, Hegel de um lado e Marx do outro. Entretanto, para análise mais adequada da compreensão ontológica do algoritmo, a noção realista da objetividade não tem que esgotar-se no materialismo, mas no *realismo metafísico* que afirma a existência de entidades independentemente de nossa consciência ou percepção.

As fórmulas algorítmicas superam essa tradição. Tendo em vista que tudo pode ser questionado em termos de verdade ou falsidade, quaisquer argumentos que identifiquem a realidade com a matéria ou que se apeguem ao panteísmo de Spinoza ou ao idealismo dialético de Hegel, é muito mais cômodo para a consciência investigativa aceitar o algoritmo como espécie de jurisprudência metafísica: a

34 Heidegger distinguia entre o “existencial” e o “existenciário”: a primeira palavra refere-se à qualidade do que existe; a segunda, aos diferentes modos do existir que compõem a estrutura ontológica do ser, como a temporalidade, a vida comunitária e a morte. V. MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Madrid: Alianza, 1982. Verb. “existenciário”. Tb. LUKÁCS, Georg **Existencialismo ou Marxismo**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Ed. Ciências Humanas, 1979, p. 65 e s.

35 LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem Dogmas**. PortoAlegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980. Tb. **Carta Aberta a um Jovem Criminólogo**: teoria, práxis e táticas atuais. I Revista de Direito Penal nº28. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

36 ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora Universidade do Rio dos Sinos, 1998.

37 WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 2ª ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

38 AGUIAR, Roberto. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa Ômega, 1980.

39 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

resposta legitimada pelas respostas que a antecederam. Ou seja, o algoritmo supera essa problemática, de indiscutível importância histórico-filosófica, simplesmente pela negativa do problema. Mas é um ponto de vista paradoxal, que leva à conclusão de que todas as respostas racionalmente aceitáveis são racionalmente válidas, um viés radicalmente oposto ao que Sócrates apregoara.

Para superar este paradoxo, analisemos estas condições noéticas a partir de um novo *zurück zu Kant* - retorno a Kant. O filósofo de Königsberg desenvolveu a tese do *imperativo categórico*, que a moralidade deve ser baseada em princípios universais.<sup>40</sup> Expressados em fórmulas linguísticas com pretensão de validade *a priori*, podem estes ser simbolizados por fórmulas algorítmicas comparáveis às formas *a priori* do entendimento, no criticismo kantiano. Se levarmos em conta que a universalidade conceitual do conhecimento objetivo tende a ser compreendida a partir de algoritmos, estão eles revestidos da condição de forma *a priori* do entendimento, o que prenuncia a mundialização de um pensamento único. E a comparação kantiana vai mais longe, pois, assim como o filósofo de Königsberg considerou impossível o conhecimento metafísico, em face da impossibilidade de acesso à essência universal dos objetos, conclui-se pela impossibilidade de conhecer a essência do algoritmo, por mais que a investigação sociológica, política e jurídica se empenhe na descoberta de uma objetividade, vontade ou intenção, neles oculta.

A reflexão filosófica inicial é, por conseguinte, que os algoritmos funcionam como forma categorial *a priori* inerente ao conhecimento racional no mundo contemporâneo. Entretanto, estamos falando da normatividade jurídica, e então deparamos com o pressuposto ético que afirma que as ações morais devem ser universais e independentes de circunstâncias específicas. Nada obstante, não há como considerar um conteúdo algorítmico em sua validade ética, eis que ele, fundamentado nos postulados da lógica, da matemática e da geometria euclidiana, e estando em condições de alcançar resultados definitivamente desejados, é um fator tão somente descritivo de uma sequência de etapas ou instruções para realizar uma tarefa específica. Mas o que se afirma não é a eticidade dos conteúdos algorítmicos, mas a intenção neles oculta no sentido de padronizar conhecimentos, gostos, comportamentos e até sentimentos. Ou seja, a intenção de quem produz um algoritmo é que ele tenha alcance universal, e este é o sentido de sua definição como imperativo categórico, o que corresponde à *noesis* dos algoritmos jurídicos.

Nada obstante, os algoritmos não são fórmulas vazias de conteúdos e, por isso, sua análise comporta aspectos éticos dimanados de sua normatividade intencional.

É preciso então esclarecer que não existe pensamento puro, forma *a priori* vazia de conteúdo e a análise fenomenológica considera que fenômeno social da juridicidade não hospeda um ser em si que possa ser considerado apartado dos sujeitos cognoscentes, os juristas em geral. Ele não se auto institui em virtude de potencialidade ontológica, mas é permanentemente constituído pela experiência comunitária, na medida em que se problematizam os conflitos e respectivas soluções normativas. A objetividade do direito e do saber que sobre ele se constrói é de caráter ideológico e não científico.

A ideologia do direito pode ser compreendida como intencionalidade não restrita às consciências individuais, mas como intersubjetividade, definida por Husserl como a união das subjetividades individuais em torno de ideias que aos poucos se generalizam, configuram o que tem sido analisado

40 KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*; Riga, 1785. *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga, 1788; *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg, 1785. V. tradução espanhola das obras de KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Crítica de la Razón Práctica e La Paz Perpetua*, México: Porrúa, 2007.

como inconsciente coletivo.<sup>41</sup> Este fenômeno da vida societária se produz mediante a *comunicação*, elemento central na complexificação sistêmica da sociedade,<sup>42</sup> sendo também fator da *ideologia* no sentido psicossocial de representação intersubjetiva da sociedade e do universo.

A noção de intencionalidade reafirma a inexistência de formas cognoscitivas *a priori* pois todo pensar se dirige a um objeto. Na dinâmica do conhecimento jurídico, o direito é o correlato intencional da consciência cognitiva de sujeitos específicos, os juristas. Contudo, em se tratando de algoritmos portadores de significados normativos, é possível afirmá-lo como categoria *a priori*? Não, se o entendermos como pensamento puro, e sim, se o tratarmos como intencionalidade e, como tal, ele transita nas três dimensões em que se projeta a teoria do direito, o direito como fato – *phaenomenon* –, pensamento normativo – *logos* – e forma de saber – *episteme*. Ou seja, ele oferece uma arquitetura racional adequada a seu objeto de investigação, e desvela um conjunto de fatores que se incorporam ao direito, vale dizer, estão presentes em sua noemática. \_\_

A lição é de Castanheira Neves, quando identifica a essência ontológica do jurídico na mutação temporal do sentido do direito, o qual resulta de uma *poiesis* normativo-constitutiva, cujo referencial de validade é a evidência de uma historicidade autônoma e condicionada. Pode-se completar este viés, afirmando que o motor dessa construção não é a forma pretensamente vazia do pensamento, a que aludia Kant, mas outro fator inerente ao ser humano: a vontade.

Tratamos da vontade não no sentido historiográfico aludido, como temporalidade, mas no sentido ontológico-existencial da historicidade, proposto por Heidegger; não se cogita da sucessão dos fatos, mas da manifestação do *Dasein* na unidade dialética da temporalidade, que engloba todos os acontecimentos passados, presentes e futuros. A historicidade confunde-se então com o *eidós* do *Dasein*, - a essência do ser presente - ele não se forja na história, ele é a história.

Em Ortega y Gasset, essa visão projeta-se nas perspectivas individuais, conduzindo ao entendimento da individualidade inserida na perspectiva, não podendo destarte obstaculizar o conhecimento objetivo. Foi precisamente esse obstáculo que levou Kant a afirmar a impossibilidade da metafísica, mas Ortega, contra o tradicional dualismo sujeito/objeto, firmou a tese de que a divergência entre os mundos de sujeitos distintos não determina a falsidade dos respectivos juízos, pois cada vida é um ponto de vista sobre o universo, sendo a perspectiva um dos componentes da realidade.<sup>43</sup> Mas esta visão pressupõe uma vontade a determinar a perspectiva individual ou grupal, correspondendo à interpretação que se incorpora ao que se interpreta, ao consenso da comunidade científica, ao reconhecimento e superação de obstáculos epistemológicos. Chega-se à conclusão de que o processo gnosiológico consiste num conjunto de atos volitivos, pois tanto a aceitação quanto a ruptura são atos de vontade e não operações mecânicas de um *logos* que se revela mediante formas *a priori*, seja da sensibilidade, seja do entendimento.

Donde um repensar do formalismo epistemológico, pois os enunciados cuja universalidade é questionada correspondem aos juízos sintéticos *a priori* e, à medida que os fundamentos do criticismo transcendental sejam dubitáveis, é possível duvidar da apriorização das regras morais básicas da civilização a partir de um dever ser funcionando como categoria formal. Ao menos no que tange aos

41 JUNG, Carl Gustav. **Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo**. Trad: Maria Luiza Appy *et al.* Petrópolis: Vozes, 2016

42 LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradutora: Maria da Conceição C. Real. Brasília: UNB, 1980, p. 215.

43 ORTEGA Y GASSET, José. **El tema de nuestro tiempo**. 13ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1975. Tb. **Meditaciones del Quijote**, IN **Obras Completas**, Vol. I. Madrid: Taurus/Fundación José Ortega y Gasset, 2004, p. 757.

fundamentos da ética e do direito, não se admitem juízos sintéticos *a priori*.

Os algoritmos são expressões proposicionais de juízos analíticos e, por isso, são potencialmente universais, como todos os imperativos da conduta, mas adquirem essa característica quando propostas e intersubjetivamente aceitas, embora somente alguns acabem por tê-la.

Nesse processo intervém a racionalidade, para a qual existe a possibilidade de distinguir quais imperativos devem ser universalizados, um raciocínio que se aplica aos algoritmos. Mas não somente a racionalidade, pois ela se articula com a sensibilidade, formando um complexo subjetivo e intersubjetivo, uma inteligência emocional, onde a vontade é fator decisivo em matéria de resposta aos questionamentos propostos pela razão.

No entanto, no contexto da programação algorítmica torna-se necessário atentar prioritariamente para sua praticidade técnica, já que a moralidade das condutas parece, em princípio, fora das abordagens computacionais; o que não exclui a possibilidade de desenvolver uma ética algorítmica. Isto nos leva ao segundo aspecto desta fenomenologia, a *noemática* dos algoritmos.

Numa sociedade que postule uma organização fundamentada na ética das normas que a regem e que ao mesmo tempo comporte a redução dessa normatividade a expressões algorítmicas, devem ser procuradas as condições objetivas que a viabilizem, não só no aspecto técnico, mas também em sua legitimidade nos espaços jurídico, político e social. Os algoritmos jurídicos expressam uma intencionalidade valorativa, não porque seus programadores assim o desejam, mas porque sua destinação prática a serviço dos operadores do direito incorpora intersubjetivamente toda a tradição construída com muita luta, sacrifícios e sangue derramado. Os valores do direito podem, então, ser tidos como emanção noemática dos algoritmos jurídicos.

Embora todos os tridimensionalismos tenham elaborado teses que convergiram para sistemas de valores, é em Carlos Cossio que encontramos a mais vigorosa afirmação dos valores fundamentais; além disso, a axiologia egológica apresenta numa coordenação sistemática que contempla a pessoa humana como autonomia e heteronomia, tendo como base a estrutura lógica da norma jurídica.

Lembremo-nos de que Hans Kelsen havia reduzido toda a juridicidade a uma proposição hipotética **Se A, deve ser B**, configurativa da sanção como consequência imputativa do inadimplemento de uma obrigação jurídica; e de que Cossio completara este modelo, acrescentando uma segunda proposição, igualmente hipotética, como simbolização lógico-proposicional do adimplemento do dever jurídico, ligado ao anterior pela conjunção alternativa “ou”: **Se A, deve ser P ou Se não-P, deve ser S**, onde **A** simboliza o fato antecedente que determina a prestação **P**, cuja inobservância **não-P** acarreta o dever de o Estado aplicar a sanção **S**. Tendo em vista o pressuposto ontológico do ser jurídico, a liberdade, a estrutura lógica da juridicidade expressa quatro tipos de comportamento, *ação*, *omissão*, *dever* e *delito*. As três primeiras ocorrem no campo da licitude e somente uma caracteriza a ilicitude. Neste caso, optar pelo ilícito é também manifestação da liberdade.

Os atos de *fazer*, *omitir*, *dever* e *delito* confrontam-se na conduta em função dos dois aspectos da existência humana, a individualidade e a socialidade. A primeira implica a *autonomia* individual, a segunda a *heteronomia* social.

A autonomia diz respeito ao *forum internum* da pessoa, é o autodomínio da consciência individual, que necessita de *segurança* para sobreviver e reproduzir-se, o que exige a *paz*, e a *solidariedade*.

A heteronomia refere-se à imposição de determinações vindas do exterior da consciência, o *forum externum*. Estas articulam-se com o foro interno para assegurar a eficácia das determinações da autonomia. E assim, para que haja segurança é necessário haver *ordem*, e para haver paz impõe-se a garantia do *poder*, o qual não se exaure na existência de uma autoridade suprema, mas importa

na foucaultiana microfísica das miríades de centros de influência no interior dos diferentes e variados grupos sociais.<sup>44</sup> A organização do poder é a garantia da paz e da solidariedade.

Os valores se caracterizam por sua polaridade, e assim, a todo valor positivo corresponde um negativo, ou desvalor. Seguindo a ordem acima, os desvalores da autonomia são a *insegurança*, a *discórdia* e a *exclusão*. Quanto aos da heteronomia, o desvalor do poder é a *opressão*, o da cooperação é a *massificação*, a qual consiste num modo de coexistir que anula a personalidade dos indivíduos, tendo sua conduta moldada desde o exterior, sem a adesão da consciência.

Já a ordem apresenta dois desvalores, um intrínseco, que a nega axiologicamente, e outro extrínseco, que a nega fiticamente. O desvalor intrínseco da ordem é o excesso de burocracia, que transforma o meio, o instrumento, em fim em si mesmo; o desvalor extrínseco da ordem é a *desordem*, que produz a *anarquia*, ausência ou falta de governo.

Com base nesta correlação axiológica, é possível estabelecer que os algoritmos jurídicos são pressupostos de significados linguísticos originados nas teorizações dogmáticas dos diversos ramos do direito público, privado e social; algoritmos cujo alcance ideológico deve corresponder aos avanços civilizatórios incorporados à compreensão do que hoje em dia se admite como justiça.

Mas avulta esclarecer que a compreensão noemática ora apresentada não passa de uma proposta que deve estar universal e aprioristicamente consolidada em qualquer programação algorítmica voltada para o direito, o que não exclui outras derivações possíveis, como a defesa da natureza, uma necessidade cada vez mais presente, a democracia e os direitos humanos. Valores que não devem estar ausentes da jurisprudência algorítmica.

#### 4 A RACIONALIDADE ALGORÍTMICA

A análise procedida no item anterior procurou responder à questão central da ontologia do direito, a partir da intencionalidade noética e noemática do ser jurídico. Retoma-se agora o tema em outro plano, o da racionalidade das expressões linguísticas da juridicidade, genericamente denominadas “leis”. Como implicação da crença solidamente inculcada na concepção dogmática do direito, de que as normas jurídicas em geral, assim como o Estado que o produz, não se deixam contaminar por posturas ideológico-rationais, entende-se que os raciocínios jurídicos, objeto nuclear a hermenêutica e lógica do direito, são da mesma forma eivados de cientificidade, uma crença que reforça o papel da jurisprudência algorítmica, como legitimadora do direito na sociedade sigmoidal.

Quando se fala em racionalidade dos algoritmos, pode-se considerá-los em duas fases, a que se refere ao projeto e a concernente propriamente à aplicação, envolvendo sua interpretação e utilização nos atos decisórios.

Quanto ao projeto, é preciso verificar se se o algoritmo em si é construído de maneira lógica, coerente e eficiente para resolver o problema para o qual foi projetado. Algoritmos podem ser formalmente provados quanto à sua correção, garantindo que produzam os resultados corretos e desejados para todas as entradas possíveis.

A racionalidade do projeto também inclui a análise do desempenho do algoritmo, se ele é eficiente o suficiente para resolver o problema em tempo hábil, evitando ineficiências desnecessárias. Algoritmos com melhor racionalidade em termos de *design* são geralmente preferidos, pois são mais confiáveis, seguros e escaláveis.

44 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

Em se tratando da referência algorítmica às leis, evocam-se as exigências impostas pela hermenêutica jurídica. Para analisá-las, ingressamos no campo metodológico, a partir dos métodos tradicionais, *gramatical, lógico, histórico e sistemático*.<sup>45</sup>

A interpretação gramatical, ou literal, desenvolvida desde os primeiros glosadores do direito romano, já fora grandemente enriquecida com os avanços da linguística e da semiologia, quando incorporou ao discurso jurídico, antes restrito aos significados sintáticos e semânticos, a análise pragmática. E foi essa dimensão, ao lado das contribuições da sociologia do direito, que levou a que os legisladores considerassem com mais cuidado o alcance social das leis que produziam, reforçando o enfoque teleológico em sua aplicação, e que os juízes passassem a considerar os efeitos de suas decisões no meio social, para além do mero interesse das partes no processo.

Só que agora não se trata da linguagem da lei, mas da linguagem do computador. Se admitirmos que os algoritmos se prestam a uma interpretação, esta ocorre também digitalmente, pois as linguagens naturais envolvem sentimentos, condições subjetivas que podem ser eliminadas ou simplificadas através dos sistemas de Processamento de Linguagem Natural (PLN). Como decifrar um algoritmo, se ele mesmo é uma interpretação da interpretação da interpretação? Tentar fazê-lo é recair no trilema de Münchhausen, aquele personagem que tentou safar-se de um lodaçal puxando os próprios cabelos.

Falar dos métodos lógicos de interpretação jurídica é evocar os milhares e milhares de páginas escritas no intuito de desenvolver uma linguagem simbólica universal para o direito, cujas fórmulas poderiam compreender todas as expressões de sua normatividade objetiva. Tendo por referencial a concepção dogmática, desenvolveu-se então uma lógica jurídica proposicional, fundada nos postulados da lógica geral, tanto a clássica, como a expuseram Aristóteles e os lógicos de Port-Royal, quanto a contemporânea, nas várias direções em que se desenvolveu e acolhendo possíveis especificidades, que convergiram para a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica.

E quanto à fase de aplicação dos algoritmos para fundamentar decisões, especialmente as jurisdicionais, os situamos na lógica jurídica decisional, em princípio sob a perspectiva de como os próprios algoritmos podem tomar decisões com base nos dados de entrada. Algoritmos de aprendizado de máquina e inteligência artificial, por exemplo, podem ser projetados para aprender com dados históricos e tomar decisões com base nessas informações. Surgem aqui questões éticas e preocupações sobre a justiça algorítmica, quanto aos vieses e convicções axiológicas. Se os dados usados para treinar um algoritmo contiverem preconceitos, estes podem ser perpetuados ou ampliados pelas decisões, levando a resultados injustos e discriminatórios. Garantir, portanto, a racionalidade dos algoritmos quando fundamento de decisões é um desafio importante. Seus desenvolvedores precisam estar atentos para que sejam criados com transparência, interpretabilidade e, auditabilidade, tudo para que se evitem resultados prejudiciais.

Em suma, a racionalidade dos algoritmos é questão multifacetada que envolve a análise tanto do *design* respectivo quanto das decisões que com ele possam ser tomadas. Quando se tem notícia de que em alguns países, informação que vem da Estônia, já existe em fase de testes um arcabouço computacional programado para o julgamento de pequenas causas, envolvendo disputas de menos de sete mil euros, estaremos no caminho da substituição do juiz pelos computadores?

Esta mesma pergunta havia sido formulada, ao final do século passado, por Fernando Bronze, ao indagar se o jurista seria pessoa ou androide.<sup>46</sup> Se esta fase experimental der certo, como não dizer

45 COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, pág. 203ss.

46 BRONZE, Fernando José. **O Jurista: Pessoa ou Andróide**. In “Ab Uno ad Omnes”. Edição comemorativa dos 75 anos

que se trata de uma tendência, para que as decisões sejam cada vez mais algorítmicas, sem espaço para a intuição e o sentimento? É a perspectiva que indica a racionalização do saber a um extremo, jamais imaginado nem por Descartes e nem por Leibniz. Se nos foi possível apresentar a racionalização do saber jurídico na Escola de Bolonha como um marco inicial para a modernidade, a fundamentação algorítmica do silogismo judicial, para revesti-lo de certeza e verossimilhança jamais alcançadas, pode ser o marco final da história da jurisdição.

Está na memória dos cultores da lógica do direito, o imenso trabalho elaborado para apontar as deficiências da velha tese da subsunção jurídica, e as milhares de páginas compiladas para estabelecer fundamentos sociológicos e psicológicos para as decisões judiciais, especialmente em matéria criminal.

Relembremos que as doutrinas hermenêuticas estabeleciam a distinção entre dogmática, zetética e crítica da interpretação jurídica. A primeira voltada para as expressões linguísticas da legislação, a segunda, para a inserção de considerações de ordem histórica, sociológica, psicológica e ético-valorativa nas premissas do silogismo judicial, e a terceira acolhendo os vieses políticos, conscientemente assumidos pelo intérprete e aplicador das regras, princípios e valores do direito.

Este viés crítico, que havia experimentado notável desenvolvimento na esteira dos juristas e filósofos da Escola de Frankfurt, ampliou-se para acolher outras fundamentações, inclusive de caráter religioso. Mas ... e agora?

O caso do COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) é emblemático. Esta sigla representa um algoritmo denominado, desenvolvido para consolidar numa fórmula matemática os fundamentos argumentativos de decisões judiciais na fixação da pena *in concreto*. Entendeu-se que a tradição jurídica da *common law*, baseada nos precedentes, comportava a antevisão das probabilidades de reincidência como critério. Quanto mais amplas, maior a pena. Posto à disposição dos magistrados, apesar de inúmeras manifestações em contrário, a própria existência deste algoritmo atestava a possível transferência do ato de julgar para a máquina.

É a possibilidade da solução *online* de lides judiciais (*Online Dispute Resolution*) e da atribuição aos mecanismos da Inteligência Artificial do papel de tomadores de decisões. Como controlar o uso e abuso de tais eventos, os quais já não permanecem circunscritos a devaneios artísticos, mas se concretizam na praticidade da existência humana relacionada com o controle jurídico das condutas. Como testar a manutenção da principiologia dogmática construída desde as leis romanas e definitivamente incorporada à sabedoria jurídica universal? A imparcialidade e neutralidade nos julgamentos e, principalmente, a racionalidade decisória da magistratura, podem ser sopesadas quando a fundamentação das sentenças, votos e acórdãos advém de algoritmos?<sup>47</sup>

Os debates em torno do tema, ressalvada a *capitis deminutio* no sentido da interferência nos espaços de normatividade da Constituição, das leis e dos precedentes jurisprudenciais, indicavam problemas éticos, na medida em que poderia o algoritmo abrigar preconceitos contra determinados grupos sociais. Dependendo do uso que possa ter, trata-se claramente de um reforço de natureza discriminatória para a restrição de direitos subjetivos de grupos marginalizados ou mesmo anatematizados numa sociedade conservadora. Num país como o Brasil, onde o racismo estrutural é gritante, onde os dados que subsidiam o algoritmo podem ser colhidos no sistema prisional, notoriamente deficiente, problemas

.....  
da Coimbra Editora. Coimbra, 1928, p.g. 13.

47 FORTES, Pedro. **Robôs judiciais e o Direito Algorítmico:** Algumas reflexões a partir da experiência da *common law* Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/336077/robos-judiciais-e-o-direito-algoritmico-algumas-reflexoes-a-partir-da-xperiencia-da-common-law>>.

como a criminalização por motivos raciais, religiosos, ideológicos e mesmo políticos, poderiam ser fundamentados neste algoritmo. Ainda que combatido na Constituição e na legislação específica, o inconsciente coletivo do país encontra no Compass um reforço para alimentar a clivagem social;<sup>48</sup> e nos ambientes conservadores poderia servir para a exclusão de cidadãos, tidos por indesejáveis, do mercado de trabalho e associações privadas.

Reafirma-se o legalismo dogmático e hermenêutico em prejuízo da liberdade metodológica, tão tenazmente pregada por François Géný e pelas correntes sociológicas e realistas norte-americana e escandinava, que parecem posturas superadas ante a prevalência de uma ideia de autonomia e univocidade significativa dos algoritmos. Estes, por sua vez, ainda que possam ter encoberto sentidos ocultos de dominação, reportam-se a referenciais semânticos identificados na ficção da vontade da lei ou do Estado, quando na verdade refletem a intenção de domínio político através da tecnologia. A feição do Estado cada vez mais se aproxima do modelo empresarial, não estamos muito longe do Estado-empresa.

Quanto à interpretação sistemática, passou-se a considerar o direito dentro do entorno socioambiental em que ocorre, não como fenômeno circunscrito ao sistema lógico-formal a que a ordem jurídica fora reduzida, simbolizada pela pirâmide kelseniana, mas na perspectiva sociológica aberta pelo pensamento dialético, o qual pressupõe o contexto social em que é criado, interpretado e aplicado, bem como seu desenvolvimento através da história. E assim, aplica-se à teoria e práxis do direito a consideração de sua objetividade a partir de sua dialeticidade, ou seja, em seu movimento e totalidade imanentes.

Em face desta compreensão historiográfica, sociológica e dialética, avulta indagar se essa elaboração doutrinária se sustenta na era do direito digital, isto é, se é possível construir uma crítica do direito algorítmico, o que pressupõe a crítica do algoritmo enquanto objeto; mais ainda, até que ponto os sistemas de inteligência artificial comportam a dialeticidade inerente ao direito enquanto fenômeno da existência coletiva?

Nada obstante, a ciência da lógica aplicada ao direito não conseguiu acompanhar o desenvolvimento dos sistemas tidos como lógicas ampliadas, alternativas e indutivas,<sup>49</sup> tendo por referência a tradicional, mesmo lembrando que a jurídica proposicional se desenvolveu a partir da lógica deôntica.

## 5 LEGITIMIDADE ALGORÍTMICA E SAUDADE DO FUTURO

A análise empreendida no item anterior teve-se ao conceito de algoritmo quando articulado com as concepções mais difundidas acerca do direito e do Estado, mas resta incompleta sem uma análise complementar sobre os objetivos declarados, ocultos ou dissimulados, que impregnam sua produção e o uso que dele se faz.

Tratamos agora de outra abordagem, a legitimidade dos algoritmos jurídicos não mais

48 Constituição Federal de 1988, Art. 3, inciso XLI: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* Art. 5º, inciso XLI: *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.* Os delitos resultantes de preconceito de raça ou cor estão tipificados na Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, e a Lei 14.532, de 2023, equipara os delitos de injúria racial e racismo. Entende-se que o racismo atinge a coletividade, enquanto a injúria racial volta-se contra indivíduos.

49 HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**, trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002, p. 29.

em decorrência de sua compreensão noemática, mas sob o ponto de vista de seus destinatários para além de sua operosidade técnica ou funcional, isto é, o viés de sua receptividade no plano interno dos agrupamentos sociais e no externo das relações internacionais.

Trata-se dos aspectos jurídicos da legitimidade, afirmada em função dos direitos humanos e fundamentais.<sup>50</sup> Todavia, existem outras prerrogativas básicas que se incorporam aos algoritmos e dele dimanam como noemas. Além dos constitucionalmente reconhecidos, temos que incluir os valores básicos do devido processo legal (*due process of law*), tais como acesso à justiça, ampla defesa, presunção de inocência, assistência jurídica, isonomia, direito a um juiz imparcial, direito a um julgamento público, direito ao recurso e direito a um intérprete, nos casos onde as partes não compreendem a língua utilizada no processo.

O conjunto desses valores noemáticos fundamenta a legitimidade algorítmica, o que depende dos caminhos tomados na sua programação, especialmente se levarmos em conta que os técnicos programadores estão a serviço de proprietários de considerável soma de capitais; e assim, deve haver a maior transparência possível desde o projeto até seu efetivo uso pelos agentes envolvidos. Por outro lado, devem ser compreensíveis e interpretáveis e, de forma análoga às decisões processuais, sujeitos pelo menos um segundo grau de revisão, um organismo supranacional, por exemplo. Caso contrário, os algoritmos podem estar a serviço de ditadores, uma ditadura virtual?

A opacidade dos algoritmos pode ser problemática quando as pessoas afetadas não conseguem explicar por que determinada decisão foi tomada, eis que os operadores não têm condições de saber quem é ou foi responsável pelo algoritmo, o qual não pode ser neutro em relação aos respectivos efeitos junto aos usuários e aos sujeitos afetados. Impõe-se então que, através da legislação, os criadores do algoritmo possam ser também responsabilizados por decisões incorretas ou injustas.

À medida que a inteligência artificial avança, alguns sistemas podem tomar decisões de forma autônoma, sem intervenção humana direta, donde os questionamentos sobre a legitimidade jurídica dessas decisões, como lidar com elas sem infringência da legislação, como resguardar as privacidade e segurança das informações, o que inclui a proteção de dados pessoais, isonomia no sentido de não discriminação, propriedade intelectual e outros aspectos legais relevantes. Para abordar essas questões, muitos países estão trabalhando na instituição de regulamentos e diretrizes específicas para algoritmos, buscando garantir sua legitimidade jurídica e proteger os direitos das pessoas.

O segundo aspecto da legitimidade algorítmica diz respeito aos impactos na sociedade, pois as decisões matemática e logicamente fundamentadas, podem ser danosas, o que compromete a legitimidade política e social dos algoritmos. Tal impacto dizem respeito à sua autoridade, aceitação e confiança em termos de influenciar decisões sobre políticas públicas, especialmente em economia e assistência social. Donde a necessidade de *transparência*, evitando que a programação, interpretação e aplicação de algoritmos jurídicos se procedam de forma obscura e não possam ser compreendidas pelos cidadãos. Enfim, justiça, equidade, responsabilidade, consenso entre os operadores envolvidos e participação pública são exigências que adequadamente respondidas, tornam legítimos os algoritmos jurídicos, no sentido de sua aceitação, confiança e reconhecimento pela sociedade como ferramenta justa, ética e benéfica.

Trata-se então de considerar a ideologia psicossocial dos algoritmos, porquanto, em se tratando

50 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tb. LÁFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: O Desafio a ter Direitos**. In AGUIAR, O. A. (org.) *et all*. Filosofia e Direitos Humanos. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2006.

de explicações rigorosamente matemáticas, podem corresponder ao ideal positivista de neutralidade da ciência, inclusive pela convicção de que os algoritmos foram introduzidos no saber jurídico exatamente para eliminar redundâncias e contradições nas manifestações discursivas do direito. Se lhes atribuirmos uma dimensão ética e política, podemos asseverar que eles tendem a superar o pandemônio ideológico que cerca as teorias jurídicas, pois a fundamentação matemática das fórmulas algorítmicas realiza os ideais da certeza e neutralidade científica da normatividade e a linguagem que as transmite. Daí a dúvida, quando se reflete sobre a possibilidade a programação algorítmica albergar intenções e objetivos políticos de dominação.

Entretanto, o conceito de dominação extravasa os tipos ideais apropriadamente aventados por Max Weber, o qual se referia a coletividades delimitadas por fronteiras geopolíticas e culturais, recolhendo algumas características observadas no passado histórico de cada uma, reduzindo-as teoricamente a conceitos de conteúdo significativo abrangente da totalidade dos dados recolhidos e sistematizando-as em conceitos historiográficos, aos quais denominou tipos ideais. A identificação destes procurou então definir o que em cada coletividade teria sido construído em termos de poder hegemônico, e como este poderia ser mantido em função do consenso da maioria dos indivíduos dominados, o que adquiriu o significado histórico de legitimidade. Donde as formas denominadas por Weber de legitimidade carismática, tradicional e legal-racional.<sup>51</sup>

Sendo esta terceira a forma característica da modernidade, pode-se indagar se as expressões algorítmicas do jurídico não poderiam configurar um quarto tipo, estranho às formas weberianas, mas adequado à nova ordem política e jurídica que vem se impondo aos poucos se impõe à sociedade global. Em sendo assim, o algoritmo parece transmutar-se em expressão de um discurso único adequado à dominação mundial. E quem são os sujeitos ativos, detentores do poder na relação social de dominação que aos poucos se estende ao mundo inteiro?

Estamos falando de nova ordem mundial, cujos protagonistas não estão ainda claramente definidos, em parte porque ocultos ou dissimulados pelos instrumentos de dominação de que dispõem, entre os quais o monopólio dos meios de comunicação e redes sociais; e em parte, também, porque configura um ensaio de hegemonia em todos os aspectos da vida coletiva, à medida que, em função dos impactos da economia globalizada e do neocolonialismo tecnológico, trata de standardizar a cultura popular e superar as diversidades.

Na aldeia global impera a atratividade do mau-gosto e da falta de vergonha, somente desculpável, ou pelo menos compreensível se admitirmos o padrão ético do protótipo Último Homem (*letzter Mensch*), descrito por Nietzsche como o niilista passivo que tira proveito da riqueza por todos produzida e se entrega ao hedonismo vulgar. Se vivemos em uma sociedade mais avançada em termos de progresso científico, tecnológico e cultural, seria preferível a ética nietzscheana do Super Homem (*Übermensch*), o qual supera o niilismo e os laços que o prendem ao egotismo e à egolatria.<sup>52</sup> É o indivíduo que, tratando de realizar-se como projeto existencial, valoriza seus instintos naturais como fontes de energia para o

51 WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Trad: Eduardo García Máynez *et al*, 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964. Tb. **Metodologia das Ciências sociais. Parte 1**. Tradução de Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2001. Tb. FREUD, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad: Luiz Cláudio de Castro e Costa, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980.

52 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**. 2ª ed. Trad. Mario Ferreira dos Santos. São Paulo: Logos, 1956. Tb. **Obras Incompletas**. Seleção de textos de Gérard Lebrun, trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, coleção “Os Pensadores”. Obs. A palavra em alemão utilizada por Nietzsche é “*Übermensch*” que pode ser traduzida em português por “sobre-humano”, expressão que prefiro a “além do homem”, utilizada por Rubens Rodrigues Filho. A expressão “super-homem”, comumente empregada, induz a equívocos.

desenvolvimento pessoal como corpo, intelecto e socialidade, rumo ao Absoluto. Aqui a ética pessoal, política e social se reconcilia com Hegel e Marx, pois o absoluto da ideia hegeliana e da sociedade comunista é a realização do Super Homem, individual e social.

Lembremo-nos de que à época da Guerra Fria o poder mundial estava claramente dividido entre duas potências, a antiga URSS e os EUA, que não mediam esforços para afirmar sua presença nas respectivas áreas de influência. Após a derrocada da União Soviética e o aparecimento da China como grande potência econômica, apresenta-se hoje o mundo como cenário de redistribuição das forças globais e conseqüente formação de uma ordem multipolar, com vários centros de poder pelo globo.

Trata-se de outra configuração do pluralismo jurídico, marcado pela configuração de novas ordens jurídicas acima do Estado e mesmo contra ele. É um *jus novum* que deflui de atividades empresariais globalmente expandidas e unitariamente regradas, pressupondo uma estrutura institucional de porte mundial que pode ser observada na extensa rede de franqueadas, representantes e filiais espalhadas pelo mundo todo, e que abrigam milhares de servidores. Como essa organização de certo modo submete o direito do Estado, pode-se falar em pluralismo jurídico, não o clássico, mas uma forma transnacional, institucional e virtual, que é consequência da transnacionalização dos processos decisórios e minimização da soberania estatal. A nova ordem mundial que surge no horizonte da sociedade sigmoidal pode ser descrita como *heterotopia* ou *poliarchia*, palavras alusivas à multiplicidade de centros de poder e decisão.<sup>53</sup>

Mas este panorama, demarcado por plataformas tecnológicas e polos motores produtivos do hemisfério norte ampliado, delinea o principal cenário de conflito entre as nações que dela participam, bem como entre empresas que pretendem hegemonia nas respectivas esferas de influência.

Não são poucos os estudiosos que têm dedicado a maior atenção à realidade do atual equilíbrio, ou desequilíbrio, de forças no plano militar e político mundial.<sup>54</sup> E o Estado nacional já não tem como disciplinar e regular sua economia por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e tem que apelar inexoravelmente para o direito positivo transnacional. Já não se alude à soberania externa, a qual sempre esteve ao sabor dos interesses das grandes potências, mas ao monopólio do Estado na promulgação de suas leis.

É uma visão do futuro bastante próxima da atual realidade mundial, onde os Estados perdem sua soberania à medida que os centros de poder são transferidos para organizações transnacionais de caráter público, e mesmo para instituições privadas de porte mundial que interferem nas macroeconomias nacionais. Tal influência não se restringe ao fluxo de capitais e incremento dos negócios, mas estende-se ao processo político, à administração executiva e aos aparatos de decisão. É um *polvo capitalista* cujos tentáculos se estendem para todos os setores da experiência jurídica, política e social.

Ademais, não pode ser ignorada a tendência das populações rurais a migrar para as cidades, e assim, formam-se conglomerados populacionais de grandes dimensões, onde as fronteiras entre cidade e campo tornam-se cada vez mais difusas. Ao menos em países mais desenvolvidos, que alcançaram promover os ideais do *welfare state*, as políticas públicas, para tornar mais aprazível a vida de seus habitantes e atenuar os efeitos nefastos do incontrolável aumento das populações, procuram tirar o máximo proveito da tecnologia. Daí a configuração de autênticas *cidades inteligentes*, com grandes

53 DREIFUSS, René Armand. *Op. cit.*, p. 242 s. O autor esclarece que a idéia de *heterotopizar* os países, provém de Foucault.

54 *Idem*, p. 809. Tb. HUNTINGTON, Samuel P. **The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order**. New York: Simon & Schuster, p. 19-20. V. McNEIL, William H. O declínio do Ocidente? *In: Política Externa*. São Paulo: Paz e Terra, v. 6, n. 2, p. 3-15, 1997.

investimentos em saúde, educação, cultura, transporte e lazer, articulados com a sustentabilidade ambiental e a conectividade informática.<sup>55</sup>

Essa inteligência urbanística está preparada para uma transformação inédita e singular dentro da revolução algorítmica, a possível instituição de uma ordem política global que extravasa os modelos estabelecidos desde a modernidade europeia. São as *hipercidades*, surgidas com a globalização e beneficiando-se de uma concentração elevada de recursos, regiões metropolitanas ultra populosas, espécie de urbanização capitalista, caracterizadas pela extensão geográfica, densidade populacional, pluralidade social, complexidade econômica e importância global. Em função de sua importância crescente como núcleos de irradiação civilizatória em seus países e no mundo, prestam-se a ser repensadas como centros de poder econômico, político e cultural, que influenciam e são influenciadas por outras metrópoles similares. Mas a característica mais notável, posto que inédita, é que tais megalópoles pouco a pouco se afirmam como formas relativamente recentes de organização territorial e política, com tendência à conformação de novo tipo de Estado, tendo em vista sua aptidão para influenciar políticas nacionais e internacionais, e do peso de sua responsabilidade na produção econômica e desenvolvimento cultural. Uma influência que não se limita às fronteiras geopolíticas de seu país, mas se estende por todo o mundo. Exemplos expressivos deste fenômeno são as cidades de Tóquio, Nova York, Londres, Paris e São Paulo, mas a concentração urbanística antevê outras regiões. A antevisão de tais tipos de cidades já é encarada, no Japão, como prenúncio de nova sociedade, às quais configuram a sociedade 5.0.<sup>56</sup>

Na visão de Andres Pitasi, trata-se de *hypercities* – hipercidades - configurando um passo inicial para novas fronteiras geopolíticas, admitindo-se o redesenho da soberania dos Estados.<sup>57</sup> Com efeito, estas imensas coletividades urbanas paulatinamente adquirem poderio e influência suficientes para desenvolver seus próprios mecanismos de governança e autoridade, o que pode levá-las a desafiar o poder do próprio Estado-nação onde estão localizadas.

A referência às *hypercities* lembra de imediato as discussões em torno ordem mundial que está por vir, sob o impacto da revolução algorítmica. Muitos autores preocuparam-se com o assunto, mas a reflexão sobre as consequências da revolução algorítmica no redesenho do mapa dos Estados, é bem mais recente. Entre os autores do passado, destacam-se Dalmo Dallari,<sup>58</sup> Henry Kissinger,<sup>59</sup> Samuel Huntington,<sup>60</sup> Robert Cox e Giovanni Arrighi.<sup>61</sup> O que neles vemos em comum é a manutenção da concepção jurídicista centralizada no Estado moderno, o que evidencia a originalidade da teoria de Pitasi, eis que as considera o lídimo núcleo da nova ordem mundial, com superação do juridicismo. É o que provavelmente propõe a tese das hipercidades, pois o enfoque sociológico-sistêmico esposado por este autor toma outros fundamentos e, aparentemente, dispensa a juridicidade das relações sociais.

55 SOARES NETO, Vicente. **Cidades inteligentes: Guia para construção de centros urbanos eficientes e sustentáveis**. São Paulo: Érica, 2018.

56 MEDEIROS, Breno. **A Sociedade 5.0 e o Novo Balizamento Normativo**. Brasília: Venturoli, 2023, p. 29.

57 PITASI, Andrea. **The Hypercitizen World Game: writings on the Emerging Global Order**. Torino: L'Harmat/ Paris: L'Harmattan, 2021.

58 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. particular do autor, 1972.

59 *Idem*, p. 809.

60 HUNTINGTON, Samuel P. **The Clash of Civilizations and the Remarking of World Order**. New York: Simon & Schuster, p. 19-20. V. McNEIL, William H. O declínio do Ocidente? *In: Política Externa*. São Paulo: Paz e Terra, v. 6, n. 2, p. 3-15, 1997.

61 Referências a Cox e Arrighi *apud* FIORI, José Luis. Impérios e Estados. Artigo publicado no **Correio Braziliense**. Brasília, p. 5, 26 jan. 2001.

Parece tarefa impossível, pois mesmo autores outros que deram prioridade ao *factum* das relações sociais, não deixaram de incluir o elemento normativo na caracterização ontológica do fenômeno jurídico, como em Reale e Dworkin.

Nada obstante, penso poder aproximar a noção de hipercidade do jurisprudencialismo de Castanheira Neves. É que ambos, Neves e Pitase, concebem os objetos de suas análises, o fenômeno social designado por “direito” e o conjunto social onde ele ocorre, como realidades que se autoconstroem por sua própria dinamicidade intrínseca, por sua autopoiese. Não me parece, todavia, que a hipercidade seja um modelo direcionado ao futuro, mas tão somente a compreensão algorítmica de um conjunto de relações presentes, as quais se manifestam como *existenciais*, no sentido heideggeriano.

Entende-se que os grandes conglomerados urbanos constituem o momento atual do processo evolutivo da natureza, cuja essência é a passagem do mais simples ao extremamente complexo. No planeta Terra, a evolução cósmica no sentido da complexidade caminhou para a formação de organismos, um dos quais veio a constituir o *homo sapiens*, cujo desenvolvimento prosseguiu até a entidade extremamente complexa, a sociedade.

Mas outra maneira de conceber a complexidade advém da teoria geral dos sistemas. Avalia-se que os objetos cientificamente considerados estão dispostos segundo uma fundamentação unitária que possibilita ao sujeito cognoscente uma visão panorâmica de todos os respectivos componentes. O conhecimento sistemático consiste precisamente na captação pelo intelecto dessa ordem estrutural, bem como das relações entre seus elementos, de forma a descobrir as causas que tornam o conjunto o que é e como é. Quando o objeto é a sociedade, seus elementos constitutivos formam um sistema, na medida em que estejam vinculados uns aos outros com o propósito de aparentar certa unidade. Tais contingentes tanto podem ser indivíduos, quanto grupos e subgrupos. Os aglomerados sociais podem ser interações, organizações ou comunidades inteiras. Seus componentes, porém, não são pessoas, mas ações, formas comportamentais de vários sujeitos que se envolvem numa interferência intersubjetiva de ações possíveis, um processo coordenado pelos próprios sistemas sociais, configurando a comunicação, elemento nuclear de todo o processo histórico da complexificação sistêmica.

Essa visão dos sistemas sociais foi enriquecida por Luhmann com o conceito de *autopoiese*, interpretada como um princípio vital, um modelo explicativo do funcionamento dos conjuntos estruturais biológicos, psíquicos e sociais. Ao ser aplicado às ciências das sociedades, passou-se a considerar autopoietico um sistema social quando atinge certo grau de autonomia perante os demais componentes do mesmo espaço, entendida como capacidade de autorreprodução, analogamente ao que se verifica na autopoiese dos seres vivos, estudada pelos biólogos chilenos Maturana, Varela e Ricardo Uribe, para definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos.

Imaginemos então a sociedade mundial constituída por uma rede de hipercidades, uma rede cibernética construída pela inteligência artificial, pela robótica e pela informação digital. A indagação cabível, então, é a respeito da ambiência psicossocial ideológica da comunidade hipercidadã? Penso poder responder a partir da reflexão sobre três variáveis, a organização social destas hipercidades, as quais substituem as formas tradicional e supranacional, seu sustentáculo informacional e a distribuição das quotas de poder social, considerando que se trata de sistemas sociais.

Apesar da possibilidade de certo autocontrole através dos recursos da tecnologia, a autopoiese dos sistemas sociais será sempre um empecilho à autonomia das hipercidades, a menos que seus cidadãos sejam robotizados. Mas a noção sistêmica da sociedade – novamente Luhmann – modificou o entendimento da evolução como processo inevitável de transformação, as mais das vezes associado às ideias de progresso social, crescimento econômico e aperfeiçoamento da civilização. Contra a ideia

confortavelmente estabelecida de que o presente aproveita as lições do passado, acredita Luhmann que a evolução é cega quanto ao futuro, e assim, sua teoria evolucionária é focada na descrição dos câmbios sociais reais. A maior complexidade da sociedade moderna inviabiliza sua compreensão como decorrente das tradições do passado, pois, se nas comunidades pré-modernas a história podia ser considerada verdadeira *magistra vitae*, na atual é impossível colher da história todo o leque de possibilidades evolutivas. A sociedade contemporânea, essencialmente dinâmica e suportando mudanças cada vez mais rápidas, afasta-se e diferencia-se de seu passado.

As relações multifacetadas que integram a sociedade complexa, tanto no plano individual quanto no grupal, expressam o poder de uns sobre outros. Só que a palavra poder, pelo tratamento que lhe tem dado a ciência política, virou eufemismo para dissimular o fato da *dominação*, que se caracteriza pela existência, no seio das comunidades, dos que mandam e dos que são mandados, ainda que estes nem sempre obedeçam e, quando se transmuta em opressão, acaba por provocar a reação em sentido contrário: o despertar da vocação libertária dos que se sentem oprimidos. É uma reação libertadora, uma constante na história.

Em função dos fatores que determinam o pluralismo e a autopoiese dos sistemas sociais, ao nível micro e macro, fica comprometida a idéia, firmemente arraigada no pensamento positivista, de que o direito é essencialmente o direito do Estado nacional, que se identifica com o direito positivo. A ciência política não tem mais como sustentar a unidade conceptual do Estado a partir de sua inseparabilidade da idéia de nação, e a ciência do direito não pode mais tratar de seu objeto como garantia da unidade social, enquanto sociedade, e unidade política, enquanto Estado.

É neste sentido que se pode entender a assertiva de Giorgio Del Vecchio, de que todo e qualquer povo tem necessariamente um direito positivo próprio que corresponde à vontade nele predominante. O mesmo autor constata que uma norma se torna positiva quando ocorre uma vontade social jurídica preponderante, dotada de força histórica suficiente para afirmá-la e impô-la de modo tal que faça com que seja observada.<sup>62</sup>

Se passarmos à margem dos aspectos técnicos que afirmam a possibilidade de hipercidades, que tipos de problemas deverão ser enfrentados pelo ordenamento hiperurbano, antes que suas populações sejam reduzidas a robôs, obedientes à respectiva normatividade algorítmica?

Penso poder reduzir esta problemática a três tipos: O primeiro problema decorre do fato de que, em virtude do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada subsistema social tenderia a respeitar, basicamente, as regras forjadas em seu interior e a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Quanto mais complexos os sistemas sociais, menor seria a autoridade institucional do Estado em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, grupos, classes e coletividades.

Já o segundo problema é implicado pela dimensão teleológica e tendência à especialização dos ordenamentos positivos, segundo os critérios da divisão do direito em ramos – o público, o privado, o constitucional, o administrativo, o trabalhista, o processual, etc. –, sendo que o saber jurídico tende a tratar como categorias excessivamente particularizantes as relações sociais básicas, destruindo sua autenticidade e minando sua identidade. Este direito, que tem como objetivo a aplicação da justiça, sem desigualdade e divisibilidade, perderia assim sua essência. Trata-se de uma contradição de natureza ao mesmo tempo ontológica, quando se aparta a justiça do conceito de direito, e axiológica, quando esse

62 DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 3ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1959, p. 141-142.

isolamento da justiça repercute na adoção de outros valores, os quais se consideram igualmente justos, especificações históricas da justiça como categoria geral.

Por fim, o terceiro problema advém do fato de que, por causa da grande mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas nos sistemas político-administrativo e socioeconômico, um direito positivo de caráter cada vez mais técnico e finalístico acabaria sempre enfrentando problemas de racionalidade sistêmica. Quanto mais esse direito positivo multiplica suas normas e leis específicas para intervir “tecnicamente” na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menor seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, uma progressiva incapacidade de dar conta das tensões e conflitos a partir de um conjunto minimamente articulado de premissas decisórias.

Daí a observação final. Considerando que as hipercidades são aglomerados humanos, e que as sociedades complexas são estruturadas de acordo com as conveniências das empresas que dominam ou monopolizam a tecnologia da informação, pode-se aventar um fator de unificação dos indivíduos, grupos e subgrupos que a compõem. E a tendência que se vislumbra no horizonte regulativo destas sociedades é a substituição da normatividade estatal por um tipo algorítmico de normatividade. Diante das perplexidades aventadas, cabe indagar se ainda sobra algum espaço para a Jurisfilosofia, se é possível recuperá-la, tal como o Renascimento postulava o uso da razão para resgate da *episteme* grega.

Estamos no limiar de nova era, um futuro cheio de incertezas que a tecnologia, apesar do progresso extraordinário, não oferece nenhuma possibilidade de correção. Esta guerra absurda a que assistimos no leste europeu e a persistência da miséria no mundo o comprova. Mas o futuro nos dirá se nossa experiência atual será lembrada como um Neorrenascimento, domínio absoluto da razão, ou Neoapocalipse, triunfo apocalíptico da barbárie irracional.

## LA CRISIS DE LA SUBORDINACIÓN Y LA VULNERABILIDAD DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y PSEUDO AUTÓNOMO

Mario Garmendia Arigón\*

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho - Universidad de la República - Montevideo, Uruguay). Magíster en Derecho, Orientación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho - Universidad de la República - Montevideo, Uruguay) Profesor Agregado (grado 4), de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay). Profesor Titular de Derecho del Trabajo, de la Universidad CLAEH (Centro Latinoamericano de Economía Humana), Punta del Este, Uruguay.

### Sumario

1. El trabajo subordinado y la indisponibilidad de las normas laborales.
2. La expansión del concepto de subordinación.
3. El trabajo más allá de la subordinación.
4. Indisponibilidad versus autonomía de la voluntad individual.
5. El trabajador moderno ¿es menos vulnerable y más libre?
6. Conclusiones

### 1 EL TRABAJO SUBORDINADO Y LA INDISPONIBILIDAD DE LAS NORMAS LABORALES

La especial imperatividad de las normas laborales, que se imponen a la *autonomía de la voluntad* de los particulares para hacer prevalecer ciertos mínimos, ha sido, desde siempre, objeto de fuertes cuestionamientos. Tan es así, que uno de los argumentos favoritos de los primeros detractores de las, por entonces denominadas, *leyes de fábricas*, consistía en denunciar lo que a su juicio era el menosprecio que dichas normas evidenciaban respecto del *libre albedrío* de los individuos, al retacearles la capacidad de obligarse mediante el instrumento contractual<sup>1</sup>.

Siempre en compañía de esas y otras objeciones<sup>2</sup> y a pesar ellas, el Derecho del trabajo consiguió, con el tiempo, asentarse y consolidar sus enunciados fundamentales en la *conciencia jurídica universal*<sup>3</sup>. Su sistema normativo, protector del trabajador y sustentado en mínimos indisponibles, se construyó tomando como eje a la noción de la *subordinación*. De este modo, para quedar al abrigo de la legislación

Recebido: 30/07/2023  
Aprovado: 14/08/2023

- 1 Barbagelata, Héctor-Hugo, **Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista**, FCU, Montevideo, 2009, p. 102.
- 2 Destaca Monereo que el Derecho del Trabajo, “en su intrínseca historicidad”, se ha evidenciado como “un Derecho cíclico, que sufre procesos de intensa adaptación y que “renace” continuamente de sus cenizas cuando todo parecería apuntar a la “tabula rasa”, Monereo Pérez, J.L., “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la ‘era de la flexibilidad’”, in Revista Derecho del Trabajo, La Ley Uruguay-Thomson Reuters, n° 10, enero-marzo 2016, p. 34.
- 3 Garmendia, M., **Orden público y Derecho del trabajo**, 2ª edición (revisada, ampliada y actualizada), La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

protectora, el trabajador debía prestar su actividad en calidad de *subordinado* y, a su vez, esa condición de *subordinación*, era útil para justificar, en buena medida, el carácter indisponible de la legislación dirigida a regularlo.

## 2 LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN

Pero la definición precisa de la noción, tan fundamental, de la *subordinación*, nunca fue fácil<sup>4</sup>. Entre otras razones, porque la organización de la producción, siempre dinámica, generaba continuamente *nuevos tipos de trabajadores*, que a menudo no encajaban dentro de los moldes clásicos de la *fábrica industrial*.

Así fue que, por ejemplo, ante la aparición de las primeras modalidades de trabajo *diseminadas* o *dispersas*<sup>5</sup>, que no eran cumplidas bajo el control o vigilancia directa del empleador (como el histórico *trabajo a domicilio*) la prístina conceptualización de la *subordinación jurídica* se deslizó hacia la idea de la *dependencia económica*<sup>6</sup> y algo similar sucedió, también, por ejemplo, cuando se hizo necesario explicar la condición de trabajadores de los *viajantes* y *vendedores de plaza*<sup>7</sup>.

La noción de *subordinación* se expandía y se hacía cada vez más complaciente al ingreso progresivo de nuevos colectivos de trabajadores al espacio protegido por las normas laborales. En el momento en que dicha tendencia expansiva alcanzó su punto más alto, el universo de trabajadores incluidos dentro de la protección del Derecho del Trabajo era tan vasto, que llegó a generar las críticas de quienes denunciaron que la disciplina había olvidado y hasta perdido, la *condición proletaria* que había sido la *razón de ser* de su propio nacimiento<sup>8</sup>.

## 3 EL TRABAJO MÁS ALLÁ DE LA SUBORDINACIÓN

La *subordinación* se constituyó, de este modo, en el centro de gravedad de todo el sistema *juslaboralista*, a tal punto que se daba por sobreentendido que cuando la doctrina clásica se refería al *trabajo*, estaba aludiendo al prestado en condiciones de *subordinación*<sup>9</sup>.

Pero en las últimas décadas del siglo pasado, la revolución de la tecnología y de las comunicaciones, comenzó a dejar en evidencia el error de haberle dado tanta relevancia al sesgo *jurídico-formal* de la *subordinación*<sup>10</sup>, porque esto tenía por efecto la desatención de otras modalidades de trabajo,

4 Rivas, Daniel, **La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo**, FCU, Montevideo, 1996, p. 35; Supiot, Alain, **El Derecho del Trabajo**, Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 70; Oliveira, Murilo C.S., “La resignificación de la dependencia económica en el Derecho del trabajo”, **Revista Derecho del Trabajo**, La Ley Uruguay-Thomson Reuters, n° 30, enero-marzo 2021, p. 7 y ss.

5 Barbagelata, H.-H., **Derecho del Trabajo, tomo III**, 2ª reimpresión, FCU, Montevideo, 1992, p. 85 y ss.

6 Sobre el punto ver: Cuche, Paul, **La définition du salarié et le critère de la dépendance économique**, Dalloz, París, 1932; Barbagelata, H.-H., **Derecho del Trabajo**, cit., p. 93; Rivas, D. op. cit., p. 32-33; Supiot, A., op. cit., p. 72.

7 De la Cueva, Mario, **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**, T. I, Ed. Porrúa, México. 2003, p. 533.

8 Rivas, D., *La subordinación...*, op. cit., p. 39. De la Cueva, M., *El Nuevo Derecho...*, cit., p. 92 y ss.

9 Cfe. Plá Rodríguez, Américo, **Curso de Derecho Laboral**, cit., p. 101.

10 Ackerman, Mario, “**El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo**”, Tratado de Derecho del Trabajo, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 34 y ss.

que no califican fácilmente en el *tipo tradicional* y que cada vez se difundían más<sup>11</sup>.

Buena parte de los instrumentos que el Derecho del trabajo había construido con la finalidad de proteger al obrero de la fábrica, comenzaron a sufrir por inadaptación ante las nuevas realidades<sup>12</sup>, lo que, a su vez, provocó que se les atribuyera el efecto de no contribuir con la generación de empleo o, todavía peor, de destruir puestos de trabajo.

Como respuesta frente a la crisis del concepto de la subordinación se generó un movimiento de adaptación, dirigido a ampliar la mira, para captar modalidades de trabajo que, según las ideas clásicas, calificarían como de *autonomía* y así evitar que queden excluidas de la protección<sup>13</sup>. La sumisión a órdenes dejó de ser entendida como el elemento determinante del concepto de asalariado, para pasar a admitirse que la necesidad de tutela también debe ser reconocida a quien, sin recibir tales órdenes, se encuentra en situación de *dependencia económica* o de *hiposuficiencia*<sup>14</sup> respecto de un empresario.

En todo este complejo contexto, una nueva lectura y rediseño de los conceptos, contribuyeron a facilitar el surgimiento y difusión de nuevas nociones, que aparecen recogidas en el Derecho positivo de distintos países, como la de *parasubordinación* (empleada por la legislación italiana) o los *trabajadores autónomos económicamente dependientes* (TRADE), de la legislación española<sup>15</sup>, los *cuasi asalariados* de la normativa alemana, o el empleo de términos que en otros tiempos habrían sido calificados como una *contradictio in adjectio*, como el de “*empresario dependiente*”<sup>16</sup>. Estas novedosas figuras parecen reflejar mejor una realidad donde la distinción entre *subordinación* y *trabajo independiente* o *autónomo*, se hace cada vez más tenue<sup>17</sup>.

La técnica del “*haz de indicios*”, que fue concebido para *extender* el campo de aplicación del Derecho del trabajo a actividades que, por su naturaleza, realizan su trabajo con ciertos márgenes de autonomía (por ejemplo, los comisionistas, los agentes de comercio, los profesionales liberales, los artistas, los periodistas, los deportistas y otros), hoy “*puede servir para mantener dentro de las fronteras de la condición de asalariado a trabajadores por cuenta ajena atrapados por el «posfordismo» y la autonomización de su puesto de trabajo*”<sup>18</sup>.

Sin embargo, esta corriente se encuentra con objeciones provenientes de dos vertientes de signo

11 Goldin, Adrián O., **La tendencia de transformación del Derecho del Trabajo**, Monografías Jurídicas, LexisNexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 31.

12 Monereo Pérez, J.L., “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la ‘era de la flexibilidad’”, in **Revista Derecho del Trabajo**, cit., p. 31-32. Garmendia, M., “**La nueva consideración de la empresa y su influencia en la caracterización de las relaciones laborales**”, in Las transformaciones de la empresa en el Derecho del trabajo (Encuentro Argentino-Uruguayo de Profesores de Derecho del Trabajo (Buenos Aires – Montevideo, junio 2005), Rubinzal-Culzoni Editores, Mario Ackerman – Diego Tosca (Compiladores), p. 841 y ss.

13 Bronstein, A., “**Ámbito de la relación del trabajo: el debate en la OIT**”, in La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, en el proceso de transformación de la empresa, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 16.

14 Deveali, Mario L., **El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias**, T. I, Astrea, Bs. As., 1983, p. 179, apud Goldin, A., La tendencia..., cit., p. 34. Oliveira, Murilo C.S., op. cit., p. 7 y ss.

15 Sala Franco, Tomás, “**Descentralización laboral y responsabilidad laboral en España**”, in **VV.AA.**, Sala Franco, Tomás, Mangarelli, Cristina, Tapia Guerrero, Francisco, J. (Coordinadores), La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 241 y ss.

16 Supiot, Alain -Coordinador-, **Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 47 (Informe Supiot) y Verge, P., op. cit., p. 15 y 16.

17 Supiot, A., **El Derecho del Trabajo**, cit., p. 75. Bronstein, A., Derecho Internacional y Comparado..., cit., p. 53 y ss. Alimenti, J., “La dependencia laboral”, cit., p. 169 y ss.

18 Informe Supiot, cit., p. 50.

contrario entre sí. Por una parte, hay quienes la denuncian como un retroceso, por considerarla la *puerta de entrada* para una disminución general de los niveles de protección de las normas laborales. En el otro extremo, están aquellos que, concibiendo al Derecho del trabajo como un factor contraproducente para el desarrollo económico, defienden la conveniencia de contar con una normativa *funcional o dúctil* ante las necesidades de la *nueva empresa* y, por lo tanto, consideran beneficioso que se permita *escapar a los que deseen fugarse*<sup>19</sup>.

La Recomendación 198 de la OIT, así como los informes que la precedieron, contienen un excelente compendio de los debates y dificultades que suscita el concepto de *relación de trabajo*. Esta Recomendación (adoptada el 15 de junio de 2006, en la 95ª Sesión de la Conferencia General del Trabajo) si bien es un instrumento que por su propia índole no se impone con carácter imperativo, posee un contenido particularmente relevante, pues condensa una serie de principios y conceptos fundamentales de la materia que hace a su objeto, de tal suerte que ofrece una cabal síntesis de lo que es el “*estado del arte*” a nivel mundial acerca de la noción de *relación de trabajo*. En los últimos años, los tribunales laborales uruguayos han comenzado a respaldar sus sentencias en esta importante Recomendación de la OIT<sup>20</sup>.

#### 4 INDISPONIBILIDAD VERSUS AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD INDIVIDUAL

El hecho de haber asumido que los bienes jurídicos tutelados por el Derecho del trabajo, forman parte de la sustancia del *orden público*, determinó la conformación de un núcleo de preceptos que, por su *condición de fundamentalidad*, adquirieron carácter de indisponibles y, por esa condición, se insertan en cada contrato individual como una suerte de estatuto preestablecido, que forjó una identidad colectiva de trabajadores asalariados.

Este fenómeno, que algunos han denominado *uniformidad pluridimensional*<sup>21</sup>, determinó, entonces, la configuración de un esquema prácticamente unitario, que, en principio, se rige y se aplica de manera indiferenciada, a cualquier trabajador y a cualquier empresa, sin prestar demasiada atención a las condiciones particulares. Esto, precisamente, ha generado críticas, que apuntan a denunciar la importancia de dejar a un lado ese tratamiento común y general, para suplantarlo por reglas particulares y *a la medida* de cada circunstancia<sup>22</sup>. Solamente así, se dice, sería posible recrear una modalidad *más libre* de vinculación jurídica y económica entre trabajador y empleador, al margen de factores heterónomos que enturbian el funcionamiento natural del mercado, al incidir en el juego de la oferta y la demanda de la mano de obra.

19 Bronstein las define como las “tesis del escape”. Bronstein, A., “Ámbito de la relación del trabajo...”, cit., p. 41. También: Romagnoli, Umberto, “Il grande esodo”, ponencia a la Mesa Redonda sobre Desafíos actuales para el Derecho del Trabajo, Santiago, 1993; Castello, A., “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX”, in rev. **Derecho Laboral**, T. XLI, p. 295 y ss.

20 Garmendia, Mario y Hargain, Camila, “**La doctrina de Óscar Ermida sobre la Recomendación 198 de la OIT y su influencia en la jurisprudencia nacional**”, en VV.AA., Memoria y vigencia del pensamiento de Óscar Ermida Uriarte, Estudios en su homenaje, FCU, Montevideo, 2022, p. 323 y ss.

21 Jeammaud, A., “La flexibilización...”, op. cit., p. 80.

22 Monereo anota que se ha producido “...un cambio del modelo antropológico de trabajador” que presenta, como una de sus proyecciones, lo que el autor denomina la “deshomogeneización” de la figura del trabajador, es decir, el “la transición paulatina del “trabajador masa” al “trabajador heterogéneo” del postfordismo”, Monereo Pérez, J. L., “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la ‘era de la flexibilidad’”, in **Revista Derecho del Trabajo**, cit., p. 43.

De este modo, estas fórmulas apuntan a que cada trabajador quede en condiciones de pactar, sin limitaciones, las condiciones de la relación con su empleador, incluida la determinación del tipo contractual<sup>23</sup>. Para sostener este tipo de planteamientos se utilizan, otra vez, argumentos de tipo ético-jurídico, sosteniéndose que esto permitiría eliminar los obstáculos y presiones que el grupo ejerce sobre el trabajador individual, proscribiendo el efecto perverso que se deriva del hecho de obligar al trabajador a interiorizar las reglas de comportamiento en cuya elaboración no ha participado personalmente y revalorizando, en cambio, los instrumentos que permitan la reflexión y la decisión individual.

Sin embargo, la meta de la individualización plena sólo puede ser alcanzada luego de recorrer una serie de instancias previas, de “*individualización gradual*”, liberándose espacios cada vez mayores para la regulación mediante la autonomía privada<sup>24</sup> y, a su vez, privilegiando y promoviendo los niveles de negociación colectiva cada vez más cercanos al puesto de trabajo concreto, a expensas del debilitamiento de los niveles superiores (de oficio o de rama de actividad).

Las prédicas de este tipo han tomado cuerpo en algunas reformas legislativas recientes, que han llegado al extremo de, incluso, asignar a las normas laborales un carácter supletorio respecto de la autonomía de la voluntad del trabajador<sup>25</sup>. De este modo, al influjo de estos mecanismos jurídicos, las normas laborales continúan exhibiendo una misma apariencia exterior, pero su esencia queda debilitada, pues resultan privadas de un mecanismo que en la práctica determine la obligatoriedad de su aplicación a las relaciones de trabajo. La liberalización de los obstáculos para que las disposiciones pactadas en los contratos individuales terminen sustituyendo a las normas legales o resultantes de la negociación colectiva, habilita, en definitiva, un camino que desemboca en la pérdida de eficacia de todo el ordenamiento laboral supra-individual.

## 5 EL TRABAJADOR MODERNO ¿ES MENOS VULNERABLE Y MÁS LIBRE?

La retracción de la tutela legal de los trabajadores, no debe entenderse como un debilitamiento de la valoración que la sociedad le otorga a los bienes jurídicos que pone en juego el trabajo. Porque las reformas legislativas que, con sentido *desprotector*, avanzan en el Derecho positivo de algunos países, no alcanzan a socavar la prioritaria relevancia que en la conciencia jurídica universal sigue teniendo la máxima “el trabajo no es una mercancía”, que recientemente ha sido ratificada por la *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo*<sup>26</sup>. Esto representa la confirmación de que trabajadores, empleadores y gobiernos de todo el planeta, aún consideran vigentes y con vigor, los valores que impulsaron a otras generaciones a constituir la OIT.

En todo caso, está claro que la mundialización de la economía ha provocado una crisis de los poderes normativos de los Estados nacionales<sup>27</sup> y que, para el Derecho del trabajo representa un gran

23 Rivas, Daniel, “La flexibilidad y la autonomía privada del trabajador”, en La Justicia Uruguay, t. 116, 1997, p. 65 y ss.

24 Monereo Pérez, J. L., “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la ‘era de la flexibilidad’”, in **Revista Derecho del Trabajo**, cit., p. 54-55.

25 Carlos Eduardo Oliveira Dias, Guilherme Guimarães Feliciano, José Antonio Ribeiro De Oliveira Silva, Manoel Carlos Toledo Filho, **Comentários á Lei da Reforma Trabalhista**. Dogmática Visão Crítica e Interpretação Constitucional, LTr, 2018.

26 <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang--es/index.htm>

27 J. Murray, “Los códigos de conducta empresariales y las normas del trabajo”, en R. Kyloh (editor): Los sindicatos y el reto de la mundialización, OIT/Oficina de Actividades para los Trabajadores, Documento de trabajo dentro del Proyecto

desafío encontrar los mecanismos que le permitan recomponer la eficacia y el alcance de su tutela ante las nuevas realidades de la revolución tecnológica y de la economía global.

Es cierto que el despliegue realizado en los dos últimos siglos por las normas laborales, no ha sido en vano, y que el nutrido instrumental de tutela que ha aportado al trabajador, sin duda ha contribuido a mejorar la condición que padecía en el comienzo de la industrialización. El desarrollo de la legislación social, la actuación de las organizaciones profesionales, el perfeccionamiento y ampliación de los sistemas de seguridad social, la universalización del manejo de la información, el acceso masivo a la educación y a la capacitación, novedosas formas de producción y roles profesionales que hacen posible el surgimiento de categorías de trabajadores altamente especializados, son algunas de las tantas condiciones novedosas que la realidad presenta en nuestros días.

Tales condiciones conforman la *nueva circunstancia* en la que se encuentra el trabajador contemporáneo, y pueden generar dudas sobre si sigue siendo pertinente que las normas laborales no permitan que ese trabajador, más protegido, más calificado y, a veces, bien remunerado, pueda renunciar, por la vía contractual a ciertos beneficios que le otorga la legislación.

Pero las respuestas no son sencillas y la tentación de caer en simplificaciones se enfrenta con la realidad de un mundo profundamente desigual, donde el trabajador *moderno y protegido*, convive con multitudes, cada vez más grandes, de otros que están en la precariedad y el desamparo, y que, para peor, ciertas nuevas formas de trabajo, muchas veces apuntan a presentarlos con la apariencia de *más libres*.

En realidad, se está todavía muy lejos de alcanzar la generalización de un equilibrio en las condiciones de trabajo y de calidad de vida del trabajador.

## 6 CONCLUSIONES

Doscientos años atrás, comenzaban a adoptarse las primeras normas dirigidas a contemplar la situación de las personas que habían quedado expuestas como *víctimas del desarrollo industrial*. Eran, todavía, *normas de excepción*, enfocadas hacia *determinados sujetos*, a quienes se apartaba de las reglas del *Derecho común* para otorgarles un tratamiento de protector *especial*. Comenzando por los niños y las mujeres, para pasar luego a los operarios de las manufacturas de algodón, lana o seda, a los obreros de las minas de carbón o de las acerías; el proceso de aquella nueva legislación se inició enfocándose en sujetos concretos, incluidos en universos que sucesivamente fueron comprendiendo, primero, a determinados sectores o actividades, luego, con más generalidad, a la industria y, más adelante, al comercio y a los servicios.

Las normas laborales, que comenzaron definiendo cuáles eran los sujetos que debían quedar alcanzados por sus preceptos, mutaron luego la *técnica de demarcación* de su ámbito subjetivo y tomaron

.....  
INT/97/M01/ITA (Ginebra, 1998), p. 45, cit. en el documento del Grupo de Trabajo sobre las Dimensiones Sociales de la Liberalización del Comercio Internacional, del Consejo de Administración de la OIT (GB.273/WP/SDL/1, 273ª reunión), Ginebra, noviembre de 1998, p. 1. El fenómeno se presenta como uno de los resultados de la crisis regulativa que sufre la ciencia jurídica por efecto del fenómeno de la globalización y del que da cuenta Ferrajoli (Derechos y garantías, cit. p. 17). La complejidad que adquieren las sociedades contemporáneas provoca un "...debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado...". Véase también: Sitio web de The Conference Board of Canada, sección titulada: Corporate Social Responsibility "Better Business, Better World", [www.conferenceboard.ca/ccbc/csr\\_topic/default.htm](http://www.conferenceboard.ca/ccbc/csr_topic/default.htm), cit por Justice, Dwight, "El concepto de la responsabilidad social de la empresa: desafíos y oportunidades para los sindicatos", in La responsabilidad social de la empresa: mitos y realidades, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, 2003, N° 130, p. 1; Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde (Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas), Bruselas, 18.7.2001, p. 4.

como referencia un *centro de gravedad* hacia el que se hizo converger toda su lógica: el concepto de *subordinación*.

El Derecho del trabajo dejó de ser una normativa de excepción, para extenderse, con carácter general, sobre toda la actividad *subordinada* realizada en el, por entonces, aún preciso entorno de la empresa ajena. El adjetivo que calificaba al objeto, se había demostrado, además, lo suficientemente dúctil como para absorber situaciones que, como el trabajo a domicilio, podían presentar características que no encajaban exactamente en el tipo más común.

En tales circunstancias, no estaba en tela de juicio que la subordinación era el mojón que demarcaba los confines de la disciplina. Sin embargo, la realidad ha ido superando todas las categorías, todas las nociones y definiciones formales, y se ha encargado de demostrar que sí era posible que los trabajadores *autónomos* pudieran tener interés en aproximarse al amparo de las normas laborales, que también era posible que negociaran y celebraran acuerdos colectivos y que se beneficiaran con el establecimiento de condiciones mínimas de remuneración, descansos, vacaciones y otras cuestiones similares.

Se plantea, entonces, la interrogante sobre si esto debe ser entendido como una nueva ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo, o si, en realidad es un avance de las corrientes que defienden la reducción de la protección de las normas laborales. Para quien de antemano consideraba que los *autónomos económicamente dependientes* estaban destinados a quedar exiliados del amparo de las normas del Derecho del trabajo, el hecho de recibir alguna tutela (aunque más no sea, *alguna*), tiene, claramente, un sentido expansivo. En cambio, para quien visualizara a la *dependencia económica* como el factor verdaderamente distintivo del fuero laboral, todavía estaba por verse si realmente esos sujetos estaban o no *del otro lado de la línea*. La paradoja de que “*lo tradicional sirve al progreso*”<sup>28</sup>, también puede ser una forma de tomar posición frente a esta novedosa tendencia, que desde esta perspectiva podría no presentarse como una *evolución*, sino como un retroceso, como un éxito épico de las corrientes que postularon la reducción del *garantismo social* a una *porción congrua*<sup>29</sup>. Desde este ángulo, podría ser, en el mejor de los casos, la consolidación de una transacción histórica con dichas corrientes y, en el peor, como el inicio de un avance de estas últimas sobre el terreno antes ocupado por las normas inspiradas en el sentido protector *clásico*.

28 Le Goff, Jacques, “**Quand le traditionalisme sert le progrès**”, in 13 paradoxes en droit du travail (sous la direction de Philippe Waquet), Éditions Lamy, Paris, 2012, p. 23 y ss.

29 Lyon-Caen, Gérard, “**La bataille truquée de la flexibilité**”, Droit Social, N° 12, diciembre 1985, p. 810.

# VISUAL LAW NO DIREITO E NA JUSTIÇA DO TRABALHO: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES SOBRE O USO ADEQUADO

## VISUAL LAW IN LABOR LAW AND LABOR COURT: CRITICISM AND PROPOSALS FOR ITS APPROPRIATE USE

**Murilo Carvalho Sampaio Oliveira\***

**Victória Régia Batista Pires\*\***

### RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar os elementos que caracterizam o uso do Visual Law, apontando usos no Direito e na Justiça do Trabalho. Para isso, o texto é dividido em duas partes: na primeira, são expostos os elementos conceituais do Visual Law, inclusive sua distinção em relação ao Legal Design; na segunda parte, serão apresentados e comentados dois usos do Visual Law no Direito do Trabalho e otimizações possíveis, com base nos caracteres propostos. Em termos metodológicos, foi executada uma revisão sistemática semiestruturada, tendo como referência teórica a contribuição de Margaret Hagan (2017), além de pesquisa e revisão de literatura sobre o tema. Na conclusão, são retomados os elementos conceituais do Visual Law e enfatiza-se que ele não é uma etapa obrigatória do Legal Design e que a dimensão estética é coadjuvante, e não a principal característica de um projeto de Visual Law.

**Palavras-chave:** Visual Law. Legal Design. Linguagem simples. Justiça do Trabalho. Direito do Trabalho

### ABSTRACT

The main objective of this article is to present the elements that define Visual Law, pointing out its uses in Labor Law and Labor Courts. To achieve this goal, the text is divided into two parts. In the first one, the concept of Visual Law is presented, as well as the distinction between Legal Design and Visual Law. In the second section, two examples of Visual Law in Labor Law and its possible enhancements will be presented and discussed, based on its suggested characters. Regarding the scientific methodology, it was conducted a semi-structured systematic review. The theoretical reference was the contribution of Margaret Hagan (2017), in addition to a literature review. In the conclusion section, the conceptual elements of Visual Law are revisited and it is highlighted that Visual Law is not a mandatory step of the process of Legal Design. In fact, the aesthetic dimension of Visual Law is viewed as an auxiliary tool to the project, not as its main characteristic.

\* Professor da Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil. E-mail: [murilosampaio@yahoo.com.br](mailto:murilosampaio@yahoo.com.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0203-387X>.

\*\* Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: [victoriaregiabp@gmail.com](mailto:victoriaregiabp@gmail.com). ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9572-9720>.

Recebido: 01/08/2023  
Aprovado: 16/08/2023

 **JUSTIÇA DO TRABALHO**  
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR)



**Key words:** Visual law. Legal Design. Plain Language. Labor Court. Labor Law

## 1 INTRODUÇÃO

A legislação brasileira não prescreve uma forma estética específica e uniformizada nacionalmente para documentos jurídicos particulares - como contratos - e nem para a ampla gama de atos processuais hoje existentes, a exemplo de citações, intimações, decisões e petições das partes. Tendo em vista esta lacuna, nota-se, na pragmática, que os profissionais do direito há muito tempo criam e utilizam estruturas visuais repetidas para cada tipo de documento. Tais estruturas vão desde o tamanho escolhido da letra e sua cor até o uso de construções textuais difundidas como “modelos”, que são anteriores aos sistemas de processos eletrônicos em vigor.

Nesse contexto de falta de parametrização visual de documentos jurídicos, tem-se rediscutido, no âmbito dos documentos judiciais, a adequação ou não da utilização de modelos visuais, seja por mudanças na legislação, que trouxeram algumas diretivas norteadoras sobre o tema, seja por questões sistêmicas, como a necessidade de ajuste do texto digitado pelo servidor ao layout pré-disponibilizado pelo sistema digital Processo Judicial Eletrônico (PJe), que é a ferramenta utilizada atualmente na Justiça do Trabalho para acompanhamento de demandas judiciais.

Diante da pluralidade de modelos e práticas estéticas adotadas nos documentos jurídicos e do atual estágio de digitalização dos processos judiciais, o Poder Judiciário vem criando diretivas recentes para regulamentar a matéria. Neste sentido, foi publicado o Ato n. 83/TST.SEGJUD.GP, de 19 de abril de 2021, que dispõe sobre os padrões de formatação e tipografia nos documentos judiciais elaborados no Tribunal Superior do Trabalho. Ali a fonte padrão passou a ser Open Sans e foram definidos os tamanhos das margens.

No mesmo sentido, a Resolução n. 347, de 13 de outubro de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, estabelece, em seu artigo 32, parágrafo único, que, sempre que possível, dever-se-á utilizar recursos de Visual Law que tornem a linguagem de todos os documentos, dados estatísticos em ambiente digital, análise de dados e dos fluxos de trabalho mais claros, usuais e acessíveis. Entretanto, a referida Resolução n. 347 tem seu âmbito de aplicação limitado, a priori, aos documentos referentes às contratações Públicas no Poder Judiciário.

Assim, é possível perceber que as diretivas sobre a estética visual de documentos jurídicos ainda são muito recentes. Nesse contexto, uma explicação possível é o Direito ser um “universo orientado para o texto” (KATSCH, 1995, p. 146), seja por praticidade, comodidade ou até mesmo por irreflexão. Usualmente, verifica-se que o padrão estético comum dos documentos jurídicos é pautado majoritariamente em linguagem textual.

Todavia, aos poucos, com a digitalização dos processos, a inserção de elementos visuais (gráficos, imagens, diagramas) nas peças jurídicas vem se tornando menos incomum, assim como a utilização de cores e grifos no próprio texto. Neste novo cenário, surge o Visual Law, com o objetivo de orientar os profissionais do Direito sobre o uso de elementos visuais em suas tarefas diárias, com foco no usuário receptor da mensagem.

Nesta senda, o presente estudo visa responder a questão: o que é o Visual Law e como essa técnica pode ser utilizada no Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho de maneira adequada? O propósito é analisar a efetividade e a utilidade de práticas de Visual Law e propor otimizações, com base nas premissas conceituais aqui traçadas.

A premissa principal é a de que Legal Design e Visual Law não se confundem e nem são sinônimos. A partir daí, o objetivo geral é apresentar os elementos conceituais e caracteres do Legal Design e do Visual Law, bem como suas interconexões, a fim de demonstrar como esses instrumentos

estão sendo aplicados no Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho.

Para responder ao problema proposto, o desenvolvimento do texto ocorrerá em duas partes: na primeira, dedica-se a diferenciar Legal Design de Visual Law; e, na segunda parte, serão apresentados e comentados dois usos do Visual Law no Direito do Trabalho e otimizações possíveis, com base nas premissas propostas.

Portanto, pretende-se registrar e divulgar, para um público especializado, o resultado recente do uso do Visual Law no Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho. A metodologia utilizada foi a revisão sistemática de literatura (2013-2023), associada à uma análise qualitativa dos poucos trabalhos anteriores a este período que tratam de Visual Law no sentido de projeto de design - e não de direito audiovisual, isto é, direito atinente a filmes e músicas, que foi outro tema encontrado nas buscas vinculadas ao termo “Visual Law”.

A bibliografia inicial foi a de autoria da pesquisadora norte-americana Margaret Hagan, por ter sido ela a fundar o Legal Design Lab, na Universidade de Stanford, um marco para a difusão da aplicação dos conceitos de projeto de design ao mundo do Direito, usando para tanto o Design Thinking. Foi então executada uma revisão sistemática semiestruturada, partindo da própria bibliografia utilizada pela autora Margaret Hagan em seus primeiros escritos.

Em uma etapa seguinte da pesquisa, os trabalhos identificados na revisão de literatura foram confrontados com uma busca pelo termo “Visual Law” e “Legal Design” na plataforma digital Google Acadêmico, a fim de confrontar o material utilizado pela autora com as mais recentes pesquisas sobre o tema, bem como para verificar possíveis questões ignoradas pela autora.

A busca sobre Visual Law e Legal Design limitou-se aos anos de 2013 a 2023, pois foi em meados de 2013 que a pesquisadora norte-americana Margaret Hagan fundou o Legal Design Lab na Universidade de Stanford, que resultou no lançamento do livro digital Law by Design, em 2017. Ainda assim, residualmente, foram considerados alguns artigos produzidos antes deste período, por tratarem da relação entre Direito e as novas mídias digitais, a fim de estabelecer o contexto a partir do qual o Legal Design e o Visual Law puderam se desenvolver.

A principal base de dados utilizada foi o Google Acadêmico e o Jus Laboris, pois considerou-se serem estas bases de dados suficientes para a pesquisa, visto que as principais bases privadas - EBSCO, WOS e SCOPUS – possuem uma quantidade muito pequena de periódicos jurídicos gratuitos indexados e que as principais bases de dados de acesso aberto, como a SCIELO, estão indexadas na plataforma Google Acadêmico.

Não obstante o recorte pareça restrito, as pesquisas foram capazes de abranger a grande maioria literatura científica relevante sobre Legal Design e Visual Law no Brasil, que ainda apresenta escassa produção oficialmente publicada.

Assim, é possível afirmar que a revisão foi satisfatória a fim de atingir o objetivo geral deste estudo. Tendo em vista ainda que esta pesquisa se trata de um trabalho de mapeamento e diagnóstico da literatura, não está em seu escopo avaliar criticamente o conteúdo dos trabalhos encontrados, mas sim expor as premissas nos quais se assentam, embora espere instigar outros pesquisadores a assim fazê-lo.

## **2 ELEMENTOS CONCEITUAIS E CARACTERES DO VISUAL LAW: DISTINÇÃO PARA O LEGAL DESIGN**

Os conceitos de Legal Design e Visual Law se referem, respectivamente, à “união entre Direito, Design e a tecnologia” e à aplicação de “elementos visuais na diagramação dos documentos jurídicos” com o propósito de otimizar a experiência do usuário e o engajamento do leitor (BOLESINA, LEMES, 2022, p. 156). O Legal Design pode ser entendido também como a aplicação, no mundo do Direito, dos

princípios do design, com o objetivo de tornar os sistemas e serviços jurídicos mais centrados no ser humano, utilizáveis e satisfatórios (HAGAN, 2017).

O termo em inglês “Legal Design”, em vernáculo, pode ser traduzido pela expressão “desenho jurídico” ou “design jurídico” baseia-se na metodologia do Design Thinking (CABANELLAS; EÇA, 2021, p. 204). Sobre o Design Thinking, tem-se que:

A melhor forma de pensar o processo de design thinking é como um sistema de espaços interdependentes, e não como uma sequência de passos ordenados. Existem três espaços para se levar em consideração: inspiração, ideação e implementação. Pense na inspiração como o problema ou a oportunidade que motivam a busca por soluções; na ideação como o processo de gerar, desenvolver e testar ideias; e na implementação como o caminho que vai da fase de projeto ao uso na vida das pessoas. A razão para chamar isso de espaços, em vez de etapas ou fases, é o fato de nem sempre serem realizados sequencialmente. (BROWN; WYATT, 2020, p. 33)<sup>1</sup>

Por outro lado, o Visual Law é definido por Cabanellas e Eça (2021, p. 204) como “submodalidade do Legal Design que se encarrega da utilização de elementos visuais em documentos jurídicos”. Trata-se de uma técnica de uso de imagens, fotos, ícones, diagramas, tabelas ou vídeos para melhorar ou suplantiar o texto impresso, segundo Berger-Walliser, Barton e Haapio (2017).

O Visual Law pode ser entendido também como a fase final do projeto de Legal Design:

Visual Law é uma das áreas do Legal Design que não se refere apenas à aplicação de conceitos visuais em projetos na área do Direito, mas à fase final do projeto de design e visa melhorar a comunicação e a entrega das informações de petições, contratos, projetos de transformação digital do ambiente jurídico, entre diversas outras possibilidades. Ou seja, expressa uma nova forma de produzir documentos ou representar situações relacionadas aos problemas do Direito. (COELHO; HOLTZ, 2023, p. 1)

Embora não seja uma fase obrigatória do Legal Design, o Visual Law poderá ser utilizado no projeto. É neste sentido que Berger-Walliser, Barton e Haapio (2017, p. 347) afirmam existir um “processo criativo e colaborativo”<sup>2</sup> entre o Visual Law e o Legal Design.

Nessa senda, o Visual Law pode ser considerado uma espécie ou etapa do Legal Design. Quanto à interligação entre ambos, o advogado Bernardo de Azevedo afirma que:

O Legal Design, que é uma área mãe do Visual Law, oferece diversos potenciais, como melhorar os serviços jurídicos e a forma como os jurisdicionados são atendidos, desde a experiência do usuário no site de determinado tribunal ou empresa, até propriamente no momento de obter as informações sobre seus direitos e deveres. (BRITTO; CRUZ, 2021, p. 229)

É importante destacar, porém, que a precursora do tema, Margaret Hagan, não inclui no conceito de Legal Design qualquer exigência de utilização do Visual Law. A esse respeito, é importante destacar que o Visual Law/Visualização pode ser uma das etapas (não obrigatórias) do projeto de Legal Design,

1 Texto original: The design thinking process is best thought of as a system of overlapping spaces rather than a sequence of orderly steps. There are three spaces to keep in mind: inspiration, ideation, and implementation. Think of inspiration as the problem or opportunity that motivates the search for solutions; ideation as the process of generating, developing, and testing ideas; and implementation as the path that leads from the project stage into people’s lives. The reason to call these spaces, rather than steps, is that they are not always undertaken sequentially.

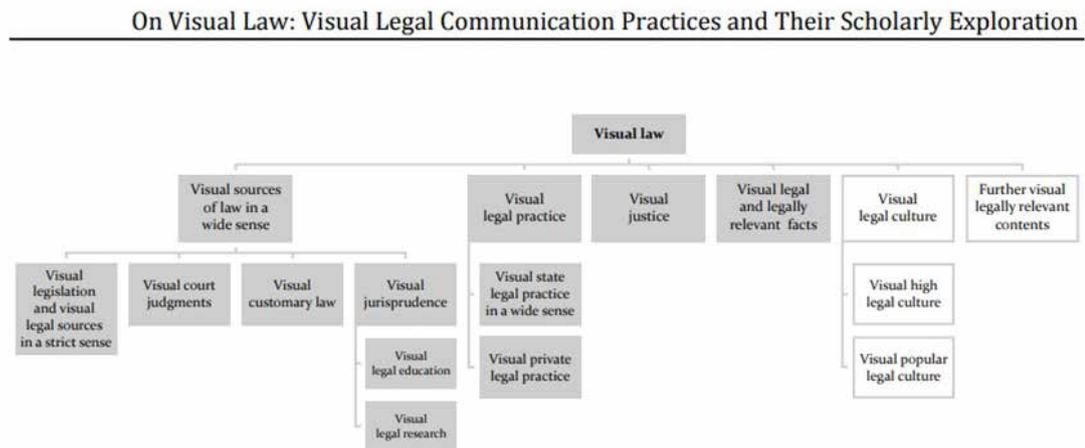
2 Texto original: From visualization to legal design: a collaborative and creative process.

mas com ele não se confunde:

O Legal Design vai além da visualização. Embora inclua a utilização de ferramentas de comunicação gráfica, não se limita ao design de documentos ou à visualização. Antes, funde o pensamento jurídico e o design. O legal design inclui a utilização de métodos e ferramentas de design que ultrapassam os gráficos com fins jurídicos. O legal design centra-se na forma como as ferramentas visuais são criadas e utilizadas eficazmente numa transação jurídica ou na elaboração de legislação. (BERGER-WALLISER; BARTON; HAAPIO, 2017, p. 350)<sup>3</sup>

Nesse contexto, é válido notar que o termo “visualization” é comumente empregado por autores estrangeiros, mesmo assim Brunschwig (2014, p. 920) utiliza o termo Visual Law, definindo-o “direito como um fenômeno visual tanto dentro quanto fora do contexto jurídico”<sup>4</sup>. A mesma autora, em seu artigo seminal, “Multisensory Law and Legal Informatics” (BRUNSCHWIG, 2011) investiga qual é o objeto do Visual Law.

Brunschwig (2014) investigou as áreas que pesquisam o uso da imagem no Direito e elaborou o organograma abaixo:



Fonte: BRUNSCHWIG (2014, p. 911)

Dessa forma, é possível perceber que o objeto do Visual Law abarca o estudo de diversas outras disciplinas ligadas ao uso de imagens. Um exemplo de “visualização do direito” na doutrina estrangeira é a utilização de imagens em textos legais, como em alguns códigos de trânsito estrangeiros, documentos de patentes, bem como em placas de trânsito, nas quais as imagens são essenciais, conforme Brunschwig (2014, p. 902).

Portanto, é possível perceber que o Visual Law não se limita ao uso de elementos visuais em petições jurídicas. Essa nova área apresenta o potencial de ser um novo campo de estudo sobre o uso de imagens no Direito em sentido amplo.

3 Texto original: Legal Design goes beyond visualization. While it includes the use of graphic communication tools, it is not limited to document design or visualization. Rather, it merges legal and design thinking. It includes using design methods and tools other than graphics for legal purposes. Legal Design focuses on the way in which visual tools are created and effectively used in a legal transaction or legislative drafting.

4 Texto original: the law as a visual phenomenon both within and outside the legal context.

Se, por um lado, o uso de elementos visuais é fundamental para o Visual Law, por outro, Cabanellas e Eça (2021, p. 204) alertam para o caráter coadjuvante da estética: o foco do design deve ser no projeto centrado no usuário, “estando a parte estética como coadjuvante”. Essa observação é de fundamental importância para o estudo do tema, pois muitos ainda acreditam, equivocadamente, que o uso do Legal Design e do Visual Law servem apenas para tornar os documentos jurídicos mais bonitos, sem outra finalidade.

Em sentido contrário àqueles que pensam no Visual Law como pura estética, Búrigo afirma que o uso do Visual Law implementa a redução de texto e traz mais firmeza na comunicação da mensagem e também valoriza:

o cuidado com a linguagem, cores adequadas, estilo e forma de apresentação dos assuntos abordados e, principalmente, os aspectos e pontos mais relevantes que são aqueles necessários para a produção de um conteúdo jurídico moderno, são apresentados ‘cortando palavras’, ou seja, de modo assertivo e objetivo (...). (CARLOTO, 2022, p. 24)

A redução de texto que pode ocorrer com o uso do Visual Law acontece em um contexto denominado por Brunschwig (2014, p. 901) de “paradigma verbocêntrico dominante” no Direito. Devido à emergência das mídias digitais, foi possível perceber uma “virada visual” no mundo jurídico, pois houve a ampliação do uso de elementos visuais.

É possível constatar essa virada por meio das recentes medidas do Poder Judiciário para disciplinar, ainda que minimamente, o uso das imagens no direito, como nas resoluções do TST e do CNJ citadas. Assim, na perspectiva de alterar o cenário legal verbocêntrico e simplificar a comunicação entre todas as partes do processo (e também fora dele), o Legal Design e o Visual Law emergiram como ferramentas aptas a auxiliar os profissionais do direito nessa tarefa.

O objetivo comum do Legal Design e do Visual Law é colocar o ser humano como centro da solução a ser desenvolvida e projetar estratégias inovadoras para garantir uma prestação jurídica que melhor atenda às necessidades deste. Nesse contexto, nota-se a proliferação de sentenças e petições que apresentam elementos visuais nunca vistos em documentos jurídicos antes do processo judicial eletrônico, tais como desenhos, QR code, setas coloridas e organogramas.

As peças jurídicas com elementos visuais chamaram tanta atenção que o grupo VisuLaw publicou dois relatórios de pesquisa, nos anos de 2021 e 2022, sobre o tema elementos visuais em petições na visão da magistratura federal (SOUZA, 2023a). De acordo com o levantamento, mais da metade dos magistrados considerou que ícones (54,1%) e QR Codes (50,5%) são elementos visuais que não deveriam ser adotados nas peças processuais.

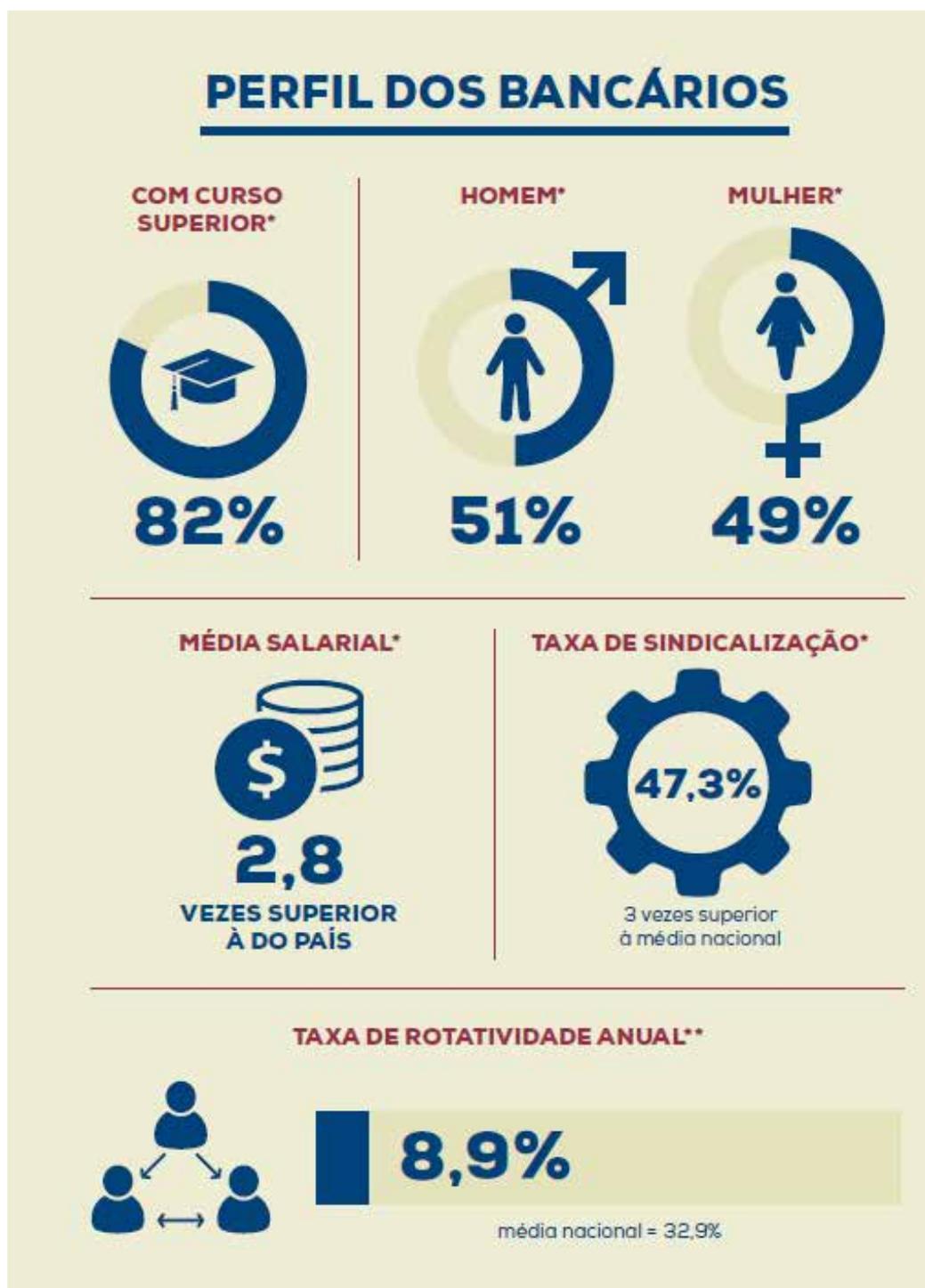
Assim, a pesquisa abriu caminhos para que os profissionais do Direito analisassem com mais criticidade o uso que vinham fazendo de elementos visuais. Nesse contexto, é importante analisar os acertos e propor alterações, quando verificadas inadequações no uso do Visual Law, atreladas principalmente ao uso excessivo de elementos e à não facilitação da mensagem veiculada.

### 3 O USO DO VISUAL LAW NA JUSTIÇA DO TRABALHO

No âmbito do Direito do Trabalho e igualmente do Poder Judiciário trabalhista, já se encontram exemplos de aplicação do “Direito Visual” (Visual Law) tanto na perspectiva da rápida transmissão da informação e acessibilidade, como também com o objetivo de persuasão. Convém, então, percorrer analiticamente alguns desses exemplos.

No Direito Coletivo e Sindical, os acordos e convenções coletivas de trabalho são instrumentos muito importantes, porque ali são criados direitos extraleais (Constituição Federal, art. 7º, XXVI).

Estes convênios sindicais são documentos extensos, estruturados em dezenas de cláusulas e ainda devem observar uma série de requisitos previstos em lei (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 613). E justamente numa mais extensas convenções coletivas de trabalho do Brasil, considerando-se a métrica quantidade de páginas e cláusulas, firmada por diversos sindicatos e federações da categoria econômica do ramo bancário, depara-se com o uso das seguintes imagens numa clara aplicação estratégica do Visual Law:



(p. 11, disponível em [http://downloads.ideiavisual.com.br/001\\_-L01\\_Fenaban\\_livro.pdf](http://downloads.ideiavisual.com.br/001_-L01_Fenaban_livro.pdf))

Fonte: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS (2020, p. 11)

A NEGOCIAÇÃO    CONTRAF    CONTEC    FEEB SP/MS

# PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO



## 2

### MESAS DE NEGOCIAÇÃO

+ de 110 negociadores

<p><b>COMANDO NACIONAL DOS BANCÁRIOS</b></p> <p>Coordenação da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro da CUT - CONTRAF-CUT</p> <p><b>REPRESENTANDO</b></p> <p><b>158</b></p> <p><b>ENTIDADES SINDICAIS</b></p> <p>(1 confederação, 10 federações e 147 sindicatos profissionais)</p>	<p><b>CONTEC</b></p> <p>Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito</p> <p><b>REPRESENTANDO</b></p> <p><b>77</b></p> <p><b>ENTIDADES SINDICAIS</b></p> <p>(1 confederação, 7 federações e 69 sindicatos)</p>
<p><b>CENTRAIS SINDICAIS PARTICIPANTES</b></p> <p>CUT - UGT - NCST - CTB - Intersindical Conlutas - Força Sindical</p>	

Fonte: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS (2020, p. 15)



Fonte: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS (2020, p. 18)

As três imagens acima, bem construídas em termos de projeto visual, transmitem rapidamente as informações sobre o perfil da categoria e, sobretudo a última imagem, demonstram, com simplicidade e design, o teor da negociação, as vantagens obtidas pelos bancários e também as vantagens obtidas pelos bancos. Este Visual Law revela o claro projeto dos seus autores de demonstrar, por meio dessas imagens, a legitimidade e contrapartidas desta negociação, no intuito de convencer, da sua validade jurídica pela equivalência das contrapartidas.

Esta função de persuasão é tão evidente que essas mesmas imagens são reproduzidas nas defesas trabalhistas em paralelo à longa argumentação sobre a equivalência do pacto normativo sindical firmado. Todavia, tais recursos visuais figuram como “acessórios” no sentido de que não produziram a redução do extenso documento, mas apenas um “descanso visual” diante de mais de quatrocentas páginas de texto. Neste caso e ao contrário do que aponta Búrigo, o uso de imagens não gerou redução de texto.

Na seara do Judiciário Trabalhista, um dos casos mais noticiados de uso de visual law foi no Acórdão do processo número 000024-79.2021.5.06.0008 (PERNAMBUCO, 2021). O Relator Desembargador Sérgio Teixeira Torres elaborou, como completo ao texto do Acórdão, um resumo, por meio de técnicas de visual law, como se vê na seguinte imagem:

**PODER JUDICIÁRIO**  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO  
Primeira Turma

Processo n.º TRT: 000024-79.2021.5.06.0008 (ROPS)

Recorrente: [Redacted] Recorrido: [Redacted]

Procedência: 8ª Vara do Trabalho do Recife/PE Relator: Desembargador Sergio Torres Teixeira

**RESUMO DO ACÓRDÃO**

✓ Relatório dispensado ✓ Pressupostos processuais

**Argumentos apresentados:**

Reclamante (recorrente): Deferimento da multa de 50%, prevista no art. 467 da CLT, por falta de pagamento do aviso prévio indenizado.

Reclamado (recorrido): Indeferimento da multa de 50%, prevista no art. 467 da CLT, pelo fato de as verbas rescisórias já estarem quitadas.

**Sentença**  
Juízo da 8ª Vara do Trabalho do Recife/PE: Indeferimento da multa de 50%, prevista no art. 467 da CLT.

**Acórdão**  
1ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Des. Sergio Torres Teixeira):

DEFIRO (concedo):

- Pagamento da multa prevista no art. 467 da CLT a incidir sobre o aviso prévio indenizado.

DECLARO:

- Natureza indenizatória da parcela deferida.

ACRESCENTO:

- Aumento o valor condenatório em R\$ 1.000,00 (mil reais);
- Custas aumentadas em R\$ 20,00 (vinte reais).

**SERGIO TORRES TEIXEIRA**  
Desembargador Relator  
EMMT

Visual law por LOGOS - Processo, Hermenêutica e Tecnologia, Grupo de Pesquisa do PPGD/UNICAP.

Fonte: PERNAMBUCO (2021)

Na notícia da referida inovação, o Relator indicou a justificativa e a motivação para o uso da

técnica:

Para o desembargador Sergio Torres a facilitação da comunicação da justiça com o cidadão é muito importante. “Esperamos com isso seguir no trilho da permanente busca pela concretização do amplo e efetivo acesso à justiça, democratizando ainda mais o diálogo na Justiça do Trabalho”, pontuou. Ele também ressaltou: “Registro que a presente iniciativa está aberta a melhorias – sintam-se as partes, portanto, convidadas para contribuir com impressões e sugestões (PERNAMBUCO, 2021).

O exemplo acima é coerente com a noção conceitual trabalhada na seção anterior: poucos, mas simples, elementos gráficos com linguagem sintética criados em coerência com o projeto, pela simplificação e concisão, de tornar mais acessível o resultado da decisão judicial e, deste modo, realizar o acesso à Justiça. Merece destaque neste exemplo que o papel das imagens empregadas - os pequenos ícones - é secundário, ou seja, este uso de visual law é didático por demonstrar que, mais importantes do que as imagens, é o projeto e a estrutura construídos para a finalidade proposta: promover o acesso à justiça.

#### 4 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada identificou uma crescente tendência ao uso da comunicação não textual em documentos jurídicos, principalmente naqueles em formato digital. Nesse contexto, tal tendência foi acentuada pelo advento do Processo Judicial Eletrônico e dos contratos veiculados em meio digital.

Na pesquisa realizada, identifica-se que são poucos os trabalhos acadêmicos sobre legal design e Visual Law, áreas que tratam da aplicação dos preceitos do Design ao Direito, sobretudo aqueles com foco no usuário. Constatou-se, portanto, uma carência de disciplinas jurídicas capazes de enfrentar esta lacuna, socorrendo-se os operadores do direito das ferramentas criadas pelo Design, como o Design Thinking. Deste modo, verifica-se que ocorreu um estreitamento da relação entre Direito e Design quando se trata do uso de elementos visuais em documentos e serviços jurídicos. Por meio do legal design e do Visual Law, que utilizam o Design Thinking para criar projetos centrados no ser humano e capazes de melhorar a prática jurídica, começaram a ser divulgados acórdãos e convenções coletivas de trabalho com técnicas de Visual Law.

Embora os conceitos de legal design e Visual Law sejam distintos, denota-se que ambos se baseiam na elaboração prévia de um projeto, com foco no usuário receptor da mensagem, do serviço ou do bem jurídico em questão. Entretanto, o legal design é um processo muito mais amplo e com diversas fases/etapas/espacos, podendo o visual law ser uma dessas etapas (geralmente a última).

Ressalta-se que tais fases seguem uma ordem geral, pautada nos princípios gerais do Design, mas não são estanques, pois se o protótipo der errado, retorna-se à fase anterior. Também é importante destacar que o Visual Law nem sempre será útil ou utilizado na etapa final do legal design.

Conclui-se pela desnecessidade de uso de elementos gráficos e visuais para que um projeto de legal design exista, porém tal uso pode ser realizado, se for útil ao projeto. Assim, mais uma vez, percebe-se que a estética é coadjuvante neste processo.

Nos dois casos citados para ilustrar o uso do visual law no Direito e na Justiça do Trabalho, constata-se estas práticas foram feitas de acordo com um projeto ora de persuasão (convenção coletiva dos bancários) ou como de simplificação (Acórdão do TRT6). A utilização de imagens nesses casos foi adequada. No primeiro exemplo as imagens destacam-se como ferramentas para ilustrar os números e

promover o convencimento, enquanto no segundo caso o uso das imagens é diminuto, adstrito ao emprego de pequenos ícones, sendo a técnica de Visual Law mais centrada na hierarquização da informação no plano vertical e utilização de negrito.

Em arremate, defende-se que as técnicas - de acordo com sua ontologia instrumental - de visualização do direito são adequadas e estratégicas para a promoção do acesso à Justiça, a simplificação de documentos jurídicos e até para fins de argumentação e convencimento. Todavia, o visual law precisa ser bem aplicado e estruturado em projeto e design, não podendo ser visto apenas como um “acréscimo” de imagens para fins estéticos.

## REFERÊNCIAS

BERGER-WALLISER, Gerlinde; BARTON, Thomas D.; HAAPIO, Helena. From visualization to legal design: A collaborative and creative process. **American Business Law Journal**, v. 54, p. 347-392, 2017.

BOLESINA, Iuri; LEMES, Jeverson Lima. Visual law: um conceito emergente do encontro entre direito e design. **Revista Thesis Juris –RTJ**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 155-171, jan./jun. 2022.

BRITTO, Melina Carla de Souza; CRUZ, Fabrício Bittencourt da. **Visual law e inovação: uma nova percepção para o processo eletrônico no direito brasileiro**. Humanidades & Inovação, v. 8, n. 47, p. 226–234, 28 set. 2021.

BROWN, Tim; WYATT, Jocelyn. Design Thinking for Social Innovation. **Stanford Social Innovation Review**, Stanford, p. 30-35, inverno, 2020. Disponível em: <[http://ssir.org/images/articles/2010WI\\_Features\\_WyattBrown\\_New.pdf](http://ssir.org/images/articles/2010WI_Features_WyattBrown_New.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRUNSCHWIG, Colette Reine. **Multisensory law and legal informatics-a comparison of how these legal disciplines relate to visual law**. Editions Weblaw, 2011. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/299565199\\_Multisensory\\_law\\_and\\_legal\\_informatics\\_-\\_a\\_comparison\\_of\\_how\\_these\\_legal\\_disciplines\\_relate\\_to\\_visual\\_law/link/5f17fbaf299bf1720d58e58a/download](https://www.researchgate.net/publication/299565199_Multisensory_law_and_legal_informatics_-_a_comparison_of_how_these_legal_disciplines_relate_to_visual_law/link/5f17fbaf299bf1720d58e58a/download)>. Acesso em: 30 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. **On Visual Law: Visual Legal Communication Practices and Their Scholarly Exploration**. Zeichen und Zauber des Rechts: Festschrift für Friedrich Lachmayer, Erich Schwehofer et al.(eds.), Bern: Editions Weblaw, 2014, 899-933. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=240537BRUNSCHWIG8](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=240537BRUNSCHWIG8)>. Acesso em: 30 jun. 2023.

CABANELLAS, Ianna Menezes; EÇA, Vitor Salino de Moura. Legal design: um mecanismo de aprimoramento da prestação de serviços pelos tribunais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 67, n. 104, p. 203-216, jul./dez. 2021.

CARLOTO, Selma et al. **Prática de processo do trabalho: Técnica visual law**. Editora Mizuno, 2022.

COELHO, Alexandre Zavaglia; HOLTZ, Ana Paula Ulandowski. **Legal Design | Visual Law: Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade**. Brasil: Thomson Reuters,

[s.d.]. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/biblioteca-de-conteudo/legal-design-visual-law.html>>. Acesso em: 24 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 347, de 13 de outubro de 2020**. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 335, p. 2-12, 15 out. 2020.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS. **Convenções Coletivas dos Bancários 2020-2022**, [S.l.], p. 1-10, 2020. Disponível em <<https://fenaban.org.br/#/indice/2>>. Acesso em 28 jul. 2023.

HAGAN, Margaret. Legal design as a thing: A theory of change and a set of methods to craft a human-centered legal system. **Design Issues**, v. 36, n. 3, p. 3-15, 2020.

\_\_\_\_\_. **Legal Design Toolbox**. Disponível em: <<http://www.legaltechdesign.com/LegalDesignToolbox/develop-a-new-project>>. Acesso em: 28 jul. 2023.

\_\_\_\_\_. **What is legal design**. In: Law by design. [S. l.], 2017. Disponível em: <<https://lawbydesign.co/legal-design/>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

KATSH, M. Ethan. **Law in a digital world**. Oxford University Press, 1995.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Agravo de Petição nº 000024-79.2021.5.06.0008**. Agravante: Gleice Bruna Alves Teixeira. Agravado: Litígio Cobranças LTDA. Relator: Desembargador Sérgio Torres Teixeira. DJ, 4 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. **Visual Law**: iniciativa piloto usa linguagem gráfica para facilitar compreensão de um julgamento. Disponível em: <<https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2021/07/21/visual-law-iniciativ-piloto-usa-linguagem-grafica-para-facilitar-comprensao-de>>. Acesso em 28 jul. 2023.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal**. Villa – VisuLaw, [s.d.]. Disponível em: <<https://opiceblum.com.br/quase-oito-em-cada-dez-juizes-consideram-que-uso-de-elementos-visuais-nas-peticoes-facilita-analise/>>. Acesso em: 27 jul. 2023a.

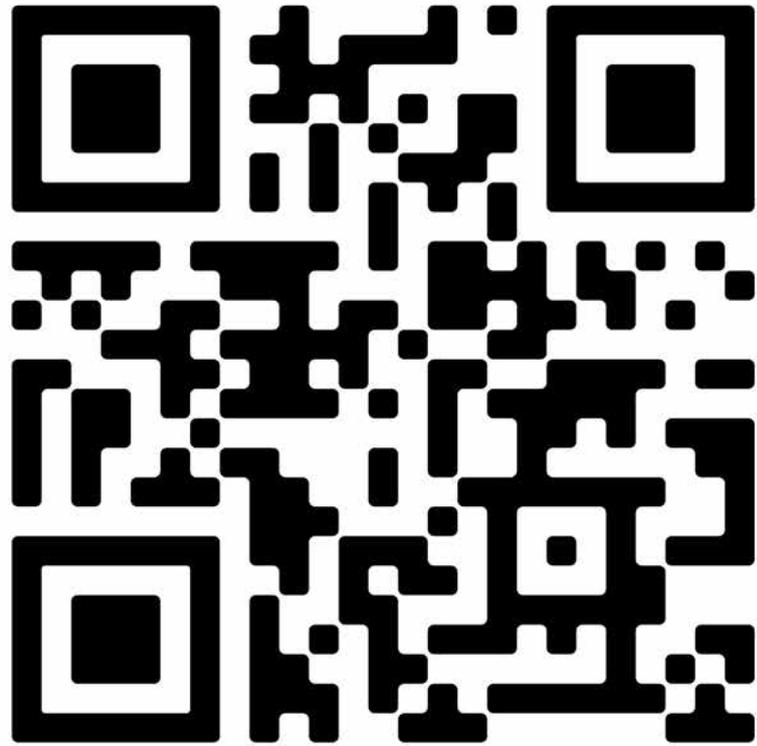
\_\_\_\_\_. **Laboratórios de Legal Design e Visual Law realizam encontro nacional**. Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/laboratorios-de-legal-design-e-visual-law-realizam-encontro-nacional/>>. Acesso em: 27 jul. 2023b.

## CONHEÇA A NOVA REVISTA CIENTÍFICA DO TRIBUNAL

\* Serão aceitos artigos produzidos por Doutores ou Mestres em coautoria com Doutores. Confira os critérios de submissão no site.

Envie seu artigo\*

[revista.trt9.jus.br](http://revista.trt9.jus.br)



Recebido em: 2023  
Aprovado em: 2024

# CONFIRA