



Revista
TRABALHO, DIREITO E JUSTIÇA

Brazilian Journal of Labor, Law and Justice

E-ISSN 2965-5412

Tribunal Regional do Trabalho
9ª Região
Paraná - Brasil

Janeiro | Abril

2024



JUSTIÇA DO TRABALHO

EXPEDIENTE

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO (PR)

Presidente Desembargador CÉLIO HORST WALDRAFF
Vice-Presidente Desembargador MARCO A. VIANNA MANSUR
Corregedor-Regional Desembargador BENEDITO XAVIER DA SILVA

ESCOLA JUDICIAL

Diretora Desembargadora ANA CAROLINA ZAINA
Vice-Diretor Desembargador ELIÁZER ANTONIO MEDEIROS
Coordenadora Juíza VANESSA KARAM C. SANCHES
Vice-Coordenador Juiz LOURIVAL BARÃO MARQUES FILHO

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe Desembargador Doutor Luiz Eduardo Gunther

Editores e Editoras Assistentes

Desembargadora Doutora THEREZA CRISTINA GOSDAL
Desembargador Doutor EDUARDO MILLEO BARACAT
Juíza Doutora SILVANA SOUZA NETTO MANDALAZZO
Juiz Doutor LOURIVAL BARÃO MARQUES FILHO

Secretaria executiva e tradução

Coordenadora (COEDIC) Adriana Cavalcante de Souza Medeiros
Elisandra Cristina Guevara Millarch

Responsável pela capa Designer Ariadne Maestrello

Diagramação - versão eBook Adriana Cavalcante de S. Medeiros

Normalização e indexação

COEDIC - Coordenadoria de Editoração e Divulgação Científica
Editora Alumni

REVISTA TRABALHO, DIREITO E JUSTIÇA

BRAZILIAN JOURNAL OF LABOR, LAW AND JUSTICE

eISSN 2965-5412

v.2. n. 1

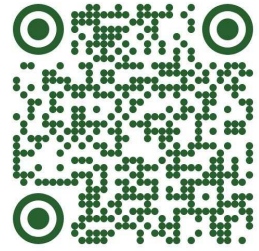
Janeiro a abril de 2024



Publicação quadrimestral do
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná)
e da Escola Judicial da 9ª Região.

<https://revista.trt9.jus.br>

Contribua com a Revista Trabalho, Direito e Justiça –
Política editorial:



A Revista Trabalho, Direito e Justiça adota a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International*. Reproduções integrais ou parciais devem indicar a fonte correspondente: Revista Trabalho, Direito e Justiça. V. 2. N.1 1 [JAN.-ABR. 2024] - Curitiba: TRT9/ EJ9, 2024.

REVISTA TRABALHO, DIREITO E JUSTIÇA [RECURSO ELETRÔNICO]/ Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Escola Judicial da 9ª. Região. - Vol2. N.1 (JAN.-ABR. 2024) - Curitiba: TRT9/ EJ9, 2023-V. 2. N.1.

Publicação contínua a partir do v. 2, n. 1.
Quadrimestral. Versão digital. Versão eBook. Responsável Adriana Cavalcante de Souza Medeiros

Editores [2023-atual]: **Luiz Eduardo Gunther; Eduardo Milleo Baracat; Thereza Cristina Gosdal; Silvana Souza Netto Mandalozzo, Lourival Barão Marques Filho.**

Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/issue/view/6>

CDU 34
CDD 340

Coordenadoria de Editoração e Divulgação Científica
Alameda Carlos de Carvalho, 528 - Centro - Curitiba -
PR CEP 80.430-180 e-mail:
secretariaeditorial@trt9.jus.br

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Doutora Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli - Doutora em Direito pela PUCPR. Professora adjunta da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Paraná. Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-0022-5205>. **Doutor Adriano de Mesquita Dantas** – Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Paraíba. Brasil. **Doutor Alan da Silva Esteves** - Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Alagoas. Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-4246-8993>. **Doutor Alberto Bastos Balazeiro** - Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Distrito Federal. Brasil. **Doutora Aldacy Rachid Coutinho** - Professora Titular de Direito do Trabalho da UFPR, aposentada. Professora do Mestrado em Direito, Instituições e Regulação da UNIVEL. Paraná. Brasil. **Doutor Alexandre de Souza Agra Belmonte** - Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Professor na Universidade Estácio de Sá. Distrito Federal. Brasil. <https://orcid.org/0000-0003-2088-8003>. **Mestra Ana Paula Sefrin Saladini** - Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná. Brasil. <https://orcid.org/0000-0003-4132-4522>. **Mestra Ana Paula Tauceda Branco** – Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Professora na Faculdades de Vitória. Espírito Santo. Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-4822-3022>. **Doutor André Gonçalves Zipperer** - Professor convidado de cursos de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Positivo. Paraná. Brasil. <https://orcid.org/0000-0001-9286-3214>. **Doutor André Molina** - Doutor em Filosofia do Direito e Pós-Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Professor Adjunto de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMT. Juiz do Trabalho Titular no TRT da 23ª Região. Mato Grosso. Brasil. **Doutor Arion Mazurkevic** - Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Paraná. Brasil. **Doutor 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. Brasil. **Doutora 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. Brasil. **Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite** - Professor na Faculdade de Direito de Vitória. Espírito Santo. Brasil. **Doutor Carlos Luiz Strapazon** - Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da Unoesc, e do PPGD (Mestrado) da Universidade Positivo. Paraná. Brasil. **Doutora Carolina Tupinambá Faria** - Professora na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Brasil. **Doutor Célio Horst Waldraff** - Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná. Paraná. Brasil. **Doutor Célio Pereira Oliveira Neto** - Professor convidado em diversos cursos de pós-graduação, dentre os quais Ematra IX, PUC/PR, FIEP, ABDConst. Paraná. Brasil. **Doutora Christiana D'arc Damasceno Oliveira Andrade Sandim** - Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Plácido de Castro. Acre. Brasil. **Doutor Cláudio Mascarenhas Brandão** - Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Distrito Federal, Brasil. **Doutor Clayton Reis** - Professor do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba Paraná. Brasil. **Doutora Dinaura Godinho Pimentel Gomes** - Professora na Escola Paulista de Direito. Membro Titular da Academia Paranaense de Direito do Trabalho. Paraná. Brasil. **Doutor Eduardo Antônio Temponi Lebre** - Professor na Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina. Brasil. **Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa** - Juíza Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Professora na Universidade Federal de Sergipe. Sergipe. Brasil. **Doutor Flávio da Costa Higa** – Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Mato Grosso do Sul. Brasil. **Doutor Flávio Luiz da Costa** - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Alagoas. Brasil. **Doutor Francisco Meton Marques de Lima** - Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Professor na

Universidade Federal do Piauí. Piauí. Brasil. **Doutora Gabriela Neves Delgado** - Professora Associada IV de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Distrito Federal. Brasil. **Doutor Georgenor de Sousa Franco Filho** - Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor na Universidade da Amazônia. Pará. Brasil. **Doutor Gilberto Sturmer** - Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. Brasil. **Doutor Giovanni Olsson** - Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Professor na Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Santa Catarina. Brasil. **Doutor Gustavo Filipe Barbosa Garcia** - Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. Brasil. **Doutor Homero Batista Mateus da Silva** - Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Professor na Universidade de São Paulo. São Paulo. Brasil. **Doutora 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. Brasil. **Doutor Ilton Garcia da Costa** - Professor na Universidade Estadual do Norte do Paraná. São Paulo. Brasil. **Doutor James Magno Araújo Farias** - Desembargador do TRT do Maranhão e Professor da Universidade Federal do Maranhão. Maranhão. Brasil. **Doutor 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. Brasil. **Doutor João Vitor Passuello Smanioto** - Professor do Centro Universitário Vale do Iguaçu-UNIGUAÇU, Paraná. Brasil. **Doutor Jorge Fontoura** - Doutor pela Universidade de Parma na Itália, foi Professor da Universidade Federal do Paraná e do Instituto Rio Branco. **Doutor José Afonso Dallegrave Neto** - Professor da PUC-PR e professor convidado das Universidades de Coimbra e de Lisboa. Paraná. Brasil. **Doutor José Claudio Monteiro de Brito Filho** - Professor no Centro Universitário do Estado do Pará. Pará. Brasil. **Doutor José Eduardo de Resende Chaves Júnior** - Professor na Faculdade de Direito da UFMG. Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Minas Gerais. Brasil. **Doutor Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante** - Professor na Fundação de Apoio a Universidade Municipal de São Caetano do Sul. São Paulo. Brasil. **Doutor 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. Brasil. **Doutor Kleber de Souza Waki** - Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Goiás. Brasil. **Doutora Leila Andressa Dissenha** - Professora do Mestrado Profissional em Gestão de Cooperativas da PUCPR. Paraná. Brasil. **Mestre Lélío Bentes Corrêa** - Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Distrito Federal. Brasil. **Doutor 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. Brasil. **Doutora Lorena de Mello Rezende Colnago** - Juíza no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo. Brasil. **Doutora Lúcia Cortes da Costa** - Professora associada da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Paraná. Brasil. **Doutora 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. Brasil. **Doutor 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. Brasil. **Mestre 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. Brasil. **Doutor Luciano Martinez** - Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Professor na Universidade Federal da Bahia. Bahia. Brasil. **Doutor Luis Alexandre Carta Winter** - professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná. Brasil. **Doutor 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. Brasil. **Doutor Manoel Carlos Toledo Filho** – Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professor na Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo. Brasil. **Professor Manoel Antonio Teixeira Filho** - Juiz aposentado do Tribunal do Trabalho da 9ª Região. Advogado. Conferencista. Paraná. Brasil. **Doutor Marcelo Ivan Melek** - Professor do Programa de Mestrado da Universidade Positivo. Paraná. Brasil. **Doutor Márcio Pochmann** - Professor na Universidade Estadual de Campinas. São Paulo. Brasil. **Doutor Marco Antônio César Villatore** - Professor Associado I da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Santa Catarina. Brasil. **Doutor Marcos Augusto Maliska** - Professor do Centro Universitário Autônomo do Brasil- UniBrasil. **Doutor Marco Aurélio Serau Junior** - Professor da Universidade Federal do Paraná; Paraná. Brasil. **Doutora 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. Brasil. **Doutor Maurício Godinho Delgado** – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Distrito Federal. Brasil. **Doutor Mauro Schiavi** – Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Brasil. **Doutora Morgana de Almeida Richa** - Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Distrito Federal. Brasil. **Doutora Natália Munhoz Machado Prigol** - Universidade Positivo. Doutora em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Paraná. Brasil. **Doutor Ney Stany Moraes Maranhão** - Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor na Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) com estágio de Doutorado-sanduiche na Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Macapá. Pará. Brasil. **Doutor Océlio de Jesus C. Moraes** – Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Professor na Universidade da Amazônia. Pará. Brasil. **Doutor Paulo Régis Machado Botelho** – Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Professor na Universidade de Fortaleza. Ceará. Brasil. **Doutor Paulo Ricardo Opuska** - Professor da Universidade Federal do Paraná. Paraná. Brasil. **Doutor Reginaldo Melhado** - Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Universidade de Barcelona/USP, Professor da UEL e Juiz Titular da sexta Vara do Trabalho de Londrina. Paraná. Brasil. **Mestre Ricardo Souza Calcini** – Mestre em Direito. Professor na FMU. São Paulo. Brasil. **Doutor Ricardo Marcelo Fonseca** - Reitor e professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Paraná. Brasil. **Doutor 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. Brasil. **Doutor Roberto Basilone Leite** –Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Santa Catarina. Brasil. **Doutor Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho** – Professor na Universidade Salvador. Salvador. Bahia. Brasil. **Doutor Rodrigo Goldschmidt** – Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Santa Catarina. Brasil. **Doutor Sandro Lunard Nicoladeli** - Professor da Universidade Federal do Paraná. Paraná. Brasil. **Doutora Sayonara Grillo** – Professora na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Brasil. **Doutor Sergio Torres Teixeira** – Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Professor na Universidade Federal de Pernambuco. Pernambuco. Brasil. **Doutor Sidnei Machado** - Professor da Universidade Federal do Paraná. Paraná. Brasil. **Doutora Tereza Aparecida Asta Gemignani** –Desembargadora no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. São Paulo. Brasil. **Doutora Thereza Christina Nahas** - Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e Juíza do Trabalho no TRTSP. São Paulo. Brasil. **Doutor Valério de Oliveira Mazzuoli** - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor dos programas de mestrado e doutorado da Universidade de Itaúna-MG, professor associado da Universidade Federal

de Mato Grosso (UFMT), e das especializações da UFRGS, PUCSP e UEL. Consultor jurídico internacional. **Doutor 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. Brasil. **Doutora Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr** - Professora do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba; Paraná. Brasil. **Doutor Wolney de Macedo Cordeiro** – Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Professor na Centro Universitário de João Pessoa. Paraíba. Brasil. **Doutora Ynes da Silva Felix** – Professora na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Mato Grosso do Sul. Brasil. **Doutor Zulmar Antonio Fachin** - Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologia da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Paraná.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Doutor Adrian Goldin - Universidade de Buenos Aires e San Andrés. Universidades de Paris II, de Nantes e no Collège de France (visitante). Argentina. **Doutora Adriane Micale** - Universidad de Buenos Aires. Argentina. **Doutor Alberto Levi** - Universidade de Modena e Reggio Emilia. Universidade Estadual da República de São Marino. Itália. **Doutor Alejandro Castello** - Universidad de la República. Uruguai. **Doutora Amalia Itati Demarchi Arballo**, Universidad de Buenos Aires UBA, Argentina. **Doutor Antônio Baylos** - Universidade de Castilla – La Mancha (UCLM). Espanha. **Doutor Augustus Bonner Cochran III** - Faculdade de Agnes Scott em Atlanta. Estados Unidos. **Doutor 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. **Doutora Brenda Tufiño Gómez** - Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México. **Doutora Carolina Morán** - Universidad Evangélica de El Salvador. El Salvador. **Doutorando Chercoles Ricardo** - Universidad Católica de Salta – Universidad Nacional de Córdoba – Universidad Nacional del Litoral – Universidad Católica de Santiago del Estero, Universidad de Lomas de Zamora. Argentina. **Doutor 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. **Doutora Daniela Bea Marzi Muñoz** - Universidade de Valparaíso. Chile. **Doutor David Sanchez Rúbio** - Universidade de Sevilla. Espanha. **Doutor Duarte Rolo** - Université Paris Descartes. Portugal. **Doutora Eleonora Slavin** - Universidad Nacional de Mar del Plata. Argentina. **Doutora Elizabeth Accioly R. Costa** - Universidade Europeia de Lisboa e UniCuritiba. Portugal. **Doutor Emmanuel López Pérez** - Escola de Estudos Superiores YAUTEPEC; Membro do Sistema Nacional de Pesquisadores do Conselho Nacional de Humanidades, Ciências e Tecnologia - CONAHCYT. México. **Doutor Enrico Gragnoli** - Università degli Studi della Calabria, Cosenza; Università di Bologna (Sede di Rimini) (de 2001 a 2004). Itália. **Doutora Esperanza Macarena** - Universidad de Sevilla. Espanha. **Doutor Fabio Petrucci** - Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Itália. **Doutor Fernando Fita Ortega** - Universidad de Valencia. Espanha. **Doutor Francisco Trillo Párraga** - Universidad de Castilla La Mancha. Espanha. **Doutora Gabriela Mendizábal Bermúdez** - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. México. **Doutor Giuseppe Ludovico** - University of Milan. Itália. **Doutor Guillermo L. Barrios Baudor** - Universidad de Navarra. Espanha. **Doutor Hugo Barreto Ghione** - Universidade da República. Uruguai. **Doutor Iván Mirabal Rendón** - Universidad Católica del Táchira. Venezuela. **Mestre Iván Ramiro Campero Villalba** - UMSA, Universidad Católica Boliviana y UAGRM. Bolívia. **Doutor Jean- Claude Javillier** - Universidade de Paris II. França. **Doutor João Leal Amado** - Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal. **Doutor Jordi Garcia Viña** - Universidade de Barcelona.

Espanha. **Doutor Jorge Barboza Franco** - Universidad Gran Asunción. Paraguai. **Mestre Juan Ignacio Caminos** - Universidade Nacional de Córdoba. Argentina. **Doutor Juan Pablo Severin** - Universidad Católica del Norte e Universidad Complutense de Madrid. Chile. **Doutor Juan Raso Delgue** - Universidad de la República de Uruguai. Uruguai. **Doutora Lydia Guevara Ramírez** - Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Cuba. **Doutora Martha Monsalve** - Universidad de La Gran Colombia. Colômbia. **Doutor Matteo Carbonelli** - Universidade da Tuscia. Itália. **Doutor Maurício César Arese** - Universidade Nacional de Córdoba e Siglo XXI. Argentina. **Doutor Miguel F. Canessa Montejo** - Pontificia Universidad Católica del Perú. Peru. **Doutora Mirna Valeria Lozano** - Universidade Nacional de Córdoba. Universidade Siglo21. Universidade Blas Pascal. Escola de Advogadas e Advogados do Estado Ecae. Argentina. **Doutor Nuno Cunha Rodrigues** - Universidade de Lisboa (FDUL). Portugal. **Doutor Pablo Arellano Ortiz** - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. **Doutor Ramiro Jacinto Chimuris Sosa** - Universidade da República do Uruguai. Uruguai. **Doutora Teresa Coelho Moreira** - Universidad de Minho. Portugal. **Doutor Wilfredo Sanguinetti Raymond** - Universidade de Salamanca. Espanha.

PARECERISTAS

Doutora Ana Maria Maximiliano - Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) - Doutorado - da Universidade Federal do Paraná (UFPR). **Doutoranda Mariana Cesto** - PPGD - Doutorado - UFPR. **Doutora Odete Grasseli** - Doutora em Direito pela Unisinos. **Doutoranda Paloma Machado Graff** - Programa de Ciências Sociais Aplicadas (PCSA) - Doutorado - da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). **Doutor Peterson Alexandre Marino** - PPCSA - Doutorado - UEPG. **Doutora Roberta Correa de Araujo Monteiro** - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). **Doutoranda Silvana Weinhardt de Oliveira** - PPCSA - Doutorado - UEPG. **Doutor Vanderlei Schneider de Lima** - PPCSA - Doutorado - UEPG, com estágio de Doutorado na Universidade de Coimbra em Portugal. **Doutora Vanessa Roberta do Rocio Souza** - Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPR.

INDEXAÇÕES



INDEXAÇÃO (Em andamento)



SUMÁRIO

1 A violência e o assédio sexual no mundo do trabalho <i>Adriane Reis de Araújo</i>	13
2 A inexistência de vínculo empregatício entre ministros de culto e entidades religiosas: uma breve análise dos §§ 2º e 3º do art. 442 da CLT sob o prisma da liberdade religiosa coletiva <i>Aloísio Cristovam dos Santos Junior e Natália Munhoz Machado Prigol</i>	31
3 Liberdade sindical objetiva e liberdade sindical subjetiva na Convenção nº 87 da OIT como instrumento de fortalecimento da democracia brasileira <i>Andrea Arruda Vaz e Marcos Augusto Maliska</i>	53
4 La homologación de las licencias de paternidad y maternidad en México: un imperativo para reducir la losa de hormigón <i>Brenda Tufiño Gómez</i>	71
5 O conceito de "sociedade bem ordenada" na teoria da justiça de John Rawls e sua aplicabilidade como direito fundamental de acesso à justiça e a estruturação da defesa social <i>Carlos Henrique Bezerra Leite e Roberto Antônio Darós Malaquias</i>	83
6 Trabalho uberizado e subordinação: elementos e decisões caracterizadores da relação de emprego <i>Cláudio Iannotti da Rocha, Mateus Garcia Bridi e João Victor Loss de Souza</i>	105
7 O papel do teletrabalho na transição justa <i>Duarte Abrunhosa e Sousa e Rita Marques Nossa</i>	119
8 El Trabajo y la tecnología. Su relación con la construcción de un sociedad en riesgo <i>Emmanuel López Pérez</i>	135
9 A efetividade da jurisdição como elemento garantidor dos direitos fundamentais trabalhistas <i>Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Carlos João de Gois Junior</i>	149
10 El Papel del Estado en la Mitigación de los Impactos Negativos de las Nuevas Tecnologías en el Acceso al Derecho Humano a la Seguridad Social de las Personas Vulnerables <i>Gabriela Mendizábal Bermúdez</i>	165

11 El papel de la inteligencia artificial como herramienta de la inspección de trabajo y de la seguridad social en la lucha contra los accidentes de trabajo en España <i>Jordi García Viña</i>	185
12 Los desafíos de las relaciones laborales ante la inteligencia artificial <i>Juan Raso Delgue</i>	209
13 Just Transition: a nova fronteira das relações industriais <i>Lígia Ramia Munerati</i>	231
14 Globalização econômica e as novas conjunturas laborais: o Direito Internacional enquanto protetor do trabalho decente <i>Luís Alexandre Carta Winter e Amanda Carolina Buttendorff R. Beckers</i>	247
15 Direito do Trabalho, liberdade religiosa e laicidade do Estado: o estranho caso da Lei 14.647/2023 <i>Marco Aurélio Serau Júnior</i>	261
16 Os regimes especiais de trabalho: o arquipélago normativo peruano <i>Miguel F. Canessa Montejo</i>	271
17 Compliance trabalhista: os canais de denúncias como mecanismos de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador <i>Rodrigo Goldschmidt, Rodolfo Macedo do Prado e Micheline Simone Silveira Rocha</i>	309
18 Reclamação constitucional – aparente conflito entre Justiça do Trabalho e Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência constitucional – coerência interna do sistema – apontamentos <i>Yone Frediani, Joselita Nepomuceno Borba</i>	325

A VIOLÊNCIA E O ASSÉDIO SEXUAL NO MUNDO DO TRABALHO

THE SEXUAL VIOLENCE AND HARASSMENT ON THE WORLD OF WORK

Adriane Reis de Araújo¹

RESUMO

Este estudo trata da violência e do assédio sexual no mundo do trabalho no Brasil. Analisa as ações e estratégias previstas nas normas brasileiras para prevenir e reprimir a violência de gênero nas empresas à luz da Convenção nº 190 da OIT. Destaca a importância em aplicar o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero (Conselho Nacional de Justiça) nos casos concretos, como medida de justiça.

Sumário: 1. A violência e o assédio com base no gênero: Convenção nº 190 da OIT. 2. Discriminação de gênero, violência e assédio sexual. 3. Violência sexual no mundo do trabalho: tipos penais, Protocolo “Não Se Cale” e Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Assédio (CIPA). 4. Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Violência. Assédio. Gênero. Mundo do trabalho.

ABSTRACT

This paper discusses the sexual violence and harassment on the world of work in Brazil. It analyzes the actions and strategies chased by the Brazilian Law in order to prevent and repress the gender violence on companies under the influence of the 190th ILO Convention. It emphasizes the Judicial Gender Perspective Protocol (National Justice Council) interpretation on the judicial demands as a justice measure.

Summary: 1. The gender violence and harassment: 190th ILO Convention. 2. Gender discrimination, sexual violence and harassment. 3. Sexual violence in de world of work: crimes, “Não Se Cale” protocol and “Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Assédio (CIPA)”. 4. Judicial Protocol by Gender Perspective from the National Justice Council. 5. Conclusion. Bibliographical references.

Keywords: Violence. Harassment. Gender. World of Work.

¹ Procuradora Regional do Trabalho. Especialista em Relações Sindicais pela Organização Internacional do Trabalho. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Complutense de Madri. Coordenadora de Ensino da Escola Superior do Ministério Público da União – ramo MPT (2000-2004). Coordenadora da Comissão Permanente de Direitos Humanos em Sentido Estrito do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores Gerais-GNDH/CNPG (2013-2015). Presidenta do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (2018). Gerente do Grupo de Trabalho de Gênero da Coordenadoria Nacional e Coordenadora Regional em São Paulo (PRT 2ª Região) da Coordenadoria de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho do Ministério Público do Trabalho – Coordigualdade/MPT. (2017/2018). Secretaria Adjunta da Secretaria de Cooperação Judiciária Internacional Trabalhista do Ministério Público do Trabalho (2019). Gerente do Grupo de Trabalho de Violência e Assédio da Coordigualdade/MPT (2020-2021). Coordenadora Nacional da Coordigualdade /MPT (2020-2022).



1 A VIOLÊNCIA E O ASSÉDIO COM BASE NO GÊNERO: CONVENÇÃO Nº 190 DA OIT

Em 2019, no centenário da Organização Internacional do Trabalho, foram adotadas a Convenção nº 190 e a Recomendação nº 206 com o objetivo de estabelecer medidas para o enfrentamento da violência e do assédio no mundo do trabalho. Referida norma foi construída com base no relatório do *Bureau* Internacional do Trabalho “Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho”, que reuniu a análise da regulação normativa sobre violência e assédio em 80 países (2018), e foi aprovado na 326ª Sessão do Conselho de Administração daquela organização. Os processos de ratificação desse texto pelos Estados membros se iniciaram logo após a sua adoção na 108ª Conferência Internacional do Trabalho na OIT, fazendo com que a norma entrasse em vigência internacional em 25 de junho de 2021.²

O texto reflete as principais preocupações de trabalhadoras e trabalhadores com a violência e o assédio no mundo do trabalho, levando-se em conta as principais transformações do mundo do trabalho e os diferentes regimes de contratação aplicados por entes públicos ou privados. Ali foram incluídas medidas de prevenção, reparação e proteção para todas as pessoas que transitam no mundo do trabalho, seja no ambiente laboral físico ou virtual ou seja porque a interação pessoal se vincula a circunstâncias que se relacionam com o mundo do trabalho (eventos, festas, alojamentos, deslocamentos etc.). Ele abrange as pessoas trabalhadoras, tal como definido pela legislação e prática nacional, bem como todas as pessoas presentes no mundo do trabalho em decorrência de vínculos informais, precários, temporários, especiais, previdenciários ou cíveis, tais como as pessoas em formação, incluindo os estagiários e aprendizes, terceirizadas, autônomas, as pessoas que buscam trabalho trabalhadoras ou cujo contrato foi rescindido, voluntárias e as que exercem funções de autoridade, deveres ou responsabilidades equivalentes a um empregador.

Fixadas essas premissas, reproduz-se abaixo o conceito de violência e assédio trazido pelo texto internacional:

Violência e assédio no mundo do trabalho designa um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças de tais comportamentos ou práticas, seja quando se manifestam uma só vez ou de maneira repetida, que tenham por objeto, que causem

² Até 20 de setembro de 2023 (data da redação desse estudo), a Convenção 190 da OIT já havia sido ratificada por 32 (trinta e dois) países: África do Sul, Albânia, Antigua e Barbuda, Argentina, Barbados, Equador, El Salvador, Espanha, Fiji, Grécia, Itália, Maurício, México, Namíbia, Peru, São Marino, Somália, Reino Unido e Irlanda do Norte, República Central Africana, Somália e Uruguai. Até 7 de agosto de 2024, está prevista a entrada em vigor dessa norma em mais 12 (doze) países: Alemanha, Austrália, Bahamas, Bélgica, Canadá, Chile, França, Irlanda Lesoto, Nigéria, Panamá e Uganda. No Brasil, o governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva encaminhou esta norma para ratificação pelo Congresso Nacional no dia 8 de março de 2023, cujo processo está em curso.

ou sejam suscetíveis de causar, um dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero.

O texto equipara violência e assédio, pois, segundo o relatório aprovado “não existe atualmente uma definição universalmente aceita dos termos ‘assédio’ ou ‘violência’ no mundo do trabalho” (OIT, 2021, p. 5), cujo processo de normalização de um vocabulário está ainda em curso. Ademais, em regra as situações de violência e assédio são concomitantes e/ou sucessivas, fazendo com que eventuais distinções na prática se mostrem irrelevantes e até contraproducentes para uma eficiente resposta do direito. De modo que a convenção traz os dois conceitos interligados, autorizando a sua regulamentação interna pelos Estados membros de forma distinta.

Esta norma também reconhece a necessidade de se diferenciar o impacto da violência e do assédio em pessoas dos grupos mais vulnerabilizados. A interseccionalidade se impõe como critério para análise dos casos concretos e para uma resposta mais eficiente das medidas preventivas e repressivas adotadas. Já no artigo 1, em que conceitua violência e assédio, o texto evidencia a violência e o assédio com base no gênero, conceituando-os como a violência e assédio dirigido às pessoas em virtude do seu sexo ou gênero, ou afetam de forma desproporcional as pessoas de um determinado sexo ou gênero, e inclui o assédio sexual (artigo 1.b).

A alusão a "sexo ou gênero" requer a superação de preconceitos e papéis sociais assentados em características biológicas que diferenciam os homens cisgêneros das mulheres cisgêneros para apreender as diferenças sociológicas entre as pessoas dos diversos gêneros, diferenças estas que são aprendidas e mutáveis socialmente ao longo do tempo e em dado território. A norma, além de superar a divisão binária dos sexos, devendo necessariamente considerar as peculiaridades das pessoas intersexo, requer a ampliação do conceito de gênero para abranger pessoas transgênero, de gênero fluido, sem gênero, queer, entre outras. A referência a "pessoas" é significativa e obriga a uma interpretação ampla da definição de violência de gênero em comparação com outros instrumentos internacionais e regionais. Logo, ao se analisar o caso concreto, deve-se observar se a vítima está em uma situação de maior vulnerabilidade com base em seu sexo ou gênero permitindo. Por exemplo, como o Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo, um homem trans pode ser vítima de violência de gênero no trabalho.

A Convenção, portanto, considera que o enfrentamento a comportamentos ou práticas violentas e assediadoras, desde sua regulamentação, investigação, fiscalização até sua reparação, para ser efetivo, deve ter em mira uma abordagem inclusiva, integrada e sensível ao

gênero. Inclusiva refere-se ao amplo alcance individual de proteção, bem como à necessidade de garantir consultas aos diversos grupos de pessoas para captar melhor todas as diferentes necessidades e realidades. Sensível às questões de gênero refere-se à necessidade de combater as causas fundamentais da violência e do assédio com base no gênero, ver os estigmas e preconceitos, bem como reduzir seus efeitos nocivos, evitando-se a minimização do problema ou a revitimização da pessoa afetada, tanto dentro da organização de trabalho, quanto pelos órgãos fiscalizadores. E integrada, a qual se refere à necessidade de abordar o tema "no trabalho e emprego, na segurança e saúde no trabalho, na igualdade e não discriminação, e no direito penal, quando apropriado" (Recomendação No. 206, par. 2), assim como na negociação coletiva e nas políticas públicas. Ter uma visão "inclusiva, integrada e sensível ao gênero", pois, significa ter um olhar para as "causas subjacentes e os fatores de risco", incluindo: *os estereótipos de gênero, a multiplicidade e a intersecção das formas de discriminação e a desigualdade das relações de poder com base no gênero.*

Desde logo, a Convenção aponta para a necessidade de incluir a violência e o assédio entre os riscos psicossociais na gestão da segurança e saúde ocupacional (art. 9.b), em vista dos efeitos negativos individuais e coletivos a nível psicológico, físico e social com forte impacto no trabalho, tais como estresse relacionado com o trabalho, esgotamento ou depressão³. Os riscos psicossociais decorrem de deficiências na concepção, organização e gestão

³ Os professores Renato Tocchetto de Oliveira, Suzana da Rosa Tolfo, José Roberto Montes Heloani e Renata Silva de Carvalho Chinelat afirmam que os efeitos prejudiciais sentidos em um ambiente de trabalho onde existem situações de discriminações, violências, danos e assédio moral são inúmeros e afetam os envolvidos (organização, equipes e trabalhadores) e também a sociedade como um todo. Na sociedade pode ocasionar a incapacitação precoce de profissionais, despesas de atendimento médico, aumento dos índices de suicídio, aposentadorias precoces, custo produtivo do profissional afastado por invalidez ou redução do potencial empregatício. No âmbito organizacional, ocorre com maior frequência o afastamento de trabalhadores por doença e acidentes de trabalho, elevado índice de absenteísmo, rotatividade dos profissionais, defeitos em equipamentos e materiais. Também pode acontecer queda na produtividade da organização, perda de pessoal e processos judiciais, que acarretam em prejuízos financeiros, o que gera despesas com as rescisões de contrato, seleção de pessoal e treinamentos. (...) A organização do trabalho inadequada e a má gestão dos conflitos ainda se relacionam intimamente com a aparição de condutas hostis, e entre as situações de risco ao assédio e às discriminações estão as seguintes: cultura organizacional que, explícita ou implicitamente, aprova os comportamentos de assédio; insegurança no emprego; mudanças constantes e/ou repentinas na organização; supervisão autoritária ou demasiadamente permissiva; ambiente de desrespeito, inveja, rivalidade, competitividade dos gestores, e entre trabalhadores; carência de comunicação e de fluxo de informações eficaz; excesso de exigências por parte da organização; ausência de uma política adequada para tratar dos temas e de valores positivos comuns. E, no âmbito individual e das relações sociais afeta os aspectos psicossociais da vida do trabalhador, causa desordens profissionais, familiares, afetivas e psíquicas, com sintomas na saúde, principalmente de natureza psicossomática. Diversas são as expressões individuais e relacionais de sofrimento apresentadas pelos trabalhadores e que podem se manifestar isoladamente ou mesmo em conjunto: quadros de ansiedade, depressão, transtorno de pânico; insônia, pesadelos, distúrbios do sono; tristeza profunda, angústia, estresse, crises de choro, mal-estar físico e mental; cansaço exagerado; baixa autoestima; diminuição da capacidade de concentração e memória; irritabilidade; Isolamento social; redução da libido; sentimento de culpa; uso excessivo de álcool e drogas; aumento da pressão arterial; distúrbios digestivos; falta de motivação; aumento de peso ou emagrecimento exagerado; pensamentos ou tentativas de suicídio. (OLIVEIRA *et al.*, 2020, pp. 19/20).

do trabalho, bem como de um contexto social de trabalho problemático. No caso brasileiro, mais uma vez, é preciso considerar a realidade das pessoas que trabalham. É preciso também considerar o contexto social em que se realiza o trabalho, tal como o risco de violência doméstica e familiar, de segurança pública, de acessibilidade no transporte público, entre outras situações. Não se exige nessa hipótese que o empregador seja responsável situações de risco decorrentes da omissão ou negligência estatal, mas que ele seja obrigado a adotar as providências necessárias e ao seu alcance para minimizar ou eliminar o risco durante a atividade produtiva das pessoas a ele subordinadas. Pode-se pensar, por exemplo, na exigência corriqueira de portas giratórias em bancos, no combate ao *bullying* nas escolas, entre outros.

2 DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO, VIOLÊNCIA E ASSÉDIO SEXUAL

O tema da violência e do assédio foi tratado anteriormente à Convenção nº 190 da OIT em inúmeros textos internacionais de forma pontual ou adjacente:

a) O artigo 20(3) da Convenção nº 169 da OIT (Decreto 10.088/2019, Anexo LXXII)⁴ prevê que os trabalhadores pertencentes aos povos indígenas devem gozar de proteção contra o assédio sexual;

b) O art. 2(1)) da Convenção nº 29 define trabalho forçado ou obrigatório como "todo trabalho ou serviço que é exigido de qualquer pessoa sob a ameaça de uma sanção e para o qual a pessoa não se ofereceu espontaneamente"; a "ameaça de uma sanção" deve ser entendida num sentido muito amplo, abrangendo sanção penal, assim como várias formas de coerção, tais como violência física, coerção psicológica, retenção de documentos de identidade, etc;

c) O artigo 8(1) da Convenção nº 181, sobre as Agências de Emprego Privadas, 1997, requer a adoção de medidas para proporcionar proteção adequada e evitar abusos dos trabalhadores migrantes recrutados ou colocados no território de um Estado-Membro por agências de emprego privadas;

d) As piores formas de trabalho infantil incluem de forma inerente a violência física e psicológica e o assédio, conforme a Convenção nº 182, art. 3(a)-(d)⁵, sendo a possível

⁴ A Convenção nº 169 foi adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002; depositado o instrumento de ratificação junto ao Diretor Executivo da OIT em 25 de julho de 2002; entrada em vigor internacional em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, nos termos de seu art. 38; e promulgada em 19 de abril de 2004.

⁵ A Convenção nº 182 e a Recomendação nº 190 da OIT sobre a Proibição das Piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação (concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999; aprovadas pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999; depositado o Instrumento de Ratificação em 2 de fevereiro de 2000; entrada em vigor, para o Brasil, em 2 de fevereiro de 2001, nos termos do parágrafo 3º de seu Artigo 10º; e

exposição à violência e ao assédio relevante para identificar trabalhos perigosos (Convenção nº 138, art. 3(a)-(d)). 3(1); Convenção nº 182, art. 3(d);

e) O artigo 5 da Convenção das Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos nº 189⁶ e Recomendação nº 201 exige que os Estados-Membros tomem medidas para assegurar que as pessoas que exerçam o trabalho doméstico gozem de proteção efetiva contra todas as formas de abuso, assédio e violência; o parágrafo 7 da Recomendação nº 201 refere-se ao estabelecimento de mecanismos para proteger trabalhadoras e trabalhadores domésticos contra abuso, assédio e violência, incluindo a criação de mecanismos de queixa acessíveis, assegurando que todas as queixas sejam adequadamente investigadas e processadas e estabelecendo programas para a reinserção e readaptação das pessoas no trabalho doméstico vítimas de abuso, assédio e violência;

f) O parágrafo 15(e) da Recomendação nº 205, sobre Emprego e Trabalho Decente para Paz e Resiliência, 2017, declara: "Ao responder à discriminação resultante ou agravada por conflitos ou desastres e ao tomar medidas para promover a paz, prevenir crises, permitir a recuperação e reforçar a resiliência, os Membros deveriam: [...] (e) prevenir e punir todas as formas de violência baseada em gênero, incluindo estupro, exploração e assédio sexual, e proteger e apoiar as vítimas";

g) A diretriz B4.3.1 da Convenção nº 186 (2006) requer que a autoridade competente garanta que no trabalho marítimo sejam consideradas as implicações do assédio e do bullying para a saúde e segurança no trabalho; e a Diretriz B4.3.6 prevê que, com respeito às investigações, deve ser considerada a inclusão de problemas decorrentes de assédio e bullying;

h) O parágrafo 14(c) da Recomendação nº 200, sobre HIV e AIDS (2010) demanda que as medidas para reduzir a transmissão e aliviar o impacto do HIV, entre outras coisas, assegurem "ações para prevenir e proibir a violência e o assédio no local de trabalho";

i) O parágrafo 11(f) da Recomendação nº 204, sobre a transição da Economia Informal para a Economia Formal, (2015) exige a adoção de uma estrutura política abrangente, que inclua "a promoção da igualdade e a eliminação de todas as formas de discriminação e violência, incluindo a violência com base no gênero, no local de trabalho".

promulgada em 12 de setembro de 2000, e atualmente integram o ordenamento nacional pelo Decreto 10.088/2019, Anexo LXVIII.

⁶ Esta convenção foi adotada na 100ª Conferência Internacional do Trabalho, em 2011, e foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 172/2017, após a aprovação da Emenda Constitucional n. 72/2013 e da Lei Complementar n. 150/2015.

Quando não expressos em convenções e recomendações, a violência e o assédio são considerados na aplicação das normas, como sinalizam os relatórios dos comitês respectivos:

a) O Comitê sobre a Aplicação de Normas e o Comitê de Liberdade Sindical da OIT têm enfatizado a interdependência entre as liberdades civis e os direitos sindicais, com destaque à importância para sindicatos operar em um clima livre de violência, pressões e ameaças de qualquer tipo (Resolução de 1970 relativa aos direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis), fazendo com que o tema esteja implícito nas normas da Convenção nº 87, sobre a Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, 1948 e da Convenção nº 98, sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949⁷;

b) A Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – CEACR/OIT afirma que o princípio de igualdade e não discriminação está intrinsecamente ligado à violência e ao assédio (OIT 2012; 2017a; OIT CEACR 2019) e que violência e assédio são discriminações; consideram o assédio sexual uma forma grave de discriminação sexual que está compreendida no âmbito da Convenção nº 111⁸ da OIT; reconhece que as definições de discriminação contidas na Convenção também incluem o assédio baseado na discriminação como uma forma grave de discriminação, em particular o assédio racial, destacando que eventuais leis e práticas discriminatórias podem contribuir para perpetuar normas sociais nocivas ou estereótipos de gênero que podem levar à violência e ao assédio (OIT 2019g).

Pesquisas atestam como regulamentações para igualar as pessoas em direitos e oportunidades, independente do gênero, contribuem para reduzir a violência, assim como a redução da lacuna de gênero no mercado de trabalho contribui para a redução do assédio sexual⁹. De igual maneira, a Organização Mundial de Saúde inclui a desigualdade econômica, social e de gênero, a baixa qualidade de infraestruturas e serviços, bem como a injustiça, discriminação e exclusão social, como fatores de risco à saúde mental das trabalhadoras.¹⁰

⁷ Foi adotada em Genebra, em 1º de julho de 1949, por ocasião da XXXII Sessão da Conferência Internacional do Trabalho; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 49, de 27 de agosto de 1952; instrumento de ratificação depositado na sede da Organização Internacional do Trabalho, em 18 de novembro de 1952; e promulgada em 29 de junho de 1953.

⁸ Esta convenção foi adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua quadragésima segunda sessão, em 25 de junho de 1958; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964; entrada em vigor, em relação ao Brasil, de conformidade com o artigo 8, parágrafo 3º, em 26 de novembro de 1966. Atualmente, integra o ordenamento brasileiro pelo Decreto 10.088/2019, Anexo XXVIII.

⁹ OIT. *Violência e assédio no mundo do trabalho: Um guia sobre a Convenção N.º 190 e a Recomendação N.º 206*. Escritório Internacional do Trabalho – Genebra: OIT, 2021, p. 32.

¹⁰ OMS. *World mental health report: transforming mental health for all*. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 2022, p. 19.

Certamente, a violência e o assédio se vinculam estreitamente à desigualdade de oportunidades e discriminação no trabalho. No Brasil, a Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo Instituto Maria da Penha e Universidade Federal do Ceará, mulheres vítimas de violência doméstica sofrem forte impacto em suas carreiras profissionais, com perda em média de 18 dias de trabalho ao ano (CARVALHO, 2017, p. 11). “Ser vítima de violência doméstica está associada a uma maior instabilidade no mercado de trabalho, ou seja, essas vítimas intercalam períodos de curta duração de emprego com períodos de curta/longa duração de desemprego” (CARVALHO, 2017, p. 4). Quando voltamos o olhar para o assédio sexual, a pesquisa realizada pela Think Eva e o LinkedIn revela que uma a cada seis vítimas de assédio sexual em ambientes corporativos pede demissão e que 35,5% delas vivem com constante medo. O receio de ser culpabilizada por ter sofrido o assédio é outro ponto denunciado por esse trabalho: 56% das mulheres ouvidas falaram sobre o medo de que a culpa recaia sobre elas e 25% disseram temer a acusação de que elas teriam provocado o assediador (THINK EVA. LINKEDIN. 2020).

O texto da Convenção nº 190 da OIT coloca em evidência a relação entre as diversas violências e a discriminação no conceito de violência e assédio com base no gênero. Como já analisado anteriormente, a violência e o assédio com base no gênero são aqueles *dirigidos contra as pessoas em razão de seu sexo ou gênero, ou que afetam de maneira desproporcional a pessoas de um sexo ou gênero determinado, e inclui o assédio sexual*.

O assédio sexual no ambiente de trabalho é a conduta de natureza sexual, manifestada por palavras, imagens, gestos, toques indesejados ou outros meios, que são propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual e seu direito à saúde e trabalho. O assédio sexual viola a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da vítima, tais como a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra, a igualdade de tratamento e o direito ao meio ambiente de trabalho sadio e seguro, prejudicando as oportunidades de acesso, manutenção e promoção no trabalho.

A doutrina indica a existência de dois tipos de assédio sexual: o *assédio sexual por chantagem ou quid pro quo* e o *assédio sexual por intimidação ou ambiental*. O primeiro tipo (por chantagem) configura qualquer conduta física, verbal ou não-verbal de natureza sexual que afetem a dignidade e liberdade da vítima e que lhe seja indesejável, irracional e ofensiva com o propósito real ou aparente de obter favores sexuais, seja destinado em benefício do perpetrador ou em benefício de um terceiro. Já o segundo tipo (ambiental) é a conduta que, com base em imagens, piadas, discursos, práticas ou comportamentos de natureza sexual cria um ambiente de trabalho intimidante, hostil ou humilhante para as vítimas ou vítima. Ocorre

quando há provocações sexuais inoportunas no ambiente de trabalho, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, de intimidação ou humilhação. Caracteriza-se ela insistência, impertinência, hostilidade, desqualificação praticada individualmente ou em grupo. O assédio sexual ambiental ou por intimidação, por vezes, é confundido com assédio moral.

Na seara trabalhista não se faz necessária a ascendência hierárquica entre a(s) vítima(s) e agressor(es), como a exigida pelo art. 216-A do Código Penal. Ambos os tipos, assédio sexual por chantagem ou por intimidação, são expressões de poder entre as pessoas envolvidas. A relação de poder se acentua nas relações assimétricas, como aquelas decorrentes do contrato de trabalho ou do contexto social patriarcal. A gravidade da prática ilícita no trabalho repousa no prejuízo causado à(s) vítima(s) tanto à sua integridade física, psíquica e sexual, como nas oportunidades de trabalho ou de carreira, comprometendo sua subsistência e de sua família. Assim, mesmo os tipos de assédio sexual, nos sentidos horizontal ou vertical ascendente - ou seja, em que o agressor não ocupa uma posição hierárquica superior em relação à(s) vítima(s) -, são reprovados. Os dois tipos de assédio sexual causam prejuízo à saúde e segurança no trabalho para toda coletividade e oferecem risco à reputação da empresa ou empregador.

Por outro lado, o assédio sexual por chantagem ou por intimidação, quando praticados pelo superior hierárquico, são ainda mais graves, uma vez que atuam diretamente na coletividade e acumula a desigualdade contratual com a desigualdade de gênero. A violência e o assédio sexual aqui são praticados com base em preconceitos, estigmas e estereótipos associados ao medo concreto de prejuízos profissionais ou retaliações diretas à(s) vítima(s). As violências sexuais daqueles que ocupam cargos de mando são expressões de exercício abusivo do poder diretivo empresarial. As omissões da empresa em reprimir essas práticas inaceitáveis configuram falta do dever de cuidado relacionados à segurança e medicina do trabalho.

A configuração do assédio sexual por chantagem tem repousado na rejeição da investida sexual pela vítima e no fato de a rejeição ou aquiescência à conduta assediadora ser usada explícita ou implicitamente como base para uma decisão que afete o trabalho da vítima. Os atos que expressam rejeição têm sido o parâmetro para verificação do consentimento da vítima. Entretanto, o consentimento livre e consciente deve ser visto com cautela no mundo do trabalho, principalmente quando a conduta inaceitável é praticada por aquele que ocupa função com hierarquia superior, pois, como já referido acima, a dependência econômica na relação de trabalho mitiga a liberdade de consentimento da vítima dificultando uma manifestação explícita contrária às intenções do assediador.

A cultura machista também contribui para a naturalização da violência de gênero e a hierarquia entre os gêneros no trabalho, fazendo com que muitas mulheres silenciem ou adotem “condutas amigáveis” diante do assédio sexual em vista do temor de sofrer represálias, sofrer danos físicos, psicológicos ou patrimoniais, de que a denúncia não seja devidamente apurada ou simplesmente de que fiquem estigmatizadas.

Assim, muitas vítimas fazem grande esforço para manter a situação de assédio sexual em segredo, minimizar o assédio ou qualificar a violência como “brincadeira”, por receio de atrair a ira ou a crítica para si. Tal procedimento faz com que a vítima ou vítimas paguem um alto preço psicológico por viverem em estado de ansiedade e de tensão para manter uma imagem que pode ser desmascarada a qualquer momento. Contudo, essa conduta está longe de caracterizar consentimento. Nada mais é do que uma estratégia de sobrevivência em uma sociedade e um mercado de trabalho marcadamente misóginos.

Em realidade, considerando o contexto social patriarcal, a ausência de consentimento da vítima vulnerabilizada seja pela hierarquia contratual seja por seu sexo ou gênero deve ser presumida. Assim, incumbe ao empregador e agressor comprovar de forma robusta o consentimento da vítima.

A caracterização do assédio sexual não exige que o agressor seja o beneficiário da conduta sexual, pois seu comportamento pode beneficiar um terceiro. Além do mais, não há necessidade de que haja um efetivo interesse sexual. Basta que a conduta ou comportamento inaceitável seja pautado em temas ou ações de natureza sexual e produza um dano, constrangimento ou humilhação à vítima. Por exemplo, um empregador que deliberadamente expõem suas trabalhadoras como objetos sexuais com a finalidade de aumentar seus lucros, quando exigem a utilização de roupas justas ou indicam mulheres para atender clientes notoriamente assediadores tem responsabilidade também pelas condutas assediadoras de terceiros.

Do mesmo modo, não é necessária a repetição do ato ilícito. A configuração do assédio sexual deve seguir os parâmetros contidos no texto da Convenção 190 da OIT, a qual constitui parâmetro hermenêutico por força do art. 8º da CLT, independente de ratificação desse diploma internacional por nosso país. Basta a realização ou a ameaça de realização, ainda que uma única vez, com a intenção, resultado ou potencial resultado de causar um dano sexual, físico, psicológico ou patrimonial para a(s) vítima(s).

Por fim, o fato de o agressor superior hierárquico não ter sido condenado criminalmente tampouco pode afastar a configuração do assédio sexual no processo trabalhista. Como salienta a CEACR/OIT, os procedimentos criminais não podem ser parâmetro para a configuração do

assédio sexual no trabalho devido "à sensibilidade da questão, ao maior ônus da prova, que é mais difícil de cumprir, especialmente se não houver testemunhas (o que é frequentemente o caso), e ao fato de que o direito penal geralmente concentra-se na agressão sexual ou em "atos imorais", e não na gama completa de comportamentos que constituem assédio sexual no emprego e na profissão" (OIT, 2021, nota 14, p. 23).

3 VIOLÊNCIA SEXUAL NO MUNDO DO TRABALHO: TIPOS PENAIS, PROTOCOLO “NÃO SE CALE” E COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES E ASSÉDIO (CIPA)

A violência e o assédio sexual no mundo do trabalho podem configurar um ou mais tipos penais, tais como:

- **Assédio sexual** (Art. 216-A, CP) - Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.
- **Violação sexual mediante fraude** (Art. 215, CP) - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima
- **Importunação sexual** (215-A, CP) - Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.
- **Perseguição** (Art. 147-A, CP) - Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
- **Exposição da intimidade sexual** (Art. 216-B, CP) - Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

As condutas tipificadas podem ocorrer tanto entre trabalhadoras e trabalhadores – na função de empregados, trabalhadores terceirizados, estagiários, aprendizes, aposentados, fornecedores - como entre estes e eventuais clientes ou apenas entre os clientes mas dentro do ambiente de trabalho. Ainda que a violência e o assédio sexual não envolvam as pessoas contratadas pelo empregador, se a violência ocorreu no local de trabalho, na empresa ou em evento relacionado com a empresa, a mesma deverá intervir para reprimir a conduta sob pena de responsabilidade. Além do mais, deverá considerar tais violências entre os fatores de risco psicossocial no trabalho e adotar medidas preventivas e repressivas para proteção de trabalhadores e clientes. Nesse ponto, é interessante trazer à tona o Protocolo de Barcelona e seus princípios.

O Protocolo “No Callen” ou Protocolo de Barcelona foi criado em 2018 para combater agressões sexuais e violência machista em espaços de lazer da cidade de Barcelona, como

discotecas e bares. Ele contou com a adesão de cerca de 40 locais da capital catalã que receberam treinamento e acompanhamento de seu pessoal com o intuito de aplicar medidas específicas para combater referida violência.

O Protocolo de Barcelona segue 5 princípios:

1. A atenção prioritária deve ser dada à vítima. Em casos graves, ela não deve ser deixada sozinha, exceto se quiser.
2. A pessoa agredida deve receber as informações necessárias de como pode proceder e suas decisões devem ser respeitadas.
3. O foco não deve estar num processo criminal, que pode ser frustrante para a vítima.
4. É importante deixar clara a rejeição ao agressor, evitando sinais de cumplicidade, mesmo que seja para reduzir o clima de tensão.
5. Tanto a privacidade da vítima quanto a presunção de inocência do acusado devem ser respeitadas.

O protocolo envolve diversas ações como a capacitação do pessoal sobre violência de gênero, a criação de um espaço de acolhimento para as vítimas e informação nos locais ou estabelecimentos que versem sobre violência de gênero, como e onde denunciar a violência e ações respectivas. No Brasil, atualmente há diversos projetos de lei, com propostas similares, em debate no Congresso Nacional.¹¹Há igualmente iniciativas estaduais.

Em São Paulo, a Lei nº 17.635/23 instituiu o Protocolo “Não Se Cale”. Esta norma se dirige a todas as empresas enquadradas como bar, restaurante, boate, clube noturno e casa de espetáculo, bem como outra de atividade similar, as quais deverão promover, anualmente, a capacitação de todos os seus funcionários para que estejam habilitados a identificar e combater o assédio sexual e a cultura do estupro praticados contra a mulher que frequenta tais lugares. Os estabelecimentos têm a obrigação de afixar aviso, em local de fácil visualização, com a indicação da pessoa responsável pelo atendimento e proteção à mulher que se sinta em situação de risco. A vítima de violência sexual tem o direito de escolher a ação a ser adotada, se quer regressar para sua casa, chamar o serviço de saúde ou chamar a polícia. Caso a vítima não tenha condições para decidir, no caso de estar inconsciente, a empresa tem a obrigação de adotar a medida mais adequada para reduzir o risco de nova violência. Por exemplo, nessa hipótese o

¹¹ PL 3/2023, PL 14/2023, PL 100/2023, PL 227/2023, PL394/2023, PL 544/2023, PL 926/2023 e PL 999/2023. Os projetos de lei foram pensados ao PL 3/2023, o qual está tramitando em regime de urgência na Câmara dos Deputados.

empregado responsável pelo atendimento deve chamar o serviço de saúde. Outra relevante obrigação é a do local manter e disponibilizar as imagens registradas da violência à vítima e aos órgãos do sistema de justiça.

A previsão de capacitação anual do pessoal dos estabelecimentos de lazer em relação à violência de gênero, prevista no protocolo estadual Não Se Cale, soma-se à exigência de medidas preventivas e repressivas contra a violência e ao assédio no trabalho contidas no Capítulo VII, Das Medidas de Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual e a Outras Formas de Violência no Âmbito do Trabalho, previstas na Lei n. 14.457, de 21 de setembro de 2022, bem como no Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal (Lei 14.540, 3 abril de 2023). Vejamos.

A Lei 14.457/2022, no art. 23, obriga as empresas com Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Assédio (CIPA), independente do setor econômico, a adotar medidas para a promoção de um ambiente laboral sadio, seguro e que favoreça a inclusão de mulheres no trabalho, tais como:

- I - inclusão de regras de conduta a respeito do assédio sexual e de outras formas de violência nas normas internas da empresa, com ampla divulgação do seu conteúdo aos empregados e às empregadas;
- II - fixação de procedimentos para recebimento e acompanhamento de denúncias, para apuração dos fatos e, quando for o caso, para aplicação de sanções administrativas aos responsáveis diretos e indiretos pelos atos de assédio sexual e de violência, garantido o anonimato da pessoa denunciante, sem prejuízo dos procedimentos jurídicos cabíveis;
- III - inclusão de temas referentes à prevenção e ao combate ao assédio sexual e a outras formas de violência nas atividades e nas práticas da CIPA; e
- IV - realização, no mínimo a cada 12 (doze) meses, de ações de capacitação, de orientação e de sensibilização dos empregados e das empregadas de todos os níveis hierárquicos da empresa sobre temas relacionados à violência, ao assédio, à igualdade e à diversidade no âmbito do trabalho, em formatos acessíveis, apropriados e que apresentem máxima efetividade de tais ações.

O recebimento das denúncias na empresa não substitui o procedimento penal correspondente a eventuais tipos penais.

O Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal, previsto na Lei 14.540, 3 abril de 2023, por sua vez, aplica-se à administração pública direta e indireta e a todas as instituições privadas em que haja a prestação de serviços públicos por meio de concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação. Referido programa objetiva: I - prevenir e enfrentar a prática do assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e de todas as formas de violência

sexual nos órgãos e entidades abrangidos por esta Lei; II - capacitar os agentes públicos para o desenvolvimento e a implementação de ações destinadas à discussão, à prevenção, à orientação e à solução do problema nos órgãos e entidades abrangidos por esta Lei; III - implementar e disseminar campanhas educativas sobre as condutas e os comportamentos que caracterizam o assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e qualquer forma de violência sexual, com vistas à informação e à conscientização dos agentes públicos e da sociedade, de modo a possibilitar a identificação da ocorrência de condutas ilícitas e a rápida adoção de medidas para a sua repressão. Ele fomenta, ainda, ações e estratégias destinadas à prevenção e ao enfrentamento do assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e de todas as formas de violência sexual, a partir das seguintes diretrizes: informação, repressão, capacitação e boas práticas¹².

As leis acima revelam a posição destacada que o enfrentamento à violência de gênero tem ocupado no debate nacional, com vistas ao aprimoramento das medidas repressivas e da atuação do poder público, que, até o momento, se revelaram insuficientes para reduzir os índices de violência machista no Brasil. Elas dão densidade aos objetivos fundamentais da República Federativa, previstos no art. 3º da Constituição de 1988, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Referidas regras impulsionam indispensáveis ações públicas e privadas voltadas à construção solidária de novos parâmetros de participação social e de acesso a recursos e oportunidades de trabalho, rompendo com privilégios advindos do patriarcado. Para isso, reafirmam o importante papel que ações e estratégias de empoderamento e apoio às vítimas da violência de gênero ocupam para a prevenção do problema, com a difusão de informação e a conscientização de toda sociedade sobre esse tema.

¹² **Informação** – esclarecimento sobre os elementos que caracterizam o assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e as formas de violência sexual; fornecimento de materiais educativos e informativos com exemplos de condutas que possam ser caracterizadas como assédio sexual ou outro crime contra a dignidade sexual, ou qualquer forma de violência sexual, de modo a orientar a atuação de agentes públicos e da sociedade em geral; divulgação da legislação pertinente e de políticas públicas de proteção, de acolhimento, de assistência e de garantia de direitos às vítimas. **Repressão**: divulgação de canais acessíveis para a denúncia da prática de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual, aos servidores, aos órgãos, às entidades e aos demais atores envolvidos; estabelecimento de procedimentos para o encaminhamento de reclamações e denúncias de assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou de qualquer forma de violência sexual, assegurados o sigilo e o devido processo legal. **Capacitação** - criação de programas de capacitação, na modalidade presencial ou a distância. **Boas práticas** - implementação de boas práticas para a prevenção ao assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual, ou a qualquer forma de violência sexual, no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal.

As estratégias podem ser medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher, como previsto no art. 373-A, parágrafo único, da CLT, ou ações de apoio às vítimas, como também estratégias de capacitação e linhas de crédito para mulheres. Lembrando, ainda, que as normas antes citadas devem ser interpretadas à luz da Convenção nº 190 da OIT, de aplicação obrigatória por força do art. 8º da CLT, que define a violência de gênero para além do modelo binário, fomentando iniciativas voltadas a todas as pessoas que fogem ao padrão do gênero masculino, cisheteronormativo e branco.

4 PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Por último, deve ser ressaltada a importância do protocolo do Conselho Nacional de Justiça para julgamento com perspectiva de gênero. A consideração do sexo e do gênero é indispensável para visualizar a violência e o assédio nos espaços de trabalho, bem como estabelecer os parâmetros das consequências para empresas e agressores, nas decisões judiciais. O protocolo é fruto da implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções nºs 254 e 255, de 4 de setembro de 2018, daquele órgão, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário.

O documento, elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 02.02.2021, foi inspirado nas decisões de Cortes Regionais e Internacionais de Direitos Humanos, como também em iniciativas similares de países vizinhos, como México, Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai. O texto em seu início indica seu propósito disruptivo:

Este protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito e, a partir disso, identifica a necessidade de criar uma cultura jurídica emancipatória e de reconhecimento de direitos de todas as mulheres e meninas.

Sem entrar em especificidades do texto, a análise aqui ficará restrita aos pontos críticos que merecem a atenção de advogados, investigadores e julgadores na análise e valoração da prova em relação a situações de violência e assédio sexual no mundo do trabalho. O primeiro ponto a ser verificado é o setor econômico em que ocorreu a situação narrada, pois setores de predominância masculina, de atividade isolada ou noturna (como trabalho doméstico e locais de lazer) são propícios para situações de violência de gênero.

Outro ponto relevante é a modalidade de contrato e de remuneração para verificar o grau de vulnerabilidade da vítima e o impacto patrimonial decorrente da situação de assédio e violência. Por exemplo, no caso de salário variável, a recusa de tolerar o assédio sexual praticado por superiores hierárquicos ou por clientes pode colocar em risco a capacidade de a trabalhadora obter a renda necessária para o seu sustento e de sua família, afetando o volume de comissões ou gorjetas ou a manutenção do contrato de trabalho, como no caso de terceirizadas. Trabalhadoras terceirizadas e em trabalhos precários são mais suscetíveis à violência de gênero.

Além disso, deve-se levar em conta também o grau de vulnerabilidade da vítima que pode ser derivado da necessidade de compatibilidade da vida profissional e familiar, como por exemplo, trabalhadoras que são arrimo de família ou que compõe uma família monoparental, ou da dificuldade decorrente de outros favores de discriminação, como a raça, deficiência, origem, idade. Os atores do sistema de justiça têm a obrigação de superar preconceitos de gênero – como a ideia de que mulheres são vingativas e, assim, mentem sobre abusos, de que o comportamento ou a roupa são imorais etc.

Finalmente, o ônus da prova de que a situação não configurou violência ou assédio deve ser da empresa ou do agressor, dando-se maior peso para a palavra da mulher.

5 CONCLUSÃO

O enfrentamento à violência de gênero no mundo do trabalho deriva dos objetivos da República, previstos no art. 3º, IV, da Constituição de 1988 e está regulado em nosso ordenamento pelas Leis 14.457/2022, Lei 14.540/2023, (art. 147-A, art. 215, art. 215-A, art. 216-A, art. 216-B) Código Penal, Consolidação das Leis do Trabalho, entre outras. Essas normas devem ser interpretadas à luz da Convenção nº 190 da OIT. Na aplicação das normas citadas, os atores do sistema de justiça deverão observar o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, a fim de dar a resposta judicial mais adequada e justa.

O abismo salarial de gênero, a divisão sexual do trabalho, a LGBTfobia e a desigualdade social entre homens e mulheres têm contribuído para a manutenção do ciclo de violência machista no Brasil. Para eliminar essa chaga é necessário ver, reparar, reprimir e prevenir as situações de violência e assédio de gênero em todos os espaços sociais, rompendo com a naturalização da violência e superando o silêncio das vítimas.

Os alarmantes índices de violência de gênero no Brasil impõem o compromisso de toda a sociedade para garantias e ações de proteção das vítimas. Devemos estar preparados para acolhê-las, favorecer a denúncia, agilizar o atendimento de serviços públicos de saúde e de

justiça, punir os agressores e ampliar as oportunidades de transformação social, reduzindo abismos e privilégios construídos artificial e arbitrariamente. A redução da violência e do assédio baseados no gênero exige oferecer oportunidades iguais a todas as pessoas, independente do gênero, orientação sexual ou identidade de gênero.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, J. R. OLIVEIRA, V. H. *Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Instituto Maria da Penha e Universidade do Ceará: Fortaleza, 2017.

OMS. *World mental health report: transforming mental health for all*. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 2022.

OIT. Relatório “Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho”, 2018.

OIT. *Violência e assédio no mundo do trabalho: Um guia sobre a Convenção N.º 190 e a Recomendação N.º 206*. Escritório Internacional do Trabalho – Genebra: OIT, 2021.

OLIVEIRA, Renato Tocchetto de Oliveira ... [et al]. *Violência, discriminação e assédio no trabalho*. Florianópolis, SC: Lagoa, 2020.

CNJ. *Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero* [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília : Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021.

THINK EVA. LINKEDIN. *O ciclo do assédio sexual no ambiente de trabalho*, 2020. Disponível em <https://thinkeva.com.br/estudos/o-ciclo-do-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho/>. Acesso em 01.10.2023.

Como Citar

ABNT

REIS DE ARAÚJO, Adriane . A violência e o assédio sexual no mundo do trabalho. **Revista Trabalho, Direito e Justiça, TRT 9ªRegião**, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e047, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.47. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/47>. Acesso em:

APA

Reis de Araújo, A. . (2024). A violência e o assédio sexual no mundo do trabalho. *Revista Trabalho, Direito e Justiça, TRT 9ªRegião*, 2(1), e047. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.47>

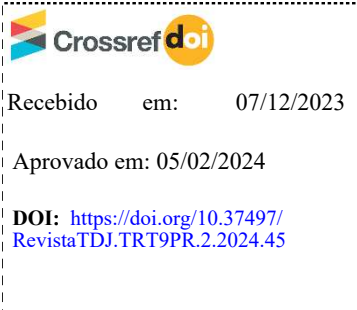
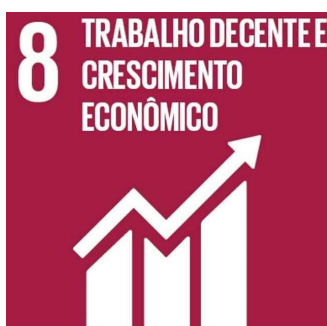
A INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE MINISTROS DE CULTO E ENTIDADES RELIGIOSAS: UMA BREVE ANÁLISE DOS §§ 2º E 3º DO ART. 442 DA CLT SOB O PRISMA DA LIBERDADE RELIGIOSA COLETIVA

THE INEXISTENCE OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP BETWEEN MINISTERS OF CULT AND RELIGIOUS ENTITIES: A BRIEF ANALYSIS OF §§ 2 AND 3 OF ART. 442 OF THE LABOR LAW UNDER THE PRISM OF COLLECTIVE RELIGIOUS FREEDOM

Aloisio Cristovam dos Santos Junior¹

<https://orcid.org/0000-0002-0971-3205>

Natalia Munhoz Machado Prigol²



RESUMO

Os parágrafos 2º e 3º acrescidos ao art. 442 da CLT pela Lei nº 14.647, de 4 de agosto de 2023, proclamam a inexistência de relação de emprego entre os ministros de culto e as entidades religiosas às quais se vinculam, seguindo, no particular, a jurisprudência dominante na Justiça do Trabalho, em especial do TST, excetuando, contudo, o caso de desvirtuamento da finalidade religiosa. A intenção do legislador é, claramente, a de trazer segurança jurídica em torno de um tema que eventualmente produzia decisões divergentes do Judiciário Trabalhista. O risco da insegurança jurídica, todavia, pode continuar persistindo, caso a exceção legal não seja corretamente interpretada. O objetivo deste artigo é abordar a interpretação dos novos dispositivos legais sob o prisma da liberdade religiosa coletiva, partindo do seguinte problema: o desvio de finalidade previsto no § 3º do art. 442, CLT, que exclui a aplicabilidade da regra disposta no § 2º, pode ser equiparado aquele que ocorre quando há apenas desvio no comportamento da liderança? Para responder ao problema, a pesquisa é estruturada em três capítulos, utilizando-se o método dedutivo para, ao final, concluir pela impossibilidade de reconhecimento do vínculo apenas pelo desvio de conduta da liderança, sob pena de violação do direito à liberdade religiosa coletiva, da laicidade estatal e do novo regramento objeto do estudo.

Palavras-Chave: Vínculo de emprego; ministros de confissão religiosa; liberdade religiosa coletiva; desvio da finalidade religiosa.

¹ Juiz Titular de Vara do Trabalho da 5ª Região. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com estágio na Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia e em Direito do Trabalho Portuário e Marítimo pela Universidade Santa Cecília. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Ex-Promotor de Justiça e Ex-Procurador do Estado da Bahia. Autor de diversos artigos e livros jurídicos publicados no Brasil e na Espanha. E-mail: acristovamjr@gmail.com.
² Doutora em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Docente e Advogada. E-mail: nataliaprigol@hotmail.com.

ABSTRACT

Paragraphs 2 and 3 added to article 442 of the CLT by Law 14647, of August 4, 2023, proclaim that there is no employment relationship between ministers of worship and the religious entities to which they are linked, following, in particular, the prevailing case law in the Labor Courts, especially the TST, excepting, however, the case of distortion of the religious purpose. The legislator's intention is clearly to bring legal certainty to an issue that eventually produced divergent decisions in the Labor Judiciary System. The risk of legal uncertainty, however, may persist if the legal exception is not correctly interpreted. The aim of this article is to address the interpretation of the new legal provisions from the perspective of collective religious freedom, starting from the following problem: the deviation of purpose provided in § 3 of art. 442, CLT, which excludes the applicability of the rule set out in § 2, can it be equated to what occurs when there is only a deviation in leadership behavior? To answer the problem, the research is structured into three chapters, using the deductive method to, in the end, conclude that it is impossible to recognize the employment relationship solely due to the leadership's misconduct, under penalty of violating the right to collective religious freedom, of laicity and the new rules that are the subject of the study.

Keywords: Employment relationship; ministers of religious confession; collective religious freedom; deviation from religious purpose.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.647, de 4 de agosto de 2023, incluiu no art. 442 da CLT os §§ 2º e 3º, estatuidando a inexistência de vínculo de emprego “entre entidades religiosas de qualquer denominação ou natureza ou instituições de ensino vocacional e ministros de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, ou quaisquer outros que a eles se equiparem, ainda que se dediquem parcial ou integralmente a atividades ligadas à administração da entidade ou instituição a que estejam vinculados ou estejam em formação ou treinamento” (§ 2º), excetuado o caso de “desvirtuamento da finalidade religiosa e voluntária” (§ 3º).³

A Lei é oriunda do Projeto de Lei n.º 1096, de 2019, que tramitou por aproximadamente 4 anos até a sanção presidencial. Em sua justificação consta que a medida, se aprovada, “além do próprio mérito de regular a matéria, de forma clara e precisa, terá ainda o efeito de desonerar a Justiça do Trabalho de milhares de demandas”,⁴ deixando evidente o intuito da proposta de buscar maior segurança jurídica às relações envolvendo entidades religiosas e seus respectivos ministros, para além do desafogamento do sistema judiciário trabalhista.

A redação original não previa o §3º, incluído por meio de uma emenda realizada ainda na Câmara dos Deputados. Posteriormente encaminhado o Projeto de Lei ao Senado Federal, alterou-se parte da redação original contida no §2º, que mencionava específicas categorias de

³ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Emendas apresentadas ao Projeto de Lei n.º 1096/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=2192980&subst=0. Acesso em 17/11/2023.

prestadores de serviços religiosos,⁵ pela necessidade de deixar mais genérica a redação sob o fundamento de que “se encontra mais de acordo com os requisitos da concisão e generalidade que devem basear a redação legislativa [...]”.

Em Sessão Deliberativa Extraordinária realizada no Plenário do Senado Federal os parlamentares ponderaram que “lamentavelmente em algumas situações as igrejas são comparadas a empresas, e os seus ministros, presbíteros, diáconos [...] se julgam no direito de ajuizar ações trabalhistas como se faria numa relação de trabalho com uma empresa”; e, ainda, “o projeto deixa claro que quem trabalha, quem presta esse tipo de serviço não é um trabalhador do regime da CLT [...]”.⁶ Foi nesse cenário que o projeto foi convertido em Lei, em vigor desde 4 de agosto de 2023.

O artigo pretende analisar a inexistência de vínculo empregatício entre ministros de culto e entidades religiosas partindo do seguinte problema: o desvio de finalidade previsto no § 3º do art. 442, CLT, que exclui a aplicabilidade da regra disposta no § 2º, pode ser equiparado àquele que ocorre quando há apenas desvio de comportamento da liderança?

Para responder ao problema a pesquisa utiliza o método dedutivo e está estruturada em três capítulos: primeiramente (Capítulo 1), busca-se compreender o real sentido do previsto no § 2º do art. 442, CLT, com a intenção de demonstrar que o elemento caracterizador do trabalho religioso é o móvel e não a natureza da atividade. Em seguida (Capítulo 2), intenta-se explorar as hipóteses que afastam a aplicabilidade prevista no § 2º, do art. 442, CLT, especificamente quando houver desvio da finalidade institucional. Por fim (Capítulo 3), expõem-se os motivos pelos quais se entende que o reconhecimento do vínculo de emprego entre ministros de cultos e organizações religiosas apenas com base no comportamento abusivo de sua liderança importa na violação do direito à liberdade religiosa coletiva, além de beneficiar duplamente aquele que se comprometeu a atuar como líder religioso, mas se desvencilhou da própria vocação.

De início, cumpre registrar que a redação do § 2º vai ao encontro da jurisprudência que sempre foi majoritária nos tribunais trabalhistas, inclusive no TST. São incontáveis os acórdãos da Corte que negam aos ministros de culto o reconhecimento de vínculo de emprego com as organizações religiosas às quais se vinculam, com base no entendimento de que o ânimo

⁵ Redação original: “2º Qualquer que seja a doutrina ou crença professada em cultos religiosos, por confissão religiosa, incluídos igreja, instituição, ordem ou congregação, não existe vínculo empregatício entre estas e seus ministros, pastores, presbíteros, bispos, freiras, padres, evangelistas, diáconos, anciãos, sacerdotes, ou quaisquer outros que se equiparem a ministros de confissão religiosa e a integrantes de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, considerada a natureza do relacionamento entre eles, que decorre da fé, da crença ou da consciência religiosa, não aplicado o disposto no art. 3º desta Consolidação, mesmo que se dediquem parcial ou integralmente a atividades ligadas à respectiva administração”.

⁶ BRASIL. Projeto de Lei n.º 1096, de 2019. Senado Federal, Atividade legislativa.

que vincula um ministro ou um sacerdote a uma organização religiosa não é econômico, é espiritual.

Historicamente, o legislador brasileiro não se preocupou em criar uma regra legal que versasse sobre o tema, o que ocorria – parece-nos – por duas razões. Antes da década de 80, era muito raro, raríssimo mesmo, que um ministro religioso se aventurasse a acionar uma entidade religiosa perante a Justiça do Trabalho para reivindicar a condição de empregado. Os ministros de culto sempre tiveram a noção de que a sua labuta religiosa constituía serviço prestado ao seu Deus, deuses ou entidades destinatárias do seu culto e somente mercenários veriam nessa sagrada relação de natureza espiritual um meio para a obtenção de lucro econômico.

À época, as igrejas neopentecostais ainda eram embrionárias e não chamavam a atenção da mídia (CAMURÇA, 2019:182), que somente nas décadas seguintes passou a noticiar – e criticar – o estilo de vida imponente de alguns de seus líderes, o qual, a rigor, guarda coerência com a denominada “teologia da prosperidade” que estes sustentavam e ainda sustentam nos seus ensinamentos e pregações.

A discussão em torno da existência de vínculo de emprego de ministros de culto se deve muito às reclamações trabalhistas movidas por dissidentes de igrejas neopentecostais que se tornaram conhecidas por uma postura aguerrida na captação de doações, o que fez com que, alguns magistrados trabalhistas entendessem que tais organizações não eram propriamente religiosas, mas sim entidades que visavam à obtenção de lucro econômico.

Na verdade, desde o advento do Decreto nº 7.107/2010, que promulgou a concordata entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, já era possível sustentar a inadmissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro da formação de vínculo de emprego entre sacerdotes e ministros de culto e suas respectivas organizações religiosas. Explicamos. No art. 16, I, da Concordata, há a previsão de que “o vínculo entre os ministros ordenados ou fiéis consagrados mediante votos e as Dioceses ou Institutos Religiosos e equiparados é de caráter religioso e, portanto, observado o disposto na legislação trabalhista brasileira, não gera, por si mesmo, vínculo empregatício, a não ser que seja provado o desvirtuamento da instituição eclesiástica”.⁷

Ora, não obstante a Concordata constitua instrumento jurídico internacional cujas disposições, em princípio, se aplicariam apenas à Igreja Católica Apostólica Romana, não seria possível reconhecer aos sacerdotes católicos tratamento diferenciado em relação aos sacerdotes ou ministros de culto de outras comunidades religiosas, por força da isonomia que o texto

⁷ BRASIL. [Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010](#). Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008.

constitucional confere às igrejas e aos cultos, não distinguindo tais organizações por sua origem, tempo de constituição ou número de adeptos. Com efeito, não é possível extrair do texto constitucional permissão para a quebra de isonomia entre as comunidades religiosas.

Inegavelmente, o modelo de laicidade do Estado Brasileiro, nos termos da Constituição da República, não é propriamente neutro em relação ao fenômeno religioso e à sua manifestação na sociedade, haja vista que, a partir de um preâmbulo que invoca a proteção de Deus, conta com vários dispositivos que encorajam a expressão religiosa dos cidadãos e das comunidades culturais.⁸ Por isso é que já se convencionou chamar o modelo brasileiro de “neutralidade benevolente” ou “laicidade colaborativa”.⁹

O modelo brasileiro legitima a expressão pluralista de religiões dentro da arena pública, não apenas tolerando as opiniões daqueles que tem fé (MARTINS, 2011:299), mas assegurando todos os meios para que a expressão dessa fé seja ampla, eventualmente em espaços estatais, como por exemplo estabelecendo a obrigatoriedade do ensino religioso em escolas públicas.¹⁰

Em alguns casos, a notória presença do fato religioso no Estado, na política e nas instituições desemboca em diversas discussões (a exemplo do uso do crucifixos em ambientes públicos¹¹, e da legalidade de uso de células tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa¹²), fruto de uma preeminência histórica do catolicismo, que sobrevive até os dias de hoje, somada a uma ascensão dos evangélicos e, em especial, como dito, dos pentecostais (CAMURÇA, 2019:178). No entanto, também é evidente no texto constitucional que há uma neutralidade do Estado em face das diferentes expressões e comunidades religiosas (referidas no texto da Carta Magna, de maneira abrangente, como igrejas e cultos). Assim sendo, o tratamento a ser dado às organizações religiosas deverá ser, de acordo com a ideologia constitucional, isonômico. Não fosse assim e a liberdade religiosa coletiva, ou seja, das comunidades, e a individual, de cada um dos seus integrantes, seriam vulneradas, incorrendo na “ditadura sobre a maioria de um país” (MARTINS, 2011:299). Neste sentido é que o Código

⁸ A título de exemplo, cita-se: imunidade tributária aos templos religiosos de qualquer culto (art. 150, IV, b); reconhecimento do casamento religioso como tendo juridicidade de casamento civil (art. 226, §2º); destinação de recursos públicos a escolas confessionais (art. 213); oferecimento obrigatório, nas escolas públicas de ensino fundamental, do ensino religioso (art. 210, §1º).

⁹ Sobre o tema, cf. VIEIRA, Thiago R.; REGINA, J. M. *A laicidade colaborativa brasileira: da aurora da civilização à constituição brasileira de 1988*. 1. ed. São Paulo: Edições Vida Nova, 2021.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439. Relator Ministro Roberto Barroso, data da publicação: 27 de setembro de 2017.

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Relatório do Conselheiro Oscar Argollo, 14ª Sessão Extraordinária, data do julgamento: 06 de junho de 2007.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, data do julgamento: 29 de maio de 2008.

Civil, no § 1º do art. 44, dispõe que “são livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento”,¹³ consagrando o que doutrinariamente se denomina de liberdade de organização religiosa.¹⁴

Para o constituinte, tanto faz a Igreja Católica, com uma história milenar, quanto uma associação adventista recém-fundada. Tanto faz a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, originada nos Estados Unidos, quanto o terreiro de candomblé, de matriz africana, ou a União do Vegetal, nascida na Amazônia. Tanto faz uma comunidade pequena, como a Suprema Ordem Universal da Santíssima Trindade, de Inri Cristo, quanto uma igreja neopentecostal com milhões de adeptos. Todas as comunidades religiosas devem ter, em princípio, igual tratamento.

De qualquer modo, merece elogios a iniciativa do legislador trabalhista, ao incluir os §§ 2º e 3º no art. 442 da CLT, pois nitidamente tentou trazer ao problema aqui abordado uma maior segurança jurídica, o que fica evidente na leitura da justificção do Projeto de Lei. Nem por isso, contudo, o texto está isento de críticas, notadamente o § 3º, cuja redação poderia ser mais clara, a fim de não deixar dúvida alguma quanto ao caráter restritivo da exceção legal e, assim, evitar decisões judiciais permeadas pelo preconceito contra específicas confissões religiosas baseadas tão somente na conduta eventualmente reprovável de seus líderes, como se verá a seguir.

1 O MÓVEL – E NÃO A NATUREZA DA ATIVIDADE – COMO CRITÉRIO DISTINTIVO DO TRABALHO RELIGIOSO

O § 2º do art. 442 assim prevê: “não existe vínculo empregatício entre entidades religiosas de qualquer denominação ou natureza ou instituições de ensino vocacional e ministros de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, ou quaisquer outros que a eles se equiparem, ainda que se dediquem parcial ou integralmente a atividades ligadas à administração da entidade ou instituição a que estejam vinculados ou estejam em formação ou treinamento”.

Observa-se que a redação é clara ao dispor que nem mesmo a dedicação parcial ou integral à atividade ligada à administração da entidade ou instituição a que esteja vinculado ou esteja em formação ou treinamento afasta o caráter religioso da atividade do ministro ou do membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, pois a função

¹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que instituiu o Código Civil.

¹⁴ Sobre o tema, cf. SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

administrativa nesses casos é realizada em razão do ministério eclesiástico. Mais do que estender às atividades administrativas o mesmo caráter religioso das atividades estritamente cultuais, o que se deduz do dispositivo em apreço é que o que realmente importa não é a natureza da atividade prestada pelo ministro, mas o móvel de sua realização. Tanto isso é verdade que a expressão utilizada é “ainda que se dediquem parcial ou integralmente a atividades ligadas à administração”.

O fato de o pastor, o pai de santo, o sacerdote católico, o rabino, o imã exercitarem atividades que não são essencialmente religiosas não afasta o caráter religioso de sua vinculação à respectiva organização religiosa, até porque costumeiramente a dedicação existente em decorrência da crença não se resume à celebração de cultos, à ministração de sacramentos e ordenanças e ao ensino e propagação da fé. Em realidade, é caminho natural que pessoas que exerçam tais atividades assumam, com o tempo, outras responsabilidades, tornando-se tesoureiros, gestores, integrantes de conselhos, supervisores etc., funções essas atinentes à administração da organização, mas que se desenvolvem a partir e em razão da vocação religiosa, raciocínio que pode – e deve – ser estendido à participação na gestão de meios de televisão, telemáticos e rádios vinculados às igrejas e cultos, bem como das mídias sociais, cuja utilização se intensificou muito após a crise pandêmica de 2020.

Essas atividades não religiosas são, em realidade, um meio de viabilizar o atingimento dos propósitos espirituais inerentes de qualquer organização religiosa. Tudo o que é feito ali pelo ministro de culto, o é com o ânimo de servir ao seu Deus (leia-se, também, deuses ou entidades cultuadas) e à comunidade religiosa à qual espontaneamente aderiu e se vinculou e, por conseguinte, o que o motiva é espírito voluntário, fruto de uma vocação espiritual. Se o *animus contrahendi*, isto é, a intenção de estabelecer um liame jurídico, é inequivocadamente direcionada à atividade religiosa de maneira voluntária e graciosa, não é crível enquadrá-la como uma relação empregatícia. Neste sentido, inclusive, vale reproduzir os seguintes arestos do TRT da 9ª Região que refletem o entendimento dominante sobre a temática:

PASTOR. VÍNCULO DE EMPREGO. ATIVIDADES DE PEDREIRO, CARPINTEIRO E PINTOR ALHEIAS AO MINISTÉRIO. O exercício de atividades vinculadas à propagação da fé e ensinamentos religiosos não constitui o objeto do contrato de emprego. O caráter espontâneo do liame entre pastor e igreja, revelado na motivação espiritual e vocação, inviabiliza o reconhecimento desta relação como empregatícia. Se as atividades ditas alheias à função de pastor tiveram como destinação, ainda que indireta, a prática do culto religioso, evidenciando o caráter voluntário do serviço, não se há falar em vínculo empregatício. Recurso dos reclamantes a que se nega provimento.¹⁵

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: 00281-2013-068-09-00-9 (RO) – 1ª Turma – Relatora: Desembargadora Neide Alves dos Santos – julgado em 25/03/2014.

PASTOR EVANGÉLICO. ATIVIDADES DE NATUREZA RELIGIOSA E VOCACIONAIS. VÍNCULO DE EMPREGO INEXISTENTE. Uma vez comprovado que a autora exercia funções de natureza religiosa, voltadas à propagação da fé e à arregimentação de fiéis, não há formação de vínculo de emprego. Pagamentos de valores, ainda que comprovados, não se constituem salário, mas auxílio da Igreja para a subsistência de seu membro, auxílio esse que sequer se encontra obrigada a realizar. Nem mesmo o exercício concomitante de atividades administrativas pela autora a tornam empregada, pois evidentemente exercida como meio de viabilizar o atingimento dos propósitos unicamente espirituais que são inerentes a todas as Igrejas. Sentença mantida.¹⁶

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ENTIDADE RELIGIOSA. TRABALHO VOLUNTÁRIO. Não se reconhece vínculo de emprego na espécie em que a intenção do trabalhador não era se vincular à ré a título oneroso e empregatício, restando evidenciado que o *animus contrahendi* foi inequivocamente direcionado à atividade religiosa, de maneira graciosa e voluntária. Nesse contexto, embora incontroversa a existência de pagamento de ajuda de custo ao autor pelo desempenho do ministério religioso, o que afastaria a voluntariedade sob o viés subjetivo, há aproximação deste instituto pela dimensão objetiva, dada a intenção do autor em propagar a fé da Igreja de modo benevolente e pela ausência de finalidade lucrativa da ré. Entre as partes havia apenas elo de orientação pautada nas bases do próprio Evangelho propagado pelo autor, como membro da Igreja à qual se filiou à época, sem qualquer finalidade econômica, não trilhando espaço sequer para ser reconhecida a subordinação estrutural. Inexistindo elementos nos autos que despontem pelo desvirtuamento da finalidade de divulgação do Evangelho pelas partes, destinando-se a remuneração unicamente a contribuir para a subsistência do autor, em notório intuito de promover caridade, mantém-se a sentença que rejeitou o pedido inicial. Recurso do autor a que se nega provimento.¹⁷

A doutrina jurídico-trabalhista sempre caminhou na mesma direção. O sacerdócio, assim como qualquer ministério de culto, não se confunde com o emprego, justamente por ser uma vocação de caráter espiritual, na qual prepondera a voluntariedade, isto é, o desejo de servir à divindade, às divindades ou às entidades cultuadas, bem como ao próximo, por motivos meramente espirituais, havendo uma presunção de gratuidade. No particular, pouco importa que o sacerdote ou ministro de culto¹⁸ receba o seu sustento da igreja ou do culto. As denominadas “prebendas” não possuem a natureza retributiva do salário e nem implicam atribuição de onerosidade à vinculação com a entidade religiosa; pelo contrário, intentam livrar

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: [0000752-78.2016.5.09.0666](#) (RO) – 6ª Turma – Relator: Francisco Roberto Ermel – julgado em 28/06/2017.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: [0001346-68.2017.5.09.0016](#) – 7ª Turma – Relatora: Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão – julgado em 24/06/2021.

¹⁸ Consultando a jurisprudência dos tribunais trabalhistas brasileiros, não é difícil encontrar decisões judiciais que demonstram desconhecimento em torno das diferenças religiosas. Por exemplo, a palavra “sacerdote” é às vezes utilizada equivocadamente para designar ministros protestantes. Outras vezes a palavra “seita” é usada para designar uma religião minoritária. Esta, todavia, é uma palavra que não deve ser usada porque tem uma carga pejorativa. Seita é, fundamentalmente, como alguém chama a religião do outro, a fim de mostrar a superioridade da sua ortodoxia religiosa. A Constituição não distingue entre religiões e seitas. Somente distingue entre igrejas e cultos, mas apenas para reforçar a amplitude da proteção da liberdade religiosa coletiva, porque igrejas são organizações que seguem o modelo estrutural da cristandade e cultos são todas as organizações religiosas que não se encaixam nesse modelo. Por exemplo, a palavra igreja não é utilizada para se referir a uma sinagoga, a uma mesquita, ou a um terreiro de candomblé. Tais organizações religiosas, constitucionalmente identificadas como cultos, contudo, se beneficiam da liberdade religiosa nas mesmas condições e com a mesma extensão que as igrejas.

o sacerdote ou ministro de culto de inquietações materiais que possam atrapalhar a sua dedicação à vocação espiritual decorrente de sua profissão da fé. Não há onerosidade porque as partes são movidas pela fé e não pela expectativa de retribuição econômica.

A propósito, a Lei n.º 8.212, de 1991, em seu artigo 22, § 13º assim já dispunha: “não se considera como remuneração direta ou indireta, para os efeitos desta Lei, os valores despendidos pelas entidades religiosas e instituições de ensino vocacional com ministro de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa em face do seu mister religioso ou para sua subsistência desde que fornecidos em condições que independam da natureza e da quantidade do trabalho executado”. Portanto, eventuais valores recebidos pelo religioso objetivam proporcionar disponibilidade para que se dedique à propagação e ao fortalecimento da crença, não se podendo presumir, em razão disso, que há onerosidade na relação, até porque o trabalho de cunho religioso não é avaliável economicamente (BARROS, 2009:467).

A ordenação ou vocação para o trabalho religioso será sempre animada pela voluntariedade (desejo de assistir espiritualmente ao próximo, de transmitir a fé e de servir a Deus, aos deuses ou às entidades cultuadas) e brotará da experiência com o sagrado, com o transcendente; é o chamado trabalho pactuado *affectionis vel benevolentias causa* (DELGADO, 2009:280). Nas palavras de BARROS (2000:98):

O trabalho de cunho religioso não constitui objeto de um contrato de emprego, pois sendo destinado à assistência espiritual e à divulgação da fé, ele não é avaliável economicamente. Ademais, nos serviços religiosos prestados ao ente eclesiástico, não há interesses distintos ou opostos, capazes de configurar o contrato; as pessoas que o executam, o fazem como membros da mesma comunidade, dando um testemunho de generosidade, em nome da sua fé. Tampouco se pode falar em obrigação das partes, pois, do ponto de vista técnico, aquela é um vínculo que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa em proveito próprio de outrem. Esse constrangimento não existe no tocante aos deveres da religião, aos quais as pessoas aderem, espontaneamente, imbuídas do espírito de fé. Em consequência, quando o religioso, seja frei, padre, irmã ou freira, presta serviço por espírito de seita ou voto, ele desenvolve profissão evangélica à comunidade religiosa a que pertence, sendo excluído do ordenamento jurídico-trabalhista, ou seja, não é empregado. Isto porque há uma relação causal direta com o cumprimento dos votos impostos pela ordem religiosa e uma presunção de gratuidade da prestação, que é disciplinada pelo direito canônico, no caso da Igreja Católica Apostólica Romana.

E, também, de Nascimento (2012:227):

Os serviços que prestam os trabalhadores nos templos e outros lugares destinados ao culto não oferecem caráter laboral, pela ausência de lucro próprio das atividades religiosas, de finalidade altruística, benéfica e inclusive ultraterrena. A retribuição que se paga não constitui salário, mas o pagamento de um serviço, comumente prestado por quem comparte iguais sentimentos religiosos que o sacerdote ou a congregação que remunera essas atividades. As prestações dos sacerdotes ou membros de ordens religiosas, tanto masculinas como femininas, não enquadram o contrato de trabalho se correspondem à sua específica missão.

Além disso, pouco importa que o sacerdote ou o ministro esteja hierarquicamente vinculado a uma obrigação de seguir comandos, cumprir horários e prestar contas, pois tal fato decorre de sua posição dentro da organização religiosa que, como qualquer pessoa jurídica, é estruturada de forma a assegurar a ordem interna (fruto do seu direito à livre associação previsto no art. 44, IV, Código Civil) e o necessário cumprimento da legislação pátria. A presença de regras é inerente à função religiosa,¹⁹ pois não seria razoável que um líder não observasse as normas institucionais e, ao contrário, desempenhasse suas funções como melhor lhe conviesse. Não há instituição que se mantenha sem organização e sem hierarquia. Além disso, a subordinação do sacerdote ou do ministro resulta de um voto de obediência (pouco importa se expresso ou não, pois está implícito na natureza do liame) e o elo que o liga à entidade não gera obrigações recíprocas, pois os serviços são prestados em proveito da comunidade religiosa e não da pessoa jurídica. Trata-se, quando muito, de uma subordinação eclesiástica, mas não nos moldes previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Há, por fim, outro aspecto no dispositivo (§2º) que também converge para o entendimento de que é o móvel e não a natureza da atividade que constitui o elemento distintivo do trabalho religioso: a referência às entidades religiosas de qualquer denominação ou natureza, às instituições de ensino vocacional, aos institutos de vida consagrada, congregações e ordens religiosas.

Se bem que qualquer destas instituições possa contratar trabalhadores assalariados (por exemplo, um seminário pode empregar um professor, um instituto pode empregar um gestor de Recursos Humanos e uma congregação pode empregar um vigilante), quando quem lhe presta serviços é um ministro de confissão religiosa vinculado à entidade, o móvel religioso desnatura por completo a possibilidade de formação da relação de emprego, pois o ânimo que o une à entidade será, sempre, comunitário e não celetista.

2 O DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE RELIGIOSA E VOLUNTÁRIA COMO EXCLUDENTE DE APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 442, CLT

O § 3º do art. 442 da CLT que prevê: “o disposto no § 2º não se aplica em caso de desvirtuamento da finalidade religiosa e voluntária”, foi acrescido por ocasião de uma proposta

¹⁹ Sobre o tema, cf. PRIGOL, Natália; VILLATORE, Marco Antonio César. As Organizações de Tendência confessionais sob a ótica das relações de emprego. RECHTD. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 10, p. 314-325, 2019. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.103.08/60746881>. Acesso em 20 de novembro de 2023.

de emenda na Câmara dos Deputados e deve ser lido com muito cuidado, a fim de evitar que a intenção do legislador seja menosprezada e que a insegurança jurídica à qual o legislador pretendeu pôr fim volte a ser uma presença incômoda na jurisprudência trabalhista. Para fins diádicos, enquanto no § 2º a palavra-chave para assegurar a correta interpretação legal era, a nosso ver, “móvel”, no § 3º a palavra-chave que serve ao mesmo intuito é “finalidade” institucional.

De início, uma leitura superficial poderia gerar a interpretação de que seria possível à organização religiosa ter uma finalidade religiosa destituída de caráter voluntário. No entanto, como a atividade religiosa é essencialmente voluntária, a ideia do legislador com o uso da palavra “voluntária” é apenas reforçar a natureza de que o trabalho religioso é fundado na voluntariedade, uma vez que, ainda que o ministro ou sacerdote tenha o seu sustento garantido por sua igreja ou culto, como já dito, o móvel da vinculação com a comunidade religiosa continua sendo a voluntariedade, a vocação, e não, tal qual ocorre no trabalho secular, o lucro.

A voluntariedade, portanto, não significa que os sacerdotes e ministros de culto não possam receber o seu sustento das organizações religiosas nas quais exercitam a sua vocação. O ministro de culto que, buscando o reconhecimento de vínculo de emprego, alegar que a sua vocação não tem caráter espiritual e que o seu serviço à comunidade religiosa era motivado pelo ganho econômico revela sua própria torpeza, apresentando-se como mercenário e mercador da fé. Conquanto seu castigo deva se supor extraterreno, nem por isso pode ser amparado com a incidência de normas protetivas emanadas do Estado (BARROS, 2017:308). Deste modo, não merece a tutela do Direito do Trabalho e do Judiciário Trabalhista.

De fato, a ninguém é dado pretender se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur turpitudinem allegans*, como diziam os romanos). Qualquer pessoa religiosa compreenderá o que aqui se pretende dizer. Basta que se coloque no lugar do outro que tenha religião diversa. Se você for católico romano, imagine um padre, que esteja, por exemplo, gerindo uma obra social da Igreja, por nomeação do arcebispo ou mesmo do Papa, e reclame contra a Igreja o reconhecimento de vínculo de emprego sob a alegação de que o seu móvel era econômico. Isso seria moralmente aceitável para um genuíno católico? Supondo que você seja evangélico, consideraria legítimo que o pastor de sua igreja adotasse a mesma postura contra a comunidade religiosa à qual você pertence? Se você for candomblecista, consideraria ético que um sacerdote de sua religião fizesse uma reclamação buscando o reconhecimento do vínculo de emprego afirmando que o seu trabalho não era voluntário e não decorria de uma vocação espiritual, mas sim do intuito de obter lucro econômico? Certamente que não.

Por outro lado, somente uma exegese canhestra e enviesada permitiria concluir que a

noção de desvirtuamento da finalidade religiosa e voluntária se aplica aos serviços prestados pelo ministro de culto. É mais do que evidente que o desvirtuamento aludido pelo § 3º do art. 442 da CLT se aplica à atividade da organização religiosa e não à atividade em si do sacerdote ou do ministro de culto, e diferente não poderia ser.

O desvirtuamento da finalidade religiosa e voluntária referido no parágrafo em apreço corresponde exatamente ao conceito de desvio de finalidade estabelecido pelo art. 50, § 1º, do Código Civil, ou seja, cuida-se da “utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”²⁰. Ele ocorre quando “a pessoa jurídica desborda das finalidades declinadas no seu ato constitutivo” (ANDRIGHI, 2023), afastando-se dos seus objetivos sociais (KOCH, 2005:169); isto é, quando o papel social, nos termos dos traços da personalidade jurídica, não estiver sendo desenvolvido (NERY JÚNIOR; NERY, 2008:249. Por isso não se pode falar em “*desvio de finalidade da atividade religiosa exercida pelo demandante*”, expressão que encontramos em alguns julgados e que justifica, portanto, o cuidado em assegurar a correta interpretação do que o legislador pretendeu regular.

Com efeito, o “desvirtuamento da finalidade religiosa” é uma expressão que somente faz sentido quando aplicada à organização religiosa e não ao ministro. Por outras palavras, o desvirtuamento ocorre quando a organização religiosa não cumpre ou deixou de cumprir a finalidade religiosa, sendo utilizada total ou preponderante para atender a propósitos ilícitos, isto é, quando toda a organização, incluindo os seus membros, é contaminada pela finalidade ilícita de obtenção de ganhos econômicos. A concordata do Brasil com a Santa Sé deixa isso bem claro, porque fala em desvirtuamento da instituição eclesiástica.

Caso se entendesse que o desvirtuamento da finalidade se referisse à atividade do sacerdote ou do ministro e não da organização religiosa, teríamos que acolher a ideia de que a torpeza de alguém que se apresenta como mercenário da fé, ou seja, destituído de motivação espiritual, deve ser recompensada com o reconhecimento do vínculo de emprego. Nesse caso os fiéis ofertantes e dizimistas seriam duplamente penalizados: teriam de arcar com os custos do reconhecimento do vínculo e com os prejuízos decorrentes da fraude pelo desvio. E o mercenário seria duplamente beneficiado: pelos benefícios financeiros que angariou e pelas verbas trabalhistas recebidas. A intenção do legislador não poderia ser esta!

Também não cabe interpretar o desvirtuamento da finalidade como mero desvirtuamento da gestão da organização religiosa. Isso porque a organização religiosa é constituída de uma coletividade de pessoas e, no mais das vezes, não está vinculada à figura de

²⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que instituiu o Código Civil.

seu líder, o qual pode, por exemplo, estar cumprindo um mandato temporário. Assim sendo, se a igreja ou a comunidade é, de fato, uma organização religiosa, cujo traço distintivo essencial é a prática de culto,²¹ ainda que os seus administradores se desviem da finalidade e façam uma gestão fraudulenta ou que os beneficie com ganhos ilícitos, nem por isso se pode dizer que a finalidade de toda a organização foi desvirtuada, pois a igreja ou o culto não são os seus líderes e nem mesmo os seus fundadores, por mais poderes que eles detenham. A igreja e o culto são comunidades de fé, isto é, organizações com base associativa. Não por outra razão que, no campo da responsabilidade civil e da persecução criminal, as medidas punitivas eventualmente tomadas pela autoridade judicial contra gestores que de forma fraudulenta causam danos à comunidade religiosa devem ser dirigidas a quem exerce o poder na organização e não à organização religiosa em si. De outro modo, os associados da organização religiosa, como dito, seriam duplamente penalizados.

Somente se pode falar em desvirtuamento de finalidade, portanto, quando a organização religiosa como um todo, inclusive a sua base associativa, está contaminada pelo desvio de finalidade e nunca teve ou deixou de ter como finalidade preponderante a prática cultual. Por exemplo, o desvirtuamento da finalidade pode se verificar na própria origem nos casos em que uma igreja seja criada por um grupo de pessoas apenas para servir a um propósito comercial e se beneficiar da imunidade tributária dos templos de qualquer culto. Mas uma organização religiosa autêntica pode, em tese, vir a ter a sua finalidade desvirtuada no meio do caminho, tornando-se predominantemente uma empresa comercial, caso os seus membros decidam que a sua atividade principal será a venda de algum produto com o objetivo de prover o sustento de todos. Nos dois casos, o que se verifica não é o mero desvirtuamento **da gestão** de uma organização religiosa, isto é, de uma entidade que realmente se dedica ao culto e, portanto, à experiência com o sagrado. Mais do que isso, é um desvirtuamento da própria organização.

Como temos visto e, nunca é demais repetir, a organização religiosa (igreja ou culto) é uma coletividade, ou seja, tem base associativa. Conquanto na classificação legal não se identifique como associação civil, nem por isso se pode ignorar que, à semelhança daquele tipo de instituição, a organização religiosa resulta da reunião de pessoas que têm um objetivo comum, que no seu caso específico é, precipuamente, mas não só, a prestação de culto.²² Com

²¹ Nas palavras de Jónatas Machado (1996:251), “a *diferentia specifica* verdadeiramente distintiva das confissões religiosas é o culto. Este desmarca-as das restantes entidades, públicas e privadas. O critério para a identificação de uma confissão ou comunidade religiosa é o da actividade predominante”.

²² A despeito da centralidade teleológica que o culto possui numa organização religiosa, há algumas outras funções que também se inserem na finalidade institucional das organizações religiosas, entre as quais a ação social, o

efeito, a marca distintiva das organizações religiosas é a sua finalidade institucional. O que distingue uma organização religiosa de uma mera associação civil é que aquela tem como objetivo central o culto.

Uma coisa, portanto, é uma organização religiosa autêntica, isto é, que se dedica ao culto e tenha como gestor alguém mal-intencionado que, longe de ter razões espirituais na sua administração, objetiva o lucro para si próprio e/ou para seus cúmplices, utilizando-se do discurso religioso para fins diversos daquele a que se propõe a atividade religiosa, arrecadando doações que não são destinadas à manutenção da estrutura da instituição e de suas obras altruísticas e filantrópicas. Outra coisa é uma organização religiosa que se desvia da sua finalidade institucional e passa a atuar como uma empresa lucrativa quando da sua criação ou em momento posterior, como se fora um negócio de natureza comercial. Neste caso, a própria comunidade em si – ou, ao menos, parte significativa dela – está envolvida no desvirtuamento da finalidade institucional e não apenas o seu gestor. O vício está na organização, que nunca teve ou deixou de ter uma finalidade verdadeiramente religiosa, e não na gestão. Neste caso específico, é possível que o “ministro” ou “sacerdote” que reclame contra a organização religiosa, que deixou de ser uma igreja ou o culto, eventualmente esteja reclamando justamente contra seus parceiros de desvirtuamento da organização religiosa e, ordinariamente, o que haverá entre eles é uma sociedade com fins ilícitos. Mas é possível, também, o surgimento de uma relação de emprego, por exemplo quando um “ministro” nada mais é do que um vendedor de produtos de caráter religioso ou não, que tem com os demais integrantes da organização uma relação de subordinação nos moldes do contrato de trabalho.

É esse o entendimento majoritário, mas não unânime, que já vinha sendo manifestado pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Citam-se aqui arestos do TRT da 9ª Região:

VÍNCULO DE EMPREGO. PASTOR EVANGÉLICO. A prestação de serviços na função de pastor possui natureza estritamente vocacional e religiosa. O reconhecimento do vínculo de emprego do pastor com a igreja somente é possível se comprovado pelo Reclamante, de forma satisfatória, **o desvio de finalidade da entidade eclesiástica** a que ele se encontra atrelado, o que não ocorreu no caso dos autos. Recurso conhecido e não provido.²³

VÍNCULO DE EMPREGO - TRABALHOS PASTORAIS E MISSIONÁRIOS - NÃO DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE - INEXISTÊNCIA. Tratando-se de serviços pastorais e missionários, conforme contrato mantido entre as partes, é lícito

doutrinação ética e o proselitismo. As finalidades institucionais próprias da organização religiosa não compreendem, contudo, a atividade comercial, industrial ou qualquer atividade que vise à obtenção de lucro, nem a atividade político-partidária, não se computando no primeiro caso eventuais captações de recursos através da venda de produtos religiosos (colportagem etc.) cujos recursos se destinem à manutenção da organização e das suas obras sociais.

²³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: 0000235-49.2021.5.09.0585 (RO) - 5ª Turma - Relator: Desembargador Sergio Guimarães Sampaio - julgado em 27/01/2022. Trecho destacado pelos articulistas.

presumir que não há relação de trabalho entre as partes, mas sim vocacional. Isto porque é o que ordinariamente acontece e, portanto, o que se presume (art. 375 do CPC/2015). Não se olvida a possibilidade de perpetração de fraude, a qual, consoante o art. 9º, da CLT, deve ser afastada. Assim sendo, caso a parte autora comprove que materialmente havia de fato uma relação de emprego, marcada pela expectativa de contraprestação de ordem econômica e pelo **desvirtuamento dos fins religiosos**, há possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego. No caso, o autor não comprovou o desvirtuamento do contrato de serviços pastoral e missionário, razão pela qual é mantido o indeferimento do vínculo de emprego pleiteado.²⁴

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ENTIDADE RELIGIOSA. TRABALHO VOLUNTÁRIO. Não se reconhece vínculo de emprego na espécie em que a intenção do trabalhador não era se vincular à ré a título oneroso e empregatício, restando evidenciado que o *animus contrahendi* foi inequivocamente direcionado à atividade religiosa, de maneira graciosa e voluntária. Nesse contexto, embora incontroversa a existência de pagamento de ajuda de custo ao autor pelo desempenho do ministério religioso, o que afastaria a voluntariedade sob o viés subjetivo, há aproximação deste instituto pela dimensão objetiva, dada a intenção do autor em propagar a fé da Igreja de modo benevolente e **pela ausência de finalidade lucrativa da ré**. Entre as partes havia apenas elo de orientação pautada nas bases do próprio Evangelho propagado pelo autor, como membro da Igreja à qual se filiou à época, sem qualquer finalidade econômica, não trilhando espaço sequer para ser reconhecida a subordinação estrutural. Inexistindo elementos nos autos que despontem pelo desvirtuamento da finalidade de divulgação do Evangelho pelas partes, destinando-se a remuneração unicamente a contribuir para a subsistência do autor, em notório intuito de promover caridade, indevido o reconhecimento do vínculo empregatício. Recurso ordinário da reclamada ao qual se dá provimento.²⁵

Em suma, o elemento que define se é possível o reconhecimento de um vínculo de emprego, tal qual disposto no § 3º do artigo 442, CLT, é o desvirtuamento institucional, que ocorre quando toda a comunidade – ou parte significativa dela – está envolvida e, não, o mero desvirtuamento da gestão/ministerial ou de um líder. Entendimento diverso, como defendido, implicaria dupla penalização à comunidade religiosa, o que por certo não foi a intenção do legislador.

3 DA INADMISSIBILIDADE DA GESTÃO ABUSIVA DE ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA COMO CRITÉRIO PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DOS MINISTROS DE CULTO

Eventualmente recolhemos na jurisprudência trabalhista uma ou outra decisão que reconhece a relação de emprego de ministros de organizações religiosas, sob o fundamento de que a liderança, ao realizar uma gestão fraudulenta, utilizando, por exemplo, do discurso religioso como chamariz para doações ou desviando verbas para interesses alheios à

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: 0001423-35.2019.5.09.0654 (RO) – 1ª Turma – Relator: Desembargador Edmilson Antonio de Lira – julgado em 05/02/2021. Trecho destacado pelos articulistas.

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: [0000438-42.2021.5.09.0122](https://trt9.jus.br/decisiones/0000438-42.2021.5.09.0122) (RO) – 7ª Turma – Relatora: Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão – julgado em 17/11/2022. Trecho destacado pelos articulistas.

organização, autoriza o reconhecimento do vínculo de emprego.²⁶

Algumas críticas podem ser levantadas contra o entendimento de que há vínculo de emprego do ministro de culto apenas sob o fundamento de que os líderes e gestores da comunidade buscam o lucro e, portanto, a organização religiosa ocultaria uma empresa econômica. A ideia, em geral, é problemática, na medida em que se baseia em premissas equivocadas que, se largamente aceitas, poderiam colocar em risco a própria efetividade da liberdade religiosa individual e, principalmente, da coletiva. No nosso sentir, o entendimento deve ser rechaçado porque:

(i) confunde o modo de gestão de uma instituição religiosa com a sua essência. Desde que as igrejas e cultos, em virtude do princípio da separação (art. 19, I, CF), têm constitucionalmente consagrada uma liberdade de autodeterminação que inclui a livre estruturação interna, elas podem adotar internamente a solução organizacional que lhes aprouver, mesmo fugindo às formas clássicas de governo eclesiástico (episcopal, congregacional e presbiterial). A gestão de uma organização religiosa em moldes empresariais (no que tange à sua compleição estrutural) não tem o condão de, por si só, afastar-lhe o caráter religioso.

(ii) ignora que a organização religiosa tem uma base associativa. Ninguém funda uma organização religiosa sozinho. Conquanto os líderes de uma igreja ou culto, sobretudo se são os idealizadores, possam manter um enorme poder decisório no âmago da instituição, ela é fundamentalmente uma congregação de indivíduos que partilham de uma mesma fé. São os fiéis que sustentam a instituição e lhe conferem o status religioso. Uma organização associativa que se dedica ao culto religioso, ainda que eventualmente liderada por alguma pessoa mal-intencionada que esteja se beneficiando economicamente da boa-fé dos fiéis, não pode deixar de ser vista como uma organização religiosa se é assim que os seus filiados a veem. As organizações religiosas são formações sociais criadas e mantidas por seus associados, concretizando no nível comunitário a liberdade religiosa de que estes são titulares. Não é o Estado quem as cria, pois existem antes mesmo que lhes seja reconhecida a personalidade jurídica. Deste modo, cabe em princípio aos indivíduos que compõem a organização defini-la como religiosa e não ao poder público (seja o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário).

(iii) esquece que, em razão da dimensão coletiva da liberdade religiosa, as entidades

²⁶ A título de exemplo, cita-se os seguintes precedentes do TST: AIRR – 430-67.2010.5.04.0000, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 04/02/2011; RR – 19800-83.2008.5.01.0065, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DEJT 10/02/2012; RR – 34600-12.2008.5.01.0035, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 05/05/2014.

religiosas têm um direito de autodeterminação que compreende, dentre outros, os direitos de autocompreensão, autodefinição e auto-organização (SILVA, 2011:250; SARLET, 2015:831), daí por que suas doutrinas, suas regras de estruturação interna e o seu ordenamento disciplinar são, em regra, imunes ao poder estatal (MACHADO, 1996:246). Isso porque todas as organizações religiosas são titulares ativas do direito à liberdade religiosa (SORIANO, 2002:177). Não cabe ao Estado dizer se são ou não organizações religiosas, mas sim a sua base associativa. Em suma, se os seus fiéis a compreendem como uma igreja ou culto, este é o seu *status*. Ignorar tal fato, portanto, vulnera a liberdade religiosa coletiva.

(iv) negligencia o fato de que quando uma decisão judicial interfere indevidamente numa organização religiosa para afastar uma sanção aplicada por ela, em consonância com o seu ordenamento, para privilegiar o interesse de um único integrante que se desvia do padrão comportamental reverenciado por aquela comunidade, estar-se-á ofendendo tanto o direito à liberdade de organização religiosa coletiva, como também o direito de cada um dos membros possui de ter observado o ordenamento peculiar da organização, ao qual todos voluntariamente aderiram (SANTOS JUNIOR, 2007:89).

(v) olvida que a decisão judicial, ao reconhecer o vínculo de emprego do ministro de culto, termina por privilegiar o interesse de alguém que se desviou do padrão comportamental reverenciado pela comunidade religiosa, afastando uma sanção aplicada em consonância com o ordenamento da instituição, por exemplo, uma excomunhão justificada pela prática de infidelidade conjugal ou por apropriação indébita de recursos da instituição. Em tais situações não apenas é ofendido o direito à liberdade de organização religiosa, como também o direito que cada um dos membros possui de ver observado o ordenamento peculiar da organização, ao qual todos aderiram livremente. Por isso se pode dizer que o reconhecimento de vínculo empregatício em desrespeito à **liberdade religiosa coletiva (liberdade de organização religiosa) pode levar a vulneração da liberdade religiosa individual dos seus integrantes.**

(vi) ignora que, mesmo nos casos em que o reclamante não tenha sido punido pela entidade religiosa pela prática de uma conduta que se afasta das regras da organização (por exemplo a excomunhão) nem por isso parece plausível juridicamente o reconhecimento do vínculo empregatício fundado tão somente no presumido intento econômico de seus líderes e/ou fundadores.

(vii) com o argumento de que houve desvirtuamento da finalidade religiosa (*desvio de finalidade da atividade religiosa exercido pelo demandante*), confundindo desvio de finalidade com desvio na gestão, o entendimento termina paradoxalmente por beneficiar justamente o indivíduo que toma o trabalho religioso como profissão e que, portanto, em prejuízo dos fiéis,

desvirtua o próprio sentido da religião.

(viii) pretendendo punir líderes religiosos supostamente mal-intencionados, o entendimento se revela perverso justamente contra os indivíduos que seriam as suas vítimas, pois é a membresia, que a mantêm com sua contribuição financeira, que irão pagar a conta da condenação e não quem compõe o seu corpo diretivo. Nesse caso, as supostas vítimas de líderes desonestos são duplamente penalizadas.

(ix) pode ocultar um sentimento antirreligioso ou, no mínimo, uma dose de preconceito contra religiões minoritárias, pois não se conhece um único caso de decisão que tenha reconhecido ao sacerdócio católico o caráter empregatício. O mais grave é que a decisão sobre o caráter religioso ou não de uma instituição fica muito dependente do alvedrio do juiz, tratando-se de uma interferência baseada em critérios puramente subjetivos, justamente num assunto sobre o qual, por força da laicidade estatal, o poder público deve evitar ao máximo emitir sua opinião e, quando o fizer, tem que ser muito cauteloso, não só para não ferir o sentimento religioso dos membros da comunidade religiosa, que é uma organização de caráter associativo, mas também para evitar erodir o conteúdo essencial da religião professada por significativa parcela de brasileiros, o que se afiguraria inconstitucional” (WEINGARTNER NETO, 2006:576).

(x) por fim, ignora que a intervenção do poder público ao reconhecer um vínculo empregatício de ministro religioso utilizando como fundamento apenas um desvirtuamento de comportamento, para além de violar a liberdade religiosa, importa na violação ao modelo de estado laico eleito pelo constituinte brasileiro, que ao passo em que pressupõe o acolhimento ou a acomodação dos diferentes grupos religiosos no espaço comum, assegura liberdade e não interferência dentro de cada uma dessas organizações, protegidas em decorrência da garantia à autodeterminação.

CONCLUSÕES

À vista das considerações acima, as conclusões a que chegamos, e na intenção de responder ao problema da pesquisa, são as seguintes:

- a) Nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 442 da CLT, não há vínculo de emprego entre ministros de culto e organizações religiosas, independentemente da natureza da atividade à qual se dediquem em tais comunidades, pois é o móvel o critério distintivo do trabalho religioso.
- b) Somente haverá vínculo de emprego do ministro de culto com a respectiva organização religiosa, quando esta nunca cumpriu ou deixou de cumprir as suas

finalidades institucionais, das quais a principal é o culto, isto é, foi fundada ou se tornou uma organização com fins econômicos (lícitos ou ilícitos).

- c) O desvio de finalidade não se confunde com o desvio de gestão. O desvio de finalidade institucional contamina a própria organização religiosa e tem como principal vítima a sociedade, ao passo que o desvio de gestão, referindo-se ao abuso de seus líderes e administradores, tem como principal vítima a própria comunidade religiosa, que é uma coletividade composta de indivíduos que, exercitando a sua liberdade religiosa, compartilham uma mesma crença.
- d) Como regra, não cabe ao poder judiciário, por conta da laicidade estatal, definir o caráter religioso de uma organização ou, por outras palavras, dizer se uma organização é ou não religiosa. Contudo, nos casos excepcionais em que for obrigado a fazê-lo, apenas para aferir se a organização religiosa se desvirtuou da sua finalidade institucional, o juiz do trabalho, evitando punir duplamente quem é vítima de líderes religiosos desonestos, deve considerar que esta goza no ordenamento jurídico brasileiro de ampla liberdade de autodeterminação (liberdade de organização religiosa) e que se trata de uma coletividade, de modo que o caráter religioso da instituição é outorgado pela própria comunidade de fiéis e não pelo poder público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Desconsideração da personalidade jurídica. BDJUR, STJ, disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/consumidor/arquivos/desconsideracao.pdf>. Acesso em 20/11/2023.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. atual. por Jessé Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. LTR: São Paulo, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. Trabalho voluntário e trabalho religioso. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 66, n. 1, p. 98-115, jan./mar. 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emendas apresentadas ao Projeto de Lei n.º 1096/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=2192980&subst=0. Acesso em 17/11/2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Relatório do Conselheiro Oscar Argollo, 14ª Sessão

Extraordinária, data do julgamento: 06 de junho de 2007.

BRASIL. [Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010](#). Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 1096, de 2019. Senado Federal, Atividade legislativa.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.439. Relator Ministro Roberto Barroso, data da publicação: 27 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, Relator Ministro Ayres Britto, data da publicação: 29 de maio de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: 00281-2013-068-09-00-9 (RO) – 1ª Turma – Relatora: Desembargadora Neide Alves dos Santos – julgado em 25/03/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: [0000752-78.2016.5.09.0666](#) (RO) – 6ª Turma – Relator: Francisco Roberto Ermel – julgado em 28/06/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: [0001346-68.2017.5.09.0016](#) – 7ª Turma – Relatora: Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão – julgado em 24/06/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: 0001423-35.2019.5.09.0654 (RO) – 1ª Turma – Relator: Desembargador Edmilson Antonio de Lira – julgado em 05/02/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: 0000235-49.2021.5.09.0585 (RO) - 5ª Turma - Relator: Desembargador Sergio Guimarães Sampaio - julgado em 27/01/2022

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: [0000438-42.2021.5.09.0122](#) (RO) – 7ª Turma – Relatora: Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão – julgado em 17/11/2022.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. La laïcité à la brésilienne: la présence des symboles religieux dans l'espace public. In: **La Sécularisation en question: religions et laïcités au prisme des sciences sociales**. Org. PORTIER, Philippe; WILLAIME, Jean-Paul. Classiques Garnier: Paris, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

KOCH, Deonísio. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ensino religioso, previsto na Constituição Federal, frente ao Tratado Brasil – Santa-Sé e a lei de diretrizes de bases da educação nacional. In: **Revista de Direito Educacional**, vol. 3/2011, pp. 297-317. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:revista:2010;000902217>.

Acesso em 20 de novembro de 2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: 2008.

PRIGOL, Natália; VILLATORE, Marco Antonio César. As Organizações de Tendência confessionais sob a ótica das relações de emprego. RECHTD. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 10, p. 314-325, 2019. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.103.08/60746881>.

Acesso em 20 de novembro de 2023.

SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. **A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 8/2015, pp. 829–845, p. 831.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo**. Tese apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

Como citar este artigo

SANTOS JUNIOR, Aloísio C. dos; PRIGOL, Natália M. M. A inexistência de vínculo empregatício entre ministros de culto e entidades religiosas: uma breve análise dos §§ 2º e 3º do art. 442 da CLT sob o prisma da liberdade religiosa coletiva. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e045, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.45. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/45>. Acesso em:

LIBERDADE SINDICAL OBJETIVA E LIBERDADE SINDICAL SUBJETIVA NA CONVENÇÃO N.º 87 DA OIT COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

OBJECTIVE FREEDOM OF ASSOCIATION AND SUBJECTIVE FREEDOM OF ASSOCIATION IN ILO CONVENTION N. 87 AS AN INSTRUMENT TO STRENGTHEN THE BRAZILIAN DEMOCRACY

Andréa Arruda Vaz¹

<https://orcid.org/0000-0001-9177-2740>

Marcos Augusto Maliska²

<https://orcid.org/0000-0002-3470-9304>



Resumo: O artigo aborda a importância da internalização da Convenção n.º 87 da OIT, como um instrumento de fortalecimento dos princípios estruturais da Constituição de 1988. Constituição esta que estrutura o Estado Constitucional Cooperativo no Brasil. A pesquisa aborda a liberdade sindical objetiva e a liberdade sindical subjetiva a partir do Estado Constitucional Cooperativo brasileiro. A abordagem perpassa ao reconhecimento da Constituição de 1988 como uma constituição cooperativa, assim como apresenta elementos que demonstram que o Brasil é um Estado Constitucional Cooperativo, aberto no plano interno e a legislação internacional. A abordagem perpassa pela importância da internalização da Convenção n.º 87 da OIT no plano interno. A sua internalização possui o condão de fortalecer o Estado Constitucional Cooperativo Brasileiro, assim como a própria democracia no Brasil, uma vez que sem liberdade, não se pode afirmar que exista democracia. É importante, compreender a liberdade enquanto um espaço de autonomia sindical, espaço de criatividade, de desenvolvimento e de autonomia da vontade das partes, perpassando sempre pela chancela da Constituição de 1988, assim como da estrutura normativa internacional. O Espaço de autonomia sindical objetivo e subjetivo possui no Brasil o reconhecimento pela própria Constituição de 1988, logo, a internalização da Convenção n.º 87/1948 só tem a contribuir para o fortalecimento deste espaço, bem como sua expansão e concretização da democracia laboral no país. Um Estado Constitucional Cooperativo demanda um comportamento Cooperativo e pautado em atender aos preceitos da Constituição no plano interno, seja pelo legislativo, executivo, judiciário, seja por instituições privadas, como é o caso dos sindicatos, que embora pessoas jurídicas de direito privado, possuem a personalidade jurídica sindical, que as distinguem das demais pessoas jurídicas.

Crossref doi

Recebido em: 13/12/2023
Aprovado em: 27/02/2024

DOI: <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.48>



Palavras-chave: liberdade objetiva; liberdade subjetiva; convenção 87; democracia.

Abstract: This article addresses the importance of the internalization of ILO Convention n. 87 as an instrument to strengthen the structural principles of the Brazilian Constitution of 1988. This Constitution structures the Cooperative Constitutional State in Brazil. The research focuses on the objective freedom of association and on the subjective freedom of association from the Brazilian Cooperative Constitutional State. The approach shows the recognition of the Brazilian Constitution of 1988 as a cooperative constitution and also presents elements that demonstrate that Brazil is a Cooperative Constitutional State, open on the domestic level and to international legislation. It also shows the importance of ILO Convention n.

¹ Mestre (2015) e Doutora (2023) em Direito pelo Centro Universitário do Brasil – UniBrasil. Advogada, Professora em cursos de graduação (Uniensino) e pós-graduação em direito (ABDCONST, Católica/SC), pesquisadora.

² Mestre (2000) e Doutor (2003) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, com estudos de doutoramento (Doutorado Sandwich) na Ludwig Maximilians Universität, em Munique, Alemanha (2002-2003). Realizou Pós-doutorado no Instituto Max Planck de Direito Público de Heidelberg, Alemanha (2010-2012). Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba. Procurador Federal.

87 on the domestic level. Its internalization has the power to strengthen the Brazilian Cooperative Constitutional State, as well as democracy itself in Brazil, since, without freedom, it cannot be said that democracy exists. It is important to understand freedom as a space of union autonomy, a space of creativity, development and autonomy of the will of the parties, always permeating the seal of the 1988 Constitution, as well as the international normative structure. The Space of objective and subjective union autonomy is recognized in Brazil by the 1988 Constitution itself, therefore, the internalization of Convention no. 87/1948 can only contribute to the strengthening of this space, as well as its expansion and implementation of labor democracy in the country. A Cooperative Constitutional State demands cooperative behavior based on complying with the precepts of the Constitution at the internal level, whether by the legislative, executive, judiciary, or by private institutions, as is the case of unions, which, although legal entities governed by private law, have the union legal personality, which distinguishes them from other legal entities.

Keywords: objective freedom; subjective freedom; Convention 87; democracy.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo aborda a liberdade sindical objetiva e subjetiva a partir da Convenção nº. 87 da OIT, como um instrumento de fortalecimento da democracia brasileira. Ademais, o pluralismo sindical e o direito ao exercício da liberdade subjetiva e objetiva sindical previstos e assegurados em uma norma internacional universal, qual seja, a Convenção nº 87 da OIT, propiciam um fortalecimento da democracia brasileira, com a sua implementação no plano interno.

A pesquisa aborda a autonomia coletiva individual e a coletiva, cuja previsão está na Constituição de 1988, o que permite ao trabalhador no seio da entidade sindical de sua escolha, organizar, instituir normas, enfim, participar da vida sindical plenamente. A limitação ao sindicato único por categoria no Brasil precisa ser superada a partir de uma releitura do artigo 8º., II da Constituição democrática. A análise sob a perspectiva do Direito Constitucional Cooperativo demanda uma interpretação da Constituição sob a perspectiva de um Estado Constitucional Cooperativo, aberto a legislação interna e externa.

A liberdade sindical deve ser visualizada sob a vértice de um espaço de autonomia, um espaço de comportamentos aos indivíduos e instituições, assim como sem a presença de barreiras e meandros que propiciem entraves ao exercício da liberdade sindical. Autonomia esta, inclusive com relação ao Estado. O espaço de autonomia sindical é um espaço normativo sindical aonde o direito objetivo de origem estatal ou não sempre será a fonte viva e latente de direito subjetivo. Este espaço de autonomia sindical é um espaço de criatividade, de desenvolvimento e de autonomia da vontade das partes, sob a chancela da Constituição de 1988, assim como da estrutura normativa internacional.

A Convenção nº. 87 da OIT, ainda que não ratificada pelo Brasil, este possui o dever de implementá-la no plano interno por força da Declaração de Direitos Princípios Fundamentais de 1998, cuja importância está na integração ao conteúdo da própria Constituição da OIT. A

ratificação desta Convenção é uma medida de fortalecimento do aparato estrutural constitucional, com relação ao próprio direito sindical. A Convenção nº. 87 da OIT é o principal instrumento de regulamentação da liberdade sindical como norma de direitos humanos, conjuntamente com os demais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, da ONU, OEA, OIT e outras, logo normas dotadas de universalidade.

O artigo inicialmente trata da liberdade sindical objetiva e da liberdade sindical subjetiva no contexto do direito constitucional cooperativo na Constituição de 1988. Em breve síntese é explorada essa dupla dimensão do direito e sua compreensão para além da redução de que direito objetivo é apenas direito estatal. Essa abordagem tem como pano de fundo a ordem constitucional de 1988. No tópico seguinte, enfrenta-se o tema da Convenção nº. 87 da OIT como instrumento de fortalecimento do Estado Constitucional Cooperativo brasileiro e da democracia. Nesse tópico, se enfatiza que a Convenção nº. 87 da OIT assegura a liberdade sindical objetiva e subjetiva e é, por isso, um importante instrumento de fortalecimento do Estado Constitucional Cooperativo e da democracia no país.

2 LIBERDADE SINDICAL OBJETIVA E LIBERDADE SINDICAL SUBJETIVA E O DIREITO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Neste artigo, a abordagem permeia a concepção da Constituição como filtro para o sistema político, uma vez que é a base estrutural ao desenvolvimento de direitos e garantias. Sob tal nuance, a pesquisa trabalha a liberdade sindical objetiva e a liberdade sindical subjetiva previstas na Convenção nº. 87 da OIT. Vale enaltecer que a própria Constituição de 1988 reconhece os poderes normativos objetivo e subjetivo do sindicato, logo convergente com a referida Convenção da OIT.

Segundo Ramos, “o critério da ação individual está necessariamente vinculado ao arbítrio subjetivo, o elemento da particularidade que determina o interesse de cada um, a felicidade pessoal e o direito individual”. Para o autor, a liberdade subjetiva consiste na autonomia da vontade e é exercida pela anuição do indivíduo ao reconhecer que terá apenas aquilo que a sua vontade entende como bom para si, pois a liberdade moderna é marcada pela convicção de cada indivíduo para aderir apenas o que se justificar pelo seu livre pensamento e de vontade livre (Ramos, 2000, p. 23).

Assim, importante compreender que a liberdade objetiva decorre da previsão legal e constitucional, que asseguram a autonomia coletiva individual ou coletiva. Tal propicia a atuação do trabalhador ou do empregador, na criação de normas jurídicas que fazem lei entre as partes, eis que é o pleno exercício da liberdade subjetiva. Esta última, por sua vez, é aquela

contida no texto constitucional, legal ou convencional, que permite que o indivíduo, no seio de uma entidade sindical, e/ou a própria entidade sindical, se organize por meio dos seus representados, para estabelecer, juntamente com a entidade econômica, normas que regerão a vida da categoria por determinado lapso temporal.

Para Romano (2008, p. 77-78), o direito, em sentido objetivo, não se limita a um conteúdo estatal, mas se constitui como instituição de caráter jurídico que vai além do seu aspecto formal, cujo eixo central deve ser os anseios da sociedade. Ainda, segundo o mestre italiano, o conceito de Direito deve contemplar a ideia de ordem social, constituindo uma unidade em si mesmo.

Nesta perspectiva, é possível compreender que a liberdade sindical no Brasil encontra limitação no próprio texto constitucional em uma disposição nitidamente isolada dos demais preceitos e fontes que circundam a Constituição de 1988. A análise sob a perspectiva do direito Constitucional Cooperativo, que se assenta a Constituição de 1988, é enfrentada aqui como instrumento para superação de tal entrave, cujo eixo deve ser os anseios sociais e todo o aparato que estrutura a Constituição como um todo.

A liberdade objetiva compreende o tipo de organização sindical que pode ser constituída e que as partes interessadas julguem convenientes, qual seja, a liberdade objetiva. Isto implica reconhecer que os titulares dos direitos são os únicos capazes de deliberar sobre o tipo de organização que querem constituir, organizar, estruturar, vez que a liberdade objetiva deve ser ampla, inclusive podendo coexistir duas ou mais organizações, assim como uma única entidade, se os envolvidos assim decidirem (Ríos, 2011, p. 30-31).

A liberdade objetiva comporta esta autonomia reconhecida pelo ordenamento jurídico no sentido de proporcionar ao sindicato, pessoa jurídica de direito privado e com personalidade sindical, uma autonomia única, qual seja, o direito de deliberação sobre seu espaço, formatação, definição, constituição, alterações e mais, sobre as normas laborais convencionais que regerão a vida da categoria por um futuro determinado.

Segundo Giugni (1991, p. 47), o direito de organização livre, sancionado pela Constituição, é um direito subjetivo público de liberdade, pois inibe o Estado da prática de atos lesivos aos interesses tutelados. Tal direito na Constituição é uma garantia em relação ao Estado, vedando inclusive qualquer disposição ordinária que atente contra a liberdade sindical. Esta garantia propicia o desenvolvimento do direito subjetivo sindical com autonomia, liberdade e mais, de forma segura, qual seja, sob a chancela do ordenamento estatal.

Importante entender que “direito de liberdade sindical garante espaços de comportamento aos indivíduos e grupos e, ao mesmo tempo, impõe prestações positivas para

que o direito seja otimizado”, com a remoção de barreiras a sua execução, inclusive com o reconhecimento e autonomia com relação ao Estado. Cabe ao Estado promover mecanismos de tutela para assegurar o pleno exercício da autonomia e liberdade sindical (Pereira, 2007, p. 60). O exercício do direito subjetivo sindical está justamente atrelado a ideia de um Estado proativo e que promove mecanismos objetivos suficientes para que as partes consigam em plenitude em seu espaço de autonomia privada coletiva delinear os contornos sindicais, sejam eles organizacionais e estruturantes, ou relacionados a normatização coletiva propriamente dita, qual seja na elaboração de normas coletivas para a categoria representada.

Para Romano, uma norma jurídica não é objetiva somente por ser escrita, pois seu caráter de objetividade está ligado à impessoalidade do poder elaborador e “transcende e se eleva sobre os indivíduos, que se constitui ele mesmo direito. Se prescindirmos desta concepção, o caráter da objetividade perde o seu significado ou, pior ainda, implica em erros” (Romano, 2008, p. 72-73). Esta compreensão para a pesquisa em comento, demanda a percepção que em um primeiro momento, indivíduos imbuídos no ânimo associativo, se reúnem para formar, ainda que preliminarmente, uma instituição sindical. Este exercício, do direito subjetivo, está sob o manto do direito objetivo estatal. Em seguida, ao realizar o registro do estatuto e adquirir a personalidade jurídica privada e na sequência a aquisição da personalidade jurídica sindical, as normas organizativas são eivadas de objetividade e subjetividade ao mesmo tempo. Explica-se, ao seio de um estatuto sindical que rege, por exemplo, o exercício das eleições sindicais, qual seja, agora uma norma objetiva privada, os trabalhadores e/ou a diretoria sindical delibera sobre as eleições sindicais no exercício da autonomia subjetiva privada, realizada sob o manto da autonomia objetiva estatal e mais, sob a senda da autonomia objetiva do próprio sindicato.

Segundo Romano (2008, p. 74),

A chamada “objetividade” do ordenamento jurídico não pode ser reduzida e limitada às normas jurídicas. Refere-se e se reflete também sobre essas, mas parte sempre de um momento lógico e materialmente anterior às normas e, algumas vezes, ou melhor, frequentemente, alcança momentos que não podem ser identificados e confundidos com aqueles que caracterizam as normas. O que equivale a dizer que as normas são ou podem ser uma parte do ordenamento jurídico, mas estão bem longe de esgotá-lo.

Ao exemplo em tela está o momento que antecede a criação de uma entidade sindical, quando os trabalhadores, por exemplo, se reúnem e deliberam informalmente sobre seus desejos de criação de uma entidade sindical. Este momento é a sedimentação do direito subjetivo em uma formatação informal ou rudimentar, porém de extrema importância para a concretização do ente sindical. Tais procedimentos, sob a proteção do direito objetivo estatal, asseguram a autonomia normativa e organizativa profissional e econômica.

Ao verticalizar tal reflexão, é possível compreender que existe

também a autonomia dos privados, tendo sempre por hipótese que esta possa ser fonte de direito objetivo, comporta que – pelo conteúdo deste último, possa ser relevante o direito estatal que constitui o seu primeiro fundamento e a condiciona em todos os sentidos. (Romano, 2008, p. 181)

A autonomia dos privados como fonte de direito objetivo, posto já mencionado, no caso em tela, no momento imediatamente posterior à elaboração e reconhecimento dos estatutos sindicais, confere um espaço de autonomia objetiva privada, que é consequência, da autonomia objetiva estatal concedida aos privados por meio do ordenamento jurídico estatal. Ciclicamente este será o instrumento que dará vida ao sindicato e mais, que regerá internamente o exercício da autonomia subjetiva sindical nas suas mais diversas esferas, momentos e circunstâncias.

Por fim, Romano ao admitir que o direito objetivo não se limita a legislação estatal, mas está assentada em ordenamentos jurídicos privados, menciona o exemplo do direito eclesiástico:

O reconhecimento do direito eclesiástico como direito objetivo, por parte do Estado, é pré-ordenado aos civis, efeitos que podem dele derivar. Quanto as partes deste direito que não produzem tais efeitos, restam irrelevantes, a menos que não intervenham disposições especiais que podem também serem denominadas excepcionais, por estabelecer o contrário. (Romano, 2008, p. 219)

Tal percepção é a mesma a ser empenhada na liberdade sindical. Ademais, esta começa a ser exercida de uma forma rudimentar e até mesmo informal, ademais as primeiras reuniões, tratativas e manifestações do interesse organizativo associativo certamente sequer são documentadas, ou seja, nem escritas estão. O que vem a ser feito com a sua tomada de corpo, qual seja, quando os envolvidos já tiverem um formato não escrito delineado, do modelo de entidade que se pretende criar. Aqui se pode falar em direito objetivo e subjetivo sindical permeado de uma ciclicidade, qual seja, em movimento circular, em um momento os integrantes e a entidade sindical estão no exercício da autonomia coletiva objetiva e em outro no gozo da autonomia coletiva subjetiva e vice-versa. Esta percepção circular do instituto da autonomia objetiva e subjetiva sindical propicia o fortalecimento, uma maior visualização do espaço de autonomia normativa sindical, principal elemento formativo da pesquisa.

O direito em sentido objetivo é fonte de qualquer outro direito subjetivo (Romano, 2008, p. 41). Seja ele direito objetivo de origem estatal, seja ele decorrente do exercício da autonomia legislativa privada sindical. Ademais, neste espaço normativo sindical, o direito objetivo de origem estatal ou não, sempre será fonte viva e latente de direito subjetivo. E mais, fonte viva, latente, impulsiva e criativa de muitos outros direitos subjetivos, tantos quantos direitos a categoria pretenda. Tantos quantos direitos a entidade sindical por meio dos seus integrantes se

utilize do seu espaço de autonomia, no caso brasileiro, autonomia constitucional coletiva privada objetiva, se tenha vontade e interesse. Esta via objetiva, inclusive pode acontecer por meio do ordenamento internacional, quando o Estado possui um Estado Constitucional Cooperativo e aberto interna e externamente à cooperação, à solidariedade, à liberdade, e à proteção dos direitos relacionados à dignidade humana em sua completude.

Segundo Romano isso,

tem como consequência que o ordenamento internacional pode influenciar sobre o conteúdo do ordenamento estatal, não pela força imediata das suas disposições, *iure*, mas somente por consequência e devido ao exercício de *ipso* um direito subjetivo ou da observância de um dever subjetivo que advém ao Estado do primeiro, perante os outros Estados. (Romano, 2008, p. 182)

Observa-se a influência do ordenamento internacional no conteúdo estatal, seja no exercício de um direito subjetivo, seja na observância de um dever subjetivo. Tal fato é importante quando o assunto é a atuação sindical em seu espaço autônomo coletivo, na criação de normas administrativas ou laborais. Seja na criação ou na aplicação, na exigência de observância de deveres decorrentes do exercício normativo subjetivo da entidade e seus representados. Ademais, o direito coletivo do trabalho, mais especificamente o direito sindical, possui um aparato internacional que interfere direta ou indiretamente na atuação sindical no plano interno brasileiro, sob a perspectiva de normas que assegurem princípios e garantias fundamentais no trabalho.

3 A CONVENÇÃO Nº. 87 DA OIT COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO BRASILEIRO E DA DEMOCRACIA

A liberdade de organização e de negociação coletiva, nestes processos, culminam em elaboração normativa, seja de normas de organização, gestão e estruturação sindical, seja, normas coletivas de trabalho, que direcionarão e estabelecerão direitos e deveres para toda uma categoria profissional e econômica quando se trata de convenção coletiva e para determinado coletivo, em regra de empresa específica ou empresas específicas, quando da elaboração do acordo coletivo. Estas normas são frutos do exercício da autonomia e liberdade sindical e a entidade sindical um espaço autônomo de produção normativa laboral e estrutural.

Boskovic (2022, p. 128) cita que a XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU em 1966 inseriu a proteção sindical no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que estabelecem que todas as pessoas têm direito a fundarem e se filiarem a sindicatos de sua livre

escolha, curvando-se apenas aos estatutos sindicais.

A liberdade sindical propõe a efetivação da autonomia sindical, qual seja, da atuação livre de qualquer interferência, gerência ou controle público ou privado, devendo apenas se curvar aos estatutos internos da respectiva entidade. Assim, em função de tal proposição fundamental, medida que se impõe é a possibilidade de implementação da liberdade sindical no Brasil, possibilitando a criação de sindicatos, sem a limitação a um único sindicato por base territorial.

A ratificação da Convenção nº 87 da OIT é uma medida que fortalecerá e muito todo o aparato estrutural constitucional com relação ao direito sindical e mais, a própria negociação coletiva, reconhecida no artigo 7º, XXVI, não obstante o caput deste artigo já chame a atenção quanto a previsão de direitos mínimos “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, ou seja, temos aqui um elemento de abertura constitucional interna e externa, qual seja, a prevalência de melhor condição de vida ao trabalhador.

As disposições do mencionado artigo são disposições mínimas e admitem outras que tragam melhorias na condição de vida do trabalhador. Ainda, o inciso em menção reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho. Isso é importante lembrar, constam do rol de direitos e garantias fundamentais, logo uma vez internalizada a Convenção nº. 87 da OIT, ela só fortalece a previsão constitucional. Ademais, a Constituição terá como suporte regulamentar a Convenção em comento, que possui uma série de disposições a respeito da negociação coletiva. O próprio elemento liberdade sindical ao ser inserido e praticado no plano interno fomenta ao Estado, aos seus gestores e parlamentares, a proposição de medidas para concretização tanto da Constituição, quanto da referida Convenção.

Na mesma perspectiva da Convenção nº. 87 da OIT, a ONU consagrou no PIDESC o direito à liberdade sindical em seu artigo 8º, assegurando o direito de os trabalhadores fundarem sindicatos, organizar e atuar sem qualquer interferência do Estado. No mesmo sentido é o protocolo Adicional de São Salvador, no contexto regional, ao assegurar os direitos e garantias contidos basicamente na convenção nº. 87 da OIT, quanto ao direito de associação e exercício das liberdades sindicais de forma ampla e plena (Ebert, 2007, p. 113-114).

A internacionalização da liberdade sindical como direito fundamental pressupõe ampliada com a Convenção nº. 87 da OIT, a delimitação da soberania estatal. Delimitação dentro de um cenário pós-guerra, que busca a reconstrução de um novo paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável, em uma reaproximação da ética e do direito. A consequência deste processo foi o movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais que tem como premissa a dignidade humana, como fundamento da liberdade sindical (Santos, 2007, p.

106-107).

A universalização da liberdade sindical contida na Convenção nº. 87 da OIT culminou, junto com o cenário pós-guerra, em um processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, cuja maior premissa é a dignidade humana. A internalização desta convenção no Brasil é de extrema necessidade, ademais, fortalecerá os preceitos constitucionais contidos no próprio artigo 8º, caput, em conjunto com os preceitos estruturais de liberdade, pluralismo, democracia, justiça social, valor social ao trabalho, entre outros, contidos no bojo da CRFB. Ao reverso, promoverá um distanciamento cada vez maior e gritante, do artigo 8º, II da CF/1988, com as disposições estruturais da Constituição. Eis que a unicidade sindical já não subsiste mais aos Tratados internalizados e por internalizar, mas que deveriam produzir efeitos no plano interno, como é o caso da Convenção nº. 87 da OIT.

No que diz respeito à liberdade sindical e o reconhecimento das normas coletivas, as Convenções nº. 87 e nº. 98, consideradas fundamentais pela OIT, asseguram a proteção adequada aos trabalhadores contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical. Assim, amplamente, a liberdade de associação é o direito que as pessoas possuem de se associar, se unir, reunir, se organizar com finalidades e interesses comuns, inclusive em forma de sindicatos, para fins laborais, sendo tal liberdade um direito fundamental (Garcia, 2014, p. 393-394).

Sob tal perspectiva, “a evolução do constitucionalismo sindical no Brasil ainda não logrou êxito em alçar a liberdade sindical ao patamar de direito fundamental real, que lhe permita’ paridade com outros sistemas, no cenário internacional”. Assim, conclui-se que, seja no cenário nacional ou internacional, a liberdade sindical é reconhecida como a mais legítima expressão dos direitos fundamentais e a dignidade humana, um valor supremo que aglutina todos os direitos fundamentais do trabalho. Ressalta ainda Santos que a liberdade somente existirá quando efetiva e não apenas seja um desejo no coração humano, como vontade e esperança (Garcia, 2014, p. 393-394).

Esta paridade com outros sistemas internacionais acontecerá com a internalização e aplicação da Convenção nº. 87 da OIT no cenário interno do Brasil. A citada Convenção, uma vez internalizada pelo quórum especial do artigo 5º, § 3º. da CF/1988 adquirirá hierarquia de Emenda constitucional, qual seja, alterará diretamente e de forma automática o artigo 8º, II da CF/1988, uma vez retirando-a do plano normativo constitucional. A Convenção nº. 87, ao adentrar o sistema constitucional brasileiro nos moldes acima, passa a integrar o próprio texto constitucional e partir de então, produz todos os efeitos no plano sindical, inclusive a autorização para a promoção de sistemas sindicais plurais. O fortalecimento de todo o aparato constitucional brasileiro, com a internalização desta Convenção, é imediato e com efeitos de

grande impacto para o sindicalismo brasileiro. Obviamente, que não se descarta aqui a necessidade de uma edição normativa ordinária para estabelecer alguns pontos essenciais e organizativos ao sistema de pluralidade sindical. Inclusive para organização de um sistema de sindicato por representação, que impõe limites ao perfilamento e enfraquecimento sindical, assim como a determinação de parâmetros mínimos para fundação de sindicato, se justificando aqui a preocupação com a unidade sindical.

Para Ríos, nas sociedades modernas e plurais, o sindicalismo é um componente essencial da democracia, vez que a humaniza e concretiza (Ríos, 2011, p. 18). Ao citar a Convenção nº. 87 da OIT, Ríos afirma que sem dúvidas, se está diante de uma norma de importância gravitante, sendo a liberdade sindical um dos principais instrumentos de luta pela vigência de outros direitos fundamentais, convertendo a OIT o seu valor em patrimônio jurídico da humanidade, ao incorporar a sua Constituição pela Declaração de 1998 (Ríos, 2011, p. 21-23).

A internalização da Convenção nº. 87 da OIT no plano interno Brasileiro é a concretização dos preceitos do Estado Constitucional Cooperativo, aberto externamente. E mais, a sua aplicação no plano interno só fortalece os princípios constitucionais que sustentam a Constituição de 1988.

A Convenção nº. 87 da OIT é instrumento elementar e basilar para a sedimentação e construção da liberdade sindical em todo o planeta. Importante compreender que a citada Convenção possui alcance universal, eis que elevada à condição de tratado de direitos humanos pela declaração de Direitos e princípios fundamentais de 1998, logo, todos os países devem envidar esforços para a concretização da liberdade sindical em seus planos internos. A Convenção nº. 87 possui traços evidentes de cooperação e adequação ao Estado Constitucional cooperativo, pois seu texto a todo tempo menciona a interação entre a referida Convenção e sua aplicabilidade no plano interno e externo.

Assim sendo, a Convenção nº. 87 é o principal instrumento de regulamentação da liberdade sindical como norma de direitos humanos, conjuntamente com os demais instrumentos, sejam eles da ONU, OEA ou outra organização regional. Uma Convenção de Direitos Humanos, cuja implementação tem caráter universal e pautado na proteção da dignidade humana, assim como a liberdade é pilar essencial da democracia, tanto que facilmente pode ser alçada à condição de patrimônio jurídico da humanidade, dada a sua relevância e importância. A internalização e aplicação da Convenção nº. 87 da OIT no plano interno brasileiro vem fortalecer os preceitos da Democracia, liberdade, igualdade, pluralismo, justiça social, reconhecimento das normas coletivas, valor social do trabalho, entre outros,

contidos no texto constitucional. A Constituição de 1988 com tal internalização sai fortalecida e com seus preceitos agora com caráter de universalidade efetivamente reconhecidos. Ademais, há que se lembrar que as normas da Convenção nº. 87 da OIT são dotadas de universalidade por reconhecimento da Declaração de Princípios e Garantias de 1998, logo, normas de direitos humanos.

De acordo com Ríos (2011, p. 27-28), a liberdade sindical possui o primeiro elemento do direito subjetivo, cuja titularidade é bilateral, segundo a Convenção nº. 87 da OIT, qual seja, entre trabalhadores e empregadores. A liberdade sindical mencionada nos artigos 1º. e 2º. da Convenção nº. 98 da OIT, pode ser uma liberdade positiva, que assegura o direito a associação ao ente sindical, assim como pode ser negativa, ou seja, garante o direito de não filiação ou de livre adesão e desfiliação nos quadros do sindicato. Tal disposição possui a chancela do artigo 8º., inciso V da CF/1988 que desobriga a filiação ou manutenção em quadros de entidades sindicais. Tal disposição, para além veda qualquer prejuízo ou benefício para o exercício seja da liberdade positiva ou negativa (García, 2014, p. 394).

Tais artigos demonstram a projeção da liberdade subjetiva trazida pela Convenção nº. 87 da OIT, qual seja, a liberdade individual para adesão ou não a determinada entidade sindical. Trata-se da liberdade para escolher a entidade, se vai ou não se filiar e até quando permanecer filiado, deixar de se filiar a qualquer entidade, ou ainda se filiar a outra entidade de sua escolha. Esta liberdade subjetiva deve estar dentro do quadro da liberdade objetiva, qual seja, das entidades em produzir seus próprios regulamentos, assim como juntamente com seus representados, elaborar normas coletivas com direitos e deveres para as partes.

Nunes esclarece que

Na semântica moderna, a Constituição firma-se como uma limitação jurídica ao poder do sistema político, de modo a impedir a atuação de qualquer regime arbitrário. Dessa forma, a Constituição é concebida como um ato declaratório de princípios políticos e jurídicos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas principalmente de um limitador, mesmo que não suficiente, de arbitrariedades estatais a partir da positivação de direitos conquistados historicamente. (Nunes, 2018, p. 47)

A Constituição se firma como uma limitação jurídica ao poder do sistema político, pois estabelece, segundo Nunes, limitações a regimes arbitrários, dada a sua base principiológica política e jurídica inerentes a pessoa humana e a conquista de direitos positivados conquistados ao longo da história (Nunes, 2018, p. 47). Ao que se pode perceber na menção do autor, a Constituição se insere na semântica moderna como um filtro limitador a atuação do sistema político, cuja proteção ao ser humano é a centralidade. Não obstante, aqui ocorre a questão envolvida nesta pesquisa, sobre quando a Constituição, o instrumento de maior defesa, em tese, da pessoa humana, apresenta isoladamente ao seu arcabouço principiológico, uma disposição

que contrariamente ao seu feixe protetivo, aniquila direitos e garantias fundamentais e humanas. Como é o caso do artigo 8º., II da CRFB, que limita e aniquila o exercício da liberdade sindical no Brasil.

Por outra perspectiva, atua a Constituição como uma base estrutural ao desenvolvimento de direitos e garantias que propiciem ao ser humano maior proteção e dignidade. Quando o assunto é o exercício da liberdade sindical, a Constituição dentro de suas estruturas possui um arcabouço jurídico democrático, plural, solidário e, cuja liberdade e igualdade são premissas maiores, abrindo inclusive espaço para desenvolvimento do direito para além do texto estatal.

Ademais, a própria Constituição de 1988 reconhece este poder normativo sindical, tanto no artigo 7º., inciso XXVI, ao reconhecer o poder normativo das normas coletivas, como no artigo 8º., inciso I, ao reconhecer a autonomia privada individual para fundação de sindicatos e mais, a autonomia privada coletiva, para organizar e realizar a gestão sindical. Aqui, claramente se pode visualizar a organização sindical como um espaço autônomo, não estatal, de produção jurídica normativa, qual seja, de produção da liberdade objetiva, assim como reconhece a liberdade subjetiva, qual seja, individual de cada pessoa, de cada cidadão em se filiar ou não a determinada entidade sindical e, uma vez filiada, passando a integrar o espaço autônomo coletivo, com direitos e garantias.

Assim, o texto do artigo 8º., inciso II, da CF/1988 destoa da própria Constituição e seus preceitos estruturantes, assim como de todo o aparato interno e externo no que tange à liberdade sindical. Quando a Convenção nº. 87 da OIT apresenta e garante este espaço objetivo e espaço subjetivo de produção de norma jurídica, sua aplicação e/ou internalização no plano interno só fortalece a Constituição plural, democrática, cuja liberdade é um dos pilares estruturantes do Estado Democrático, assim como a liberdade de associação é um dos pilares estruturantes do direito social ao trabalho no país. A internalização desta norma fortalece e concretiza tais pilares, propiciando maior segurança e autonomia ao exercício e desenvolvimento deste espaço tão necessário, no Brasil.

O texto de determinado dispositivo não pode atuar como limitador de toda a classe trabalhadora, em contradição ao aporte estrutural da Carga Magna. Ademais, “o direito deve ser analisado como uma estrutura cujas formas de seleção e limites são definidas pelo sistema social” (Nunes, 2018, p. 27). Ademais, se faz necessário um esforço hermenêutico para compreender a Constituição de 1988 como um balizador estrutural e, tal como uma instituição, “um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo”. (Romano, 2008, p. 89).

A Constituição deve, em sua abertura interna e externa, comportar a ideia de que ela não

se limita à imposição de um direito objetivo estatal, mas sim, possui um caráter dialógico com si próprio e mais, com o direito interno e externo que a rodeia. Tal diálogo inclusive comporta a visualização de um sistema de criação de direito objetivo e subjetivo, que permite a atuação das entidades sindicais (produção objetiva) e atuação humana individual (produção subjetiva) pautada nos preceitos estruturais democráticos que regem a Constituição de 1988.

Importante compreender que com o surgimento do Estado moderno passa a existir as limitações à criação autônoma do Direito, o que se iniciou no século XVI sob o manto da soberania, territorialidade e poder legislativo. Neste momento havia a monopolização do direito pelo Estado, havendo cada vez menos espaço para a criação autônoma do direito. Neste momento ainda, se fortalecia a ideia de submissão do exercício da autonomia ao crivo e controle de validade estatal (Maliska, 2022, p. 23).

Esta ideia de descentralização da criação autônoma do direito e da compreensão de que não tem sentido ser o Estado o único detentor do espaço legislativo, ainda que, por representação popular, ele tenha avançado cada vez mais na modernidade. No direito do trabalho no Brasil, este sistema de reconhecimento das normas coletivas de trabalho e das negociações coletivas poderiam avançar ainda mais, se houvesse o reconhecimento da liberdade sindical e da internalização da Convenção nº. 87 da OIT. Que na realidade já deveria produzir efeitos no plano interno, independentemente de ratificação, por força da Declaração de Princípios e Garantias de 1998.

Quando o Brasil isoladamente opta, no artigo 8º., II, da CRFB pela unicidade sindical, tolhe o direito de liberdade de escolha por entidades sindicais, uma vez que inexistirão entidades disponíveis para sua adesão. Ademais, haverá efetivamente uma única entidade sindical dentro de determinada base territorial. Sob a dogmática da liberdade como um valor no trabalho, sem a liberdade de escolha sindical, não se pode conceber o trabalho como um ambiente democrático em sua essência. Pois, se sequer o direito coletivo de associação, o trabalhador, em sua autonomia individual, pode escolher, a democracia não está presente na base estruturante do trabalho no país.

Um sistema concreto de unicidade sindical, como se estabelece no Brasil, em cumprimento ao artigo 8º., II, da CF/1988 aniquila o próprio artigo 8º., I, da CF, assim como contraria os preceitos democráticos e plurais contidos logo em seu preâmbulo, assim como nos artigos estruturais da Constituição de 1988. O próprio espaço autônomo objetivo e subjetivo, criado pelo artigo 8º., I da CF, é aniquilado pelo sistema de sindicato único por categoria. A internalização da Convenção nº 87 da OIT aniquilaria o artigo 8º., II, da CF e abriria um espaço amplo, fértil propício ao desenvolvimento desta normativa internacional. Esse fato

estabeleceria novos rumos, fortalecendo os princípios laborais e sindicais, assim como ampliaria e fortaleceria a luta de classes no Brasil.

Importante aqui mencionar que se entende que a liberdade sindical deve ser estabelecida com critérios, e um deles é o do sindicato por representação. Eis que adotar um sistema pleno e irrestrito de liberdade sindical em um país em desenvolvimento e, com tantas disparidades, pode acentuar os problemas já existentes. A liberdade sindical por representação é um modo de estruturar a liberdade sindical, que, de acordo com a OIT, não viola o princípio da liberdade sindical em seu sentido amplo. Segundo o verbete 287 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, a unidade sindical não deve ser imposta pelo Estado, pois pode configurar busca por manutenção de monopólio sindical, mencionando que é preferível que “o governo procure estimular os sindicatos a se associarem livremente e formarem associações fortes e unidas a impor, por via legislativa, uma unificação obrigatória” que prive os trabalhadores do livre exercício da liberdade sindical (OIT)³.

O Comitê de Liberdade Sindical, por meio dos verbetes nº. 309 a nº. 315, analisou a possibilidade de adesão ao sindicato por representação, reconhecendo que se não houver restrição legal de direitos aos sindicatos não escolhidos como mais representativos, a própria Convenção da OIT os reconhece, assim como reconhece que tal disposição não viola o princípio da liberdade sindical (OIT).

A liberdade sindical individual compreende os direitos dos trabalhadores para criar, se filiar ou não as organizações sindicais sem prévia autorização ou intervenção do Estado ou da sociedade. Esta liberdade de constituição é um direito e uma liberdade subjetiva contida no artigo 2º. da Convenção nº. 87 da OIT. De titularidade bilateral, qual seja, para trabalhadores e empregadores, incluindo aqui a amplitude dos trabalhadores autônomos, privados e públicos, cuja restrição acontece para integrantes de forças armadas e policiais, mediante limitações fundamentadas na Carta Magna interna (Ríos, 2011, p. 27-29).

Assim, a liberdade sindical subjetiva está relacionada a liberdade para constituição, extinção, alteração, filiação organização e demais componentes da instituição sindical, sem a interferência, gerência, seja do Estado, empresas, instituições públicas ou privadas, internas ou externas.

Nesse sentido, Santos esclarece que a Constituição de 1988 manteve

a unicidade sindical, um dos ranços do sindicalismo nascido por força do Estado Novo, excluindo, assim, a possibilidades de pluralidade e impondo, pela via legal, a unicidade de representação, o que contraria o Verbo n. 224 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT que, esclarecendo os objetivos da Convenção n. 87. multipliquem as

organizações sindicais, a unidade do movimento sindical não deve ser imposta, mediante intervenção do Estado, por via legislativa, pois essa intervenção é contrária ao princípio incorporado nos arts. 2º e 11 da Convenção n. 87'. Contrariou, ainda, a Carta Magna, o Verbete n. 225, que explica que a Convenção n. 87 não quis fazer da pluralidade sindical uma obrigação, mas exige que essa seja possível em todos os casos, de maneira que toda atividade de um governo que se traduza em imposição de uma organização sindical única está em contradição com as disposições do art. 2º da Convenção n. 87. (Santos, 2006, p. 165).

Ainda, para Garcia (2014, p. 394) a liberdade de filiação sindical pode ser individual, aquela que o trabalhador e o empregador têm o direito de ingressar como filiado de um determinado sindicato, assim como a liberdade coletiva que diz respeito as entidades sindicais, quando decidem se filiar outro ente sindical superior, seja de base territorial nacional ou internacional.

O exercício da liberdade pode ser de forma individual, quando o cidadão individualmente age para aderir ou não a determinada instituição. Assim como, para coletivamente deliberar e decidir sobre o exercício de liberdades coletivas, nos seus mais diversos segmentos, inclusive a sindical. Esta liberdade pressagia a escolha da entidade, os rumos da entidade, atuações ou não da mesma e até mesmo sua fusão ou extinção. Eis o espaço autônomo e totalmente desvinculado do ordenamento jurídico estatal, espaço este trazido pela Convenção nº. 87 da OIT como garantias universais a todos os trabalhadores, empregadores e entidades sindicais.

Em uma faceta mais ampla do conceito de liberdade sindical, é possível compreender que “a liberdade de associação é a menos individualista de todas as liberdades, e a Revolução francesa, que sancionou a liberdade do trabalho pela interdição dos agrupamentos profissionais, bem o viu.” (Cruet, 1908, p. 150).

A liberdade de associação, sob o entendimento do autor, é a liberdade de menor cunho individualista e tal não é diferente quando o assunto é a associação para fins sindicais. O indivíduo em sua autonomia individual adere a associação coletiva determinada, ou ainda, deixa de pertencer aos quadros associativos, por livre e espontânea vontade.

Para Ríos, a liberdade sindical, não obstante possua sua titularidade individual ou coletiva é um direito fundamentalmente coletivo (Ríos, 2011, p. 26). A liberdade sindical pode ser exercida individual ou coletivamente, não obstante seja uma liberdade, por sua natureza, coletiva.

A Convenção nº. 87 da OIT em seu artigo 2º. assegura a liberdade sindical subjetiva para trabalhadores e empregadores sem distinção de qualquer espécie, ou seja, não limita a natureza do trabalho, assim como a natureza da atividade exercida, de forma ampla para

constituir e se filiar a organizações sindicais sem qualquer intervenção seja do Estado ou de particulares, devendo unicamente haver a adesão ao estatuto da entidade representativa (OIT, 1948).

A Convenção nº. 87 da OIT apresenta dois elementos importantes quando o assunto é o exercício da liberdade sindical subjetiva, qual seja, o direito ao exercício da liberdade de forma ampla para constituição de entidades, sem qualquer gerência ou intervenção estatal, assegurando em seu artigo 8, inciso II, que as entidades, pessoas e coletividades devem respeitar a lei. Este respeito à lei está relacionado a ideia de que a liberdade é ampla, mas dentro dos princípios, da lei, da ética e dos bons costumes, não havendo a permissiva para se utilizar de tais liberdades e autonomia para o exercício de ilegalidades.

A liberdade objetiva das organizações para estabelecer seus regulamentos sem a intervenção estatal, em um espaço livre das limitações estatais, assim como do controle estatal. Ainda, tal liberdade como um espaço sindical, pautado em seus próprios regulamentos, um espaço saudável para a criação de normas coletivas que tragam melhorias nas condições de trabalho de toda uma categoria.

Da mesma forma, a Convenção nº. 87 da OIT assegura a liberdade sindical objetiva, qual seja, aos membros da OIT está o dever do compromisso de tornar efetiva as disposições desta convenção no plano interno. Ainda, o artigo 8º., inciso II da Convenção assegura que “A legislação nacional não deverá prejudicar nem ser aplicada de modo a prejudicar as garantias previstas pela presente Convenção”, logo os Estados devem promover uma legislação convergente com as disposições da referida Convenção, assim como das disposições do artigo nº. 11 asseguram a atuação dos Estados-membros no sentido de adequação e da implementação de soluções legislativas convergentes com a norma internacional (OIT, 1948).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internalização desta Convenção cria um ambiente convergente com os preceitos de liberdade de associação previstos no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988. Este ambiente convergente culminará em um maior fortalecimento dos preceitos constitucionais vigentes. Ademais, a Constituição, ao adotar quórum especial no procedimento de internalização da Convenção nº. 87, fará dela sua parte integrante, uma vez que a referida Convenção ingressa no plano interno com *status* de emenda constitucional. Tal procedimento, pelo legislativo brasileiro, demonstraria o comprometimento da nação para com as normas internacionais e mais, para com a liberdade contida no artigo 5º. da Constituição de 1988, como um direito fundamental. O próprio artigo 7º, da Constituição de 1988, ao reconhecer o direito

objetivo sindical à negociação coletiva como um direito fundamental, proporciona uma interpretação da liberdade sindical em consonância com o aparato que estrutura a Constituição de 1988 e reconhece o Brasil como um Estado Constitucional Cooperativo, como o próprio STF assim já reconheceu, ao julgar o RE 466.343-1.

Assim, o direito objetivo ao exercício da liberdade sindical está assegurado e plantea a Convenção nº. 87 da OIT, quando em diversos momentos ela expõe o dever do Estado em promover a adequação legislativa necessária à implementação da liberdade sindical no plano interno. Importante também compreender que a autonomia da vontade, como espaço autônomo de produção normativa sindical, já estão presentes no texto constitucional vigente.

Logo, medida que se impõe é a adequação interpretativa da Constituição no Brasil, ou ainda, em uma medida legislativa expressiva, a internalização da Convenção nº. 87 da OIT, o que só vem a fortalecer o Estado Constitucional Cooperativo e mais, criar um ambiente, um espaço de autonomia sindical efetivo e condizente com todo o aparato principiológico que plantea a Constituição de 1988. Não se pode admitir a ausência de liberdade em uma democracia, pois liberdade é um pressuposto para a existência da democracia. Quando o trabalhador não pode escolher o sindicato que lhe representará, este não usufrui da democracia laboral. Não se pode admitir que em pleno século XXI o Brasil ainda refute implementar a liberdade sindical, sob argumentos insubsistentes e muitas vezes, eivados de interesses que não os dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BOSKOVIC, Alessandra Barichello. **Negociação coletiva de trabalho e greve pela perspectiva da análise econômica do direito**. Leme-SP: Mizuno, 2022.

CRUET, Juan. **A Vida do Direito e a inutilidade das leis**. Bibliotheca de Philosophia scientifica – Livraria Editora, Lisboa, 1908.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. **Sindicato mais representativo e mutação constitucional**. Uma proposta de releitura do art. 8º., II da Constituição Federal. São Paulo: 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Convenção n. 98 da organização internacional do Trabalho: Proteção da Liberdade e atividade sindical**. In Direito Internacional do Trabalho e as convenções da OIT comentadas. Org. Rúbia Zanotelli de Alvarenga; Lorena de Mello Rezende Colnago. São Paulo: LTr, 2014.

GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. Tradução e notas Eiko Lúcia Itioka; revisão técnica José Francisco Siqueira Neto. São Paulo: LTr, 1991.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e direito moderno**. Notas para repensar a Racionalidade Jurídica. 2ª. ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2022.

NUNES, Péricles Stehmann; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas**: forma de alteridade no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos [recurso eletrônico] / Péricles Stehmann Nunes; José Francisco Dias da Costa Lyra -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

OIT. **Convenção nº. 87/1948**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_239608/lang--pt/index.htm, acesso em 06 de novembro de 2022.

OIT. **Princípios Gerais**. In A liberdade sindical: Recopilação das Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade sindical e do Conselho de Administração da OIT. Disponível em http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/union_freedom/pub/liberdade_sindical_286.pdf, acesso em 19 de julho de 2023.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Constituição e Liberdade Sindical**. São Paulo: LTr, 2007.

RAMOS, Cesar Augusto. **Liberdade subjetiva e Estado na filosofia política de Hegel**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000.

RÍOS, Alfredo Villavivencio. **A liberdade sindical nas normas e pronunciamentos da OIT**. Tradução Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTR, 2011.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. 252p. (Coleção Boiteux – Comemorativa aos 75 anos da Faculdade de Direito).

SANTOS, Luiz Alberto Matos dos. **A liberdade sindical como direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. SILVA, Otávio Pinto e. **Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional**. São Paulo: LTr. 2006.

Como Citar

ABNT

ARRUDA VAZ, Andrea; AUGUSTO MALISKA, Marcos. Liberdade sindical objetiva e liberdade sindical subjetiva na Convenção nº 87 da OIT como instrumento de fortalecimento da democracia brasileira. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e48, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.48. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/48>. Acesso em

LA HOMOLOGACIÓN DE LAS LICENCIAS DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN MÉXICO: UN IMPERATIVO PARA REDUCIR LA LOSA DE HORMIGÓN

MATERNITY AND PATERNITY LEAVE HOMOLOGATION IN MEXICO: AN IMPERATIVE TO REDUCE THE MASSIVE BURDEN ON WOMEN

Brenda Tufiño Gómez*
<https://orcid.org/0000-0002-7310-9336>

Resumen:

A lo largo del tiempo ha sido común que las mujeres asuman predominantemente las responsabilidades del hogar y el cuidado familiar. No obstante, hoy se reconoce la imperiosa necesidad de que, tanto hombres como mujeres, compartan de manera equitativa estas labores. En México, nos encontramos con una realidad impactante: las mujeres destinan, en promedio, 40 horas semanales a las tareas del hogar y el cuidado, mientras que los hombres contribuyen solo con 15.9 horas. Este desequilibrio se acentúa en hogares con niños menores de 6 años, donde las mujeres aportan 3.4 veces más valor económico por tareas no remuneradas que los hombres. La legislación laboral y de seguridad social, sin embargo, no abona a esta distribución justa, contribuyendo a fenómenos como el techo de cristal, el suelo pegajoso y la "losa de hormigón". Esta última no solo se origina por factores sociales o idiosincráticos, sino también porque la legislación presupone que las mujeres son las principales responsables de estas labores, al ser las receptoras de las prestaciones sociales para el cuidado de hijos e hijas. Es esencial entender que los hombres también deben tener la oportunidad de participar activamente para lograr una igualdad sustantiva. El objetivo de este artículo es resaltar la importancia de homologar las licencias por maternidad y paternidad como una de las medidas clave para proteger el principio de igualdad sustantiva entre las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, ya sea por nacimiento, adopción, enfermedad o cuidado de los hijos e hijas. Este análisis se realiza desde una perspectiva cercana, utilizando un enfoque deductivo que parte de conceptos generales, planteamiento del problema y propuestas de reforma. La idea es construir un camino hacia un futuro donde todos, independientemente del género, puedan contribuir de manera equitativa al hogar y al cuidado familiar.

Palabras clave: Trabajo, Familia, Género, Conciliación.

Abstract

Throughout history, it has been common for women to predominantly assume household and family care responsibilities. However, today we recognize the urgent need for both men and women to share these duties equitably. In Mexico, we face a striking reality: women dedicate an average of 40 hours per week to household and care tasks, while men contribute only 15.9 hours. This imbalance is accentuated in households with children under 6 years old, where women provide 3.4 times more economic value for unpaid tasks than men. Nevertheless, labor and social security legislation does not contribute to this fair distribution, contributing to phenomena like the glass ceiling, the sticky floor, and the well-known "concrete ceiling." The latter does not only originate from social or idiosyncratic factors but also because legislation assumes that women are the primary

* Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.
<https://orcid.org/0000-0002-7310-9336>



Recibido em: 06/02/2024
Aprovado em: 19/02/2024

DOI: <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.62>



responsible parties, being the recipients of social benefits for childcare. It is essential to understand that men should also have the opportunity to actively participate to achieve substantive equality. The central purpose of this article is to emphasize the importance of standardizing maternity and paternity leaves as a crucial measure to protect the principle of substantive equality among working individuals with family responsibilities, be it due to birth, adoption, illness, or caring for children. This analysis is conducted from a close perspective, using a deductive approach starting from general concepts, problem identification, and reform proposals. The idea is to pave the way for a future where everyone, regardless of gender, can contribute equitably to both home and family care.

Keywords: Work, Family, Gender, Reconciliation.

1 INTRODUCCIÓN

En el siglo pasado, la lucha laboral de la clase obrera y los primeros movimientos feministas lograron el reconocimiento de derechos humanos inherentes al trabajo que antes se consideraban inalcanzables: jornadas de ocho horas, día de descanso obligatorio, vacaciones, seguridad social, aguinaldo e igualdad salarial entre hombres y mujeres, solo por mencionar algunos ejemplos. Sin embargo, a medida que las generaciones han avanzado, las prestaciones sociales laborales no se han adaptado adecuadamente a las necesidades de los trabajadores, ya sea en la iniciativa pública o privada.

Fenómenos como la pandemia por COVID-19 han dejado al descubierto que la red de soporte laboral de las personas trabajadoras es frágil y no logra sostener el peso de los individuos de manera integral. Durante muchos años, se ha considerado al ser humano como un individuo fragmentado en diversas áreas: trabajador, padre, madre, número u homoclave, pero no se le ha abordado como un todo, como una persona con responsabilidades laborales, familiares y necesidades personales que, por lo general, no pueden desarrollarse sin afectar alguna de esas esferas.

En general, se observa que los derechos laborales atribuibles a la sociedad no se ajustan adecuadamente a las necesidades individuales. Un ejemplo de esto es el periodo destinado a la licencia por maternidad en México, que sigue siendo relativamente corto, con solo 12 semanas en total¹. Esta duración es aún mayor que los escasos 5 días otorgados a quienes se convierten en padres, lo que perpetúa la responsabilidad del cuidado de los recién nacidos exclusivamente en las mujeres. Esto se traduce en un menor índice de inserción de las madres en el mercado laboral, no solo durante el periodo de puerperio y lactancia, sino también durante los primeros años de vida de sus hijos e hijas.²

¹ 84 días, 42 días previos a la fecha probable de parto y 42 días posteriores al parto.

² CONEVAL, *Imprescindible reducir brechas de género en el mercado laboral, en actividades de cuidados y del hogar*, en: https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/ComunicadosPrensa/Documents/2022/COMUNICADO_03_SISTEMA_INDICADORES_POBREZA-GENERO_2016_2020.pdf, consultado el 28 de enero del 2023.

La "losa de hormigón" se hace más evidente cuando las mujeres trabajadoras se convierten en madres. Es imperativo que todas las personas trabajadoras con hijos e hijas cuenten con un tratamiento normativo que proteja de manera efectiva sus derechos humanos y laborales derivados de la naturaleza de sus actividades y responsabilidades familiares.

La hipótesis planteada sostiene que al homologar las licencias por maternidad y paternidad, se puede lograr igualdad en la distribución de las obligaciones familiares y una incorporación equitativa al mercado laboral de hombres y mujeres. De esta manera, a través de una reforma integral en materia laboral y de seguridad social, se sentarán las bases para mitigar la "losa de hormigón" que cargan las mujeres y lograr una verdadera igualdad sustantiva. Este trabajo se estructura en cuatro secciones. La primera establece el marco conceptual definiendo las palabras clave para el entendimiento del artículo, como licencia por maternidad, permiso por paternidad, la distinción entre ambos, y la conceptualización de la "losa de hormigón". La segunda sección aborda la metodología utilizada. La tercera sección presenta el planteamiento de la discusión y las propuestas resultantes del análisis del tema, mientras que la cuarta ofrece consideraciones finales a modo de conclusiones.

2 MARCO CONCEPTUAL

2.1 Licencia por Maternidad

La licencia por maternidad se presenta como un derecho fundamental para las mujeres que desempeñan labores remuneradas, permitiéndoles ausentarse temporalmente de su entorno laboral antes y después del parto. Su esencia radica en brindar a la madre el tiempo necesario para recuperarse física y emocionalmente tras el proceso de gestación y parto, así como para dedicarse al cuidado y forjar vínculos con su recién nacido.³

Lamentablemente, en México se ha utilizado erróneamente el término "incapacidad por maternidad",⁴ lo cual resulta inapropiado al considerar que la maternidad no constituye una enfermedad que requiera una incapacidad, más bien, se trata de una licencia que posibilita apartarse de las responsabilidades laborales debido a aspectos biológicos y emocionales, y no a motivos patológicos.

En el quinto título de la Ley Federal del Trabajo (LFT), se regula el trabajo de las mujeres con el propósito central de salvaguardar la maternidad. Esto se logra mediante la prohibición, durante la gestación, de desempeñar labores consideradas insalubres, peligrosas o

³ Cfr. Cámara de Diputados, *Derechos de las Mujeres Trabajadoras*, en: <https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-09-06.pdf> consultado el 24 de enero del 2023.

⁴ Cfr. Cámara de Diputados, *Derechos de las Mujeres Trabajadoras*, en: <https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-09-06.pdf> consultado el 24 de enero del 2023.

con jornadas nocturnas. Además, se establece la protección del salario, prestaciones y derechos ante situaciones de contingencias sanitarias. La LFT detalla varias prestaciones vinculadas a la maternidad, tales como el descanso de seis semanas antes y después del parto, con la opción de transferir cuatro de las seis semanas previas al parto para después de este. Asimismo, incluye el permiso de lactancia de hasta seis meses.⁵

Estas normativas permiten vislumbrar diversos aspectos que enriquecen la comprensión de la maternidad, trascendiendo la mera asociación con el embarazo. En consecuencia, la licencia por maternidad se concibe como el derecho de la madre para apartarse temporalmente de su entorno laboral a raíz del nacimiento o adopción de su hijo.

En ese sentido, se entiende que la licencia por maternidad tiene como funciones principales:

- La recuperación física y emocional de la madre: Después del parto, las mujeres experimentan cambios significativos en su cuerpo y requieren tiempo para recuperarse físicamente.⁶ La licencia por maternidad les brinda la oportunidad de descansar y rehabilitarse, favoreciendo una recuperación más efectiva,⁷ además de dar la debida importancia a los cuidados del puerperio de la mujer. Vale la pena recalcar que, la recuperación física y emocional debe otorgarse también cuando se haya producido un aborto o la muerte del bebé.
- El cuidado de la persona recién nacida: Permite a las madres dedicar tiempo exclusivo al cuidado de sus recién nacidos. Este periodo es esencial para establecer vínculos emocionales sólidos y atender las necesidades básicas de los hijos, si bien es cierto 42 días no son suficientes, este periodo se hace necesario para generar un espacio de seguridad para la persona que recién ha llegado a este mundo, con todos los cambios que implica.
- El establecimiento de la lactancia y alimentación: Facilita el proceso de lactancia materna al otorgar permisos especiales para amamantar o realizar la extracción manual de leche. Esto contribuye a la salud del bebé y promueve la continuidad de la alimentación materna, ya que se da por hecho que la lactancia se da en automático, la realidad es que es todo un proceso⁸ que necesita tiempo de adecuación, siendo un elemento sumamente

⁵ Artículo 176 de la Ley Federal del Trabajo.

⁶ Cfr. Instituto Mexicano del Seguro Social, Reactivación Física durante el puerperio. En: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202302/066>, consultado el 22 de enero del 2024.

⁷ Cfr. American Pregnancy Association, *Licencia por maternidad*, en: <https://americanpregnancy.org/es/healthy-pregnancy/planning/maternity-leave/>, consultado el 22 de enero del 2024.

⁸ En el entendido de que lo recomendable es que la lactancia materna sea a libre demanda para que cubra los requisitos nutrimentales, de confort y confianza del recién nacido, y esto requiere de una presencia plena de la madre al menos los 2 primeros años de vida.

importante, según la OMS *la lactancia materna es una de las formas más eficaces de garantizar la salud y la supervivencia de los niños.*⁹

Resaltados los puntos anteriores, se puede observar que la maternidad en sus primeras etapas (sin hacer a un lado las posteriores que seguramente son igual o más desafiantes), requiere de una presencia plena y sobre todo de cuidado tanto de la madre como de la persona recién nacida, por lo que no es una actividad que pueda o deba hacer una persona de manera unilateral, sino que se requiere de una red de soporte para poder llevarla a cabo.

2.2 Licencia por paternidad

En la actualidad, se observa un cambio notable en las responsabilidades familiares, ya que tanto padres como madres comparten cada vez más estas obligaciones. Esto implica que las empresas deben reconocer los compromisos familiares de ambos progenitores.¹⁰ Kurzcyn Villalobos destaca la importancia de comprender que la responsabilidad de la reproducción es compartida entre hombres y mujeres, por lo que las responsabilidades sociales y económicas también deben ser compartidas.

La paternidad se define como la relación entre un individuo de sexo masculino y su hijo o hija, ya sea por consanguinidad o adopción.¹¹ En este contexto, la licencia de paternidad es el permiso otorgado al padre trabajador para ausentarse de su trabajo debido al nacimiento o adopción de su hijo o hija. Se busca, de acuerdo con el principio de equidad, equipararla con las licencias otorgadas a la madre, como en casos específicos de tratamientos de fecundidad o aborto.

La licencia de paternidad debe ser concedida a los padres, independientemente de la licencia de maternidad. Aunque el padre no la necesita para su recuperación física, se considera esencial para cuidar de la salud de la madre y establecer vínculos afectivos con el recién nacido.

En México, a partir de 2012, se garantizó un permiso de paternidad de cinco días laborables con salario completo a los trabajadores por el nacimiento o adopción de sus hijos. A pesar de ser una prestación obligatoria, algunos empleadores muestran resistencia, cultural y económicamente, ya que el costo de la licencia recae completamente sobre ellos, a diferencia de la licencia por maternidad, que es cubierta por los institutos gestores de la seguridad social.

⁹ Organización Mundial de la Salud, Lactancia Materna, en: https://www.who.int/es/health-topics/breastfeeding#tab=tab_1

¹⁰ Cfr. Kurzcyn Villalobos, Patricia, Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo, UNAM, México, 2004, p. 125

¹¹ De conceptos, *Concepto de Paternidad*, en: <http://deconceptos.com/ciencias-naturales/paternidad>, consultado el 04 de enero de 2024.

Si bien es cierto que algunos segmentos de la fuerza laboral, como aquellos empleados por el Consejo de la Judicatura Federal, han disfrutado de una licencia por maternidad o paternidad de 90 días desde junio de 2022, este grupo es reducido en comparación con el resto de la población económicamente activa y a pesar de que constituye un progreso significativo, aún persiste un camino extenso por recorrer.

Desde el año 2015, se han propuesto iniciativas para extender la licencia de paternidad a 20 días para otros trabajadores, y hasta que no se logre la igualdad en las licencias para el cuidado de los hijos, la equidad social y laboral seguirá siendo un objetivo pendiente.

Si bien es cierto, el padre no pasa por ningún proceso biológico al nacimiento de sus hijos e hijas, lo cierto es que el contacto y convivencia son importantes para la familia, de tal forma que la licencia por paternidad se hace indispensable para:

La licencia por paternidad es un permiso remunerado que se concede a los padres trabajadores para ausentarse temporalmente de sus labores después del nacimiento o adopción de un hijo. Su propósito principal es permitir que los padres dediquen tiempo y atención a las necesidades del recién nacido y apoyen a la madre durante las primeras etapas de la crianza.

Algunos de los objetivos y beneficios asociados con la licencia por paternidad incluyen:¹²

- **Crear un Vínculo familiar:** La licencia por paternidad brinda la oportunidad de establecer fuertes lazos emocionales con el recién nacido desde las primeras etapas de su vida. La presencia y participación activa del padre durante este periodo son fundamentales para el desarrollo saludable del niño y para fortalecer la conexión familiar.
- **Cuidado a la madre:** Durante las primeras semanas después del parto, la madre puede necesitar asistencia adicional, tanto emocional como práctica. La licencia por paternidad permite que el padre esté presente para apoyar a la madre en el cuidado del bebé y en la adaptación a los cambios que conlleva la llegada de un nuevo miembro a la familia.
- **Responsabilidad compartida:** La licencia por paternidad fomenta la idea de que la responsabilidad del cuidado de los hijos debe ser compartida entre ambos progenitores. Contribuye a romper estereotipos de género y promueve la equidad en la distribución de las tareas familiares, permitiendo que tanto el padre como la madre participen activamente en la crianza de sus hijos.

¹² Cfr. Indeed, *El permiso de paternidad en México y el mundo*, en: <https://mx.indeed.com/orientacion-profesional/desarrollo-profesional/permiso-de-paternidad>, Consultado el 10 de enero del 2024.

- Desarrollo del padre como cuidador: Al conceder tiempo para el cuidado directo del bebé, la licencia por paternidad contribuye al desarrollo de habilidades parentales en los padres. Esto incluye aprender a cambiar pañales, alimentar al bebé, calmarlo y participar en otras actividades esenciales para su bienestar.
- Beneficios para la salud mental: La presencia del padre durante las primeras semanas de vida del bebé puede tener beneficios significativos para la salud mental de ambos padres. Ayuda a reducir el estrés, fortalece el apoyo emocional mutuo y crea un entorno familiar más sólido.

2.3 Losa de hormigón

Desde la perspectiva feminista, la "losa de hormigón" representa una metáfora que ilustra la sobrecarga y las dificultades adicionales que experimentan muchas mujeres en el ámbito doméstico, especialmente cuando tienen hijos pequeños. Esta carga se vuelve cada vez más pesada debido a los estereotipos de género arraigados y los roles tradicionales que se han asignado a las mujeres a lo largo de las generaciones. El concepto de losa de hormigón es relativamente nuevo, acuñado por Laura Sagnier en 2021, y no porque las conductas a las que se refiere no existan, sino que hoy en día se les ha puesto un nombre.

La losa de hormigón principalmente se compone de:

- Dedicación desproporcionada a tareas domésticas: Las mujeres, según el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, dedican en proporción de tiempo dedicado a quehaceres domésticos y cuidados no remunerados un 24.2 del tiempo semanal en comparación con el 8.8% de los hombres en las mismas actividades.¹³ Esta desigualdad conlleva diversas consecuencias:
 - Menor tiempo para el trabajo remunerado: La alta dedicación de las mujeres a las tareas domésticas reduce su disponibilidad para participar en el trabajo remunerado, limitando así sus oportunidades de desarrollo profesional y económico.¹⁴
 - Repartición desigual de las responsabilidades de cuidado: La desproporción en la carga de trabajo doméstico también se traduce en la asignación inequitativa de las

¹³ Cfr. CEPAL, *Proporción del tiempo dedicado al trabajo doméstico y de cuidado no remunerado, desglosado por sexo (indicador ODS 5.4.1)*, en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/proporcion-tiempo-dedicado-al-trabajo-domestico-cuidado-no-remunerado-desglosado-sexo>, consultado el 05 de enero del 2023.

¹⁴ Cfr. Vaca Trigo, Ileana, Oportunidades y desafíos para la autonomía de las mujeres en el futuro escenario del trabajo, CEPAL, 2019, en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/edc6e8c4-d873-4ad7-a069-1a4a260ca8c1/content>.

responsabilidades de cuidado, perpetuando roles tradicionales y limitando la participación activa de los hombres en el ámbito doméstico.¹⁵

- Sumisión económica: La dedicación desigual a las tareas de cuidado puede resultar en la sumisión económica de las mujeres, ya que tienen menos tiempo para dedicarse a actividades remuneradas que contribuyan a su independencia financiera.¹⁶
- Falta de red de apoyo para el cuidado: La sobrecarga de responsabilidades domésticas sin una red de apoyo adecuada dificulta a las mujeres equilibrar el cuidado de los hijos e hijas con otras actividades, generando estrés y limitando su participación en el ámbito laboral.¹⁷

La losa de hormigón, por lo tanto, representa la carga acumulativa de estas dinámicas desiguales, que obstaculizan el desarrollo integral de las mujeres al imponer expectativas y responsabilidades desproporcionadas en el ámbito doméstico. Desde una perspectiva feminista, abordar la losa de hormigón implica desafiar y cambiar los estereotipos de género arraigados, promover la equidad en las responsabilidades familiares y fomentar una redistribución justa del trabajo doméstico y de cuidado.

3. El impacto de la desigualdad en las licencias de maternidad y paternidad

La disparidad en las duraciones de las licencias por maternidad y paternidad refuerza las desigualdades de género en los ámbitos laboral y familiar, generando efectos significativos en el trabajo, nivel de vida y economía de las mujeres. La extensión de la licencia por maternidad impone una carga adicional a las mujeres al asignarles la mayor responsabilidad en el cuidado de los recién nacidos, consolidando roles tradicionales de género donde se espera que las mujeres asuman predominantemente las tareas de crianza.

Este desequilibrio tiene repercusiones directas en la trayectoria laboral de las mujeres, con interrupciones más prolongadas que limitan sus oportunidades de desarrollo profesional y económico. La percepción arraigada de que las mujeres son las principales cuidadoras también influye en la discriminación laboral, con posibles prejuicios hacia las mujeres, considerándolas menos comprometidas o disponibles para el trabajo.

¹⁵ Ídem

¹⁶ UNAM, *Dedican las mujeres el doble de tiempo que los hombres a tareas de cuidado destacan expertas*, en: <https://coordinaciongenero.unam.mx/2022/12/dedican-las-mujeres-el-doble-de-tiempo-que-los-hombres-a-tareas-de-cuidado-destacan-expertas/>, consultado el 23 de enero del 2024.

¹⁷ Cfr. Instituto Nacional de las Mujeres, *¿Cómo Funcionan las Redes de Apoyo para Mujeres?*, México, INMujeres, p. 11 en: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/101244.pdf, consultado e. 23 de enero del 2024.

La duración limitada de la licencia por paternidad refleja una distribución desigual de responsabilidades, reforzando la idea de que el cuidado de los hijos es principalmente responsabilidad de las mujeres. Este desequilibrio afecta directamente:

- Brecha en las oportunidades profesionales: Las interrupciones más extensas en las carreras de las mujeres pueden resultar en mayores desafíos para mantener o avanzar en el ámbito laboral, limitando su crecimiento profesional y sus ingresos a largo plazo.
- Discriminación de género en el empleo: La percepción arraigada de que las mujeres son las principales cuidadoras puede llevar a discriminación laboral, con posibles preferencias hacia candidatos masculinos que se perciben como menos propensos a ausentarse debido a responsabilidades familiares.
- Impacto económico para las mujeres: La desigualdad en las licencias contribuye a un impacto económico significativo, limitando la participación en el trabajo remunerado y contribuyendo a la dependencia económica de las mujeres, afectando su autonomía financiera.
- Perpetuación de estereotipos de género: La asignación desigual de las licencias refuerza estereotipos de género, asociando a las mujeres principalmente con las responsabilidades de cuidado, dificultando el progreso hacia una sociedad más equitativa.¹⁸
- Salud y bienestar de las madres. La presión para regresar rápidamente al trabajo debido a licencias más cortas puede afectar la salud y el bienestar de las mujeres, contraviniendo el propósito de la licencia por maternidad.
- Impacto en la participación laboral Femenina. La desigualdad en las licencias contribuye a la disminución de la participación laboral femenina, desmotivando a las mujeres a ingresar o permanecer en el mercado laboral debido a limitaciones percibidas.
- Desafíos en la conciliación trabajo-familia. La disparidad en las licencias crea desafíos en la conciliación trabajo-familia, afectando el bienestar y la capacidad de las mujeres para contribuir plenamente al ámbito laboral.
- Dejar en desventaja a las parejas homoparentales. Esto al verse vulnerado su derecho al cuidado de sus hijos biológicos o adoptivos pues la legislación no contempla este supuesto, y si fuera el caso dejaría a dos padres con licencia de solo cinco días cada uno.

¹⁸ Véase: CEPAL, *La sociedad del cuidado, horizonte para una recuperación sostenible con la igualdad de género*, CEPAL 2022, en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/s2200704_es.pdf, consultado el 15 de enero del 2024.

Abordar estas disparidades es crucial para avanzar hacia una sociedad más equitativa y justa, reconociendo la importancia de políticas que promuevan una distribución equitativa de las responsabilidades familiares y que desafíen los estereotipos de género arraigados.

4 PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA

Con todo lo discutido, es menester hacer las siguientes propuestas de reforma integral quedando de la siguiente manera:

Tabla 1. Propuesta integral de Reforma.

Legislación	Texto actual:	Propuesta de reforma:
Ley Federal del Trabajo	Título quinto “Trabajo de las mujeres “	Título quinto “Trabajo de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares”
Ley Federal del Trabajo	Artículo 165.- Las modalidades que se consignan en este capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad	Artículo 165.- Las modalidades que se consignan en este capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad, el ejercicio de la paternidad y los cuidados de la persona recién nacida o adoptada.
Ley Federal del Trabajo	Artículo 172, fracción II: disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto. A solicitud expresa de la trabajadora, previa autorización escrita del médico de la institución de seguridad social que le corresponda o, en su caso, del servicio de salud que otorgue el patrón, tomando en cuenta la opinión del patrón y la naturaleza del trabajo que desempeñe se podrá transferir hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto para después del mismo. En caso de que los hijos hayan nacido con cualquier tipo de discapacidad o requieran atención médica hospitalaria, el descanso podrá ser de hasta ocho semanas posteriores al parto, previa presentación del certificado médico correspondiente. En caso de que se presente autorización de médicos particulares, ésta deberá contener el nombre y número de cédula profesional de quien los expida, la fecha y el estado médico de la trabajadora. II Bis. En caso de adopción de un infante disfrutarán de un descanso de seis semanas con goce de sueldo, posteriores al día en que lo reciban;	Adición de la fracción II. Ter: Los padres trabajadores gozaran de una licencia en los mismos términos al nacimiento o adopción de un infante.
Ley del Seguro Social	Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.	Adición del artículo 101. Bis: El asegurado tendrá derecho por el nacimiento de un hijo o hija, a un subsidio igual al establecido en el artículo 101.

Elaboración personal.

5 REFLEXIONES FINALES

Las reflexiones finales derivadas del análisis presentado resaltan la urgencia de replantear y redefinir las políticas relacionadas con las licencias por maternidad y paternidad. La conceptualización actual de la licencia por maternidad, con su término inapropiado de "incapacidad por maternidad", refleja la necesidad de un cambio profundo. Reconocer la maternidad como un período valioso que va más allá de las limitaciones físicas es esencial para construir entornos laborales y sociales que respalden plenamente a las mujeres, fomentando así una red de apoyo efectiva.

En cuanto a la licencia por paternidad, a pesar de los avances, persisten resistencias culturales y económicas. Se destaca la importancia de transformar la percepción de las responsabilidades familiares compartidas. En lugar de ser una formalidad, la licencia por paternidad debería ser un componente integral en la construcción de equidad de género, reconociendo el papel activo de los padres en el cuidado familiar.

La metáfora de la "losa de hormigón" resalta las desigualdades arraigadas en las responsabilidades domésticas, limitando la participación de las mujeres en el trabajo remunerado y perpetuando roles tradicionales de género. Abordar esta "losa de hormigón" implica desafiar y cambiar estereotipos arraigados, promoviendo una redistribución equitativa del trabajo doméstico y del cuidado.

Las disparidades en las duraciones de las licencias por maternidad y paternidad refuerzan las desigualdades de género, con consecuencias significativas en la vida laboral, el nivel de vida y la economía de las mujeres. Cuestionar no solo la duración de estas licencias, sino también la percepción social que subyace en la asignación desigual de responsabilidades es crucial. Abordar estas disparidades es un llamado urgente para construir un futuro donde la equidad de género sea una realidad palpable y donde las responsabilidades familiares sean compartidas equitativamente.

En conclusión, homologar las licencias por maternidad y paternidad es esencial para proteger el principio de igualdad sustantiva entre las personas trabajadoras con cargas familiares. Reconocer que el cuidado de los hijos no es exclusivo de las mujeres y promover la participación activa de todos los miembros de la familia, así como de los empleadores y el Estado, son pasos cruciales hacia la construcción de una sociedad más equitativa. La normativa jurídica debe ser sensible a estas cuestiones, sin hacer distinciones de género en el otorgamiento de prestaciones, contribuyendo así a la eliminación de techos de cristal y la caída de las losas de hormigón en el ámbito laboral y familiar.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION. "Licencia por maternidad." Edição; Local: American Pregnancy Association. Disponível em: <<https://americanpregnancy.org/es/healthy-pregnancy/planning/maternity-leave/>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

Artículo 176 de la Ley Federal del Trabajo.

CÂMARA DE DIPUTADOS. "Derechos de las Mujeres Trabajadoras." Edição; Local: Cámara de Diputados. Disponível em: <<https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-09-06.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2023.

CEPAL. "Proporción del tiempo dedicado al trabajo doméstico y de cuidado no remunerado, desglosado por sexo (indicador ODS 5.4.1)." Edição; Local: CEPAL. Disponível em: <<https://oig.cepal.org/es/indicadores/proporcion-tiempo-dedicado-al-trabajo-domestico-cuidado-no-remunerado-desglosado-sexo>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

CONEVAL. "Imprescindible reducir brechas de género en el mercado laboral, en actividades de cuidados y del hogar." Edição; Local: CONEVAL. Disponível em: <https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2022/COMUNICADO_03_SISTEM_A_INDICADORES_POBREZA-GENERO_2016_2020.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

DE CONCEPTOS. "Concepto de Paternidad." Edição; Local: De Conceptos. Disponível em: <<http://deconceptos.com/ciencias-naturales/paternidad>>. Acesso em: 04 jan. 2024.

IMCO. "El valor del trabajo doméstico de las mujeres." Edição; Local: IMCO. Disponível em: <<https://imco.org.mx/el-valor-del-trabajo-domestico-mujeres-le-dedican-el-triple-de-tiempo-que-los-hombres/>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES. "¿Cómo Funcionan las Redes de Apoyo para Mujeres?" Edição; Local: México, INMujeres, p. 11. Disponível em: <http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/101244.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2024.

KURZCYN VILLALOBOS, Patricia. *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo.* Edição; Local: UNAM, México, 2004, p. 125.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Lactancia Materna." Edição; Local: Organización Mundial de la Salud. Disponível em: <https://www.who.int/es/health-topics/breastfeeding#tab=tab_1>.

VACA TRIGO, Ileana. "Oportunidades y desafíos para la autonomía de las mujeres en el futuro escenario del trabajo." Edição; Local: CEPAL, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/edc6e8c4-d873-4ad7-a069-1a4a260ca8c1/c>>

Como Citar

ABNT

TUFIÑO GÓMEZ, Brenda. La homologación de las licencias de paternidad y maternidad en México:: un imperativo para reducir la losa de hormigón. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ªRegião, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e62, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.62. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/62>. Acesso em: .

APA

Tufiño Gómez, B. (2024). La homologación de las licencias de paternidad y maternidad en México:: un imperativo para reducir la losa de hormigón. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, TRT 9ªRegião, 2(1), e62. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.62>

O CONCEITO DE “SOCIEDADE BEM ORDENADA” NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E SUA APLICABILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E A ESTRUTURAÇÃO DA DEFESA SOCIAL

THE CONCEPT OF “WELL-ORDERED SOCIETY” IN JOHN RAWLS’ THEORY OF JUSTICE AND ITS APPLICABILITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE AND THE STRUCTURING OF SOCIAL DEFENSE

Carlos Henrique Bezerra Leite¹

<https://orcid.org/0000-0001-7487-0971>

Roberto Antônio Darós Malaquias²

<https://orcid.org/0000-0001-8996-6765>

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo a discussão de um tema de extrema relevância como fundamento para a democracia brasileira e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Trata da implementação de estudos específicos em um sistema comunitário democrático com o intuito de buscar novas diretrizes filosóficas para o complexo fenômeno criminológico que afeta a sociedade brasileira. Foi utilizado o método indutivo, por intermédio de um sistema híbrido de abordagem, usando a pesquisa qualitativa e quantitativa, fundamentada na matriz aristotélica do empirismo, embora não se esteja buscando a generalização dos resultados, observou-se sua dependência da experiência conquistada pelos trabalhadores-policiais que são os legítimos profissionais operadores deste referido sistema. Tornou-se essencial neste estudo a inserção e alocação de uma base principiológica diretiva de estruturação da conduta humana, tendo como função a ordenação das diversas esferas dos discursos democráticos, visando a manutenção da paz social constitucionalmente instituída, a fim de se identificar a essencialidade desse serviço público estruturante: a Segurança Pública e a Defesa Social, sob o enfoque de sua natureza humanitária. O preceito contido no Art. 6º da CF de 1988, trazido pela EC nº 90, de 15/09/2015, que determina diversos direitos sociais, inclusive à “segurança”, deve ser entendido como autoaplicável. O conceito de “sociedade bem ordenada”, emergente da Teoria da Justiça, de John Rawls, estando associado a uma concepção de justiça como equidade, contribui para o entendimento e a construção de diretrizes para a política de Segurança Pública e Defesa Social, buscando a redução e controle da criminalidade.

Palavras-Chave: Sociedade Bem Ordenada; Teoria da Justiça; John Rawls; Segurança Pública; Defesa Social.



¹ Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (FDUC/PT); Doutor em Direito (PUC-SP); Mestre em Direitos (PUC-SP); Bacharel em Direito (UFES); Professor do Programa de Pós-Graduação Strito Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES), lecionando a disciplina Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais; Líder do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos (PPGD-FDV/ES); Professor da disciplina Direito Processual do Trabalho I (FDV-ES); Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES (aposentado); Diretor da Escola Judicial do Trabalho (1993/2007); Vice-Presidente do TRT da 17ª Região/ES (2011/2013); Advogado Trabalhista (OAB/ES); <<https://lattes.cnpq.br/4640554588143937>>; <<https://orcid.org/0000-0001-7487-0971>>; chbezerraleite@gmail.com

² Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV); Mestre em Direito Processual (UFES); Especialista em Ciência Policial e Investigação Criminal na Coordenação de Altos Estudos em Segurança Pública da Escola Superior da Polícia Federal (ESP/ANP/PF); Especialista em Direito Constitucional (UFES); Bacharel em Direito (UFES); Conselheiro Estadual de Segurança Pública (COESP-ES); Professor de Ciências Penais e Segurança Pública, Direito Constitucional, Processual Penal, Filosofia e Teoria Geral do Direito (FAVIVA); Consultor Jurídico; Advogado Criminalista (OAB-ES); <<https://lattes.cnpq.br/3090590223741513>>; <<https://orcid.org/0000-0001-8996-6765>>; <roberto.daros@outlook.com>

ABSTRACT

This research aims to discuss a topic of extreme relevance as a foundation for Brazilian democracy and the strengthening of the Democratic State of Law. It is the implementation of specific studies in a democratic community system with the aim of seeking new philosophical guidelines for the complex criminological phenomenon that affects Brazilian society. The inductive method was used, through a hybrid system of approach, using qualitative and quantitative research, based on the Aristotelian matrix of empiricism, although the generalization of the results was not sought, its dependence on the experience gained by the police workers was observed, who are the legitimate professional operators of this system. It became essential in this study to insert and allocate a principled basis for structuring human conduct, with the function of ordering the different spheres of democratic discourses, aiming to maintain constitutionally established social peace, in order to identify the essentiality of this structuring public service: Public Security and Social Defense, from the perspective of its humanitarian nature. The precept contained in Article 6 of the Brazilian Federal Constitution, of 1988, brought by Constitutional Amendment number 90, of September, 15, 2015, which determines several social rights, including “security”, must be understood as self-applicable. The concept of “well-ordered society”, emerging from the Theory of Justice, by John Rawls, being associated with a conception of justice as fairness, contributes to the understanding and construction of guidelines for Public Security and Social Defense policy, seeking to reduce and control crime.

Key-words: Well-Ordered Society; Theory of Justice; John Rawls; Public Security; Social Defense.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da implementação de estudos específicos em um sistema comunitário democrático com o intuito de buscar novas diretrizes filosóficas para o complexo fenômeno criminológico que afeta a sociedade brasileira, tornando-se essencial a inserção e alocação de uma base principiológica diretiva de estruturação da conduta humana que deve ter como função a ordenação das diversas esferas dos discursos democráticos, visando a manutenção da paz social constitucionalmente instituída, a fim de se identificar a essencialidade de um serviço público estruturante: a Segurança Pública e a Defesa Social, sob o enfoque de sua natureza humanitária.

A formulação do problema e a respectiva hipótese da investigação se apresentou por intermédio de quatro questionamentos, seguidos pela diretriz inicialmente limitada pelo conhecimento “*a priori*”:

1) O preceito contido no Art. 6º da CF de 1988³, trazido pela Emenda Constitucional nº 90, de 15/09/2015, Capítulo II, que determina diversos direitos sociais, inclusive à “segurança”, deve ser entendido como autoaplicável ou norma programática que depende de ulterior regulamentação? O pleno exercício da cidadania somente será conquistado e usufruído com a efetividade da proteção aos cidadãos proporcionada pela Segurança Pública, por meio da normatização do mencionado preceito e das demais diretrizes regulamentadas no Título IV, Da

³ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas, Seção III, Disposições Gerais, Capítulo III, Da Segurança Pública, Art. 144 e todos os dispositivos que estruturam o mencionado capítulo;

2) Existe um “vácuo legislativo” a ser preenchido por meio do resultado das pesquisas acadêmicas, a fim de despertar a sociedade brasileira para a realidade da atividade policial a ser prestada como um serviço público essencial à proteção dos cidadãos e ao pleno exercício da cidadania? Verifica-se na CF de 1988, ao completar três décadas e meia de vigência, que o legislador constituinte ainda não regulamentou os preceitos constitucionais prioritários, conforme indicação expressa do § 7º do Art. 144 da CF de 1988, que exige a estruturação, organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela Segurança Pública;

3) A relação conflituosa entre os integrantes das corporações policiais e os defensores dos Direitos Humanos é obstáculo a efetivação do direito à Segurança Pública? Os ativistas dos Direitos Humanos visualizam os operadores da Segurança Pública como indivíduos que ideologicamente atuam como instrumento de repressão ilegítima da sociedade, atribuindo-lhes a responsabilidade da utilização de práticas abusivas no exercício de suas funções policiais. Por sua vez, os policiais das diversas corporações afirmam que os mencionados ativistas são “protetores de bandidos”. Trata-se de uma ideologia contraposta em constante conflito e obstáculo ao avanço da defesa social;

4) O conceito de “sociedade bem ordenada”, contido na Teoria da Justiça, de John Rawls, pode contribuir para o entendimento e a construção de diretrizes para a política de Segurança Pública buscando a redução e controle da criminalidade? A definição adequada deste mencionado conceito está associada a uma concepção de justiça como equidade que tem por fim amparar o cidadão na observância de uma doutrina filosófica abrangente e razoável, submetendo-se aos princípios dessa referida sociedade em busca da defesa social.

O Estado deve atuar de forma a garantir a segurança de todos os cidadãos, não somente com as típicas atividades policiais e as operações midiáticas exageradas, mas de modo a conter os confrontos armados e os atos de violência, utilizando-se da força legítima, moderada e progressiva para deter os indivíduos que cometem crimes, evitando confrontos fatais a fim de manter a ordem pública.

A cidadania é o conjunto de direitos e deveres ao qual um indivíduo está submetido em relação a sua convivência em sociedade. O conceito de cidadania está ativamente conectado aos direitos e garantias fundamentais, especialmente os direitos políticos, que permitem aos cidadãos intervirem na direção das políticas públicas do Estado, participando de maneira direta ou indireta na formação do governo e na sua administração.

Nestas pontuações introdutórias, torna-se importante identificar e relacionar as diretrizes constitucionais e seus fundamentos epistemológicos contidos nas Ciências Policiais e Ciências Criminais, reafirmando o entendimento sobre a Segurança Pública como Direito Fundamental ao pleno exercício da cidadania, conforme mencionado anteriormente sobre o preceito legal contido no Art. 6º da Constituição Federal de 1988 (EC nº 90, de 15/09/2015), pontuando diversos direitos sociais, principalmente referenciando a Segurança Pública como um direito fundamental e uma garantia inalienável do cidadão, definindo o entendimento sobre sua autoaplicabilidade ou sendo esse apenas mais uma norma programática que depende de ulterior regulamentação, como se tem protelado por tantas décadas, conforme referido anteriormente nesta pesquisa.

A base teórica deste artigo é a obra “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls, que será adequadamente referenciada no núcleo central deste trabalho, juntamente com o embasamento teórico dos Direitos Humanos e das Ciências Penais e Segurança Pública com as obras doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros, além das sugestões de leitura complementar. Esta pesquisa foi implementada e executada utilizando “fontes bibliográficas primárias”, tendo em vista uma perfeita intelecção e cognição do tema.

Vale destacar que no planejamento e desenvolvimento deste artigo foi utilizado o método *indutivo*, adotando-se um sistema híbrido, quanto à abordagem, usando a pesquisa *qualitativa e quantitativa*, tendo em vista se basear em fenômenos diversos que ocasionaram a dificuldade de implementação e consolidação dos direitos e garantias fundamentais, entendendo a atividade policial como um serviço público essencial e a Segurança Pública como Direito Fundamental, garantindo-se o acesso à justiça na perspectiva dos Direitos Humanos.

Utilizou-se também a *matriz aristotélica do empirismo*, embora não se esteja buscando a generalização dos resultados, observou-se sua dependência da experiência conquistada pelos profissionais operadores deste referido sistema. Em certas circunstâncias, esta pesquisa se fundamentou na análise estatística de relações de causa e efeito, descrevendo características de uma amostra de afirmações em textos e artigos creditadas a autoria a esses mencionados trabalhadores-policiais em contraponto com as pessoas ativistas dos Direitos Humanos.

Referente à *epistemologia*, esta pesquisa adotou como forma de compreensão do fenômeno a ser analisado o critério *positivista*, entendendo que a realidade pré-existente oferece uma observação direta e autêntica do fenômeno a ser analisado e estudado.

Quanto à *natureza*, trata-se de trabalho de *pesquisa aplicada*, desenvolvendo soluções práticas através da geração de conhecimentos aplicáveis imediatamente, dirigidos à solução do

problema específico anteriormente mencionado para satisfação desse complexo problema da sociedade brasileira sobre a redução e controle da criminalidade.

Quanto à questão dos *procedimentos*, definiu-se pelos critérios das pesquisas: *bibliográfica e documental*. A revisão bibliográfica em literatura nacional e estrangeira sedimentou-se como o melhor caminho a ser seguido, utilizando-se da leitura exploratória e seletiva para se chegar à relação especificada no item *Referências*.

Tornou-se necessária a criação de subsídios ao desenvolvimento do assunto que gerou resultados consistes quanto à redação no presente artigo, além do essencial apoio documental na coleta de dados precedentemente catalogados em repositórios de doutrinas e jurisprudências, tendo em vista se tratar de procedimento racional e sistemático que proporcionou respostas eficientes para a problemática filosófica e jurídica anteriormente proposta.

Por intermédio da leitura analítica e interpretativa das obras eleitas como complementares, foram abstraídos os conhecimentos dogmáticos e filosóficos disponíveis que preencheram diversas lacunas do questionamento inicial, conforme se poderá constatar na narrativa deste artigo, através dos itens e tópicos, a seguir.

2 A SOCIEDADE BRASILEIRA E O FENÔMENO CRIMINOLÓGICO

O fenômeno criminológico apresenta certas consequências extremamente desastrosas para a integração social e o desenvolvimento de uma nação soberana. É preciso buscar soluções doutrinárias eficazes que sirvam de diretrizes aos gestores públicos para a estruturação de políticas públicas de segurança, que sejam eficientes e que saibam miscigenar o conhecimento empírico oriundo da atividade laboral dos trabalhadores-policiais com o conhecimento puro abstraído de novas pesquisas acadêmicas, objetivando a efetiva proteção dos cidadãos brasileiros.

Neste contexto, percebe-se claramente o quanto a sociedade brasileira avançou na edificação de discursos e políticas públicas estruturantes que fundamentam os Direitos Humanos e viabilizam o exercício da cidadania. Entretanto, observa-se uma sólida e quase intransponível barreira preconceituosa das classes privilegiadas e das representações políticas que se omitem quanto à busca por uma solução imediata para a área da Segurança Pública e da Defesa Social, obrigando os cidadãos a conviverem com a violência urbana e rural diariamente, decorrente de um modelo estrutural em permanente colapso, ineficiente e injusto que não alcança índices satisfatórios de redução e controle da criminalidade.

Os modelos internacionais que demonstram eficiência e sucesso são muitos e se fundamentam na tradição de cada povo no enfrentamento da violência. Mas os interesses

políticos divergentes, corporativistas, particulares e empresariais muito bem representados como “fatores reais de poder” atuantes no Congresso Nacional brasileiro não permitem que se avancem adequadamente nas discussões sobre esse tema tão antigo quanto o próprio descobrimento do Brasil.

É necessário criar uma nova mentalidade de convívio comunitário para que haja espaço e comprometimento com a consciência coletiva que seja suprapartidária e se preocupe com os destinos da nação brasileira a fim de estruturar e consolidar um novo pacto reformista para a área da Segurança Pública e da Defesa Social.

Este referido pacto deverá ser identificado como prioritário pela população e assumido pelos representantes parlamentares como ato de relevância social máxima e as diretrizes desse novo tratado devem ser colocadas em discussões públicas democráticas que busquem à exaustão argumentativa e produzam efeitos positivos e respostas científicas.

Assim, a síntese dogmática sinaliza no sentido da superação desses mencionados obstáculos políticos antagônicos para a estruturação de modernas corporações policiais que se integrem com perfeição à sociedade brasileira, buscando a administração de uma política criminal eficiente e justa no controle da criminalidade.

O sobrejuntamento do modelo ultrapassado e ineficiente deve apresentar respostas adequadas quanto à harmonização da política de Segurança Pública entre União, Estados e Municípios, iniciando-se pela reestruturação das corporações policiais, o pagamento de salários justos que permitam aos operadores das forças policiais viverem com dignidade e tranquilidade com suas famílias, a receberem constante aperfeiçoamento operacional para a imediata redução das taxas de letalidade dos infratores e dos policiais em confrontos evitáveis pela excelência do treinamento e a sofisticação das técnicas policiais, a mudança de concepção e a busca por um paradigma na investigação criminal eficiente e célere que aumente a taxa de elucidação dos delitos.

Portanto, não basta investigar com rapidez e produzir provas, oferecer a denúncia, processar, condenar e punir o criminoso, executando a justa sentença. É necessário também a busca pela ressocialização do indivíduo que cometeu o crime porque o fez contra a sociedade que tem o dever de garantir-lhe o custodiamento digno em instalações adequadas para que o cerceamento de sua liberdade, quando se fizer necessário, seja um ato paternalista estatal severo, porém justo, assegurando-lhe seus direitos e garantias fundamentais.

Os Direitos Humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais que são positivados na Constituição de cada Estado soberano e se somam aos direitos fundamentais, equacionando-se com o conteúdo e a conformação da ideologia de cada

povo no dimensionamento das tradições e costumes das nações que os abrigam e os valorizam em seus objetivos patrióticos.

A sociedade do Século XXI não permite a utilização indevida e injusta da força de coerção estatal, deixando clara a ideia de desprezo pela tortura ou violência excessiva ao cidadão investigado ou ao indivíduo infrator da lei.

A sociedade civil organizada constantemente reclama melhorias na área de Segurança Pública, ocasião em que emergem inúmeros problemas como corrupção, baixos salários, carência de efetivo policial, equipamentos precários, baixo índice de resolução dos casos concretos, servidores despreparados e violentos, doenças mentais crônicas adquiridas ou desenvolvidas em função da atividade policial, por vezes, gerando atos extremos como o suicídio, sendo que todos esses fatores desembocam na completa desmotivação para o exercício da atividade como profissional da Segurança Pública.

Assim, diante de um ambiente laboral complexo e pontuado por tantas adversidades, buscou-se o conhecimento filosófico como fundamento para a estruturação de diretrizes na evolução da mencionada atividade estatal.

Neste contexto, John Rawls leciona que a justiça como equidade tem a fórmula de uma concepção política com visão autossustentável, partindo da ideia fundamental de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e das ideias que lhe estão associadas. Portanto, os cidadãos devem ser vistos como indivíduos livres e iguais e resguardados por uma concepção política de justiça, além da razoabilidade do fato do pluralismo na esfera constitucional e democrática (RAWLS, 1971, p. 453).

O contexto epistemológico apresentado recepciona a discussão sobre Segurança Pública como Direito Fundamental, identificando o ponto de convergência da relação conflituosa polarizada entre os integrantes das corporações policiais e os defensores dos Direitos Humanos, tendo em vista que estes ativistas visualizam os operadores da Segurança Pública como indivíduos que ideologicamente atuam como instrumento de repressão ilegítima da sociedade e atribuem a esses a responsabilidade da utilização de práticas abusivas no exercício de suas funções policiais.

Na posição oposta, encontram-se os ativistas defensores dos Direitos Humanos que são acusados pelos integrantes das corporações policiais como sendo defensores de “criminosos” – indivíduos infratores da lei - que não avaliam a gravidade e o prejuízo social causado por essas referidas práticas criminosas.

Essa equação antagônica deve ser revista sob o espectro dos pontos de atrito para reconstruir as bases de um novo pacto social reformista que consiga perceber o prejuízo social

na insistência do binômio “guerra do bem contra o mal”, porque não se obterá resposta razoável diante de tantas mortes, conforme anteriormente mencionado.

Portanto, torna-se necessário relacionar todas as divergências dessa mencionada relação e comparar os parâmetros de aprofundamento nesta questão para apresentar diretrizes eficientes na resolução deste mencionado fenômeno, além de analisar criticamente o embate ideológico e político que há entre os gestores e operadores da Segurança Pública e os ativistas dos Direitos Humanos, gerando um falso antagonismo entre essas áreas de atuação estatal, dos segmentos sociais e das organizações não governamentais - ONGs.

Torna-se necessário observar que as críticas incisivas e a implementação de diretrizes específicas sobre Direitos Humanos como instrumento de proteção social para todos os segmentos sociais, inclusive para os trabalhadores-policiais que prestam relevantes serviços públicos e também demandam o escudo protetor desses referidos direitos universais, evitando que os abusos e desmandos sejam cometidos, fazendo que a atividade policial e a política de Segurança Pública efetivamente protejam a sociedade brasileira.

É necessário ressaltar que os Direitos Humanos visam a proteção individual e coletiva, abrangendo todas as pessoas: cidadãos, vítimas, policiais, serviços assistenciais, inclusive os autores de infrações penais.

A Segurança Pública é um direito e dever da coletividade, que dispõe de órgãos constituídos para preservá-la e protegê-la. Em virtude da garantia da lei e da ordem social, não se concede ao Estado a prerrogativa de violar direitos individuais e coletivos.

Fábio Konder Comparato (2010, *passim*) que tem pesquisado com profundidade o tema Direitos Humanos, afirmando que o amplo e preponderante princípio da dignidade da pessoa humana é a pedra de toque do sistema jurídico dos países civilizados, integrando a ordem nacional e internacional.

Prossegue afirmando que “a dignidade da pessoa humana é o último relicário dos Direitos Humanos e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional” (COMPARATO, 2010, p. 48). Entretanto, esse mencionado extenso rol de direitos é de difícil implementação sendo, então, enquadrado no que se denomina de conceitos jurídicos indeterminados.

Embora de complexa definição, a ideia de dignidade se encontra inserida na existência humana, pelo simples fato do indivíduo ter nascido. Por isso, torna-se relativamente fácil a identificação de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, examinando-se cada caso concreto.

Assim, não há impedimento algum de sua aplicação na prática social, vez que é possível apontar as violações reais contra o mencionado princípio. O sistema de Direitos

Humanos situa-se no ápice do ordenamento jurídico, sendo imprescindível que o poder jurisdicional observe as normas e princípios desse sistema de direitos, quando do julgamento dos conflitos sociais.

Na tarefa de julgar, o magistrado não pode ignorar as normas relativas aos Direitos Humanos, tendo em vista que são de aplicação imediata, conforme consta no parágrafo 1º do Art. 5º da CF de 1988, sendo correta a ideia de que na aplicação do Direito, os princípios se sobrepõem às regras, o que acarreta a necessidade lógica de se interpretarem estas em função da norma de princípio.

Leciona o mencionado doutrinador (COMPARATO, 2010, p. 52) afirmando que “os Direitos Humanos são muito mais que um conjunto de princípios morais a informar a organização da sociedade e a criação do direito, mas um caminho para se conquistar a democracia como valor universal”, em que todos os povos a entendam como um sentimento insubstituível na vocação humana de tomar a si o destino individual e coletivo de uma nação.

Flávia Piovesan (2012, *passim*) leciona que o importante é discutir sobre a universalidade da aplicação dos Direitos Humanos no cenário mundial globalizado que possui especificidades sociais e culturais de caráter local que colocam em destaque a discussão referente às questões como soberania, dignidade humana e autodeterminação dos povos em contraposição a valores ligados particularmente às tradições religiosas e ao poder político.

Trata-se de uma pesquisa esclarecedora que aborda os compromissos internacionais assumidos pelo país e a ordem interna brasileira. No atual convívio social já não há mais espaço e aceitação para a imagem do policial violento que não respeita os direitos e garantias individuais e justifica sua truculência na falsa ideia de justiça que somente existe no equivocado pensamento corporativo do passado.

Prossegue a mencionada pesquisadora afirmando que “o importante é discutir sobre a universalidade da aplicação dos Direitos Humanos no cenário mundial globalizado que possui especificidades sociais e culturais de caráter local e colocam em destaque a discussão referente às questões como soberania, dignidade humana e autodeterminação dos povos em contraposição a valores ligados particularmente às tradições religiosas e ao poder político” (PIOVESAN, 2012, p. 32).

Afirma também sobre a implementação de um estudo que analisa a relação entre três fenômenos: a democratização política no Brasil, a participação do país no movimento internacional dos Direitos Humanos, mediante a ratificação de tratados e a efetiva proteção desses mencionados direitos pelo Estado brasileiro. Desta forma, “criou-se a oportunidade de enxergar o assunto sob o ângulo da preocupação com a garantia da efetividade universal dos

direitos a regular a vida em sociedade sob a égide da legitimidade normativa” (PIOVESAN, 2012, p. 38).

João Baptista Herkenhoff (2002, p. 19) afirma que “os Direitos Humanos devem ser entendidos como aqueles direitos que o homem possui por sua própria natureza, sendo a dignidade da pessoa humana o seu núcleo fundamental e, desta forma, deve ser preservado a qualquer custo, tendo em vista serem direitos inatos do ser humano”.

As afirmações do referido pesquisador objetivaram investigar a participação universal na formação da ideia de Direitos Humanos, analisando o caráter dialético e progressivo desses mencionados direitos. Assim, construiu conceitos em que os Direitos Humanos seriam “um produto histórico da civilização diante de um contexto global, não estando estabilizados, mas evoluindo desde a Convenção da ONU sobre os Direitos Humanos de 1948, até os dias atuais” (HERKENHOFF, 2002, p. 20).

Segundo sua visão e análise, os Direitos Humanos assumem um lugar de destaque na comunidade jurídica internacional, empunhando a bandeira da luta contra as injustiças e violências praticadas em desfavor de pessoas e grupos oprimidos.

Lecionou, com ênfase, que “os Direitos Humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir” (HERKENHOFF, 2002, p. 22).

Somando-se também a esta base teórica, o protagonismo e a coautoria neste artigo se tornam um incentivo a analisar minhas obras anteriormente publicadas abordando o tema dos Direitos Humanos (MALAQUIAS, 2015, *passim*) para afirmar que são aqueles “direitos inatos” que surgem com todo ser humano, em todos os povos mundiais, conclamando-se um novo pacto reformista da sociedade brasileira na estruturação da defesa social. Assim, é possível pontuar que “a cristalina convergência que há entre direitos fundamentais e direitos humanos é vista como valorização da condição e existência humana” (MALAQUIAS, 2015, p. 47).

Como se observa, os Direitos Humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais que são positivados na Constituição de cada Estado soberano e se somam aos direitos fundamentais, equacionando-se com o conteúdo e a conformação da ideologia de cada povo no dimensionamento das tradições e costumes da nação receptora.

Tratando também sobre Segurança Pública (MALAQUIAS, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, *passim*), buscou-se uma fundamentação empírica para a complementação deste estudo

racional, discutindo os diversos institutos que constroem a base teórica desta área de atuação estatal.

Na pesquisa sobre a complexidade do fenômeno criminológico, demonstrou-se preocupação com os elevados índices de criminalidade que a população brasileira suporta diariamente, inviabilizando o precioso bem jurídico tutelado à sociedade que é a Segurança Pública. Não basta a mera declaração de direitos se a garantia desses referidos bens tutelados estiver sempre fragilizada.

Enfim, faz-se um alerta para a importância da visão humanitária na construção dos sistemas judiciais e o arcabouço de garantia dos direitos individuais, principalmente na atividade policial. É necessária a atenção da sociedade para a gênese dos Direitos Humanos e o conflito fundamental que o ser humano vive com a própria estruturação da comunidade, exigindo um olhar atento para a estruturação da Segurança Pública.

Os progressos científicos e os avanços tecnológicos da sociedade ainda não foram suficientes para trazer soluções aos problemas básicos da humanidade (fome, pobreza, segregação racial, etc.), em que persistem as mazelas políticas gerando a miséria para dois terços da população mundial que vivem abaixo da linha da pobreza, enfatizando que “torna-se necessário e urgente que os operadores do Direito se sensibilizem e adotem uma visão crítica da sociedade e mudem suas posições pessoais e políticas no sentido de reestruturação das sociedades civis mundiais, exigindo uma postura austera e digna dos administradores públicos e os representantes do povo” (MALAQUIAS, 2019, p. 105).

Portanto, entende-se que os Direitos Humanos são uma conquista diária da sociedade mundial, por intermédio da busca incessante dos povos democráticos para se obter um bem inalienável da vocação e natureza humana: o desejo inesgotável de liberdade e a busca por um futuro harmônico da humanidade.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E A SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL

Os direitos e garantias fundamentais seguem o caminho da sedimentação obtida com a visualização dos Direitos Humanos que se expandiu, inexoravelmente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, consagrando as expectativas de suas origens e iniciando um longo processo de universalização desses referidos direitos e uma cristalina convergência de valorização da condição e existência da pessoa humana.

⁴ **Art. 1º.** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

O Congresso Nacional ainda não conseguiu implementar uma adequada discussão política sobre a área de Segurança Pública e Defesa Social. A Constituição da República Federativa do Brasil – CF de 1988, tentou impor uma agenda positiva aos congressistas que nunca avançou rumo à verdadeira democracia.

Os preceitos sem regulamentação são muitos desde sua promulgação e causam enorme insegurança jurídica porque geram “vácuos legislativos”⁵ sobre competência comum e concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que são preenchidos pelas diretrizes e atos inconstitucionais executados pelos administradores públicos, liderados por parlamentares que praticam um constitucionalismo abusivo incentivando o choque de atribuições entre as instituições ou mesmo a usurpação de funções constitucionais por intermédio da promulgação de legislação inconstitucional ou falsos convênios de cooperação operacional.

Existe uma interação polarizada de constantes atritos entre integrantes dos órgãos policiais e ativistas de Direitos Humanos que prejudica o avanço das políticas de Segurança Pública e Defesa Social, sendo um tópico importante a ser analisado neste artigo, a fim de que seja criticada e apresentadas as soluções que definam as melhores práticas e as diretrizes a serem seguidas para a evolução da atividade policial brasileira, sob o manto da proteção universal dos Direitos Humanos.

Vale ressaltar que o Art. 4º, número 1, contido no Capítulo II, Direitos Cíveis e Políticos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto San Jose da Costa Rica, de 22/11/1969⁶, preceitua que o fundamento de todos os demais direitos da pessoa humana é a vida e possui uma valoração prioritária que não se permite sua suspensão, fragilização ou menosprezo quanto à saúde e a significância da existência do ser humano.

⁵ **Art. 23.** É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; **Parágrafo único.** Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional 53, de 2006).

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, **penitenciário**, econômico e urbanístico;

XVI – **organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.**

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 7º A lei disciplinará a **organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública**, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

⁶ **Art. 4º.** Direito à vida.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Portanto, é inaceitável que qualquer Estado queira institucionalizar condenações em tribunais de exceção ou praticar execuções sumárias sob a alegação de restabelecer “a ordem e a paz pública” mesmo que os distúrbios sociais sejam extremos como, por exemplo, atos de terrorismo.

A atividade governamental de controle social não pode justificar a necessidade de pacificação da comunidade impondo o “terrorismo estatal”. O Estado tem o dever precípua de proteger a vida de seus cidadãos e, para esse fim, deve editar leis protetivas e a criação de órgãos competentes para a prevenção e a repressão dos atos criminosos que atentem contra a vida.

Assim, proteger a vida humana é muito mais que manter o indivíduo vivo. É proporcionar ao cidadão o direito a uma vida digna, conforme preceito contido no núcleo axiológico da CF de 1988, Art. 1º, inciso III⁷, que solidifica as bases intangíveis da república brasileira.

O rol dos direitos fundamentais de primeira geração, também conhecidos como *liberdades públicas*, surgiram por intermédio de reação contrária da burguesia ao poder absolutista estatal que reinava intocável à época pré-iluminista, nascendo daí o direito a exigir do Estado a abstenção, a não interferência na vida privada dos indivíduos.

Seguindo essa diretriz histórica da humanidade, também está preceituado no Art. 5º, *caput*, da CF de 1988, o direito à liberdade em sua amplitude axiológica que se estende desde a liberdade de locomoção até a livre manifestação do pensamento, da informação, das convicções políticas e religiosas, enfim, a todo o espectro de liberdade da existência humana.

Não se constitui um Estado Democrático de Direito sem a preservação da liberdade e proteção da incolumidade física de seus cidadãos. É inaceitável que qualquer agente estatal pertencente à tríade dos poderes constituídos possa arrebatar as prerrogativas de legislador constituinte originário e queira criar formas excessivamente controladoras do direito de ir e vir dos indivíduos sem que haja revolução de ideias e mude a ordem constitucional vigente.

Observa-se que o texto constitucional estabeleceu expressamente diversas exigências no sentido que as corporações policiais deverão atuar em conformidade com suas atribuições e competências na proteção e estabilidade das instituições democráticas e na concretização da garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos.

O garantismo penal nunca estará em choque com a eficiência da investigação criminal e das demais atividades policiais preventivas e repressivas. Ao contrário, a garantia dos direitos

⁷ **Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
III – a dignidade da pessoa humana;

individuais e coletivos faz parte dos “padrões de ação” eleitos pela sociedade e segue como diretriz fundamental da cidadania. A observância dos princípios e postulados constitucionais garantem a eficiência e competência para a área da Segurança Pública e Defesa Social, fundamentando a atuação estatal em busca da justiça social.

4 A SOCIEDADE BEM ORDENADA DE JOHN RAWLS

A análise crítica das construções filosóficas de John Rawls (1971, *passim*) possibilitaram a busca por uma fundamentação teórica justificando o preceito contido no Art. 6º da CF de 1988⁸, (Emenda Constitucional nº 90, de 15/09/2015), Capítulo II, sinalizando que a Segurança Pública é um direito social inalienável e essencial ao pleno exercício da cidadania. Desta forma, o mencionado filósofo leciona sobre o conceito de “sociedade bem ordenada”, traçando as diretrizes que fundamentaram o núcleo central deste artigo, sendo de essencial importância para a sociedade contemporânea, afirmando que:

At the beginning (§ 1) I characterized a well-ordered society as one designed to advance the good of its members and effectively regulated by a public conception of justice. Thus it is a society in which everyone accepts and knows that the others accept the same principles of justice, and the basic social institutions satisfy and are known to satisfy these principles. Now justice as fairness is framed to accord with this idea of society. The persons in the original position are to assume that the principles chosen are public, and so they must assess conceptions of justice in view of their probable effects as the generally recognized standards. (RAWLS, 1971, p. 453-456).

Este conceito fundamenta a natureza humanitária da Segurança Pública, em sua necessidade elementar de prevenir, reprimir e elucidar atos criminosos, definindo autoria e materialidade, com a eficiente colheita das provas, por meio de uma atividade tipicamente policial nos moldes científicos em busca da solidificação de um objeto ou objetos que justifique seu nascimento: ciência policial ou ciências policiais? É preciso emergir das sombras do menosprezo acadêmico e se consolidar no espaço da autonomia científica.

Rawls prossegue com seus conceitos filosóficos afirmando que uma “sociedade bem ordenada” deve ser regulada por uma concepção pública de justiça. Isso quer dizer que seus respectivos membros possuem um desejo efetivamente forte de agir de acordo com as exigências dos princípios de justiça. Sempre que uma “sociedade bem ordenada” perdura ao longo do tempo, significa dizer que sua concepção de justiça é presumivelmente estável.

Afirma também que “quando as instituições são justas, conforme definido por essa concepção, aqueles que participam de seus arranjos adquirem o correspondente senso de justiça e desejam fazer sua parte em mantê-los” (RAWLS, 1971, p. 454).

⁸ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Assim, observa-se que determinada concepção de justiça pode ser mais estável do que outra se o senso de justiça decorrente dela for mais estável e coeso, além de possuir acentuada tendência a “anular inclinações disruptivas e se as instituições que ela permite promoverem impulsos e tentações mais fracos para agir injustamente” (RAWLS, 1971, p. 454).

A estabilidade de uma concepção depende da interdependência de fundamentos que trazem o equilíbrio ao senso de justiça que se cultiva e aos objetivos que são estimulados diuturnamente para superar as propensões de injustiça.

O respeito aos princípios da justiça como equidade são basilares para Rawls, apesar da imensa diversidade de bens e de doutrinas filosóficas, religiosas e morais abrangentes, tendo em vista que a democracia e as questões políticas e sociais tem por objetivo garantir direitos, liberdades e oportunidades, devendo ser equacionadas pela capacidade de juízo.

A atividade policial investigativa e o posterior processo penal vivem o dilema da ineficiência diante de índices de resolutividade sempre abaixo de qualquer crítica razoável. Assim, busca-se constantemente um procedimento célere e eficiente visando a entrega efetiva do procedimento de investigação criminal, indicando autoria e materialidade para que o Ministério Público - detentor legítimo da propositura da ação penal – possa formular a acusação em face do indivíduo criminoso, prosseguindo-se a fase processual com a subsequente defesa e julgamento, obedecendo-se aos princípios e garantias constitucionais.

O pensamento aristotélico também é um contraponto essencial metodológico, no que tange à artificialidade da justiça. As doutrinas abrangentes, exceto as inconciliáveis, refere-se à temática do pluralismo que John Rawls entende de primordial importância a sua análise.

Prossegue, afirmando que “o problema sério que há nisso é o seguinte: uma sociedade democrática moderna não se caracteriza apenas por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, e sim por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si e que, no entanto, são razoáveis” (RAWLS, 2005, XVIII).

Percebe-se a diferença estrutural que o mencionado autor pontua na obra *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 1971, p. 453-456), em que não faz a distinção entre a filosofia moral abrangente e a concepção estrita da justiça, ampliando esse entendimento no trabalho acadêmico posterior denominado: *Liberalismo Político* (RAWLS, 2005, p. 35-46), afirmando que:

I have said that in justice as fairness the fundamental idea of society as a fair system of cooperation over generations is developed in conjunction with two companion ideas: the idea of citizen as free and equal persons, and the idea of a well-ordered society effectively regulated by a public political conception of justice. Having discussed the first companion idea, I now discuss the second. To say that a society is well-ordered conveys three things: first (and implied by the idea of a publicly recognized

conception of justice), it is a society in which everyone accepts, and knows that everyone else accepts, the very same principles of justice; and second (implied by the idea of the effective regulation of such a conception), its basic structure – that is, its main political and social institutions and how they fit together as on system of cooperation – is publicly known, or with good reason believed, to satisfy these principles. And third, its citizens have a normally effective sense of justice and so they generally comply with society’s basic institutions, which they regard as just. (RAWLS, 2005, p. 35).

Para Rawls, em uma sociedade bem ordenada, os cidadãos são livres e iguais, e resguardados por uma concepção política de justiça (RAWLS, 2005, p. 41), além da razoabilidade do fato do pluralismo na esfera constitucional e democrática (RAWLS, 2005, p. 42). Neste contexto, Rawls sinaliza três características essenciais, apesar da existência de doutrinas morais abrangentes e incompatíveis:

a) para todos os cidadãos os mesmos princípios de justiça são aplicados; b) a publicização do reconhecimento, a cooperação e inserção da estrutura básica da sociedade (instituições políticas e sociais) nos mesmos princípios de justiça; c) a presunção de que os cidadãos detêm um senso de justiça e estão em sintonia com as instituições básicas da sociedade, visando à concretização do consenso sobreposto. (RAWLS, 2005, p. 43).

O respeito aos princípios da justiça como equidade (RAWLS, 2005, XVI e XVII) são primordiais em Rawls, apesar da diversidade de bens e de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes.

A relação entre a democracia e as questões políticas e sociais, tendo por finalidade assegurar direitos, liberdades e oportunidades, são condicionadas pela capacidade de juízo (RAWLS, 2005, p. 44).

Rawls, desde a obra *Uma Teoria da Justiça* (RAWLS, 1971, p. 453), apresenta a ideia do liberalismo político (RAWLS, 2005, XIV), pesquisando a temática da estabilidade na filosofia política (RAWLS, 2005, XIII). Como foi mencionado anteriormente, na “sociedade bem ordenada” defendida por Rawls, os indivíduos devem buscar um “consenso sobreposto”, um acordo moral razoável, apesar da existência de doutrinas abrangentes incompatíveis, lecionando que:

Before beginning, I recall two main points about the idea of an overlapping consensus. The first is that we look for a consensus of reasonable (as opposed to unreasonable or irrational) comprehensive doctrines. The crucial fact is not the fact of pluralism as such, but of reasonable pluralism (I:6.2). This diversity political liberalism sees, as I have said, as the long-run result of the powers of human reason within an enduring background of free institutions. The fact of reasonable pluralism is not an unfortunate condition of human life, as we might say of pluralism as such, allowing for doctrines that are not only irrational but mad and aggressive. In framing a political conception of justice so it can gain an overlapping consensus, we are not bending to existing unreason, but to the fact of reasonable pluralism, itself the outcome of the free exercise of free human reason under conditions of liberty. (RAWLS, 2005, p. 144).

Desta forma, a sociedade possuiria características da auto sustentabilidade, em que se percebe nitidamente essas mencionadas características na doutrina aristotélica.

Para Aristóteles, a justiça política é uma diretriz essencial a ser seguida, afirmando que: “[...] não devemos esquecer que o que estamos procurando não é apenas aquilo que é justo incondicionalmente, mas também a justiça política. Esta é encontrada entre homens que vivem em comum tendo em vista a autossuficiência, homens que são livres e iguais” (ARISTÓTELES, 1999, p. 20). Portanto, o mencionado sistema equitativo de cooperação social deve estar essencialmente presente.

Justiça como equidade formula uma concepção política como uma visão que se sustenta por si própria, caso possa partir da ideia fundamental de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e das ideias que lhe estão associadas.

A expectativa é que essa concepção, com sua lista de bens primários na qual chegou a partir de dentro dela própria, possa constituir o foco de um consenso sobreposto razoável.

Rawls enfatiza sua posição em apresentar uma solução para o problema da estabilidade na filosofia política, considerando a divisão da sociedade em doutrinas filosóficas e morais abrangentes e incompatíveis, em se tratando de pluralismo razoável (RAWLS, 2011, XX e XXI).

Essa estabilização é conseguida através do consenso sobreposto por meio do qual realiza-se um reenquadramento social e equitativo entre uma doutrina abrangente e a concepção de justiça. Nessa construção, há a utilização de princípios de justiça e juízos razoáveis na resolução das questões essenciais, deixando que as doutrinas abrangentes sofram os ajustes necessários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linha de conclusão, consolida-se o posicionamento técnico-jurídico e filosófico que a Segurança Pública é um Direito Fundamental ao pleno exercício da cidadania e a integral proteção dos cidadãos, tornando-se necessário efetuar uma minuciosa releitura em toda a história da atividade policial no Brasil para se compreender cientificamente a estagnação em que se encontra essa área de gestão governamental e como a violência diária tem subtraído a paz de espírito e maculado irreversivelmente a dignidade dos cidadãos brasileiros.

Desta forma, a busca do entendimento e aceitação das falhas estruturais que geram um círculo vicioso de criminalidade, tornar-se-á o ponto de partida para as necessárias mudanças e evolução social. É preciso superar esse modelo arcaico de Segurança Pública que se encontra em permanente colapso estrutural e implementar uma nova ideologia de redução e controle da

criminalidade, substituindo o vigente modelo ultrapassado de atividades e roteiros incompletos, morosos e ineficientes, por uma estrutura moderna que seja direcionada pelos “padrões de ação” eleitos pela comunidade, adotando o “ciclo completo da atividade policial” e a implementação da “carreira única” com ingresso pela base laboral para todas as corporações policiais brasileiras.

A Segurança Pública brasileira é preceituada no ordenamento jurídico pátrio como um direito social fundamental. O preceito contido no Art. 6º da CF de 1988, introduzido pela EC nº 90, de 15/09/2015, que determina diversos direitos sociais, inclusive à “segurança”, está bastante evidente quanto ao seu teor e prescrição, devendo ser autoaplicável para garantir a efetiva proteção à sociedade brasileira.

Entretanto, o pleno exercício da cidadania somente será alcançado com a efetividade da proteção aos cidadãos proporcionada pela Segurança Pública, por meio da normatização do mencionado preceito e das demais diretrizes regulamentadas no Título IV, Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas, Seção III, Disposições Gerais, Capítulo III, Da Segurança Pública, Art. 144, inclusive seguindo a exigibilidade de lei orgânica individual para cada corporação, conforme preceitua o § 7º, compondo-se aos demais dispositivos que estruturam o mencionado capítulo da CF de 1988, exigindo estruturação, organização e funcionamento eficiente e adequado dos órgãos gerenciadores do referido sistema.

Até mesmo numa rápida leitura da CF de 1988, pode-se perceber a importância atribuída a área de Segurança Pública pelo legislador constituinte originário. Inicialmente, no Art. 5º, parte final, expressa claramente as garantias que fundamentam o direito à igualdade, dentre essas, à segurança pública e à propriedade como direitos individuais e coletivos para os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. No Art. 6º da mencionada Carta Magna, o texto constitucional define a “segurança” como direito social, em grau de importância que se assemelha à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, ou seja, preceituando enfaticamente sua prioridade constitucional.

O Estado brasileiro deve ser o gestor da Segurança Pública e da Defesa Social, garantindo a universalidade de seus efeitos, inclusive a incolumidade física a todos os cidadãos e efetivamente garantindo que a política pública planejada para essa referida área surta os efeitos desejados. O indivíduo tem o direito de ser protegido pelo Estado. A atividade policial é o instrumento estatal que mantém a ordem pública e o equilíbrio das instituições democráticas.

Não há mais como ocultar ou ludibriar a população brasileira sobre a situação de permanente colapso estrutural da Segurança Pública, gerando um antissistema de

retroalimentação da violência no complexo fenômeno criminológico, que tem chegado ao limite do inaceitável.

Os governos se sucedem sufocados pelo caos gerado pelos altos índices de criminalidade e permanecem durante toda a gestão tentando mudar o foco das discussões, gerando um “ilusionismo estatístico” para afirmar que os índices de criminalidade estão sempre caindo e superando marcas históricas de pacificação.

Mas o fato impressionante é que não há voz corajosa e verdadeira para explicar a violência diária que aterroriza a todos. A facilidade com que os criminosos incendiam ônibus coletivos, invadem escolas e dizimam crianças, trocam tiros pelas ruas, dominam comunidades e ameaçam a população trabalhadora vai continuar por muito tempo, tendo em vista que os gestores públicos não admitem suas falhas e deficiências.

Desta forma, optam por justificarem as atividades policiais incompletas e sem efetividade prática de proteção à população, por intermédio de sofismas e espetáculos operacionais midiáticos, além de declarações vingativas de represálias aos criminosos, sem responderem como será feita a prevenção.

Afinal, a facilidade no cometimento de crimes violentos contra a vida ou o patrimônio ou mesmo delitos de menor potencial ofensivo continuará sendo executada com banalidade até quando? Qual o planejamento preventivo? Como esperar resultados de proteção efetiva se o sistema policial funciona com a mesma ideologia da época colonial brasileira?

Parece que existem duas dimensões distintas de sociedade: uma sociedade ordeira e protegida idealizada pelos porta-vozes governamentais e outra sociedade real, angustiada com a violência diária, sem saber o que pedir e a quem recorrer quando se tornam inevitavelmente vítimas dessa cruel violência urbana.

Os atos políticos governamentais são evasivos, principalmente nos grandes centros urbanos em que se percebe o fracasso cíclico das mesmas políticas ultrapassadas e dispendiosas no enfrentamento da criminalidade, renovando indefinidamente a aplicação de medidas paliativas como subterfúgio para a péssima gestão do sistema de Segurança Pública.

É importante ressaltar que a atividade de polícia deve ser pautada pelo estrito cumprimento das competências constitucionais específicas de cada corporação policial. Não existe “vácuo constitucional” a ser usurpado por órgão público ou privado. O que deve imperar é o estrito cumprimento do preceito constitucional.

Torna-se imprescindível conscientizar os segmentos sociais sobre a necessidade de reestruturação da área de Segurança Pública e Defesa Social. Além disso, muitos são os obstáculos impostos que impedem, direta ou indiretamente, este passo rumo à modernidade e a

prestação de um serviço público de qualidade, com efetividade e competência, protegendo verdadeiramente a sociedade brasileira contra a criminalidade.

Percebe-se que, da análise hermenêutica e bibliográfica, constantes das obras estudadas nesta pesquisa, utilizando-se inclusive dos parâmetros filosóficos contidos no conceito de “sociedade bem ordenada”, da Teoria da Justiça de John Rawls, os preceitos e motivações devem estar amparados pelo consenso social. Destacando-se as características presentes na mencionada teoria, observa-se o aspecto convencional dos bens sociais e o processo histórico e humano presentes em seu desenvolvimento.

Torna-se importante ressaltar que o objetivo fundamental da Segurança Pública - dever do Estado, direito e responsabilidade de todos - é a preservação da incolumidade física das pessoas e do patrimônio, por intermédio da manutenção da ordem pública e a estabilização dos órgãos governamentais, conforme preceituado no Art. 6º, *caput*, e Art. 144 da CF de 1988, a fim de que seja prestado um serviço público de qualidade para a integral proteção dos cidadãos.

Nesta temática, o acordo social contido no conceito de “sociedade bem ordenada”, conforme proposto por John Rawls, precisa ser urgentemente implementado, tendo em vista que o atual modelo de Segurança Pública é ultrapassado e se encontra em permanente colapso estrutural, porque ainda funciona sob os padrões da época imperial brasileira em que foi criado, utilizando a mesma ideologia funcional, seja para a prevenção, repressão ou investigação policial, embora possua um revestimento de parâmetros tecnológicos que não resolvem a equivocada ineficiência estrutural.

Portanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido visando ao correto enquadramento e utilização da Ciência Policial na Segurança Pública nos moldes da modernidade e coerente com os princípios constitucionais que assegurem e consolidem a jovem democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. v.9.1137 a, Brasília: Unb, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gêneses dos direitos humanos**. 2. ed. Aparecida, São Paulo: Santuário, 2002.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós (Coord.); DADALTO, Aylton Trancoso (Coord.). **Gestão estratégica da segurança pública: legitimação e participação efetiva do conselho municipal de segurança urbana**. Curitiba: Juruá. 2023.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Segurança pública**: o novo pacto reformista da sociedade brasileira na estruturação da defesa social. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2019.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. (Coord.). **Lições essenciais de segurança pública**: a sociedade brasileira na adversidade da pandemia covid-19. Curitiba: Juruá. 2020.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. (Coord.). **Lições modernas de segurança pública**: a sociedade brasileira e os novos caminhos pós-pandemia covid-19. Curitiba: Juruá. 2020.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. (Coord.). **Lições fundamentais de segurança pública**: a superação dos obstáculos políticos em busca da reestruturação e modernização das corporações policiais brasileiras na redução e controle da criminalidade. Curitiba: Juruá. 2021.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. (Coord.). **Lições avançadas de segurança pública**: a municipalização da atividade policial brasileira na redução e controle da criminalidade e estruturação da defesa social. Curitiba: Juruá. 2022.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no estado democrático de direito à luz da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. 2. ed., rev. atual. Curitiba: Juruá. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. **Political liberalism**. 2. ed. Columbia: Columbia University Press, 2005.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Oxford University Press, 1971.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SUGESTÕES DE LEITURAS COMPLEMENTARES RELACIONADAS AO TEMA

BAYLEY, David H. **Padrões de policiamento**: uma análise internacional comparativa. Tradução de Renê Alexandre Belmonte. Coleção Polícia e Sociedade. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002, v. 1.

BRASIL. MJSP. SENASP. **Plano nacional de segurança pública**. Disponível em: <<https://www.mj.gov.br/pnsp.pdf>> Acesso em: 22 jul. 2023.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; COURA, Alexandre de Castro. **Direito, política e constituição**: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do estado democrático de direito. Curitiba: CRV, 2014.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; COURA, Alexandre de Castro. **Direito, política e jurisdição**: desafios para interpretação dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. Curitiba: CRV, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 9. ed. Roma: Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. Tradução de Fauzi Hassan Choukr *et al.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. trad. Flávio Beno Siebeneichler. volume I e II, 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LEITE, C. H. B. **O direito fundamental à proteção da relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa em tempos de ultraliberalismo**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. 22(3), 7-12. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v22i3.2159>> Acesso em: 22 jul. 2023.

LEITE, C. H. B. **A garantia no emprego na perspectiva dos direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, (7), 47-79. 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i7.78>> Acesso em: 22 jul. 2023.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Como Citar

ABNT

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. O conceito de "sociedade bem ordenada" na teoria da justiça de John Rawls e sua aplicabilidade como direito fundamental de acesso à justiça e a estruturação da defesa social. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e55, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.55. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/55>. Acesso em:

APA

Bezerra Leite, C. H., & Darós Malaquias, R. A. (2024). O conceito de "sociedade bem ordenada" na teoria da justiça de John Rawls e sua aplicabilidade como direito fundamental de acesso à justiça e a estruturação da defesa social. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e55. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.55>

TRABALHO UBERIZADO E SUBORDINAÇÃO: ELEMENTOS E DECISÕES CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO¹

UBERIZED WORK AND SUBORDINATION: ELEMENTS AND DECISIONS THAT CHARACTERIZE THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

Cláudio Iannotti da Rocha²

<https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>

João Victor Loss de Souza³

Mateus Garcia Bridi⁴

Resumo:

A 4ª Revolução Industrial trouxe incontáveis inovações para a sociedade ao redor do globo, dentre elas a severa modificação das relações, com grande destaque para o surgimento da uberização do trabalho. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo trazer as nuances do trabalho uberizado e da subordinação dos empregados às plataformas de prestação de serviços. Para tanto, a pesquisa buscou confirmar a hipótese de que o trabalhador uberizado possui vínculo empregatício, embasando tal afirmação nos elementos e princípios caracterizadores das relações de emprego, além de decisões de tribunais tanto do Brasil quanto do exterior. Para alcançar essa finalidade, utilizou-se a metodologia dedutiva, com caráter qualitativo, com pesquisas no âmbito doutrinário, legal e jurisprudencial do Brasil e do exterior.

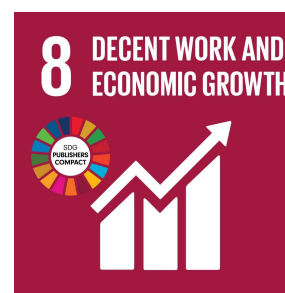
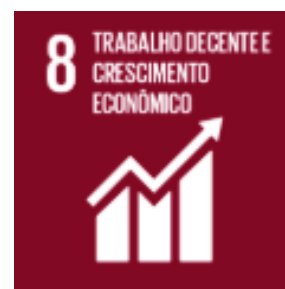
Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Uberização. Relações Trabalhistas. Trabalho Autônomo Dependente. Subordinação



Recebido em: 31/01/2024

Aprovado em: 19/02/2024

DOI: <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.66>



¹ Este artigo é resultado da pesquisa desenvolvida pelos autores no âmbito do Grupo de Pesquisa Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq), do Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES) e do Projeto de Pesquisa Trabalho, Sustentabilidade, Tecnologias e Justiça Climática: interlocuções entre Direito e Processo do Trabalho e Direito Ambiental (UFES).

² Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Coordenador-Adjunto do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Coordenador e Pesquisador do Projeto de Pesquisa Trabalho, Sustentabilidade, Tecnologias e Justiça Climática: interlocuções entre Direito e Processo do Trabalho e Direito Ambiental (UFES). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Relações de Trabalho na Contemporaneidade (UFBA-CNPq). Membro do Instituto Ítalo Brasileiro de Direito do Trabalho (IIBDT). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Pesquisador do Grupo de Pesquisa A Transformação do Direito do Trabalho na Sociedade Pós-Moderna e seus Reflexos no Mundo do Trabalho (USP-CNPq). Membro Rede de Grupos de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. Pesquisador. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Palestrante. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com

³ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bolsista pela FAPES. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: lossjoaovictor@gmail.com

⁴ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bolsista pela CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). E-mail: bridimateus@gmail.com

Abstract:

The 4th Industrial Revolution brought countless innovations to society around the globe, among them the severe modification of relationships, with great emphasis on the emergence of the uberization of work. In this context, this article aims to bring the nuances of uberized work and the subordination of employees to service delivery platforms. Therefore, the research sought to confirm the hypothesis that the uberized worker has an employment relationship, basing this statement on the elements and principles that characterize employment relationships, in addition to court decisions both in Brazil and abroad. To achieve this purpose, a deductive methodology was used, with a qualitative character, with research in the doctrinal, legal and jurisprudential scope of Brazil and abroad.

Keywords: Labor Law. Uberization. Working Relationships. Independent Self-Employment. Subordination.

1 Introdução

As inúmeras revoluções que ocorreram ao longo da história trouxeram transformações profundas na sociedade humana, sobretudo no mundo do trabalho, culminando com a 4ª Revolução Industrial, que criou uma economia digital e trouxe inovações como o trabalho em plataformas digitais.

Essa nova modalidade de labor foge do conceito clássico de subordinação jurídica, o que faz com que estes trabalhadores autônomos sejam excluídos da tutela legal da relação de emprego, com muitos dizendo se tratar de uma excelente alternativa ao modelo de emprego formal, haja vista a liberdade e independência que são conferidas ao trabalhador.

O que se observa, no entanto, é a repetição da condição trabalhista originária, em que uma parte hipossuficiente carece de direitos frente ao poder econômico de seu empregador. Ou seja, a desigualdade entre as partes nessa “nova” relação de trabalho continua a existir, o que enseja a necessidade de um tratamento diferenciado e protetivo.

Nesse contexto, a presente pesquisa busca analisar o trabalho uberizado como uma forma subordinada de emprego, em que o obreiro possui vínculo com a plataforma fornecedora de serviços.

Para tanto, em um primeiro momento realizou-se uma breve análise histórica do surgimento das plataformas digitais, bem como uma abordagem desse modelo de prestação de serviços em tempos de desemprego estrutural e de precarização dos direitos laborais.

Logo após, fez-se uma abordagem acerca da uberização e a nova organização do trabalho no Brasil, analisando-se conceitos chave do tema, como *crowdwork*, *gig economy*, *sharing economy* e trabalho *on demand*, bem como as formas com que esses institutos dialogam com a Agenda 2030 da ONU.

Por fim, abordou-se a presença dos requisitos da relação de emprego no trabalho uberizado, de modo a caracterizar um modelo de emprego subordinado, baseando-se tal afirmação em elementos da legislação, bem como em diversas decisões de Tribunais brasileiros e estrangeiros.

Para alcançar os objetivos desejados, utilizou-se o método dedutivo, com base em uma metodologia qualitativa, associando-se pesquisas de cunho legal, jurisprudencial e doutrinário, a fim de que fosse possível caracterizar o trabalho uberizado como uma forma subordinada de trabalho, embasando tal afirmativa de maneira sólida e concisa.

2 Plataformas Digitais e os Impactos no Mundo do Trabalho

Uma breve análise histórica é capaz de demonstrar que tudo o que se vê de mudança no mundo é fruto do trabalho. Desde a Primeira Revolução Industrial à Indústria 4.0, o trabalho continua a impulsionar a busca humana por melhorias.

Atualmente, o trabalho humano deve lidar com tecnologias como a robótica, inteligência artificial, nanotecnologia, big data, dentre tantas outras, gerando uma forte conexão entre o universo físico, digital e biológico, de forma a criar grandes promessas e possíveis perigos (Schwab, 2018, p. 16).

Surgiram plataformas digitais que buscam conectar pessoas com interesses em comum: prestadores de serviços e consumidores que necessitam dos serviços em questão. Assim, por meio das tecnologias da informação e comunicação (TICs), a plataforma conecta essas partes interessadas e recebe uma porcentagem do valor da transação entre eles realizada (ROCHA, 2021, p. 4).

Esse modelo é baseado na análise e tratamento dos dados coletados das pessoas, com as informações de trabalho e de consumo humanas sendo reduzidas a números de bancos de dados. Dessa forma, o trabalho plataformizado gera um duplo valor: o trabalho por si só e o armazenamento de dados de seus usuários, algo muito valioso para o capitalismo atual (OLIVEIRA, 2021, p. 33-76).

Ao realizar a algoritmização do trabalho, as plataformas criam um mecanismo de autcobrança e internalização dos riscos do negócio como se fossem riscos exclusivos do trabalhador. Tem-se, assim, a ideia de evolução tecnológica contrastando com a crescente precarização do trabalho (OLIVEIRA, 2021, p. 33-76).

Ao classificar o empregado como um parceiro ou até mesmo como um mero trabalhador autônomo, as plataformas suprimem desses empregados a incidência da proteção trabalhista e social, buscando se desconectar seus negócios dos princípios e regras que envolvem o direito do trabalho.

Assim, elimina-se seguranças e direitos básicos do direito do trabalho, como a necessidade de um ambiente de trabalho condizente com a dignidade da pessoa humana, a limitação da jornada de trabalho e a existência de ao menos um salário mínimo ao empregado,

além da transferência de todas as despesas e riscos da atividade ao trabalhador (ROCHA E MANSUR, 2022, p. 575-591). Importante destacar, ainda, o fato de a remuneração se dar somente pelo tempo efetivo de trabalho, legitimando a ideia do trabalhador *just in time* (ROCHA E SILVA, 2021, p. 389-419).

Verifica-se, na prática, a tradicional relação de trabalho assalariado com um discurso de negação desse assalariamento, com a romantização do discurso de “trabalhador autônomo” e a transferência dos riscos da atividade ao empregado enquanto aumenta-se a eficiência econômica das plataformas, haja vista delegarem todo o ônus do labor ao obreiro, explorando sua força laboral e suprimindo seus direitos trabalhistas.

3 A Uberização, a Nova Organização do Trabalho no Brasil e a Agenda 2030 da ONU

Como demonstrado anteriormente, a sociedade e o mundo trabalhista têm sofrido grandes impactos oriundos do labor por meio de plataformas digitais, cenário que modificou drasticamente a realidade laboral no Brasil e no mundo. A esse movimento dá-se o nome de uberização, que abarca conceitos diversos como a *gig economy*, a *sharing economy*, o *crowdwork* e o trabalho *on demand*.

Primeiramente, analisa-se a *gig economy* e a *sharing economy*, que consistem em uma economia alternativa da era digital e visam favorecer a prestação de trabalhos temporários ou de curta duração para as empresas (ROCHA e MEIRELES, 2021, p. 22). A título de exemplo, é possível citar casos como a Uber e o Airbnb, que contratam profissionais sob demanda para a realização de atividades de curta duração.

Nesse modelo de economia, os ativos materiais e imateriais são compartilhados por um tempo determinado, com base em contratos de locação, de usufruto e principalmente de prestação de serviços. O fato de os dados e conhecimentos estarem sempre em constante compartilhamento permite que a *gig economy* e a *sharing economy* estabeleçam um novo modelo de economia, conduzindo todos a um universo cada vez mais virtual do que físico ((ROCHA e MEIRELES, 2021b, p. 141-172).

Tem-se, então, que esses institutos constituem uma modalidade de negócios que utiliza a internet para conectar consumidores e provedores de serviço para trocas no mundo físico, como alugueis imobiliários de curta duração, viagens de carro ou até mesmo tarefas domésticas (SLEE, 2018, p. 33).

Ou seja, esse modelo de economia utiliza a promessa de tornar cidadãos vulneráveis e, em alguns casos desempregados, em microempresários, dando a eles o sentimento de que podem se autogerenciar, criando negócios na internet ou exercendo modelos flexíveis de

trabalho (SLEE, 2018, p. 34). Com poucos passos e preenchendo alguns requisitos básicos, qualquer um pode se tornar um motorista da Uber, um entregador do iFood ou até mesmo um anfitrião do Airbnb.

Tem-se, então, que os elementos primordiais desse modal econômico são a despersonalização das relações interpessoais pelos meios de comunicação digitais, a fragmentação da cadeia produtiva para os “trabalhadores autônomos” e uma forma de assalariamento que não contabiliza o tempo à disposição do empregado (GAUTHER, 2017).

Dentro desse sistema está o trabalho *on demand*, que são trabalhadores que se prestam a exercer tais funções sob demanda, sendo contratados por meio de aplicativos e entregando serviços específicos previamente estipulados pelas plataformas digitais.

O *crowdwork*, por sua vez, consiste em realizar atividades muito fragmentadas e que não demandam qualificação, mas que também não poderiam ser realizadas por um computador, como transcrever áudios e responder pesquisas. O solicitante apresenta a tarefa e o preço a ser pago e o prestador entrega o serviço no prazo solicitado (ROCHA e SILVA, 2021, p. 401-402).

O principal ponto de convergência de todos esses modelos de trabalho é um só: a precarização do trabalhador e a supressão de seus direitos. A romantização de um discurso de liberdade e autonomia do trabalhador não pode servir como base para a exploração de sua força de trabalho e supressão de seus direitos básicos.

Tal fato está, inclusive, disposto no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 da Agenda 2030 da ONU, que prevê crescimento econômico e trabalho decente para todos. No objetivo 8.8, mais precisamente, está expressa a intenção de promover um meio ambiente laboral seguro e protegido a todos os trabalhadores⁵, algo que vai totalmente de encontro às práticas do trabalho uberizado.

Vê-se, assim, que proteger os direitos básicos do trabalhador vai além de um esforço a ser realizado em território nacional, sendo um compromisso mundial, que deve ser sempre estimulado para assegurar condições dignas de labor a todos.

4 Fundamentos Reconhedores do Vínculo Empregatício entre Trabalhadores e Aplicativos de Intermediação

Conforme observado em tópico anterior, as novas empresas do ramo digital têm se popularizado por meio do discurso de economia colaborativa (*sharing economy*), e do trabalho *on demand*, perpetuando a falsa ideia de que os trabalhadores uberizados são, em verdade,

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>. Acesso em: 12 set. 2023.

trabalhadores autônomos, ou até, donos do seu próprio empreendimento, sob a nomenclatura de “colaboradores”.

Tais empresas utilizam-se do argumento de que inexistente subordinação na relação entre a plataforma digital e seus trabalhadores, isso em razão da suposta existência de liberdade na prestação dos serviços, uma vez que seria possível realizarem suas atividades quando, como, e onde quiserem, sendo desobrigados a atingir uma produtividade mínima, podendo inclusive, prestar serviços para várias plataformas, não havendo exigência de exclusividade, e por possuírem as suas próprias ferramentas de trabalho (ROCHA e SILVA, 2021, p. 401-402).

Vale destacar que a prestação de serviços autônomos, nos termos dos artigos 593 do Código Civil e 442-B da CLT, é estabelecida a partir dos seguintes indícios para caracterização do trabalho autônomo: liberdade para definir sua própria atividade e nela investir, ter seus próprios clientes, possuir poder para definir e acertar o preço do serviço, poder fazer-se substituir por outro trabalhador (CHAVES JÚNIOR *et al*, 2021, p. 323).

Todavia, tanto os requisitos estabelecidos pelos artigos supracitados, como os argumentos utilizados pelas empresas plataforma, não são suficientes para afastar qualquer hipótese de ausência de vínculo entre as referidas plataformas digitais e seus empregadores.

Nessa perspectiva, os artigos 2º e 3º da CLT estabelecem os requisitos cumulativos e obrigatórios para configuração da relação de emprego, os quais podem ser visualizados pela prestação do serviço por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade, e subordinação. Cabe-nos, portanto, demonstrar a presença desses requisitos nas relações de emprego entre plataformas virtuais e trabalhadores uberizados.

É inequívoca a presença dos requisitos da prestação dos serviços ser realizada por pessoa física, bem como a presença da onerosidade, vez que o trabalhador recebe uma contraprestação pela prestação de serviços às plataformas digitais.

Por sua vez, a pessoalidade nas relações de prestação de serviços à plataformas digitais pode ser evidenciada no próprio cadastro do motorista ou entregador no momento da vinculação com a plataforma digital de serviços, onde desde o momento do cadastro já é especificado que não lhe é permitido ceder seu login do aplicativo a terceiros não cadastrados, ou seja, presente o *intuitu personae* (NUNES e GONÇALVES, 2018, p. 83).

O caráter não eventual desta relação de emprego se dá em razão da necessidade do trabalhador uberizado em trabalhar uma quantidade mínima semanal, sob pena de ter sua atividade suspensa, podendo inclusive perder seu cadastro em hipótese de reincidências (ROCHA e MEIRELES, 2021, p. 162).

Nesse sentido, é preciso desconstruir a falácia de que o trabalhador uberizado “trabalha quando quer”, tendo em vista que existe, por parte das plataformas, controle do tempo pelo preço baixo da tarifa, fazendo com que o trabalhador labore por mais tempo, a fim de garantir sua subsistência (SILVA, 2022, p. 28). Por meio desses artifícios, a plataforma consegue manter o trabalhador conectado pelo maior tempo possível, e de forma habitual.

O requisito que gera maior embate por parte das plataformas, é a busca pela desconfiguração da subordinação, ou seja, do estado de dependência e hierarquia entre o trabalhador uberizado e a empresa plataforma.

Alain SUPIOT (2016) nos ensina que o controle do empregador por meio da programação, é faceta moderna da organização do trabalho, a direção nesses casos se manifesta por objetivos, a partir da programação, da estipulação de regras e comandos preordenados e mutáveis pelo programador.

Esse controle exercido pelas empresas plataforma pode ser facilmente visualizado, uma vez que os trabalhadores não possuem qualquer liberdade sobre o modus operandi de seu labor, onde sua força de trabalho é precificada, sua remuneração se dá por produtividade, ficando controlado e rastreado ao mesmo tempo pelo aplicativo e pelo consumidor durante a sua jornada, que observam a rota e o tempo gasto para realizá-la, e por fim, atribuem notas acerca do serviço prestado (ROCHA e MEIRELES, 2021, p. 162).

Existe uma verdadeira subordinação hierárquica, vez que o trabalhador está submetido durante todo o tempo em que está conectado ao controle contínuo da plataforma, podendo receber bônus, em caso de produtividade, ou penalidades em casos de ausência dela, ou por sua vez, de más avaliações realizadas pelos consumidores. Em acordo com Maurício Godinho DELGADO (2018, p. 352), a subordinação encontra-se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefia deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.

Não obstante, o trabalhador não possui qualquer ingerência sobre o serviço prestado, seja no momento da assinatura do contrato, onde não há qualquer possibilidade de discussão de suas cláusulas, seja pelo preço imposto para que possa realizar suas atividades, evidenciando que a empresa não é mera intermediadora entre motorista e passageiro, se assim fosse, não

poderia impor preços, pois quem medeia não estabelece o valor do trabalho alheio (CHAVES JÚNIOR *et al*, 2021, p. 325).

Evidencia-se que ao trabalhador não é possibilitado qualquer forma de liberdade para execução de seus serviços, estando plenamente vinculado aos mandamentos diretivos da plataforma, sujeitando-o a um estado de dependência econômica típica do estado de subordinação.

Podemos perceber que o trabalhador uberizado se encontra em uma situação em que, de forma falaciosa, lhe é conferido o status de empreendedor ou autônomo, quando em verdade, não dispõe do controle da sua força de trabalho, sendo impossibilitado de definir o modo em que vai exercer suas atividades ou até mesmo o valor do seu trabalho, sem lhe ser conferido qualquer direito trabalhista, onde é colocado como próprio objeto das empresas de aplicativo (ROCHA e MANSUR, 2022, p. 581).

As novas empresas do ramo digital, como as plataformas de serviços tratadas nesta pesquisa atribuem uma nova faceta à subordinação por meio da noção de “liberdade programada”, podendo se falar que essa autonomia concedida é uma “autonomia na subordinação” já que os trabalhadores não atuam livremente no exercício de suas atividades (SILVA, 2022, p. 27).

Estabelecidas as premissas que configuram a presença do vínculo de empregos nas relações entre plataformas digitais e seus trabalhadores, urge a necessidade de destacar entendimentos nesse mesmo sentido formulados tanto pelos Tribunais Pátrios como estrangeiros.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, a decisão precursora acerca do reconhecimento do vínculo de emprego entre o motorista e aplicativo UBER, foi publicada no dia 11/04/2022, em processo de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, onde a 3ª Turma reconheceu a existência dos cinco elementos que configuram o vínculo empregatício⁶.

Em Acórdão publicado no dia 03/02/2023, de relatoria do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte⁷, a 8ª Turma, por maioria, reconheceu o vínculo de emprego entre motorista e a plataforma UBER, afirmando que

Até a classificação do veículo utilizado é definida pela empresa, que pode, a seu exclusivo talante, baixar, remunerar, aumentar, parcelar ou não repassar o valor destinado ao

⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066. Brasília, DF, 06 de abril de 2022. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (Dejt)**. Brasília, 11 abr. 2022.

⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 100853-94.2019.5.01.0067. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2022. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**. Brasília, 03 fev. 2023.

motorista pela corrida. Numa situação como essa, pouco importa se o trabalhador pode recusar corrida ou se deslogar.

Em decisão também recente, em Acórdão publicado no dia 12/05/2023, de Relatoria do Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho⁸, a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, reconheceu o vínculo empregatício entre a plataforma 99 e motorista, onde trouxe grande contribuição para a desconstrução do discurso perpetrado pelas empresas plataforma, veja-se trecho do voto do Relator:

Nesse passo, e como esforço de desmistificação, cabe anotar que "algoritmo" é palavra cujo sentido, a levar em conta sua origem na ciência matemática, reflete simplesmente uma *"sequência finita de regras, raciocínios ou operações que, aplicada a um número finito de dados, permite solucionar classes semelhantes de problemas"* (cfr. Dicionário Houaiss). As antigas empresas analógicas também teriam ritos ou procedimentos que igualmente padronizavam, não importa se os registravam com o uso rudimentar de papel e caneta. Elas adotavam ou ainda adotam esses padrões na resolução de intercorrências que guardam semelhanças entre si. A ordem de serviço ou a regra de conduta que se uniformize e se imponha por meio desses algoritmos analógicos sempre serviu para revelar, não há dúvida, a submissão ao poder diretivo *lato sensu*, aqui mencionado como poder de comando..

Essa é uma tendência que já vinha sendo estabelecida em Tribunais estrangeiros. Ainda no ano de 2017, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), julgando caso originado na Espanha, reconheceu a existência do vínculo da empresa plataforma UBER⁹, uma vez que a Uber fixa o preço máximo da corrida, cobra esse preço ao cliente antes de entregar uma parte ao motorista não profissional do veículo e exerce controle sobre a qualidade dos veículos e dos respectivos motoristas.

Já no ano de 2021, em julgamento proferido no dia 19/02/2021, a Suprema Corte Britânica também reconheceu a existência do respectivo vínculo, onde foi enfática ao afirmar que a noção de que os mais de 30.000 trabalhadores ligados à empresa Uber no Reino Unido seriam pequenos empreendedores é uma argumentação ridícula e fantasiosa¹⁰:

⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 10502-34.2021.5.03.0137. Relator: Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho. Brasília, DF, 12 de abril de 2023. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**. Brasília, 12 maio 2023.

⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE. **Acórdão (Grande Seção), Processo C-434/15**. 20/12/2017. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=> . Acesso em: 11 set 2023.

¹⁰ REINO UNIDO. **The Supreme Court. Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)**. Case nº A2/2017/3467. 19/02/2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>. Acesso em 11 set. 2023.

Fourth, it seems to us that the Respondents' general case and the written terms on which they rely do not correspond with the practical reality. The notion that Uber in London is a mosaic of 30,000 small businesses linked by a common 'platform' is to our minds faintly ridiculous. In each case, the 'business' consists of a man with a car seeking to make a living by driving it. Ms Bertram spoke of Uber assisting the drivers to 'grow' their businesses, but no driver is in a position to do anything of the kind, unless growing his business simply means spending more hours at the wheel. Nor can Uber's function sensibly be characterised as supplying drivers with leads'. That suggests that the driver is put into contact with a possible passenger with whom he has the opportunity to negotiate and strike a bargain. But drivers do not and cannot negotiate with passengers (except to agree a reduction of the fare set by Uber). They are offered and accept trips strictly on Uber's terms.

Visando resguardar ainda mais os direitos dos trabalhadores de plataformas digitais, a União Europeia criou regras a serem aprovadas pelos Parlamento Europeu e seus integrantes, o que deve ocorrer até meados de 2024. A proposta prevê como principais diretrizes uma série de regras para classificar a relação de trabalho como vínculo formal, a partir da identificação de três, entre sete requisitos, será automaticamente considerado um vínculo de emprego.

Dentre os critérios fixados estão: se a empresa controla o horário de trabalho, monitora a aparência do trabalhador, impõe restrições para a recusa de serviço, limita o ganho máximo de cada colaborador. Os trabalhadores ainda deverão ser informados se estão sendo monitorados por algoritmos ou inteligências artificiais. Tais sistemas deverão ter supervisão humana por equipe qualificada, a fim de que determinadas decisões apenas possam ser tomadas por humanos, como a suspensão de contas (CHEE, 2023).

Assim sendo, percebe-se que as decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho caminham rumo à um estado de coisas que já vinha, há alguns anos, sendo estabelecido em ordenamentos jurídicos estrangeiros, com destaque para os países da União Europeia, onde já existem regulações e entendimentos consolidados acerca da existência de vínculo de emprego entre as plataformas digitais e seus trabalhadores.

5 Conclusão

A partir do exposto nesta pesquisa, imperioso destacar que não há qualquer posição contrária ao avanço e surgimento de novas tecnologias no cenário do mundo do trabalho, como ocorreu com o surgimento das empresas plataforma e a nova roupagem das relações de trabalho, o que não admite-se, devendo ser combatido de forma enfática, é este avanço e desenvolvimento tecnológico às expensas da precarização dos direitos do trabalhador.

De tal modo, merece ser rechaçado o discurso perpetuado pelas empresas plataforma acerca de suposta ausência de vínculo de trabalho com seus trabalhadores, vez que, apesar das relações de emprego terem adquirido nova roupagem, os requisitos reconhecedores do vínculo, por sua vez, permanecem presentes.

Reconhecendo-se a precarização dos direitos dos trabalhadores uberizados, diversos países estrangeiros iniciaram um movimento judiciário e legislativo a fim de reconhecerem e regularem a relação de emprego entre plataformas digitais e seus trabalhadores, com destaque para a União Europeia, que já estabeleceu regras a serem seguidas por todos os seus países membros.

Em um movimento mais recente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em consonância com entendimentos estrangeiros, vem, de forma crescente, proferindo decisões reconhecendo o vínculo de emprego entre as plataformas e seus trabalhadores.

Visualiza-se, portanto, um crescente combate à precarização dos direitos dos trabalhadores diante de um cenário de avanço do capitalismo e suas tecnologias, de modo que o avanço destes, devem ocorrer mediante observância irrestrita aos direitos previamente estabelecidos aos trabalhadores, garantindo a estes todos os direitos trabalhistas previstos na Constituição da República, na CLT e nos tratados internacionais, porquanto são empregados das plataformas.

6. Referências Bibliográficas

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066. Brasília, DF, 06 de abril de 2022. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (Dejt)**. Brasília, 11 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 100853-94.2019.5.01.0067. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2022. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**. Brasília, 03 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº 10502-34.2021.5.03.0137. Relator: Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho. Brasília, DF, 12 de abril de 2023. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**. Brasília, 12 maio 2023.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio;

OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Plataformas Digitais e Vínculo Empregatício? os indícios de autonomia, subordinação e dependência. **Revista dos Tribunais**, v. 1034, p. 319-334, dez. 2021.

CHEE, Foo Yun. **EU countries amend draft proposal on gig workers' rights, companies unhappy**. 2023. REUTERS. Disponível em: <https://www.reuters.com/markets/europe/eu-countries-amend-draft-proposal-gig-workers-rights-companies-unhappy-2023-06-12/>. Acesso em: 13 set. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, Ltr, 2018.

GAUTHIER, Gustavo. Nuevas Tecnologías, Economía Colaborativa y Trabajo. In: TEODORO, Maria C. Máximo; et al. **Direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; GONÇALVES, Fábio Antunes; SOUZA, Douglas Modesto. As Relações de Trabalho e as Plataformas Digitais: entre discursos e verdades. **Revista Curso de Direito Unifor-Mg**, Formiga, v. 9, p. 74-92, jul/dez. 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Dependência Econômica e Plataforma Digitais de Trabalho: desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 31, n. 1, p. 33-76, jun. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/45523/24983>.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Uberização do Trabalho, Subordinação Jurídica e Dependência Econômica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 93, n.1, p.152-175 Abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249085>.

REINO UNIDO. The Supreme Court. **Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)**. Case nº A2/2017/3467. 19/02/2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>. Acesso em 11 set. 2023.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MACHADO, Fábio Siqueira. A Tutela Jurisdicional Trabalhista e o Direito Urbanístico. **Revista Brasileira de Previdência**, Curitiba, v. 13, n. 1, p. 19-42, dez. 2022. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/previdencia/article/view/6135>.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MANSUR, Maria Júlia Ferreira. O Trabalho Uberizado: da invisibilidade social ao trabalho precário. **Revista Argumentum**, Marília, v. 23, n. 2, p. 575-591, mai.-ago. 2022. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1372>.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MEIRELES, Edilton. **A Uberização e a Jurisprudência Trabalhista Estrangeira**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. 118 p.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MEIRELES, Edilton. O Direito do Trabalho e a Uberização: primeiras linhas analíticas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 67, n. 104, p. 141-172, jul.-dez. 2021. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/74514>.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; SILVA, Thais Borges da. O Uberizado, a Subordinação e a Liberdade: reflexões fundamentais para o direito do trabalho. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 7, n. 6, p. 389-419, 2021. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-7-2021-n-6/221>.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2018. 160 p.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo: Editora Elefante, 2018.

SILVA, Thais Borges da. **A Tutela Coletiva dos Direitos dos Trabalhadores Uberizados pelo Ministério Público do Trabalho**. 2022. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2022.

SUPIOT, Alain. **Crítica ao direito do trabalho**. Tradução de António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekain, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE. **Acórdão (Grande Seção), Processo C-434/15. 20/12/2017.** Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=>. Acesso em: 11 set 2023.

VALLAS, Steve; SCHOR, Juliet. What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy. **Annual Review of Sociology**, v. 46, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-soc-121919-054857>.

Como Citar este artigo

ABNT

IANNOTTI DA ROCHA, Cláudio.; GARCIA BRIDI, Mateus.; LOSS DE SOUZA, João V. Trabalho uberizado e subordinação: elementos e decisões caracterizadores da relação de emprego. **Revista Trabalho, Direito e Justiça, TRT 9ª Região**, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e66, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.66. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/66>. Acesso em

APA

Iannotti da Rocha, C., Garcia Bridi, M., & Loss de Souza, J. V. . (2024). Trabalho uberizado e subordinação: elementos e decisões caracterizadores da relação de emprego. *evista rabalho, ireito Justiça*, 2(1), e66. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.66>

O PAPEL DO TELETRABALHO NA TRANSIÇÃO JUSTA

THE ROLE OF TELEWORKIN IN JUST TRANSITION

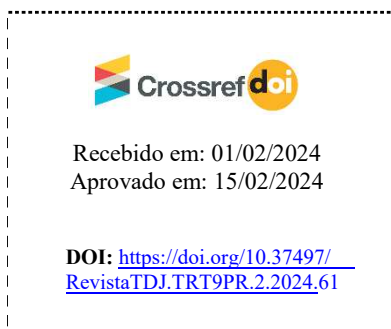
Duarte Abrunhosa e Sousa*

<https://orcid.org/0000-0002-4240-2716>

Rita Marques Nossa**

Resumo: Do compromisso político assumido pela União Europeia no Pacto Verde Europeu e, a par das metas estabelecidas no Acordo de Paris, surge a Lei Europeia do Clima, que vincula os Estados-Membros da União Europeia ao estabelecimento de políticas que visem alcançar a neutralidade climática até 2050. Neste sentido, o desafio (e a necessidade) de uma transição justa implica mudanças no mundo do trabalho, capazes de compatibilizar a transição ecológica, o diálogo social e a manutenção/criação de empregos de qualidade. Perante esta necessidade, o teletrabalho poderá ser um mecanismo adequado e ágil para a prossecução deste objetivo.

Palavras-Chave: teletrabalho, transição justa, emprego verde.



ABSTRACT

From the political commitment made by the European Union in the European Green Pact and, along with the goals set out in the Paris Agreement, comes the European Climate Law, which commits Member States to establish policies aimed at achieving climate neutrality by 2050.

In this sense, the challenge (and the need) of a just transition implies changes in work environment, capable of making the ecological transition, social dialogue, and the maintenance/creation of quality jobs compatible. Given this need, telework could be a suitable and agile mechanism to pursue this goal.

Keywords: telework, just transition, green job.

1 Introdução

Em 2019, o Parlamento Europeu declarou a emergência climática e ambiental, um ano depois de ter adotado a estratégia de longo prazo para uma economia próspera, moderna,

* Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Santiago de Compostela. Advogado. Investigador e Membro da Comissão Científica do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) - Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro da Comissão Executiva do CIELO Laboral. Coordenador nacional da ELLYS – European Labour Law Young Scholars. <https://orcid.org/0000-0002-4240-2716>.

** Doutoranda em Direito do Trabalho na Universidade de Sevilha. Advogada. Membro nacional da ELLYS – European Labour Law Young Scholars.

competitiva, avançando com o objetivo de classificar a Europa como a maior economia do mundo a atingir a neutralidade climática até 2050.

Em primeiro lugar, desenvolveremos o conceito estrutural em causa: a transição justa. Para além de analisarmos o conceito – que, como veremos, não é de fácil definição ou, por outro lado, de definição estanque – tentaremos compreender o seu enquadramento jurídico, no âmbito do direito internacional.

Posteriormente, e tendo em conta a definição de transição justa, pretendemos perceber se, e de que forma, o teletrabalho poderá apresentar-se como um veículo para esse efeito e se, para além disso, pode ser considerado um emprego verde.

Num segundo plano, propomo-nos a uma breve análise comparada entre os regimes de teletrabalho português e espanhol, por forma a indagar se a emergência climática moldou a regulamentação deste instituto e de que forma. Para além disso, debruçar-nos-emos sobre o impacto da pandemia no "ressurgimento" do teletrabalho, usando a janela de oportunidade para avaliar os impactos, vantagens e desvantagens do trabalho remoto.

Por fim, analisaremos a possibilidade de classificar o teletrabalho como um emprego verde e avaliaremos a sua importância no contexto de uma transição justa.

2 Transição justa

2.1 O quadro normativo do conceito

Em 1997, o Protocolo de Quioto¹ surgiu como o primeiro tratado jurídico internacional no âmbito da agenda climática, cujo objetivo se encontra relacionado com a limitação das emissões de gases com efeito de estufa nos países signatários. O princípio orientador é o da responsabilidade comum, mas diferenciada, conforme o nível de desenvolvimento e capacidade de cada Estado.

Os países industrializados ou desenvolvidos deveriam, no primeiro período de compromisso (2008-2012), reduzir as suas emissões de gases com efeito de estufa numa média de 5,2% em relação aos níveis de 1990. Por sua vez, a União Europeia e os seus 15 Estados-Membros comprometeram-se a reduzir em 8% as emissões de gases com efeito de estufa. Parece que, na prossecução do objetivo principal deste protocolo, a necessidade de uma transição justa nem sequer foi mencionada. Ações específicas como a reforma dos sectores da energia e dos transportes, a promoção da utilização de energias renováveis e a limitação das

¹ Discutido e negociado em 11 de dezembro de 1997, durante a III Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas da Convenção sobre o Clima (COP-3), em Quioto. Disponível para consulta em [A:\cpl07a01.wpd \(unfccc.int\)](#).

emissões gases com efeito de estufa, orientaram a agenda climática para a apresentação de resultados, negligenciando a importância de mencionar a necessidade de uma transição sustentável.

Posteriormente, da Conferência das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, realizada de 29 de novembro a 10 de dezembro de 2010, em Cancun (COP-16), resultou a Decisão 1/CP.16². Embora esta decisão não tenha estabelecido metas específicas no domínio da redução de gases³, deu origem à criação de um Fundo Verde para financiar a adaptação dos países em desenvolvimento neste contexto, e à constituição do mecanismo de Redução de Emissões por Desflorestação e Degradação (REDD+), para auxiliar financeiramente os países a conter não só a desflorestação, como também a degradação florestal.

No entanto, diferentemente do que sucedeu no Protocolo de Quioto, nesta decisão a tônica é colocada na importância do desenvolvimento sustentável, a par da necessidade de reduzir as emissões de gases, tendo sido feitas referências específicas ao conceito de transição justa⁴. Nela reconheceu-se "(...) a importância de evitar ou minimizar os impactos negativos das medidas de resposta nos sectores sociais e económicos, promovendo uma transição justa da força de trabalho, a criação de trabalho digno e de empregos de qualidade, de acordo com as prioridades e estratégias de desenvolvimento definidas a nível nacional, e contribuindo para a criação de novas capacidades de produção e de empregos relacionados com os serviços em todos os sectores, promovendo o crescimento económico e o desenvolvimento sustentável"⁵.

Posteriormente, em 12 de dezembro de 2015, foi celebrado o Acordo de Paris⁶ no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas. Em suma, o acordo visa alcançar a descarbonização das economias mundiais e estabelece como um dos seus objetivos, a longo prazo, limitar o aumento da temperatura média global a níveis inferiores a 2°C. Além disso, o Acordo de Paris defende a promoção do desenvolvimento tecnológico, bem como a transferência de tecnologia para a adaptação às alterações climáticas e, no seu preâmbulo, menciona especificamente a necessidade de "*ter em conta os imperativos de uma transição justa da força de trabalho e a criação de trabalho digno e empregos de qualidade,*

² Disponível para consulta em [Microsoft Word - cp7a1.doc \(unfccc.int\)](https://unfccc.int/paris_agreement/items/9444).

³ Estes objetivos foram deixados para a COP-17 em Durban, África do Sul.

⁴ Tal como referido no ponto 10 da Decisão 1/CP.16: "*(...) a abordagem das alterações climáticas exige uma mudança de paradigma no sentido da construção de uma sociedade com baixas emissões de carbono que ofereça oportunidades substanciais e assegure um crescimento elevado e contínuo e um desenvolvimento sustentável, com base em tecnologias inovadoras e numa produção e consumo e estilos de vida mais sustentáveis, garantindo simultaneamente uma transição justa da mão de obra que crie trabalho digno e empregos de qualidade*".

⁵ Ponto 15 da Decisão 1/CP.16.

⁶ Disponível para consulta em [ADOPTION OF THE PARIS AGREEMENT - Paris Agreement text English \(unfccc.int\)](https://unfccc.int/paris_agreement/items/9444).

de acordo com as prioridades de desenvolvimento definidas a nível nacional". Em consequência, as Partes são obrigadas a ter em consideração os princípios da transição justa em todo o processo de combate à emergência climática.

Finalmente, é apenas em 2018 que a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas assume normativamente a transição justa, na 24ª Conferência das Partes, com a Declaração da Silésia sobre Solidariedade e Transição Justa⁷. Esta declaração reafirma o disposto no preâmbulo do Acordo de Paris – julgamos que com o intuito de dotar a expressão de alguma força vinculativa – concretizando, especificamente e com base nas "*Diretrizes para uma transição justa para economias e sociedades ambientalmente sustentáveis para todos*"⁸, os meios para alcançar a transição justa.

2.2 A transição justa *per se* e os seus fundamentos

A importância da autonomia e da percepção deste conceito é crucial para podermos avaliar o papel do teletrabalho na transição justa.

Aparentemente, a primeira menção à transição justa foi feita por Tony Mazzocchi (1993) – líder sindical norte-americano –, defendendo apoio financeiro e formação para os trabalhadores que ficaram desempregados em consequência das políticas ambientais⁹.

Embora não exista uma definição absoluta, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), uma transição justa significa "*tornar a economia mais ecológica de uma forma tão justa e inclusiva quanto possível para todos os interessados, criando oportunidades de trabalho digno e não deixando ninguém para trás*"¹⁰.

Mais do que uma definição do que é uma transição justa, é necessário compreender os seus princípios orientadores, tal como definidos pela OIT. São eles os seguintes:

- a) É fundamental um forte consenso social sobre o objetivo e as vias para a sustentabilidade, incluindo o diálogo social como parte do quadro institucional para a elaboração de políticas;

⁷ Disponível para consulta em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14545-2018-REV-1/en/pdf>.

⁸ Ver OIT, Guidelines For a Just Transition (Diretrizes para uma transição justa), 2015 (disponível para consulta em [Microsoft Word - Guidelines for a just transition - copyrighted.docx \(ilo.org\)](#)).

⁹ OIT, Just Transition Towards Environmentally Sustainable Economies and Societies for All (ILO ACTRAV Policy Brief), 2018, página 1 (disponível em [wcms 647648.pdf \(ilo.org\)](#)).

¹⁰ Ver [Frequently Asked Questions on just transition \(ilo.org\)](#). Como salienta Paolo Tomassetti, "*as estratégias da JT devem, por conseguinte, ser reorientadas para questões não tradicionais das relações laborais, tais como o apoio financeiro das autoridades públicas e dos empregadores e as oportunidades educativas para os trabalhadores deslocados pelas políticas ambientais*" (Tomassetti, Paolo, "From Treadmill of Production to Just Transition and Beyond", European Journal of Industrial Relations, Vol. 26(4), 2021, páginas 439-457 [página 443]).

- b) As políticas devem respeitar, promover e realizar os princípios e direitos fundamentais no trabalho;
- c) Considerar políticas específicas em matéria de género para promover resultados equitativos;
- d) Políticas coerentes para proporcionar um quadro de transição justa para todos, a fim de promover a criação de mais empregos dignos;
- e) Antecipação dos impactos no emprego, proteção social adequada e sustentável para as perdas de emprego e as deslocações, desenvolvimento de competências e diálogo social, incluindo o exercício efetivo do direito de organização e negociação coletiva.
- f) Políticas e programas específicos para cada país, conforme as suas condições¹¹.

E, aliada ao conceito de transição justa, a expressão *trabalho digno* aparece com frequência, uma vez que é um aspeto essencial do desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, da transição justa. A OIT define-o como "*trabalho produtivo para mulheres e homens em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana*"¹².

Como sabemos, o trabalho digno é um dos principais objetivos da OIT quando se trata de um futuro com trabalho cada vez mais sustentável. Só assim se poderá garantir que as relações de trabalho possam ser encaradas como um instrumento de valorização da dignidade humana, evitando que o trabalho se transforme apenas num ativo. Nesta medida, a dignidade humana só pode ser alcançada quando as relações de trabalho contribuam efetivamente para uma transição justa.

3 O teletrabalho como veículo para uma transição justa

O processo de transformação digital e a 4ª Revolução Industrial introduziram mudanças irreversíveis na sociedade, que se manifestaram inequivocamente no domínio do direito do trabalho. De facto, a introdução de novas tecnologias de informação e comunicação no ambiente empresarial e o avanço da robótica e da inteligência artificial são hoje premissas valiosas no mercado de trabalho. A pandemia foi, na verdade, um fator adicional na aceleração da revolução tecnológica¹³.

¹¹ OIT, Guidelines For a Just Transition (Diretrizes para uma transição justa), 2015, páginas 5 e 6.

¹² Sobre este tema, ver o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 8: promover o crescimento económico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos.

¹³ ETUI e OSE, A política social na União Europeia: ponto da situação 2021. Reemergir das ambições sociais à medida que a UE recupera da pandemia, Bart Vanhercke e Slavina Spasova (eds.), 2022, página 74.

Com a pandemia, o teletrabalho, outrora deixado em terra de ninguém em vários países, ganhou uma importância decisiva, não só na manutenção de milhares de postos de trabalho, como também permitindo que a prestação de trabalho fosse desenvolvida num contexto de verdadeira segurança. Este fator teve o condão de promover os seguintes benefícios: i) foi uma solução para que a economia mantivesse o seu "*business as usual*", dentro das limitações naturais e ii) ao permitir que uma grande franja da população continuasse a trabalhar a partir de casa, garantiu a redução dos contágios com a COVID-19. Além disso, dada a necessidade de as empresas recorrerem ao teletrabalho forçado para manter parte das suas atividades laborais, foi possível convencer alguns empregadores de que era possível manter os postos de trabalho à distância, sem perda de produtividade. Por outras palavras, a pandemia de COVID-19 reduziu a resistência geral ao trabalho remoto.

Desta forma, o teletrabalho não só saiu do contexto pandémico de forma mais consolidada em termos práticos e legislativos, como também criou uma ideia de benefício para a sociedade, em particular para as novas gerações. Neste contexto, assistiu-se a uma "conversão mágica"¹⁴ do trabalho presencial para o trabalho remoto, contribuindo significativamente para a redução das emissões de CO2 à escala global.

Parece fácil afirmar perentoriamente que conseguimos decifrar um silogismo simples: a digitalização está para o desenvolvimento sustentável, tal como o teletrabalho está para a transição justa. Vejamos se assim é, analisando as experiências portuguesa e espanhola.

3.1 O caso português

Em Portugal, as emissões poluentes diminuíram 10% em 2020, face ao ano anterior, registando o valor mais baixo de emissões líquidas em Portugal desde 1990¹⁵.

Naturalmente que as medidas adotadas no âmbito da pandemia se refletiram nesta redução. Entre elas, o Decreto-Lei nº. 10-A/2020 estabeleceu que, durante a sua vigência, "*o regime de teletrabalho pode ser determinado unilateralmente pelo empregador ou requerido pelo trabalhador, sem necessidade de acordo das partes, desde que compatível com as funções desempenhadas*"¹⁶, assistindo-se, assim, a uma flexibilização do regime de teletrabalho com vista a conter a propagação do vírus. Cruzando estes dados, o facto de no segundo trimestre de

¹⁴ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, "La tecnología aplicada a la prestación laboral: teletrabajo en España", Tripalium E-Revista, Volume II, n.º 2, 2021, páginas 4-40 [página 5].

¹⁵ Ver [Emissões poluentes em Portugal baixam 10% em 2020 face ao ano anterior - Economia - Jornal de Negócios \(jornaldenegocios.pt\)](https://jornaldenegocios.pt).

¹⁶ Sobre o tema, SOUSA, Duarte Abrunhosa, "Breve viagem pelo regime de teletrabalho na legislação covid", Tripalium E-Revista, vol II, n.º2, 2021, páginas 66-82.

2020, em Portugal, a proporção de trabalhadores que prestavam trabalho sempre em casa ter atingido os 23% – o equivalente a mais de 1 milhão de pessoas¹⁷ –, mostra que a adoção do teletrabalho poderá ter sido, em grande parte, um fator decisivo para se conseguir uma redução histórica das emissões de gases poluentes.

Por outro lado, no mesmo período, verificou-se um aumento significativo do consumo de energia¹⁸, como consequência da permanência em casa imposta pelo Estado de Emergência e, inevitavelmente, com a adoção do teletrabalho. Ora, se antes a casa dos trabalhadores se encontrava vazia durante o horário de trabalho, neste período, os consumos de eletricidade e gás aumentaram devido à necessidade de assegurar condições de trabalho adequadas e manutenção dos seus instrumentos de trabalho. Estes consumos foram significativos, uma vez que entrou no debate político e na produção legislativa, a necessidade de assegurar a compensação das despesas decorrentes do teletrabalho, nomeadamente, com internet e eletricidade. Independentemente da inexistência de estudos sobre o impacto do consumo de energia, a pressão mediática relacionada com o aumento deste tipo de custos, em contexto de teletrabalho, leva-nos a concluir que os trabalhadores em geral sentiram esse impacto.

O regime de teletrabalho foi introduzido na legislação portuguesa no primeiro Código do Trabalho, em 2003¹⁹, e manteve o mesmo enquadramento, de forma global, durante as grandes alterações ocorridas em 2009²⁰. De facto, a utilização do teletrabalho até ao início de 2020 apresentava-se como marginal, pouco conhecida, sendo objeto de limitada, ou quase nula, jurisprudência. De facto, o teletrabalho era sobretudo utilizado pelas empresas num regime híbrido, sem cumprimento dos seus requisitos legais formais - sendo uma modalidade contratual autónoma, as entidades empregadoras nem sempre promoviam a sua formação ou comunicavam este tipo de contrato no Relatório Único ou nos Serviços de Segurança Social. Também por esta razão, os números oficiais criavam a aparência de que a utilização do teletrabalho era marginal²¹.

¹⁷ Como refere o Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho (pág. 49), "*em 2010, pouco mais de 1% dos trabalhadores por conta de outrem tinham contratos de teletrabalho (cerca de 2.400 pessoas), e em 2018 essa proporção caiu para apenas 0,03% (menos de 800 pessoas)*", enquanto "*no 2.º trimestre de 2020, a proporção de trabalhadores que trabalhavam sempre ou quase sempre a partir de casa atingiu 23,1% no conjunto do território nacional, o equivalente a mais de um milhão de pessoas*".

¹⁸ Ver [Com a pandemia, o consumo de eletricidade em casa aumentou 14,9% e nos serviços desceu 18,3% | Coronavírus | PÚBLICO \(publico.pt\)](#).

¹⁹ Portugal foi o primeiro país a adotar o Acordo-Quadro Europeu de 2002.

²⁰ Sobre o tema ver Sousa, Duarte Abrunhosa, "O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal", Revista Derecho Social y Empresa, n.º 6, 2021, páginas 136-152.

²¹ Ver Duarte Abrunhosa e, "Teleworking and Labor conditions in Portugal", Ius Labor, n.º 2, 2017, páginas 46-51 [página 46] (available 7cd690f2-1def-373e-7ff5-477db437f464 (upf.edu)).

Passadas quase duas décadas, assistindo-se ao eclodir da revolução digital e da pandemia, o regime do teletrabalho é alterado pela Lei n.º 83/2021, de 6 de setembro²². Se até então o regime era, acima de tudo, um incentivo à conciliação entre a vida privada e profissional²³, tendo a mais recente alteração enaltecido este propósito²⁴, parece-nos que um dos motivos da alteração legislativa assentou também na necessidade de acelerar a transição verde, através da sinergia tecnologia/direitos sócio-laborais.

Como se lê na exposição de motivos de um dos projetos de lei relativos à alteração do regime de teletrabalho, *"o teletrabalho constitui uma oportunidade para os trabalhadores, para os empregadores e para a sociedade, pela flexibilidade que pode permitir, pelo descongestionamento das cidades, pelo menor tempo gasto nas deslocações entre o domicílio e o local de trabalho, implicando menor poluição, pelo reforço das ligações com as comunidades locais. É ainda de referir a maior facilidade de acesso global ao mercado de trabalho, independentemente da localização do trabalhador e do empregador"*²⁵.

Embora esta intenção não esteja materializada na lei que altera o regime do teletrabalho

Em 2016, na Conferência das Partes em Marraquexe (COP-22), Portugal comprometeu-se a atingir a neutralidade carbónica até 2050, tendo adotado o Roteiro para a Neutralidade Carbónica 2050, definindo as principais linhas de ação para atingir o objetivo proposto. Paralelamente a estas iniciativas, Portugal tem procurado assumir uma posição de promoção dos nómadas digitais no seu território através da atribuição de benefícios fiscais.

3.2. O caso espanhol

Também em Espanha se verificou um cenário semelhante ao de Portugal em 2020.

Entre janeiro e julho de 2020 registou-se uma redução de 1,551 milhões de toneladas de emissões de CO₂ face ao mesmo período de 2019. De facto, o relatório elaborado pelo Ministério para a Transição Ecológica e o Desafio Demográfico refere o impacto das medidas

²² Sobre a regulamentação legal do teletrabalho antes e depois do surto da pandemia de COVID-19, ver Pablo Sanz de Miguel, Maria Caprile e Juan Arasanz (2021). Regulating telework in a post-COVID-19 Europe, Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho - EU-OSHA (disponível em Regulating telework in a post-COVID-19 Europe (euagenda.eu)), página 18.

²³ Desde logo, pela possibilidade de imposição unilateral pelo trabalhador vítima de violência doméstica de apresentar queixa e ausentar-se da casa de morada de família (norma introduzida em 2009) e, de acordo com a norma introduzida em 2015, no caso de trabalhadores com filhos até 3 anos de idade, quando tal seja compatível com a atividade exercida e o empregador disponha dos meios e recursos para o efeito.

²⁴ A Lei n.º 83/2021 estendeu o direito ao teletrabalho aos progenitores com filhos até aos 8 anos de idade quando ambos os progenitores reúnam as condições para o exercício de uma atividade de teletrabalho - desde que exercida por ambos os progenitores em períodos sucessivos de igual duração dentro de um período de referência máximo de 12 meses - e às famílias monoparentais ou situações em que apenas um dos progenitores reúna as condições para o exercício de uma atividade de teletrabalho.

²⁵ Parágrafo 2 do Projeto de Lei n.º 808/XIV/2.^a do Partido Socialista que regula o teletrabalho.

adotadas no âmbito da COVID-19, tendo identificado uma redução de 19% nas emissões dos transportes nesse ano²⁶. Por outro lado, num país onde a adoção do teletrabalho também se projetava residual, a percentagem de teletrabalhadores aumentou de 5% (2019) para 34% durante a pandemia²⁷.

No que diz respeito ao enquadramento legal do teletrabalho em Espanha, o aumento abrupto de adeptos desta modalidade acelerou o seu processo de reforma, devido à pandemia²⁸. Tradicionalmente, o teletrabalho dependia da negociação coletiva e só mais tarde foi legalmente estabelecido. O teletrabalho estava regulado no artigo 13.º do Estatuto dos Trabalhadores²⁹, cujo carácter obsoleto e insuficiente³⁰ se tornou evidente a partir de março de 2020, considerando que o regime desenhado pelo legislador em 2015 já não respondia às questões levantadas com o surto da pandemia.

É precisamente neste contexto que surge o Real Decreto-Lei n.º 28/2020, de 22 de setembro, já substituído pela Lei n.º 10/2021, de 9 de julho, que regula o teletrabalho. No ponto VII da exposição de motivos do diploma, o próprio legislador refere que a lei é um passo na *"concretização da meta 8.5 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, ou seja, alcançar o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todas as mulheres e homens, incluindo os jovens e as pessoas com deficiência, e a igualdade de remuneração por trabalho de igual valor; e das metas 8. 4 e 11.6 da Agenda 2030, sobre a melhoria progressiva da produção e do consumo eficientes, procurando dissociar o crescimento económico da degradação ambiental; e sobre a redução do impacto ambiental negativo per capita das cidades e vilas"*. É notório, como refere Miñarro Yanini, que o legislador espanhol assumiu o teletrabalho como um instrumento de luta contra as alterações climáticas³¹. Por outras palavras,

²⁶ Relatório disponível em: [----- \(miteco.gob.es\)](https://www.miteco.gob.es).

²⁷ Ver [11.Covid19IvieExpress.El-impulso-al-teletrabajo-durante-el-COVID-19-y-los-retos-que-plantea.pdf](#). Art.5º do Real Decreto-Lei 8/2020, de 17 de março, que estabeleceu medidas urgentes e extraordinárias para fazer face ao impacto económico e social da COVID-19, determinou o carácter preferencial do trabalho à distância se a função o permitisse e se o esforço de adaptação fosse proporcional.

²⁸ Sobre o tema ver Sierra Benítez, Esperanza Macarena, "La nueva regulación del trabajo a distancia", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 1, pp. 1-35 e Sierra Benítez, Esperanza Macarena, "The regulation of telework in Spain's autonomous communities: an overall evaluation", in Mella, L. e Serrani, L. (eds), Work-Life Balance and the Economic Crisis: Some Insights from the Perspective of Comparative Law, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2015, páginas 208-227.

²⁹ Real Decreto Legislativo n.º 2/2015, de 23 de outubro, que aprova o texto revisto da Lei do Estatuto dos Trabalhadores. Apenas com as alterações introduzidas pela disposição final n.º 3.3 do Real Decreto-Lei 28/2020, de 22 de setembro, foi introduzida a possibilidade de as vítimas de violência de género ou vítimas de terrorismo trabalharem à distância, se a função o permitir.

³⁰ Conforme consta da exposição de motivos do Real Decreto-Lei n.º 28/2020, de 22 de setembro.

³¹ Cfr. Miñarro Yanini, Margarita, "Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?", Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, nº 454, 2021, páginas 5-17 [página 7].

para o legislador espanhol, o teletrabalho é uma solução para os problemas ambientais, sem que exista uma causa-efeito neste sentido.

3.3. O teletrabalho como emprego verde

Para podermos avaliar a possibilidade de o teletrabalho ser considerado um emprego verde, temos de começar por atender a esta noção. Adiantamos, desde já, que o teletrabalho pode ter sido a primeira tentativa de emprego verde pensada pelos legisladores³².

De acordo com a OIT, os empregos verdes são "*empregos dignos em sectores e atividades económicas que ajudam a reduzir os impactos ambientais negativos: reduzindo as emissões de energia e de gases com efeito de estufa através da utilização de energias renováveis; minimizando a energia, os resíduos e a poluição para proteger e restaurar os ecossistemas; e apoiando actividades que ajudam a resiliência e a adaptação às alterações climáticas*"³³.

A primeira premissa que deve ser cumprida é a de que este emprego respeite o conceito de trabalho digno, em conformidade com a Agenda para o Trabalho Digno. Dissecando esta noção, a primeira questão que colocamos é se um emprego, para ser considerado verde, tem de ser um emprego num serviço diretamente relacionado com a ação climática ou o desenvolvimento sustentável. Parece-nos que não.

O início da definição refere-se ao facto de que, para que o emprego seja considerado verde, deve estar inserido em sectores e atividades económicas que ajudem a reduzir os impactos ambientais negativos. Quanto a nós, se estamos perante uma atividade considerada altamente poluente, mas na qual uma determinada empresa assume compromissos de desenvolvimento sustentável e de redução de gases poluentes, então, tendo em conta o objetivo final, pode ser considerado um emprego verde. Aliás, uma empresa que exerça uma atividade com estas características tem, de facto, de garantir a criação de empregos verdes. Em suma, parece-nos que a atenção se centra no objeto da própria atividade profissional e na forma como esta é exercida, não se limitando, por exemplo, a uma função de energias renováveis³⁴. Pensemos, por exemplo, nos compromissos assumidos pelas empresas do sector do comércio a

³² Foi precisamente o que sucedeu no caso espanhol.

³³ OIT, Green Jobs and a Just Transition for Climate Action in Asia and the Pacific, 2019 (disponível em <https://www.ilo.org/asia/areas/green-jobs/lang--en/index.htm>)

³⁴ Neste sentido, cfr. Oliveira, Flavia de Paiva Medeiros de and Cecato Maria Aurea Baroni, "Trabalho decente e emprego verde: uma análise à luz do caráter pluridimensional da sustentabilidade", Revista de Direito e Sustentabilidade, Vol. 2, n.º 2, 2016, páginas 207-255 [página 215] (disponível em: Trabalho Decente e Emprego Verde: Uma Análise à Luz do Caráter Pluridimensional da Sustentabilidade | Oliveira | Revista de Direito e Sustentabilidade (indexlaw.org)).

retalho – um sector poluente por excelência – na sequência do objetivo de neutralidade carbónica em 2050, fixado pela União Europeia. Pensamos que alguém que seja contratado por uma empresa pertencente a um sector poluente, mas que tenha assumido compromissos no âmbito da neutralidade carbónica – nomeadamente, dotando os seus trabalhadores de competências verdes –, então parece que poderemos estar perante um trabalhador verde, com um emprego verde.

Voltando à questão em apreço, cabe-nos perceber se o teletrabalho pode ser considerado um emprego verde.

Tecnicamente, não é um emprego verde, mas pode contribuir para o emprego verde em geral. De facto, parece que a única premissa da definição que é cumprida pelo teletrabalho é o facto de ser uma forma de trabalho que ajuda a reduzir os impactos ambientais negativos, *reduzindo (...) as emissões de gases com efeito de estufa*. Isto porque, como referimos acima, é evidente que durante o período pandémico em que o teletrabalho foi massivamente adotado, sempre que possível, houve diminuições históricas na emissão de gases poluentes, sobretudo devido à diminuição das deslocações³⁵. Paralelamente, no mesmo período, verificou-se um aumento do consumo de energia, na maioria dos casos em energias não renováveis, o que não aconteceria se o trabalhador exercesse a sua atividade no seu local de trabalho habitual. Neste sentido, o facto de o trabalhador não se deslocar para o local de trabalho pode também levar a um aumento das deslocações com fins exclusivos ou mesmo de lazer. Veja-se o caso do teletrabalhador que aproveita o regime de teletrabalho para viajar constantemente de avião. Também será difícil responder à questão que estamos a tratar sem pensar em certas flutuações deste balanço energético, por exemplo com a mudança das estações.

Em suma, para que possamos considerar o teletrabalho um emprego verde, o consumo energético doméstico nunca deve suplantar o consumo normal dos trabalhadores. Por outras palavras, a difusão do teletrabalho pode fazer aumentar desproporcionadamente o consumo de energia em contexto familiar, não sendo compensada pela redução do consumo nas empresas.

Por último, há que colocar uma última questão relativa ao nomadismo digital.

Pensamos que nos países atrativos para os nómadas digitais, ou seja, onde o nível de vida é mais barato do que no país de origem e onde as condições meteorológicas são favoráveis, o regime de teletrabalho para os nómadas digitais pode sobrecarregar a carga energética dos países de destino. Admitimos que seria bastante difícil calcular o balanço energético nestes casos, ou seja, apurar a quantidade de eletricidade ou de outras energias quando se pratica o

³⁵ O que conduz também a uma diminuição da utilização de combustíveis fósseis.

teletrabalho neste regime, tendo como referência a redução das emissões de gases poluentes tendo em conta a redução das deslocações. Mesmo assim, partindo do princípio de que existe um benefício, este concentrar-se-ia nos países dos empregadores que recebem a prestação de trabalho, prejudicando os países escolhidos pelo nómada digital para teletrabalhar.

Parece-nos que o problema que o nomadismo digital representa para a avaliação do papel do teletrabalho na transição justa poderia ser uma espécie de dumping energético, se de facto se pudesse demonstrar que o valor da transação de energia nestes casos aumentaria. Assim, depois do dumping social no contexto do destacamento de trabalhadores e agora no do teletrabalho transnacional, também se refletirá no dumping energético.

4 Próximos passos

Tendo concluído que o teletrabalho não é um emprego verde, mas que pode contribuir para tornar certos empregos, mais verdes, é inegável o potencial que pode apresentar no contexto da transição justa.

A importância de promover o envolvimento dos trabalhadores na conversão dos seus locais de trabalho em locais mais verdes poderia também funcionar no ambiente de teletrabalho, fornecendo aos trabalhadores competências básicas sobre como poupar energia, reduzindo as desvantagens do escritório em casa. Ou, promovendo o envolvimento dos trabalhadores para tornar o seu *home office* mais verde³⁶. Só desta forma podemos assumir a conversão de um posto de teletrabalho num emprego ecológico.

Adicionalmente, os Estados Membros poderiam adotar políticas de incentivo relacionadas com o pagamento de contribuições para a segurança social, beneficiando empregadores e trabalhadores, compensando o aumento dos custos de combustível e premiando a adoção do teletrabalho³⁷.

De facto, as empresas podem promover a transição do teletrabalho simples para o teletrabalho verde com os incentivos acima referidos, mas isso dependerá do envolvimento dos trabalhadores nestas questões³⁸.

³⁶ Ver OIT, Greening Economies Enterprises and Jobs: The role of employers' organizations in the promotion of environmentally sustainable economies and enterprises, 2016 (disponível em [wems_459948.pdf](#) (ilo.org)). relacionados com o envolvimento dos trabalhadores e a contribuição ambiental da empresa, e também com o "salário verde", ver Tomassetti, Paolo, "Wages and the Environment", em VV.AA., Health at Work, Ageing and Environmental Effects on Future Social Security and Labour Law Systems, Cambridge Scholars Publishing, página 397.

³⁷ Cfr. Rugiero, Rugiero, "Decarbonisation in the Italian energy sector: The role of social dialogue in achieving a just transition – The case of Enel", in: Galgóczi, B (ed.) *Towards a Just Transition: Coal, Cars and the World of Work*, Brussels: Etui, 2019, páginas 109–133 [página 131].

³⁸ Cfr. Bugada, Aleixs [et al], "Agreement: Labour and Environmental Sustainability (A green mentality for collective bargaining) [University works]", Commission Européenne, ADAPT, 2020 (páginas 10 e 11).

Por último, é importante garantir que o teletrabalho transnacional não promova distorções no consumo de energia. Por outras palavras, não se deve permitir que ao dumping energético se junte o dumping social, incentivado sobretudo por empresas de países com economias mais fortes e que poderão garantir o capital humano necessário através de outros países com condições de trabalho menos exigentes do ponto de vista jurídico.

5 Conclusões

O teletrabalho representa uma ferramenta importante na luta contra a emergência climática, contribuindo para uma transição justa. No entanto, países como Portugal e Espanha, tendo recentemente assumido metas ambiciosas no âmbito da neutralização climática, não contemplaram, em nenhum dos regimes legais do teletrabalho, considerações relacionadas com a proteção ambiental. A emergência climática surge apenas em breves considerandos dos diplomas analisados.

Quanto ao impacto ambiental, a ausência de necessidade de os trabalhadores se deslocarem para o seu local de trabalho reduz significativamente a diminuição das emissões de CO2. Além disso, a preferência pelo teletrabalho pode também contribuir para a redução da dependência energética da Europa – facto que é flagrante no atual contexto europeu. Por outro lado, há um aumento das deslocações de lazer dos teletrabalhadores e do consumo de energia utilizada no local de teletrabalho (que na maioria dos casos não é renovável). Ou seja, o balanço, apesar de positivo, não é tão benéfico como poderia ser. Na verdade, consideramos mesmo que, no atual contexto de teletrabalho transnacional, podemos estar perante uma espécie de dumping energético.

Neste momento, apesar de considerarmos o teletrabalho um poderoso aliado no combate às alterações climáticas, sobretudo como forma de prevenção – e não como medida reativa - e apesar de se aproximar do conceito, não podemos (ainda) considerá-lo um emprego verde *per se*.

O teletrabalho pode ser considerado parte do caminho para um emprego verde, por exemplo, através da adoção de medidas como: o envolvimento dos trabalhadores na conversão dos seus locais de trabalho em locais mais verdes, adotando no âmbito da contratação coletiva e também através de políticas públicas, incentivos à formação dos trabalhadores, quer no domínio da consciência ambiental e do emprego sustentável, quer no desenvolvimento de competências relacionadas com a digitalização e com as competências específicas que os empregos verdes exigem.

Adicionalmente, os estados-membros poderiam, por exemplo, adotar políticas de incentivo relacionadas com o pagamento de contribuições para a Segurança Social, beneficiando empregadores e trabalhadores, compensando o aumento do custo dos combustíveis e premiando a adoção do teletrabalho.

Em conclusão, o teletrabalho é, acima de tudo, um instrumento contratual que permite a criação de empregos verdes e um ponto de partida para um mercado de trabalho mais global e sustentável.

Bibliografia

ALEXIS BUGADA, BALÁZS ROSSU, PAOLO TOMASSETTI, MIRIAM KULLMANN, CONSUELO CHACARTEGUI, ETAL. (2020). Agreement: Trabalho e Sustentabilidade Ambiental (Uma mentalidade verde para a negociação colectiva) [Trabalhos universitários], Comissão Europeia, ADAPT.

BART VANHERCKE E SLAVINA SPASOVA (eds.) (2022). A política social na União Europeia: ponto da situação em 2021. Reemergir das ambições sociais à medida que a UE recupera da pandemia, Instituto Sindical Europeu (ETUI) e Observatório Social Europeu (OSE).

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA (2021), "O enquadramento legal do teletrabalho em Portugal", Revista Derecho Social y Empresa, n.º 6, pp. 136-152.

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA (2021). "Breve viagem pelo regime de teletrabalho na legislação Covid", Tripalium e-revista, vol II, n.º 2.

DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA (2017). "Teletrabalho e condições laborais em Portugal", Ius Labor, n.º 2, pp. 46-51 (disponível [7cd690f2-1def-373e-7ff5-477db437f464](https://doi.org/10.17605/1.15111) (upf.edu)).

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ (2013). "La nueva regulación del trabajo a distancia", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 1(1), 1-35.

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ (2015). "A regulamentação do teletrabalho nas comunidades autónomas de Espanha: uma avaliação global", em Mella, L. e Serrani, L. (eds), Work-Life Balance and the Economic Crisis: Some Insights from the Perspective of Comparative Law, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 208-227.

FLAVIA DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA, MARIA AUREA BARONI CECATO (2016). "Trabalho decente e emprego verde: uma análise à luz do carácter pluridimensional da sustentabilidade", Revista de Direito e Sustentabilidade, Vol. 2, n.º 2, 207-255 (disponível em: Trabalho Decente e Emprego Verde: Uma Análise à Luz do Carácter Pluridimensional da Sustentabilidade | Oliveira | Revista de Direito e Sustentabilidade (indexlaw.org))

HENAR ÁLVAREZ CUESTA, "La tecnología aplicada a la prestación laboral: teletrabajo en España", pp. 4-40, Tripalium e-revista, vol II, n.º 2.

OIT (2016). Greening Economies Enterprises and Jobs: The role of employers' organizations in the promotion of environmentally sustainable economies and enterprises (disponível em [wcms_459948.pdf](#) (ilo.org)).

OIT (2017). Just Transition, Decent Work, And Climate Resilience (disponível em: [wcms_589098.pdf](#) (ilo.org)).

OIT (2018). Just Transition Towards Environmentally Sustainable Economies and Societies for All (Resumo da Política ACTRAV da OIT).

OIT (2019). Green Jobs and a Just Transition for Climate Action in Asia and the Pacific, (disponível em <https://www.ilo.org/asia/areas/green-jobs/lang--en/index.htm>).

MARGARITA MIÑARRO YANINI (2021). "Inovação tecnológica, organização do trabalho e sustentabilidade ambiental: Será o teletrabalho uma forma de emprego verde?", Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, nº454, 5-16.

MINISTÉRIO DO TRABALHO, SOLIDARIEDADE E SEGURANÇA SOCIAL (2021). Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho (disponível em: [Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho \(mtsss.gov.pt\)](#)).

PABLO SANZ DE MIGUEL (2020). Explorando a contribuição do diálogo social e da negociação colectiva na promoção do trabalho virtual digno e produtivo. Relatório Final Deep View, VP/2017/004/0050 (disponível em: https://www.researchgate.net/publication/339774257_Exploring_the_contribution_of_social_dialogue_and_collective_bargaining_in_the_promotion_of_decent_and_productive_virtual_work_Final_Report_DeepView).

PABLO SANZ DE MIGUEL, MARIA CAPRILE E JUAN ARASANZ (2021). Regularizar o teletrabalho numa Europa pós-COVID-19, Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho - EU-OSHA (disponível em [Regulating telework in a post-COVID-19 Europe \(euagenda.eu\)](#)).

PAOLO TOMASSETTI (2018). Wages and the Environment, in VV.AA., Health at Work, Ageing and Environmental Effects on Future Social Security and Labour Law Systems, Cambridge Scholars Publishing.

PAOLO TOMASSETTI (2020). From Treadmill of Production to Just Transition and Beyond, European Journal of Industrial Relations, Vol. 26(4), 439-457.

SERENA RUGIERO (2019). A descarbonização no sector energético italiano: O papel do diálogo social para alcançar uma transição justa - O caso da Enel, em: Galgóczi, B (ed.) Towards a Just Transition: Coal, Cars and the World of Work, Bruxelas: Etui, 109-133.

Como citar este artigo

ABNT

ABRUNHOSA E SOUSA, Duarte; MARQUES NOSSA, Rita. O papel do teletrabalho na transição justa. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e60, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.61. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/61>. Acesso em:

EL TRABAJO Y LA TECNOLOGÍA. SU RELACIÓN CON LA CONSTRUCCIÓN DE UN SOCIEDAD EN RIESGO

WORK AND TECHNOLOGY. YOUR RELATIONSHIP WITH THE CONSTRUCTION OF A SOCIETY AT RISK

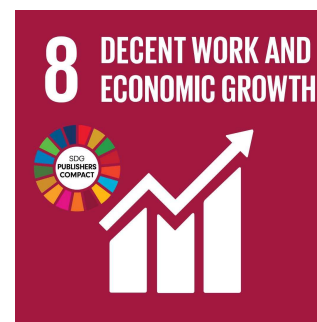
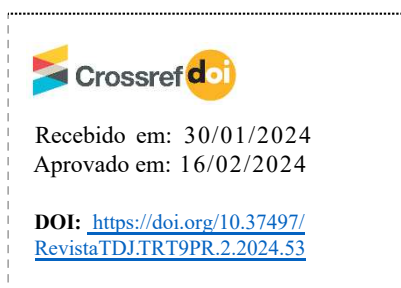
Emmanuel López Pérez*
<https://orcid.org/0000-0003-2416-9292>

RESUMEN

La evolución de las tecnologías trae consigo cambios significativos en el desarrollo de la vida de las personas. Ciertamente las tecnologías se encuentran en un punto neutral, pues no se puede afirmar que pueden ser positivas o negativas ya que dependerá del uso y aplicación en su destino final. Un gran paradigma que ha surgido en estos últimos años es la repercusión que tiene el uso de medios digitales y tecnológicos en el ámbito del trabajo, ya que existen posturas donde refieren que estas podrán ser en sentido negativo al sustituir la mano de las personas trabajadoras por las máquinas, por el contrario, existen las afirmaciones que la tecnología en el ámbito laboral deberá coexistir entre persona-máquina para la producción y desarrollo de la actividad laboral de manera eficiente donde los marcos normativos deberán de ajustarse a las nuevas realidades aplicadas en el derecho de trabajo.

Estos hechos conllevan plantear interrogantes sobre la construcción de una sociedad en riesgo (desde la sociología) a partir de la tecnología aplicada en el trabajo, pues en un primer momento da pauta a establecer que una sociedad debe asumir una condición de riesgos para generar mejores condiciones de vida, pero sin que este riesgo se convierta en peligro para las sociedades. Por lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo esclarecer el impacto de las tecnologías en el mundo del trabajo establecido ventajas o desventajas que se puedan presentar y esclarecer su vinculación con la construcción de una sociedad en riesgo desde una perspectiva jurídica-sociológica.

Palabras clave: Trabajo, tecnología, sociedad en riesgo, peligro.



* Dr. Emmanuel López Pérez nació en Cuernavaca, Morelos en el año de 1989. Toda su educación básica, media y superior las cursó en instituciones públicas. Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Ha realizado estudios en el área de Derecho Social en el Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik en Munich Alemania, así como en la Rechtswissenschaftliche Fakultät de la Universität Zürich en Suiza. **Email:** emmanuel.lopezper@uaem.edu.mx **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2416-9292>

ABSTRACT

The evolution of technologies brings significant changes in the development of people's lives. Certainly technologies are at a neutral point, since it cannot be said that they can be positive or negative since it will depend on the use and application in their final destination. A great paradigm that has emerged in recent years is the impact that the use of digital and technological media has in the workplace, since there are positions where they refer that these may be in a negative sense by replacing the hands of working people with machines, on the contrary, there are statements that technology in the workplace must coexist between person-machine for the production and development of work activity efficiently where regulatory frameworks must adjust to the new realities applied in labor law. These facts entail raising questions about the construction of a society at risk (from sociology) based on the technology applied at work, since at first it gives a guideline to establish that a society must assume a condition of risks to generate better conditions. of life, but without this risk becoming a danger for societies. Therefore, the objective of this work is to clarify the impact of technologies in the world of work, establishing advantages or disadvantages that may arise and clarify their connection with the construction of a society at risk from a legal-sociological perspective.

Keywords: Work, technology, society at risk, danger.

1 INTRODUCCIÓN

Las revoluciones industriales han marcado una gran pauta para la modernización y la construcción de mejores condiciones de vida de las personas. Estas revoluciones industriales se encuentran caracterizadas por la invención de nuevas tecnologías aplicadas en múltiples aspectos relacionados a la vida cotidiana de las personas. Las tecnologías han logrado tener una perspectiva diferente de cómo se desarrolla el mundo, dando apertura aspectos culturales,

sociales, políticos, económicos, que pueden ser compartidos entre naciones y que en los años 50's o 60's era imposible pensarlo. Sin embargo, no todo resulta ser positivo, ya que existen aspectos negativos que pudieran estar involucrados por el desarrollo de las tecnologías, por ejemplo, la contaminación ambiental que pudieran producir derivadas de la aviación, el uso de automotores, entre otros.

El derecho al trabajo no resulta ser ajeno a esta dinámica pues uno de los grandes paradigmas que resultan de las revoluciones industriales es la transformación de las industrias gracias a las nuevas formas de producir derivado de los medios digitales y tecnológicos disponibles en este siglo. Asimismo, las tecnologías han permitido nuevas formas de poder

trabajar, como el teletrabajo que se puede desarrollar desde la comunidad del hogar o en cualquier punto que tenga acceso a internet o realizar una actividad laboral, bajo algún tipo de plataforma digital sin la intermediación (aparentemente) de la figura patronal.

Este aspecto llama la atención para las personas trabajadoras, pues conlleva cuestionarse si el uso de las tecnologías desplazará la mano de obra de la persona por el uso de aparatos tecnológicos como máquinas o las inteligencias artificiales para el desarrollo de la actividad laboral o también se plantea si se debe de reconfigurar lo que tradicionalmente se conoce como relación de trabajo, pues al desempeñar trabajos por medio de plataformas digitales, existe aún la incertidumbre, máxime en países de Latinoamérica, si se está configurando una relación de trabajo o la existencia de una prestación de servicios profesionales que se rige bajo leyes de naturaleza civil y no laboral.

En ese mismo sentido, se suma la interrogante sobre si los marcos normativos tanto nacionales como internacionales se encuentran preparados para atender estas nuevas situaciones de hecho que requerirán la transformación de un nuevo derecho para la protección de las personas trabajadoras desde un aspecto laboral, como por supuesto, desde la protección social.

Estos aspectos de la forma en cómo se desarrolla la vida de las personas se vincula con el desarrollo y perfeccionamiento de las teorías de la sociedad en riesgo, y si gracias a ello se debe plantear que la sociedad asuma su condición de riesgo como posibilidad de apertura a la construcción de una vida "mejor" (BALLESTEROS, 2014, p. 2) o por el contrario si estos riesgos creados por el uso de la tecnología en el ámbito del trabajo puedan generar un peligro inminente en perjuicio de las sociedad

Por lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo esclarecer el impacto de las tecnologías en el mundo del trabajo establecido ventajas o desventajas que se puedan presentar y esclarecer su vinculación con la construcción de una sociedad en riesgo desde una perspectiva jurídica-sociológica. Para ello, se emplea una metodología deductiva-analítica en el desarrollo de los temas, pasando por esta breve introducción, seguido de la transformación digital y trabajo; continuando con el punto de sociedad en riesgo y su relación con las evoluciones tecnológicas en el trabajo, finalizando con algunas reflexiones finales.

2 LA TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO A CAUSA DE LA ERA DIGITAL : VENTAJAS Y DESVENTAJAS

La transformación del trabajo en la era de la tecnología ha sido un fenómeno omnipresente que ha alterado profundamente la naturaleza de las actividades laborales y la dinámica en los entornos profesionales. Este cambio no solo se traduce en una simple evolución, sino que redefine fundamentalmente la manera en que los individuos se relacionan con sus labores diarias.

La automatización y la inteligencia artificial, por ejemplo, han irrumpido en diversos sectores, desplazando tareas rutinarias y permitiendo una mayor eficiencia. A medida que las máquinas asumen responsabilidades repetitivas, los trabajadores tendrán que centrarse en funciones más creativas y estratégicas con la finalidad de no ser superados por las propias máquinas en el desarrollo de sus actividades laborales.

En ese sentido, un gran cambio y readaptación de las personas trabajadoras deberá de ocurrir para estar adecuados a las nuevas formas y modalidades de trabajar derivado de las tecnologías aplicables en el trabajo.

Por lo anterior, queda *Ad hoc* lo que establecía Darwin al mencionar que aquellas especies que no son capaces de adaptarse a su entorno sencillamente mueren (ROMERO, 2018), en ese tenor de ideas, la tecnologías nos están demostrando que debemos de readaptarnos a los nuevos aspectos y cambios que se puedan presentar dentro del ámbito laboral pero también desde una perspectiva jurídica se deben hacer las adecuaciones correspondientes para la protección de las personas trabajadoras en esta era digital.

Máxime en la cuarta revolución industrial que se vive actualmente o también conocida con el término industria 4.0 que se empezó a utilizarse en las industrias alemanas refiriéndose a estas como un nuevo modelo de organización y de control de la cadena de valor a través del ciclo de vida del producto y a lo largo de los sistemas de fabricación apoyado y hecho posible por las tecnologías de la información (DEL VAL ROMÁN, 2019, p.3).

Es evidente que la virtualización y la conectividad global han impulsado la expansión del trabajo remoto o a distancia, desdibujando las fronteras físicas y permitiendo colaboraciones a nivel mundial. Este cambio hacia la movilidad laboral no solo ha alterado la estructura tradicional de las oficinas, sino que también ha brindado flexibilidad a los

trabajadores, permitiéndoles adaptar sus horarios a las exigencias individuales. Sin embargo, esta transición no está exenta de desafíos, como la necesidad de establecer límites claros entre la vida laboral y personal, y la gestión eficiente de equipos dispersos geográficamente. En ese mismo sentido podemos concordar con:

La digitalización y la terciarización han dificultado la categorización de las actividades como privadas o relacionadas con el trabajo. Las dos nociones que tradicionalmente se han utilizado para hacer esa distinción, es decir, lugar de trabajo y tiempo de trabajo, están perdiendo importancia. Un número cada vez mayor de empleados está sujeto al fenómeno de los límites borrosos: establecen sus propios horarios, trabajan desde casa o cuando están de viaje. (AUMANN, 2019)

Por anterior de desarrollan ventajas y desventajas que conlleva la aplicación de las tecnologías dentro del mundo del trabajo, a los cuales y sólo por mencionar algunas se establecen las siguientes:

1. Ventajas

a) Productividad en los procesos. La integración de tecnología en el mundo del trabajo ha emergido como un catalizador clave para mejorar la eficiencia y productividad en diversas industrias. Herramientas avanzadas de software, automatización de procesos y sistemas de gestión permiten a los empleados realizar tareas de manera más rápida y precisa. La digitalización de flujos de trabajo ha eliminado la necesidad de procedimientos manuales, reduciendo los errores y acelerando la ejecución de tareas. La tecnología también brinda acceso instantáneo a grandes cantidades de información, permitiendo una toma de decisiones más precisa.

b) Flexibilidad laboral. Una conexión global, impulsada por las tecnologías de la información y comunicación, ha permitido la adopción generalizada del teletrabajo, liberando a los empleados de la necesidad de estar físicamente presentes en la oficina. Herramientas de colaboración en línea, acceso remoto a sistemas, y la automatización de tareas rutinarias han contribuido a esta flexibilidad, permitiendo a los trabajadores gestionar su tiempo de manera eficiente.

c) Capacitación continua. Plataformas de e-learning, cursos en línea y recursos digitales proporcionan a los empleados la oportunidad de adquirir nuevas habilidades,

competencias y conocimientos de manera accesible y flexible. La disponibilidad de contenido educativo en línea permite a los trabajadores adaptar su aprendizaje a sus propios horarios, fomentando la autodirección y el desarrollo personalizado. Además, las tecnologías aplicadas en la capacitación permiten un enfoque más interactivo y práctico, mediante simulaciones, realidad virtual y otros métodos innovadores que mejoran la retención de información.

d) Colaboración internacional. La comunicación instantánea a través de plataformas de videoconferencias y herramientas de mensajería ha eliminado las barreras geográficas, permitiendo la interacción en tiempo real entre equipos distribuidos en diferentes partes del mundo. Además, las plataformas colaborativas en línea facilitan el intercambio y la edición conjunta de documentos, promoviendo la co-creación y la eficiencia en proyectos internacionales. La conectividad global también ha fortalecido la gestión de proyectos a distancia, ya que las herramientas de seguimiento y planificación permiten una coordinación efectiva, sin importar las diferencias de zona horaria.

Por otro lado, también contamos con las desventajas que pudieran presentarse en la aplicación de las tecnologías en el mundo del trabajo, siendo las siguientes:

2. Desventajas.

a) Sustitución laboral. La automatización y la implementación de sistemas inteligentes trae la posibilidad de la eliminación de puestos de trabajo tradicionales, especialmente aquellos que implican en tareas repetitivas. A medida que las empresas adoptan tecnologías avanzadas como la inteligencia artificial y la robótica, algunos empleados pueden encontrarse en riesgo de ser reemplazados por soluciones automatizadas más eficientes. Esto no solo genera incertidumbre laboral para los trabajadores afectados, sino que también puede contribuir a la disparidad en habilidades, ya que las demandas del mercado laboral evolucionan hacia roles más especializados en tecnología. Por lo que, para evitar una sustitución de mano de obra humana los trabajadores deberán reinventarse para generar competencias complejas que una máquina no pueda desarrollar dejándole a esta las tareas repetitivas.

b) Desempleo tecnológico. El desempleo es uno de los factores que gira en torno al trabajo, y sin duda la tecnología será un factor preocupante para el incremento de los índices

de desempleo que generen estas nuevas tecnologías, máxime para aquellas personas que tiene generada las competencias y habilidades digitales para hacer frente a estas nuevas formas de trabajar. La sustitución de trabajadores por soluciones tecnológicas más eficientes podría resultar en un aumento del desempleo en determinadas industrias, ocasionando desafíos sociales y económicos. Como lo refiere Estrada y Loor, la automatización de los procesos se ha convertido en el arma de todo empresario para mantenerse a la vanguardia y obtener los resultados esperados y la principal consecuencia es la reinserción del capital humano en nuevos puestos de trabajo o en el peor de los casos el desempleo (2022, p. 35)

c) Nuevas enfermedades laborales. La generación o el impacto de las tecnologías en el trabajo conllevaría establecer nuevas enfermedades laboradas, dentro de las cuales se desatanca el tecno-estrés, la ansiedad, problemas relacionados con postura corporal, entre otros relacionadas con los efectos psicosociales negativos del uso de las Tecnologías de la información (SALANOVA, 2007, p.4). Asimismo, otros factores que se encuentran relacionados con la tecnología, como la conexión digital permanente, implicando que la persona trabajadora se encuentre a disposición del empleador a través de medios digitales, como correo electrónico o videollamadas dando la sensación falsa que el trabajador deberá estar disposición las 24 horas del día los siete días de la semana.

d) Brecha digital. Las personas trabajadoras que carecen de competencias y habilidades digitales se enfrentan a una posible sustitución por las máquinas peor aún que las labores desempeñadas por estos trabajadores se encuentran enfocados a tareas mecanizadas y repetitivas que fácilmente pueden desempeñar inteligencias artificiales o robots con un mayor eficacia y eficiencia.

e) Legislación deficiente. Otra de las problemáticas de naturaleza jurídica que se enfrenta hoy en día de las tecnologías en el trabajo es la falta o la deficiente legislación que regule aspectos que involucren la tecnología y el empleo.

En estos últimos cinco años se han propuesto diversos marcos normativos, tanto nacionales como internacionales para la regulación o control de las modalidades de trabajar que deriven del uso de las tecnologías, por ejemplo, normas enfocadas a la regulación del teletrabajo o la regulación de la desconexión digital de los trabajadores que desarrollen su actividad laboral a distancia e incluso, se ha llegado establecer la existencia de una renta mínima vital en caso de la sustitución de las personas por las máquinas.

Pese a ello, los marcos normativos aún carecen de solides que permita estar en condiciones para la protección de las personas trabajadoras en estos nuevos contextos laborales máxime en países de la Latinoamérica donde la innovación jurídica tiende a llegar de una manera tardía.

Estas lagunas que se presentan en las normas de cada uno de los países, y, por supuesto a nivel global, generaría condiciones de vida no favorables para las personas trabajadoras que sean sustituidas en su caso, por las inteligencias artificiales, no sólo por el simple hecho de estar desempleadas, sino lo que conlleva la falta de un empleo que lo retribuya a través de un salario, así como aquellos derechos que derivan de él, como los mecanismos de protección social, ejemplo su acceso a la seguridad social.

Este paradigma de la tecnología ha traído a colación nuevamente las teorías sobre la sociedad de riesgo y sí estas se encuentran encaminadas a generar una transformación que puede o no beneficiar a la propia sociedad. Esta discusión se aborda en el siguiente numeral.

3 UNA SOCIEDAD EN RIESGO POR LA TECNOLOGÍA

La creciente incorporación de tecnologías en el ámbito laboral ha cambiado significativamente las dinámicas sociales y laborales. Esto ha llevado a generar posturas referentes a que vivir con tecnologías avanzadas tiene tanto beneficios como riesgos.

Ciertamente los avances tecnológicos han generado eficiencia, conectividad global y nuevas perspectivas laborales, pero también han generado un entorno de riesgo que incluye inseguridad laboral y la posible pérdida de empleos tradicionales como se abordó en el punto anterior.

Esta convergencia entre tecnología y trabajo, en una sociedad marcada por la incertidumbre, demanda una cuidadosa reflexión sobre políticas laborales, educativas y sociales que mitiguen los riesgos asociados y fomenten una adaptación justa y equitativa a este nuevo paradigma laboral.

El uso de las tecnologías ha permitido la apertura de un mundo globalizado que trastoca múltiples aspectos de la vida de las sociedades. La globalización ha marcado una pauta para que la sociedad se enfrente a nuevos hechos futuros inciertos que se originen a causa de la propia evolución de las personas y el entorno que lo rodea, o peor aún, por el abuso que este puede hacer en el mundo donde se desenvuelve.

Autores como Anthony Giddens, Ulrich Beck y Niklas Luhmann han establecido que los acontecimientos futuros siempre están ligados al riesgo, como un elemento que se encuentra estrechamente vinculado a la sociedad actual.

Los tres autores antes mencionados, han debatido sobre el tema del riesgo desde diferentes puntos de vista, sin embargo, se aprecia que tienden a ir por un camino en común donde el riesgo creado por las nuevas sociedades¹ genera una incertidumbre respecto de las posibilidades de que ocurra un suceso peligroso.

Al respecto, Giddens (2007) refiere que esta globalización ha introducido nuevas formas de riesgos e incertidumbres donde la ciencia y la tecnología (caso que nos ocupa) de forma conjunta se encuentran trabajando para disminuir dichos riesgos, pero a su vez, ambas han contribuido en primer lugar, a crearlos. Asimismo, hace énfasis que sin importar el estatus social o lugar donde vivamos los riesgos nos podrán afectar en un momento determinado.

El riesgo no es más que la “dinámica movilizadora de una sociedad volcada en el cambio que quiere determinar su propio futuro en lugar de dejarlo a la religión, la tradición o los caprichos de la naturaleza”, (GIDDENS, 2007, p. 5) resaltando que se encuentra frente a un futuro totalmente incierto que se pone en la mesa como un juego de azar.

Toma esta postura teniendo en cuenta que la idea de riesgo siempre va acompañada de un seguro el cual proporciona determinada seguridad en cuestiones inciertas o como bien lo menciona “el seguro sólo es concebible donde creemos en un futuro diseñado por los hombres”, (GIDDENS, 2007, p. 5) por lo que resulta paradójico pensar que este riesgo creado de cierta manera conlleva establecer un riesgo netamente calculado.

De lo anterior, el seguro juega un papel importante en el riesgo, pues “el seguro es la línea de base con la que la gente está dispuesta a asumir riesgos” (GIDDENS, 2007, p. 5) pero a su vez por el simple hecho de contar con un seguro no quiere decir que el riesgo desaparece, sino que el riesgo se traspa a un asegurador a cambio de una contraprestación.

De los párrafos anteriores surge la primera interrogante que involucra el tema principal de este trabajo ¿es mejor no continuar con la evolución de la sociedad mediante la

¹ Anthony Giddens en su obra “Un mundo desbocado, los efectos de la globalización en nuestros días” establece que existen dos tipos de riesgo; Riesgo externo: se refleja viniendo del exterior, de la tradición o naturaleza -Malas cosechas, plagas, hambruna-; Riesgo manufacturado: Riesgo creado por el impacto de nuestro conocimiento creciente sobre el mundo, se refiere a situaciones que tenemos muy poca experiencia

tecnología aplicada en el trabajo para evitar hechos inciertos que puedan poner en peligro a la propia sociedad?

Continuando con el uso de la tecnología en la generación de una sociedad de riesgo, Ulrich Beck presenta un análisis más profundo de lo que puede significar el riesgo en nuestra sociedad, haciendo precisión que los riesgos siempre han convivido en la evolución de la sociedad, sin embargo, los riesgos en esta segunda modernidad:²

ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva. (ULRICK, BECK, 1986, p. 19).

Esta postura es aplicable al uso de las tecnologías en el mundo laboral, ya que estas no respetan religión, raza, sexo o poder económico para poder tener su efectos o repercusiones sobre la clase propia trabajadora, e incluso va más allá traspasando las fronteras nacionales exista o no una regulación normativa de por medio.

Ulrich (1986) afirma que con el incremento de los riesgos se producen nuevas situaciones sociales de peligro en donde comúnmente dichas situaciones afectan en un primer momento a las clases menos favorecidas, pero al igual que Giddens, coinciden que ni las riquezas de los mismos sujetos que producen los riesgos se podrán salvar de las consecuencias que puedan producir los riesgos, ya que afectará de manera igualitaria.

En ese orden de ideas, se establece que “todo lo que amenaza a la vida en esta Tierra amenaza también a los intereses de propiedad y comercialización de quienes viven de que la vida y los medios de vida se conviertan en mercancía” (ULRICK, BECK, 1986, p. 45) por lo que, ni el mejor seguro que pueda ofrecer seguridad ante un riesgo podrá garantizar una permanencia más larga en el planeta máxime si se continúa generando nuevos riesgos que pongan en peligro la existencia de este mundo.

En esta postura se resalta la importancia de una reflexión crítica sobre cómo la tecnología impacta a la sociedad y cómo gestionamos los riesgos asociados a ella. Cabe

² Para Ulrich Beck la primera modernidad es la noción de una sociedad que se constituye en el marco de un Estado-Nación, caracterizada por el pleno empleo por una política del Estado de Bienestar. La segunda modernidad la define como el proceso donde la individualización de la sociedad alcanza su máxima expresión contrario a la perspectiva asistencialista de la primera modernidad. Posadas Velázquez, Rusian, “Apuntes sobre las reflexiones teóricas de Ulrich Beck, Estudios políticos, núm. 37, enero-abril, México, 2016.

destacar que el derecho al trabajo es un derecho humano y como tal los derechos no se encuentran en una orden de jerarquización, sin embargo, también es cierto que a través del trabajo se pueden satisfacer las necesidades mínimas de un individuo por medio del ingreso, y una persona que no tenga ingreso no puede adquirir los bienes elementales para satisfacer sus necesidades básicas generando una precarización en la calidad de vida de él y su entorno.

Otro de los sociólogos que aborda el tema del riesgo es Niklas Luhmann, refiriendo que las sociedades siempre se han visto rodeadas por los riesgos y que tener una seguridad absoluta es prácticamente utópica ya que en cualquier momento puede suceder algo inesperado que genere peligro para la sociedad.

El debate actual que centra este trabajo es la tecnología dentro del ámbito laboral como ese riesgo creado pero la realidad es que existen múltiples factores que generan esos riesgos por lo que todas las conductas conllevan algún riesgo y por lo tanto no se puede vivir en un entorno social que garantice una seguridad total para la sociedad.

Se destaca que Luhmann hace una distinción entre riesgo y peligro para comprender lo que es se debe de entender como riesgo desde un aspecto sociológico. En un primer término el riesgo apuntaría a situaciones que se producen como resultado de decisiones y acciones desarrolladas por los individuos, es decir, se producen las situaciones de riesgo a partir de la toma de decisiones, de tal suerte que el sujeto individual queda expuesto en su entorno a partir de la toma de decisión que puede originarse en una amenaza actual o futura. (KORSTANJE, 2010)

Por lo que respecta al peligro, establece que este surge a raíz de la “presencia de un sujeto pasivo. Es decir, es el desarrollo de eventos, fundamental, aunque no exclusivamente naturales, los que se convierten en amenaza para el sujeto” (MORA, 2003, p. 649). En ese orden de ideas se establece que la diferencia entre riesgo y peligro es muy delgada y el factor en que el riesgo pueda convertirse en peligro se constriñe en la interacción de los sujetos que actúan sobre el mismo.

Por lo que la tecnología aplicaba en el trabajo, ciertamente resulta ser un riesgo, sin embargo, como se afirmó en líneas anteriores, asumir un riesgo implica generar un cambio que permita lograr condiciones de vida mejores o no. El factor clave para que esta no se convierte en peligro girará en torno a los sujetos, pues tendrá la oportunidad de que la aplicación de las TIC sea en beneficio de él o en su perjuicio.

En ese sentido, se vuelva afirmar que las tecnologías no tienden a tener un aspecto negativo o positivo, sino que se encuentran en un estado neutral donde la sociedad tiene la posibilidad de direccionarlas a un lado u otro.

Por último, conlleva a dejar un par de cuestionamientos ¿la sociedad está consciente de los peligros que le depara el futuro a consecuencia de su constante evolución tecnológica y aplicable en el mundo del trabajo? ¿en verdad somos una sociedad que se encuentra en evolución o en su defecto somos una sociedad en decrecimiento que deteriora el entorno donde habita?

Resulta complejo dar una respuesta a estas interrogantes, la realidad que vivimos actualmente es que debemos de estar en un constante cambio teniendo en cuenta que estos cambios deben girar en torno en beneficio de las propias sociedades y no ser un factor para el detrimento de estas y generar riesgos que produzcan un peligro.

4 Reflexiones finales

Algunas reflexiones que se plantean sobre el presente trabajo son las siguientes:

1. La tecnología en el trabajo tiene beneficios significativos, pero también plantea desafíos y riesgos. La legislación debe evolucionar para abordar estos problemas y garantizar un entorno laboral equitativo y seguro salvaguardando los derechos de las personas trabajadoras.

2. Es un hecho que las tecnologías traerán grandes cambios significativos en la vida de las personas teniendo que adaptarnos a estas transformaciones para adecuarnos a los nuevos estándares de vida que trae consigo esta era digital.

3. La tecnología, en específico aplicada en el trabajo, es el reflejo de los cambios que las sociedades requieren para facilitar las actividades cotidianas que desempeña el individuo, sin embargo, estas no deben de estar etiquetadas como negativas o positivas, por el contrario, serán neutrales pues dependerá del uso que se les pueda otorgar para estar en posibilidad de categorizar lo benéfica o perjudicial que pueda ser para las sociedades.

4. Las personas trabajadoras deberán de generar competencias y habilidades en el trabajo que les permita sobresalir ante el inminente uso de las tecnologías en las fuentes de trabajo y evitar su desplazamiento. En ese sentido, la transformación de la persona será indispensable en esta cuarta revolución industrial.

5. Los riesgos se encuentran presentes en el entorno y andar de las sociedades, ciertamente existen aquellos naturales o los creados por las personas, pero la realidad es que los riesgos que pueda asumir una sociedad dan pauta para la propia evolución de ella pues él no asumir un riesgo estaríamos condenados en vivir una vida monótona y sin progreso.

Es por ello por lo que la tecnología debe dar la pauta para una gran transformación en el ámbito del trabajo y todos los sujetos y elementos que intervengan en él siempre que el riesgo que genere la tecnología no ponga en peligro a su propio creador: la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

AUMANN, Annemarie. “Arbeitsunfall 4.0 Die Abgrenzung privater und beruflicher Risikosphären in der modernen Arbeitswelt” **Nomos**, Alemania, 2019.

BALLESTEROS TRUJILLO, Blanca Zulema. “Reflexiones sobre la teoría de la sociedad del riesgo”, **Revista Temas Sociales**, No. 35, 2014.

DEL VAL ROMÁN, José Luis. “Industria 4.0: la transformación digital de la industria”, **Facultad de Ingeniería de la Universidad de Deusto**, España.

ESTRADA CARRERA, Flor María Lorena, *et. al.* “Reemplazo de personal humano por inteligencia artificial: ventajas y desventajas”, **Revista Digital Investigación y Negocios**, V. 24, No. 25, 2022.

GIDDENS, Anthony. “Un mundo desbocado, los efectos de la globalización en nuestros días”, **Taurus**, 2007, México.

KORSTANJE, Maximiliano, “Reconsiderando el concepto de Riesgo en Luhmann”, **Revista Mad**, No. 22, 2010.

MORA SALAS, Minor, “El riesgo laboral en tiempos de globalización”, **Estudios sociológicos**, Vol. XXI, No. 3, 2003.

ROMERO SANCHEZ, Manuel Luque, “Adaptarse o morir”, **Universidad de Granada**, 2018, España.

SALANOVA SORIA, Marisa. “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo”, **Revista digital de salud y seguridad en el trabajo**, No.1 2007.

ULRICK, Beck. “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, **Paidós**, España, 1986.

Como Citar este artigo

ABNT

LÓPEZ PÉREZ, . El Trabajo y la tecnología. Su relación con la construcción de un sociedad en riesgo. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ªRegião, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e053, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.53. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/53>. Acesso em:

APA

López Pérez, E. (2024). El Trabajo y la tecnología. Su relación con la construcción de un sociedad en riesgo. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, TRT 9ªRegião, 2(1), e053. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.53>

A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO COMO ELEMENTO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

THE EFFECTIVENESS OF JURISDICTION AS A GUARANTOR OF FUNDAMENTAL LABOR RIGHTS

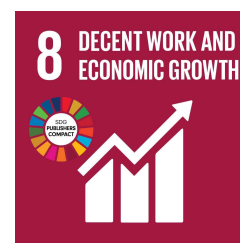
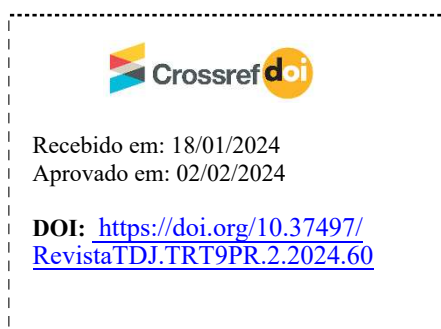
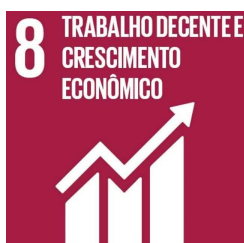
Flávia Moreira Guimarães Pessoa¹

<https://orcid.org/0000-0002-3950-8376>

Carlos João de Gois Junior²

Resumo: O presente artigo tem por escopo proceder à análise da efetividade das decisões judiciais trabalhistas, enquanto garantidoras dos direitos fundamentais. Constata-se que a inefetividade da tutela jurisdicional trabalhista causa efeitos negativos nas relações do trabalho e na efetividade das normas constitucionais, pois os direitos fundamentais dos empregados, não cumpridos de maneira espontânea pelo empregador somente restarão concretizadas no momento em que a sentença restar definitivamente atendida. Nesse contexto e mediante pesquisa bibliográfica, baseada na coleta e no exame de materiais teóricos, são apresentados questões e instrumentos que garantem a tutela efetiva dos direitos dos trabalhadores, resultando na concretização de direitos fundamentais trabalhistas.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais; Efetividade das decisões judiciais; Concretização dos direitos fundamentais.



Abstract: The purpose of this article is to analyze the effectiveness of labor court decisions, as guarantors of the fundamental rights arising therefrom. It appears that the ineffectiveness of labor jurisdictional protection causes negative effects on labor relations and on the effectiveness of constitutional norms. The lack of effectiveness of the process generates negative effects on the effectiveness of constitutional norms, especially the right to an effective process, since the labor judicial protection and, consequently, the fundamental rights of employees, will only be implemented when the sentence is definitively met. . In this context and through bibliographic research, based on the collection and examination of theoretical materials, questions and instruments are presented that guarantee the effective and speedy protection of workers' rights, resulting in the realization of fundamental labor rights.

Keywords: Fundamental rights. Effectiveness of court decisions. Realization of fundamental rights.

¹ Juíza Titular da 9ª VT de Aracaju. Professora do Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Doutora em Direito do Trabalho pela UFBA e em Direito Público pelo IDP. Mestre em Direito Constitucional pela UFS e em Direito, Estado e Cidadania pela UGF. Especialista em Direito Processual pela UFSC.

² Mestrando em Direito pela UFS e Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 20ª Região

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 erigiu os direitos sociais a dimensão de direitos fundamentais sendo, portanto, um marco histórico jurídico-social dos direitos fundamentais trabalhistas. O reconhecimento de direitos fundamentais do trabalho, de caráter individual e coletivo, constituiu alteração inovadora porque posiciona particulares, no caso específico os empregadores e os tomadores de trabalho no polo passivo de direitos fundamentais.

A norma constitucional elenca o trabalho como um direito social fundamental ao qual acresce, no título dos Direitos Fundamentais, um amplo rol de direitos e garantias dos trabalhadores, que concedem ao trabalho uma condição da efetividade da existência digna, restando patente o vínculo entre a dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho.

O direito processual do trabalho, por meio do processo trabalhista, é um elemento garantidor do direito fundamental do trabalho, pois através do procedimento processual a parte que se vê lesada em direitos decorrentes de relação trabalhista se dirigirá ao Estado-Juiz para formular sua pretensão de aplicação da norma ao caso concreto.

A realidade da Justiça do Trabalho revela que boa parte dos mais elementares direitos trabalhistas, tanto de origem constitucional como infraconstitucional, não são espontaneamente garantidos aos empregados, razão pela qual a própria existência do direito material é dependente da atividade jurisdicional e de sua efetividade.

Assim, a ausência de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista gera efeitos negativos nas relações trabalhistas e na efetividade das normas constitucionais, pois os direitos fundamentais dos empregados, não cumpridos de maneira espontânea pelo empregador, somente restarão concretizados no momento em que a sentença proferida no processo trabalhista restar definitivamente atendida.

No que concerne a efetividade do processo, esse direito encontra fundamento no princípio da eficiência (art. 37 da CF), nos princípios da duração razoável do processo e da celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF) e nas garantias inerentes ao devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF).

Nessa ordem de ideias, o objetivo central do presente artigo, busca, de forma geral, analisar os impactos da ausência da efetividade processual nos direitos fundamentais trabalhistas, bem como apresentar questões e instrumentos que podem tornar a tutela efetiva e célere, resultando na garantia dos direitos fundamentais trabalhistas.

2 DIREITO FUNDAMENTAL TRABALHISTA

A conceituação dos direitos fundamentais encontra dificuldade em razão da ampliação e transformação desses direitos, bem como na utilização de forma indistinta e sem consenso conceitual dos doutrinadores e legisladores das expressões direitos humanos, direitos fundamentais, direitos morais, direitos públicos subjetivos, etc.

No que concerne ao conceito de direitos fundamentais Pessoa (2009, p.19) define como “direitos subjetivos historicamente reconhecidos pelo Estado que visam a assegurar a dignidade da pessoa humana, quer pelo respeito às liberdades civis, quer pelo adimplemento dos direitos de natureza prestacional”

A noção de direitos fundamentais deve sempre estar conjugada com a característica da fundamentabilidade desses direitos, razão pela qual devemos distinguir tais direitos no aspecto formal e material.

Robert Alexy (2007, p.67-69) elaborou a distinção, segundo os aspectos material e formal, das disposições dos direitos fundamentais. Segundo essa concepção, o critério material expressaria o fundamento do próprio Estado, e em razão deste fato alcançaria o status fundamental. Já no aspecto formal, significaria tão somente a positivação no texto constitucional.

Assim, podemos afirmar que na fundamentabilidade formal, a norma válida que outorga o direito fundamental é a própria Constituição, sendo que a fundamentabilidade material decorre de um conceito materialmente aberto, onde é permitido o reconhecimento de direitos fundamentais não constantes no texto constitucional, mas que possuem como característica marcante o fato de serem materialmente fundamentais, ou seja, emana da relevância social do próprio valor consubstanciado no direito.

A Constituição brasileira de 1988 ao tratar dos direitos fundamentais não fixou um rol taxativo, permitindo o reconhecimento de certos direitos que não se encontram nesse no rol do título II, conforme estabeleceu o art. 5º, parágrafo 2º, in verbis: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Da interpretação do § 2º do art. 5º da CF, acima mencionado, resta patente que o constituinte deixou claro o fato de que a fundamentalidade de um direito constitucionalizado não se restringe apenas ao seu aspecto formal, ou seja, não se resume somente à sua inserção em uma lista contida no Texto Constitucional.

No que concerne ao direito fundamental trabalhista, a Constituição Federal de 1988 erigiu os direitos sociais a dimensão de direitos fundamentais sendo, portanto, um marco histórico jurídico-social dos direitos fundamentais trabalhistas, pois assegurou uma estatura normativa e hierarquia axiológica ao direito ao trabalho, como expressão da íntima relação que estabelece entre a dignidade humana, o valor do trabalho e os direitos e instituições que afetam a vida daqueles que vivem do trabalho.

A norma constitucional elenca o trabalho como um direito social fundamental ao qual acrescenta, no Título dos Direitos Fundamentais, um amplo rol de direitos e garantias dos trabalhadores, que concedem ao trabalho uma condição da efetividade da existência digna, restante patente o vínculo entre a dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho,

Assim, a interpretação e a aplicação dos direitos trabalhistas, bem como a jurisdição trabalhista não devem ser determinadas pela legislação infraconstitucional, mas pela Constituição e pelos sistemas de direitos fundamentais, motivo pelo qual a escolha da norma aplicável deverá corresponder àquela que melhor expresse os direitos fundamentais e os princípios e valores neles concretizados.

É importante trazermos à baila o pensamento Luciano Athayde Chaves (2015, p. 2) sobre a mudança de paradigma normativo

[...] o caráter de supralegalidade das normas constitucionais ainda não está definitivamente integrado na corrente de metodologia de aplicação do Direito Processual, ainda muito vinculado à ideia de estrita legalidade (no sentido de regras, não de princípios) como corolário de segurança jurídica, algo que a moderna teoria não mais considera como compatível com o constitucionalismo, movimento de prestígio à supremacia axiológica da Constituição, em ordem a transformar igualmente a teoria da decisão judicial.

Cumprir mencionar, que os direitos fundamentais do trabalho têm como principal destinatário o empregador ou tomador de trabalho prestado por pessoa física, cabendo ao titular requerer a tutela jurisdicional para garantir a proteção a esses direitos, devendo ser observado os meios mais eficazes à efetivação destes direitos fundamentais.

Desta forma, o reconhecimento da existência do direito fundamental do trabalho proporcionou o trânsito do núcleo do Direito do Trabalho para a Constituição e seu rol de direitos fundamentais, o que vinculou o Estado, os empregadores e tomadores de trabalho a esses direitos fundamentais, o que concedeu à jurisdição trabalhista papel relevante, pois é a quem ela compete proteger, com precedência, os direitos fundamentais do trabalho quando violados ou sob ameaça nas relações de trabalho.

3 EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO TRABALHISTA

Antes de tratar da efetividade da jurisdição trabalhista, se faz necessária distinguir e delimitar os conceitos de efetividade, eficácia e eficiência.

A autora Carolina Bonadiman (2006, p. 47/48) faz a distinção entre os institutos afirmando que:

[...] eficácia significa: “[...] qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado [...]”, enquanto a eficiência consiste: “[...] na virtude ou característica de uma técnica conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros, dispêndio de energia, tempo, dinheiro, ou meios [...] ”, e, a efetividade: “[...] significa qualidade de efetivo, atividade real, resultado verdadeiro.

Diante desta diferenciação, podemos afirmar que efetividade significa a qualidade de se produzir os efeitos desejados em um mínimo de tempo e com os meios necessários para a obtenção do resultado pretendido pela parte, o que é o objetivo final do jurisdicionado ao procurar a tutela do Judiciário.

No que concerne a questão da efetividade, Moreira (1983, p. 77-94) aponta cinco requisitos básicos para que o processo, seja a tutela de conhecimento, cautelar ou executiva, possa ser considerado como efetivo: 1) dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; 2) que possam ser utilizados na prática; 3) de modo a proporcionar a exata e completa reconstituição dos fatos relevantes; 4) assegurando a parte vitoriosa o gozo de tudo aquilo a que faz jus segundo ordenamento e 5) cujo resultado seja alcançado com o mínimo de dispêndio de tempo e energia.

A Constituição da República de 1988 reconhece, como fundamental, o direito à efetividade da jurisdição, uma vez que ao proibir a autodefesa, o Estado atraiu para si o dever de tornar concretos os direitos atribuídos pela ordem jurídica, o que por certo inclui a garantia que a atividade jurisdicional seja capaz de produzir os efeitos que lhe são próprios, nos termos do art. 5º, XXXV.

Cumprido mencionar, que o Estado reservou aos particulares o direito de ação, que compreende o direito ao pronunciamento judicial por meio da sentença, bem como os meios executivos capazes de conferir efetividade ao direito material subjacente à demanda.

Assim, o direito de ação não se confunde com direito a uma decisão de mérito ou de procedência do pedido do autor (Marinoni, 2006, p. 216-217), devendo ser entendida como o direito a uma tutela judicial justa, adequada e eficaz.

Sobre o tema, Zavascki (2005, p. 65) assevera que:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também genericamente, de acesso à justiça, o direito à ordem jurídica justa – compreende em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

No que concerne a efetividade do processo, podemos afirmar que se trata de um direito fundamental de caráter processual, em decorrência do regime do devido processo assegurado constitucionalmente. As implicações do primado do devido processo inclui a necessidade de proteção judicial a um leque de direitos que não se restringem a proclamarem direitos subjetivos, mas dirigem, também, a efetivá-los.

Ressalte-se que a tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental e não apenas uma garantia, devendo incidir sobre o legislador e o Juiz, pois não há dignidade da pessoa humana sem a efetivação dos seus direitos, sendo, portanto, um direito inerente ao ser humano.

Em razão de ser considerada um direito fundamental, a efetividade do processo possui aplicabilidade imediata, não podendo ser meramente retórica. Além disso, o reconhecimento desse direito fundamental pela Constituição impõe ao legislador a sua observância imediata ao instituir as técnicas processuais e impõe ao juiz o papel de intérprete da lei processual devendo concretizar a efetividade da tutela jurisdicional.

Um outro ponto que merece reflexão, diz respeito a efetividade da tutela jurisdicional sob a perspectiva de sua dimensão temporal, pois a duração do processo pode ocasionar problemas na efetividade da tutela jurisdicional.

A relevância do tempo do processo foi reconhecida na Constituição pelo texto constitucional, no art. 5º, inciso LXXVIII, que assegurou, como direito fundamental “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Nesse contexto, na busca efetividade do processo deve ser observado a dimensão temporal, pois a demora na tramitação do processo pode causar prejuízos capazes de tornar inócua a tutela, o que implicará na ocorrência de denegação de justiça, violando o princípio previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Saliente-se que o processo na fase de conhecimento possui três modalidades de decisão: sentença declaratória, constitutiva ou condenatória, sendo que nas duas primeiras modalidades, a sua prolação, por si só, atende ao interesse pretendido pela parte, e no caso da sentença condenatória, tal fato não pode ser suficiente, pois a parte contrária pode criar óbice à sua concretização ou mesmo não cumprir de maneira espontânea o comando sentencial.

Aplicando esses conceitos no direito processual do trabalho, resta claro que somente é reconhecida a efetividade da tutela jurisdicional quando é entregue ao credor o bem reconhecido no título executivo, geralmente uma obrigação pecuniária.

Além da entrega ao credor do bem reconhecido na sentença trabalhista, a tutela efetiva é alcançada também com prática de procedimentos legalmente previstos para o desenvolvimento da execução, pois a eficácia do modelo procedimental deve ser aferido na busca do cumprimento da decisão judicial.

Portanto, a tutela jurisdicional trabalhista efetiva é alcançada apenas se ao final da tramitação do procedimento executivo, que exige um mínimo de eficiência do procedimento legalmente previsto, é entregue ao credor o bem reconhecido no título executivo.

4 REALIDADE DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

A execução trabalhista é apontada com um dos problemas do processo do trabalho, em razão da dificuldade de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, o que gera efeitos negativos nas relações trabalhistas e na efetividade das normas constitucionais, pois a tutela jurisdicional trabalhista e, por consequência, os direitos fundamentais dos empregados, somente estarão concretizados no momento em que a sentença restar definitivamente atendida.

Além disto, a execução tem um importante papel econômico social de satisfazer o crédito trabalhista, o qual tem natureza alimentar, garantindo a efetivação do direito reconhecido de forma judicial ou extrajudicial.

Apesar de o problema da duração razoável do processo afetar todas as fases processuais e ramos do Poder Judiciário brasileiro, por certo as taxas de congestionamento ampliadas na execução tornam o problema ainda mais grave, pois é exatamente na fase executória que será dada a efetividade à prestação jurisdicional, propiciando a concretização do princípio constitucional do acesso à justiça.

Para que se possa melhor compreender tema se faz necessário analisar os números processuais da Justiça do Trabalho, sendo utilizado como fonte o Relatório da Justiça em Números³ de 2022, do CNJ, e as estatísticas divulgadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, como forma de possibilitar uma visão global da problemática.

Segundo o relatório Justiça em números do CNJ, o Poder Judiciário contava com um acervo de 77 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2021, sendo que mais da metade desses processos (53,3%) se referia à fase de execução.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 18/07/2023.

Além disto, demonstra o relatório que o impacto da execução é significativo na Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, correspondendo, a respectivamente, 55,8%, 46,1%, e 47,8% do acervo total de cada ramo sendo que em alguns tribunais, a execução chega a consumir mais de 60% do acervo, como ocorre TJDFT, TJMS, TJRJ, TJSC, TJSP na Justiça Estadual; e TRT10, TRT13, TRT14, TRT16, TRT19, TRT20, TRT21, TRT22, TRT7, TRT9 na Justiça do Trabalho⁴.

O relatório também demonstra a alta taxa de congestionamento⁵ da execução trabalhista, sendo em média de 76%, estando o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região com a taxa de congestionamento de 76%, dentro da média dos outros Tribunais Trabalhistas

No que concerne ao tempo médio do início ao encerramento da execução trabalhista, a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho⁶ indica o prazo médio de 1.494 dias.

Quanto aos assuntos objeto das ações trabalhistas, o TST divulgou que até maio de 2023⁷ as matérias mais recorrentes são: 1) multa de 40% do FGTS (205.229 processos); 2) hora extra (203.080 processos); 3) multa do art. 477 da CLT (180.759 processos); 4) adicional de insalubridade (179.113 processos); 5) verbas rescisórias (157213 processos); 6) aviso prévio (156.017 processos); 7) Horas extras/Adicional de horas extras (153.911); 8) multa do art. 467 da CLT (137090 processos); 9) Férias proporcionais (130.882 processos); 10) intervalo intrajornada (129.175 processos).

No que pertine aos direitos trabalhistas tutelados, conforme se verifica acima, extrai-se que são bens jurídicos dotados de fundamentalidade formal e material, ínsitos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho, em regras indisponíveis. São parcelas, no geral, de caráter alimentar, portanto necessárias à sobrevivência do trabalhador e de sua família.

Sobre a relevância dos bens tutelados pelo Direito do Trabalho, Cléber Lúcio de Almeida (2016, p. 430-431) esclarece que são dotados de transcendência múltipla:

- a) Transcendência econômica: tutela os bens materiais necessários para a sobrevivência própria e familiar dos trabalhadores. É esta transcendência que reconhece o caráter alimentar e a atribuição de natureza superprivilegiada aos créditos trabalhistas (art. 100, §1º, da Constituição Federal e art. 186 do CTN).
- b) Transcendência humana: o Direito do Trabalho não objetiva somente assegurar a existência do trabalhador, mas assegurar o acesso a bens materiais e imateriais indispensáveis a uma vida conforme a dignidade humana.

⁴ *Idem*. Anexo – Figura 1 - Figura 111 - Percentual de casos pendentes de execução em relação ao estoque total de processos, por tribunal.

⁵ Taxa de Congestionamento é o indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados).

⁶ <https://www.tst.jus.br/web/corregedoria/estatisticas-da-justica-do-trabalho>, acesso em 18/07/2023 – figura 03 em anexo

⁷ <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>, acesso em 18/07/2023

- c) Transcendência social: uma das funções primordiais do Direito do Trabalho é a distribuição da riqueza gerada pelo trabalho humano. Atua, portanto, como instrumento de realização da justiça social.
- d) Transcendência política: o Direito do Trabalho procura criar as condições econômicas e jurídicas necessárias à participação dos trabalhadores na tomada de decisões de política econômica e social

No que concerne a origem da ausência de efetividade da execução trabalhista, podemos afirmar que decorrer de várias situações, como por exemplo a ocorrência de fraudes com o objetivo de ocultação de bens e valores, com a utilização de refinadas técnicas de blindagem patrimonial, que incluem a formação de “empresas de fachada” ou mesmo com a utilização de “laranjas” ou “testas de ferro”, entre outros.

Além disto, podemos incluir como um dos motivos da ausência de efetividade da execução a real insolvência dos empregadores, gerada pela crise econômica enfrentada pelo país, bem como pela existência de uma cultura de não obediência a lei trabalhista, o que por certo também contribui para ausência de cumprimento dos direitos trabalhista de maneira intencional, por ter alguns empregadores que consideram economicamente vantajoso o descumprimento da legislação e da própria sentença judicial.

Sobre o tema, cito as ponderações de Jorge Luiz Souto Maior (1988, p. 361)

Acrescente-se a tudo isso um dado de natureza sociocultural e outro de natureza econômica. No que se refere ao primeiro, ressalte-se inicialmente que ainda está arraigada em nossa cultura a noção de que emprego não é propriamente um direito do cidadão, mas uma dádiva do Estado e da iniciativa privada. O trabalho humano, que durante largo espaço de tempo foi desprovido de qualquer valor – vide a recente história de escravidão – agora é amparado por diversos direitos, e isso não se encaixa muito bem ao inconsciente escravagista que herdamos, fazendo com que o desrespeito aos direitos trabalhistas seja uma atitude natural, uma forma de opor à indevida intromissão do Estado nos interesses particular.

É importante mencionar, que o processo do trabalho possui uma legislação que favorece a efetividade da execução, como: o reconhecimento da responsabilidade das empresas integrantes do mesmo grupo econômico (art. 2º, § 2º da CLT); o reconhecimento da responsabilidade dos sócios, inclusive o retirante (art. 10-A da CLT), bem como a previsão expressa de aplicação do incidente de desconsideração da pessoa jurídica(art. 855-A da CLT; a existência de depósito recursal, com o objetivo de garantir o juízo, como pressuposto recursal (art. 899 da CLT); a certidão negativa de débitos trabalhistas, criada pela lei 12.440/2011.

Ademais, para enfrentar os problemas da ausência de efetividade da execução trabalhista são frequentemente ampliadas as ferramentas de busca de bens e créditos dos executados, implementadas pela Justiça do Trabalho, sempre com o objetivo de fornecer os meios da entrega efetiva da prestação jurisdicional, como o Sisbajud (sistema de busca de

ativos do Poder Judiciário), Renajud (sistema on-line de restrição judicial de veículos), Infojud (Sistema de Informações ao Judiciário, SerasaJud, CCS (Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional), COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), CENSEC (Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados), ANAC (Sistema Integrado de Informações da Aviação Civil), CNIB (Central Nacional de Indisponibilidade de Bens), CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados) e SNCR (Sistema Nacional de Cadastro Rural), entre outros.

Na Justiça do Trabalho, a pesquisa patrimonial é realizada pela Vara do Trabalho, sendo que cada TRT possui um Núcleo de Pesquisa Patrimonial⁸, que são unidades de inteligência voltadas para a identificação de patrimônio de devedores em processos trabalhistas. Além disto, funciona junto ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT o Laboratório de Tecnologia contra à Corrupção e Lavagem de Dinheiro da Justiça do Trabalho (Lab-JT), com as competências definidas pela Resolução CSJT nº 304, publicada em 7 de outubro de 2021.

O Relatório Geral da Justiça do Trabalho⁹ do ano de 2022 retrata bem a existência desta cultura de não obediência da lei trabalhista e todos o esforço da justiça do trabalho na busca de uma execução efetiva, pois indica que os valores pagos aos reclamantes no ano de 2022 foi de R\$ 38.733.821.835,37, sendo R\$18.630.409.799,76 decorrente de acordos, R\$ 14.943.342.166,26 de execução e apenas R\$ 5.160.069.869,35 de pagamento espontâneo, ou seja, os acordos representaram 48,1% do total, as execuções, 38,6% e os pagamentos espontâneos apenas 13,3%.

Assim, podemos perceber que apesar de todo esforço da Justiça do Trabalho, traduzido em ações e a utilização das ferramentas de pesquisa patrimonial a seu alcance, a execução trabalhista ainda continua a ser um entrave para a efetividade da jurisdição trabalhista.

5 EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA COMO ELEMENTO GARANTIDOR DO DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário que exerce jurisdição especial para dirimir os conflitos oriundos da relação de trabalho, bem como as vinculadas diretamente a direitos aos quais o legislador constitucional conferiu proteção de direito fundamental.

Sobre o tema Ben-Hur Silveira Claus (2016, p. 10), lastreado nas lições de Mauro Cappelletti e de Ada Pellegrini Grinover, ressalta o aspecto de instrumentalidade do processo,

⁸ A criação dos núcleos foi determinada pela Resolução CSJT.GP.138/2014.

⁹ <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>, acesso em 25/07/2023

atentando ao fato de que há uma relação e de conformação entre o direito material e o processual que lhe corresponde:

O sistema jurídico brasileiro compreende os subsistemas jurídicos derivados dos distintos ramos do direito material: o subsistema jurídico trabalhista, o subsistema jurídico tributário, o subsistema jurídico do consumidor, o subsistema jurídico civil, o subsistema jurídico penal, etc. Cada subsistema jurídico conforma o respectivo procedimento com peculiaridades próprias ao direito material correspondente. Isso porque há uma relação ontológica ente o direito material e o respectivo direito processual. Essa relação ontológica fica mais evidente quando é percebida a natureza instrumental do direito processual: o processo é instrumento à realização do direito material. Diz-se que há uma relação ontológica entre o direito material e o respectivo direito processual porque as normas de procedimento guardam uma originária relação com o direito substancial correspondente, na medida em que as normas de procedimento têm por finalidade a aplicação das normas do direito substancial respectivo.

Assim, cabe a Justiça do Trabalho aplicar uma hermenêutica compatível com o sistema especial de direitos fundamentais do trabalho e os valores e princípios que se encontram em sua base, de modo a tornar efetivos os direitos fundamentais do trabalho.

A realidade da Justiça do Trabalho deixa claro que boa parte dos mais elementares direitos trabalhistas, seja de natureza constitucional ou infraconstitucional, não são espontaneamente assegurados a seus beneficiários.

Nessa linha, Pimenta (2004, pág. 337-339) afirma que:

A realidade diária da Justiça do Trabalho revela que boa parte dos mais elementares direitos trabalhistas, de natureza constitucional ou infraconstitucional, não são espontaneamente assegurados a seus beneficiários pelos empregadores (sendo ademais seu valor frequentemente reduzido, na prática, pelas conciliações extrajudiciais e judiciais). É nessa ótica que a atuação concreta da jurisdição trabalhista ganha um significado maior: o conteúdo e o resultado das conciliações e das sentenças da Justiça do Trabalho, bem como de suas respectivas execuções, exercem um profundo impacto na aplicação prática do direito material em vigor. Pode-se mesmo dizer que, se significativa parcela dos destinatários da legislação trabalhista não a cumpre espontaneamente, o verdadeiro patamar mínimo dos direitos sociais praticados na sociedade brasileira não será aquele idealmente estabelecido na Constituição e nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), mas sim aquele que decorrer do resultado da atuação (ou da não atuação efetiva) do Poder Judiciário trabalhista.

Assim e considerando que a jurisdição trabalhista compete proteger, com precedência, os direitos fundamentais do trabalho quando violados ou sob ameaça nas relações de trabalho, resta patente a importância da efetividade da execução como elemento garantidor do direito fundamental trabalhista.

Nesse contexto, diante das dificuldades da efetividade da execução trabalhista, é de suma importância a ampliação e utilização das ferramentas de pesquisa patrimonial, com o objetivo de localizar bens e créditos dos executados, sempre objetivando a entrega completa e efetiva da prestação jurisdicional, sempre sendo observado o princípio da utilidade da execução

Além disto, é importante que os Núcleos de Pesquisa Patrimonial dos TRT's tenha a estrutura necessária para o exercício de suas atribuições, especialmente: propor convênios e parcerias entre instituições públicas, com o objetivo de obter fonte de informação de dados cadastrais ou cooperação técnica, que facilitem e auxiliem a execução, além daqueles já firmados por órgãos judiciais superiores; elaborar estudos sobre técnicas de pesquisa, investigação e avaliação de dados, bem como sobre mecanismos e procedimentos de prevenção, obstrução, detecção e de neutralização de fraudes à execução; produzir relatórios dos resultados obtidos com ações de pesquisa e investigação, com a criação de um banco de dados sobre essas informações, entre outros

Ademais, revela-se necessário a regulamentação do art. 3º da Emenda Constitucional n. 45, que tratou da reforma do Poder Judiciário e estabeleceu a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, nos seguintes termos: “a lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas”.

Apesar da EC 45 ter sido aprovada no ano 2004, até a presente data o Poder Legislativo não regulamentou o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, motivo pelo qual a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 27¹⁰, a qual foi julgada no dia 04/07/2023, em sessão virtual, onde foi reconhecido o quadro de omissão inconstitucional do Poder legislativo na instituição e regulamentação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, com a seguinte decisão de julgamento¹¹:

O Tribunal, por maioria, a) declarou a mora do Congresso Nacional em editar a lei pela qual se institui o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, nos termos determinados pelo art. 3º da Emenda Constitucional n. 45/2004; b) fixou o prazo de vinte e quatro meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que a omissão inconstitucional seja sanada. Tudo nos termos do voto da Relatora, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que votara em assentada anterior. Não votou o Ministro André Mendonça, sucessor do Ministro Marco Aurélio. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023

¹⁰ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4531772>, acesso em 26/07/2023

¹¹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4531772>, acesso em 26/07/2023

Assim, o STF fixou o prazo de prazo de 24 meses para que o Congresso Nacional edite lei criando o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FUNGET), o que por certo irá constituir um importante mecanismo para garantir a efetividade da execução trabalhista e, por consequência, a garantia dos direitos fundamentais dos empregados.

Ressalte-se, que a omissão do legislador em editar lei pela qual se regulamenta o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas impede a adoção de medida eficaz para a efetividade da execução, bem como a existência de instrumento que garanta a eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas.

Os direitos fundamentais dos empregados não cumpridos espontaneamente pelo empregador e objeto de ação judicial somente serão concretizados no momento em que a sentença restar definitivamente atendida, e ao credor for proporcionado um resultado prático idêntico, ou mais equivalente possível, ao que lhe adviria do cumprimento espontâneo dessa mesma obrigação, pelo respectivo devedor, cabendo a Justiça do Trabalho todo os esforço na busca da efetividade da execução, sendo essa uma tarefa obrigatória e essencial.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 elenca o trabalho como um direito social fundamental ao qual acresce, no título dos Direitos Fundamentais, um amplo rol de direitos e garantias dos trabalhadores, que concedem ao trabalho uma condição da efetividade da existência digna, restando patente o vínculo entre a dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho.

A interpretação e a aplicação dos direitos trabalhistas, bem como a jurisdição trabalhista não devem ser determinadas pela legislação infraconstitucional, mas pela Constituição e pelos sistemas de direitos fundamentais, motivo pelo qual a escolha da norma aplicável deverá corresponder àquela que melhor expresse os direitos fundamentais e os princípios e valores neles concretizados.

A ausência de cumprimento dos direitos trabalhista no Brasil por parte dos empregadores, o grande número de processos ajuizados na Justiça do Trabalho e a alta taxa de congestionamento da execução trabalhista, revela que boa parte dos mais elementares direitos trabalhistas, tanto de origem constitucional como infraconstitucional, não são espontaneamente garantidos aos empregados, o que demonstra que a existência do direito material é dependente da atividade jurisdicional e de sua efetividade.

Nesse contexto, revela-se de maneira patente que a ausência de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista gera efeitos negativos nas relações trabalhistas e na efetividade das normas constitucionais, pois a tutela jurisdicional trabalhista e, por consequência, os direitos fundamentais dos empregados, somente restará concretizada no momento em que a sentença restar definitivamente atendida.

Isto posto, a jurisdição trabalhista efetiva é elemento importante na garantia dos direitos fundamentais, uma vez que os direitos trabalhistas, tanto de origem constitucional como infraconstitucional, não garantidos espontaneamente aos empregados, somente será concretizada no momento em que a tutela jurisdicional restar definitivamente atendida.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de.. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Responsabilidade patrimonial. Penhora de salário**. In: DALENGRAVE NETO, J. E. et al. (Coord.). **Novo CPC e o processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016
- ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006
- BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo**. Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), Porto Alegre, ano 10, n. 29, 1983.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em 06/07/2022
- CHAVES, Luciano Athayde. O novo código de processo civil e o processo do trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 81, n. 4, 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais Implícitos e seu reflexo no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília. v. 8, n. 82, dez./jan., 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 31 de maio de 2022.
- GUIMARÃES, Rafael. CALCINI, Ricardo. JAMBERG, Richard Wilson. **Execução Trabalhista na Prática**, 2. edição. Lins: Mizuno, 2022,

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo** 2. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

PIMENTA, J. R. F. **Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro**. In: _____. (Coord.). **Direito do trabalho: evolução, crise e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Uma Abordagem à luz dos direitos fundamentais. Jus Podivm, 2009.

SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016

SILVEIRA, Ben-Hur. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 9, n. 40, jan./fev., 2016.

SOUTO MAIOR, J. L. A efetividade do processo. In SOUTO MAIOR, **Curso de direito do trabalho: direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. v. 4.

Como Citar

ABNT

MOREIRA GUIMARÃES PESSOA, Flávia; JOÃO DE GOIS JUNIOR, Carlos. A efetividade da jurisdição como elemento garantidor dos direitos fundamentais trabalhistas. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e60, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.60. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/60>. Acesso em:

El Papel del Estado en la Mitigación de los Impactos de las Nuevas Tecnologías en el Acceso al Derecho Humano a la Seguridad Social de las Personas Vulnerables

O Papel do Estado na Mitigação dos Impactos Negativos das Novas Tecnologias no Acesso ao Direito Humano à Segurança Social das Pessoas Vulneráveis

The Role of the State in Mitigating the Negative Impacts of New Technologies on Access to the Human Right to Social Security of Vulnerable People

Gabriela Mendizábal Bermúdez*

<https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>

RESUMEN

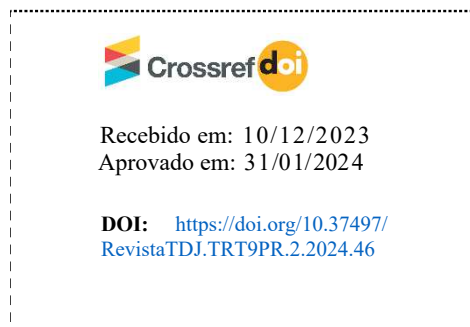
Contexto: La industria 4.0 caracterizada por el uso de las tecnologías digitales está cambiando la forma en la que nos relacionamos, consumimos, nos formamos y también de trabajar. Ello ha hecho más visible las asimetrías en la educación, ingresos económicos y desarrollo laboral de la población y lejos de ser una ventana de oportunidad, está acentuando la gran brecha digital, generando nuevos factores de vulnerabilidad social.

Objetivo: Indagar en las consecuencias y condiciones desfavorables para los grupos más vulnerables para el acceso a las prestaciones de seguridad social frente a las nuevas tecnologías de la industria 4.0 y las medidas que han tomado los gobiernos para reducir esas desventajas.

Método: En este artículo se aplica el método deductivo y analítico, fijando la postura del marco conceptual y posteriormente analizando los impactos de las problemáticas que surgen por las crecientes modalidades digitales.

Resultados: Las nuevas tecnologías pueden intensificar las disparidades existentes por la falta de acceso de las personas en situación de vulnerabilidad (mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad, etc.). Así pues, la posibilidad de acceder a estos servicios y nuevas modalidades de trabajo depende de la formación de nuevas tecnologías y la conectividad. Siendo responsabilidad del Estado garantizar estos elementos, lo que implica una configuración de nuevos derechos humanos.

Palabras clave: seguridad social, industria 4.0, justicia social, trabajo, grupos vulnerables



* Doctora en Derecho por la Universidad de Viena, Austria. Profesora Investigadora de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT Nivel II. Cuernavaca, Morelos, México. mgabriela@uaem.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>

RESUMO

Contexto: A Indústria 4.0 caracterizada pelo uso de tecnologias digitais está mudando a forma como nos relacionamos, consumimos, treinamos e também trabalhamos. Isto tornou mais visíveis as assimetrias na educação, no rendimento econômico e no desenvolvimento laboral da população e, longe de ser uma janela de oportunidade, está a acentuar a grande fractura digital, gerando novos factores de vulnerabilidade social.

Objetivo: Investigar as consequências e condições desfavoráveis para os grupos mais vulneráveis no acesso aos benefícios da seguridade social diante das novas tecnologias da Indústria 4.0 e as medidas que os governos têm tomado para reduzir essas desvantagens.

Método: Neste artigo aplica-se o método dedutivo e analítico, estabelecendo a posição do quadro conceitual e posteriormente analisando os impactos dos problemas que surgem das crescentes modalidades digitais.

Resultados: As novas tecnologias podem intensificar as disparidades existentes devido à falta de acesso de pessoas em situação vulnerável (mulheres, idosos, pessoas com deficiência, etc.). Assim, a possibilidade de acesso a esses serviços e a novas modalidades de trabalho depende da capacitação em novas tecnologias e conectividade. Cabe ao Estado garantir estes elementos, o que implica uma configuração de novos direitos humanos.

Palavras-chave: seguridade social, indústria 4.0, justiça social, trabalho, grupos vulneráveis

ABSTRACT

Context: Industry 4.0 characterized by the use of digital technologies is changing the way we relate, consume, train and also work. This has made the asymmetries in education, economic income and labor development of the population more visible and, far from being a window of opportunity, it is accentuating the great digital divide, generating new factors of social vulnerability.

Objective: To investigate the consequences and unfavorable conditions for the most vulnerable groups in accessing social security benefits in the face of new Industry 4.0 technologies and the measures that governments have taken to reduce these disadvantages.

Method: In this article, the deductive and analytical method is applied, establishing the position of the conceptual framework and subsequently analyzing the impacts of the problems that arise from the growing digital modalities.

Results: New technologies can intensify existing disparities due to the lack of access for people in vulnerable situations (women, older adults, people with disabilities, etc.). Thus, the possibility of accessing these services and new work modalities depends on the training of new technologies and connectivity. It is the responsibility of the State to guarantee these elements, which implies a configuration of new human rights.

Keywords: social security, industry 4.0, social justice, work, vulnerable groups

I. Introducción

Actualmente somos testigos de la inclusión en nuestras vidas de la industria 4.0, la cual ha irrumpido desmantelando los esquemas tradicionales en el mundo laboral, lo que ha permitido ampliar las formas de trabajo lideradas y acompañadas por el uso de las nuevas tecnologías, dando oportunidad a desempeñar una actividad laboral flexible gracias al uso de las redes digitales y la cooperación entre las personas y las máquinas.

Esto no solo transforma la forma en que se producen los bienes, sino por el contrario, a su vez se crean nuevos productos y servicios, aunque no siempre sea en beneficio de las personas.

La industria 4.0 caracterizada por el uso de las tecnologías digitales está cambiando la forma en la que nos relacionamos, consumimos, nos formamos y también de trabajar. Ello ha hecho más visible las asimetrías en la educación, económicas y laborales de la población y lejos de ser una ventana de oportunidad (pues el trabajo digital, puede ser menos discriminatorio en general. Se puede realizar a distancia y a las computadoras y a sus redes de conexión no les importa el sexo, la edad, algunos tipos de discapacidad, o la preferencia: sexual, política o religiosa) está aumentando la desigualdad social porque se requiere de una habilitación y conectividad adecuada para beneficiarse de ese trabajo digital.

Por ello, se está acentuando la gran brecha digital, generando nuevos factores de vulnerabilidad social. Personas que se pueden denominar analfabetas digitales que se colocan en una situación de vulnerabilidad. Esto trae como consecuencia condiciones desfavorables para los trabajadores y grupos vulnerables y más aún para el acceso a las prestaciones de seguridad social.

Desafortunadamente, ante este escenario no todos los gobiernos han implementado medidas que logren transformar esa asimetría en un área de oportunidad para fomentar la justicia social en favor de los grupos vulnerables.

Podemos ver que se desarrollan acciones: para dotar de servicios de conectividad a internet para la población; de habilitación para su uso; de formación con competencias digitales para el trabajo; etc. Pero aquellos que no logran ser parte de esa transformación se está convirtiendo en un grupo vulnerable frente a la sociedad y al propio Estado. Porque sin la formación y acceso al internet adecuados, no se puede aspirar a los trabajos de hoy y más aún a los del mañana, y con los trabajos en la era digital no se accede al aseguramiento social. Es por ello, que vale la pena cuestionarnos ¿Cuál es el papel del Estado frente a esa problemática?

Es por ello, que este artículo, en aplicación de una metodología deductiva y analítica, se compone de 7 apartados, el primero es esta introducción, dentro del segundo denominado: Marco conceptual, se fija postura sobre lo que es el derecho humano a la seguridad social y su importancia para las personas en situación de vulnerabilidad, así como una breve delimitación conceptual de la industria 4.0, para dentro del tercer apartado analizar el impacto que las nuevas tecnologías de la industria 4.0 generan en el trabajo. El apartado cuarto se refiere a los nuevos grupos sociales en estado de vulnerabilidad y su falta de acceso a la seguridad social, ocasionada entre otros factores por el analfabetismo digital y la falta de conectividad. En el quinto apartado se debate sobre papel del Estado frente a las nuevas tecnologías y su responsabilidad frente al

derecho humano a la seguridad social. Por último, el artículo cierra con las respectivas conclusiones y conclusiones y fuentes de investigación.

II. Marco conceptual

1. Derecho humano la seguridad social

La seguridad social es un derecho que se ha establecido en diversos instrumentos internacionales y legislaciones nacionales, además ha sido analizada por muchos especialistas en el tema. Con el paso de los años, el concepto de seguridad social se ha ido adaptando a los cambios sociales, culturales y jurídicos que de manera internacional y local se han suscitado.

Sin embargo; uno de los instrumentos internacionales más importantes que la reconocen como un derecho humano es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 22, señala:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (1948).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enmarca en su artículo 9 que el derecho a la seguridad social se refiere a:

... el derecho a gozar de la red de servicios de seguridad social en casos de enfermedad paternidad, viudez, desempleo, invalidez, etcétera, y al mecanismo que hace posible el sostenimiento del sistema, el abono continuo de los patronos sobre una parte del salario de los trabajadores para que accedan a esas prestaciones (2012).

Como se puede observar, el reconocimiento que se da es amplio; sin embargo, según datos de la Organización Internacional del Trabajo que señalan que solo el 30.6% de la población mundial tiene acceso a una cobertura integral de la seguridad social, y el 69.9% restante goza de cobertura parcial o no la tiene en absoluto (2021).

La cantidad de definiciones desarrolladas por doctrinarios, organismos y legislaciones internacionales y nacionales de muchos países es interminable, porque no hay una definición que se adapte a los requerimientos y al desarrollo que esta figura tiene en cada país, porque es un concepto dinámico que se transforma con las crisis económicas, los cambios sociales, las

nuevas necesidades de la población que deben ser atendidas y las herramientas que se desarrollan para ello.

No obstante lo anterior, podemos señalar que hoy en día la seguridad social no solo es una aspiración, es un derecho humano que se positiviza en las normas internacionales y nacionales y se materializa a través de los beneficios o prestaciones que de forma organizada el Estado garantiza a todos los individuos de la sociedad y que tienen como finalidad protegerles de los riesgos sociales y satisfacer sus necesidades básicas: atención a la salud y protección de los medios de subsistencia.

Cuando existen dificultades que obstaculizan el acceso de las personas a los beneficios o prestaciones que de forma organizada el Estado debe otorgarles en materia de seguridad social y se genera un círculo vicioso que segrega a grupos sociales y les aumenta la desigualdad colocándolos en una situación de vulnerabilidad social. Punto que será analizado en el siguiente apartado.

2. Personas en situación de vulnerabilidad

Durante las últimas décadas la atención a grupos vulnerables, también conocidos como grupos sociales en condiciones de desventaja o grupos sociales en estado de vulnerabilidad, ocupa un espacio creciente en las agendas legislativas de las políticas públicas, con especial atención a los procesos de vulnerabilidad social de familias, migrantes o grupos etarios (adultos mayores, jóvenes, etc.). En la actualidad el Estado delimita estas políticas de acción en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 en el apartado de política social (2019). Pero para poder hablar de ellos es necesario establecer que los grupos vulnerables son las minorías, grupos o comunidades que por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, género, edad o discapacidad, se encuentran en una situación de mayor indefensión para hacer frente a las contingencias sociales y para satisfacer sus necesidades básicas.

Como bien mencionan Jorge González Galván et.al:

La vulnerabilidad representa un estado de debilidad, la ruptura de un equilibrio precario, que arrastra al individuo o al grupo a una espiral de efectos negativos acumulativos (2001).

Y es en ese sentido que podemos observar cómo los grupos poblacionales que hoy en día no cuentan con conexión adecuada a internet y formación para el desarrollo de actividades educativas y laborales para su desenvolvimiento en una sociedad regida por la industria 4.0 se

encuentran en gran desventaja, para el desarrollo de las actividades cotidianas y para el acceso a la seguridad social.

3. Nuevas tecnologías e industria 4.0

El término de Industria 4.0 es escuchado oficialmente por primera vez en 2011, cuyo concepto atiende a un modelo de producción, empero el debate sobre la construcción de este engloba otros elementos necesarios.

En ese contexto, la Industria 4.0 se puede traducir como la interacción hombre-máquina de una manera distinta, derivado de que la comunicación pasa de ser únicamente entre seres humanos para establecerse entre hombres y las máquinas o -más característico de esta revolución- sólo entre las máquinas sin la interacción de la mano humana (MENDIZÁBAL, 2018, pp.298-327).

Los elementos base que se presentan la industria 4.0 son los siguientes:

1° Nuevo modelo de organización: Se trata de un nuevo modelo que rompe los esquemas tradicionales de: trabajar entre personas, o de la interacción hombre-máquina. Ahora el esquema se caracteriza por la relación entre máquina-máquina, en su mayoría.

2° Sistemas automatizados: Para lograr un sistema automatizado se involucran dos aspectos muy importantes: la digitalización y el internet de las cosas.

- a) La digitalización que es el *proceso mediante el cual un mensaje se convierte en una sucesión de impulsos eléctricos, equivalente a dígitos combinados* (MULTIMEDIA, 2022) teniendo como finalidad transmitir una instrucción y/o acción determinada a un receptor (robot, máquina, computadora);
- b) El internet de las cosas, también llamado: interconexión de internet entre objetos, consiste en: *la integración de sensores y dispositivos en objetos cotidianos que quedan conectados a Internet a través de redes fijas e inalámbricas* (FUNDACIÓN DE LA INNOVACIÓN BANKINTER, 2011, p.6) produciéndose una comunicación autónoma (sin la intervención del hombre) entre ellas para lograr un objetivo determinado.

3° Tecnologías de la información y de comunicación (TIC): Las TIC's son: *las tecnologías* (RAE, 2014) *que se necesitan para la gestión y transformación de la información* (SÁNCHEZ, 2008, p.160) es decir el medio conductor por el cual se pretenden realizar alguna acción, destacándose los ordenadores, programas, etc., que permitan crear, modificar, almacenar información (SÁNCHEZ, 2008 p.160).

4° Producción eficiente: la producción de bienes o servicios en menor tiempo y costo, pero con una mayor calidad, beneficiando tanto a las empresas, como al cliente,

5° Interacción directa del cliente en el proceso de producción del bien y/o servicio, (*On-Demand Economy*) pues desde la comodidad de su casa y gracias al uso de las tecnologías de la información, el usuario puede ordenar el producto, la forma y características que desee, con un solo *click*. Esto no solo permite considerar los deseos individuales del cliente, sino también desarrollar productos industriales y modelos comerciales completamente nuevos.

En ese sentido podemos afirmar que **Industria 4.0 es un nuevo modelo de organización, que mediante sistemas automatizados -hechos posibles por las tecnologías de información y de la comunicación- permiten una producción eficiente en la elaboración de los bienes y/o servicios, destacando la interacción directa del cliente, entre lo que se produce y lo que se hace para producirlo.**

Por lo tanto, trastoca todos los aspectos de la vida de las personas y por ello se requiere contar con las herramientas necesarias (habilidades, conocimientos, etc.) para poder beneficiarse de esas nuevas tecnologías que ofrece la industria 4.0.

III. El impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo

1. Cambios en el trabajo

Es un hecho que el papel de las personas en el lugar de trabajo y la naturaleza del trabajo mismo cambiarán drásticamente a medida que se desarrolle el trabajo con industria 4.0, es decir el trabajo 4.0.

Hoy en día ya hay trabajadores que están siendo desplazados por la automatización, se considera que debido *al uso de las tecnologías se podría reemplazar el 47%* (OPPENHEIMER, 2018, p.11) *de las actividades dentro de un empleo y el 5% de empleos completos* (IMCO, 2017).

Lo cierto es que estamos en el proceso de romper las estructuras tradicionales para establecer otras nuevas. Ya empezamos a ver fábricas donde los humanos trabajan de la mano con robots y sistemas informáticos.

La digitalización crea demandas completamente nuevas, principalmente en los empleos relacionados directamente con la creación y servicios de las TIC's o en profesiones técnicas. Por ejemplo: en la construcción y desarrollo de robots, computación en la nube o en el

procesamiento de datos. Aquí las empresas requieren de sus trabajadores habilidades completamente nuevas.

2. Cambios en las personas que desarrollarán los nuevos trabajos

La digitalización y la automatización facilitan el trabajo de las personas o eliminan por completo la mano de obra. Esto inevitablemente plantea dos cuestiones: La primera es ¿Qué tareas deben asumir los trabajadores, para no ser reemplazados por máquinas? Y la segunda es ¿Qué habilidades tienen ya los futuros trabajadores?

A la primera pregunta podemos hacer una aproximación a la respuesta: En todos los trabajos existentes, los empleados deben estar capacitados para usar las nuevas tecnologías disponibles. Eso significa que la principal tarea de los trabajadores es el aprendizaje permanente y por supuesto la conciencia de la necesidad de responder al cambio.

Si bien, algunos países latinoamericanos han formulado ambiciosas agendas digitales nacionales, en general la respuesta de las políticas públicas en la región no está poniendo suficiente foco en la generación de capacidades en el sector privado para adoptar y utilizar tecnologías digitales para su transformación, ya que no se están adoptando las competencias necesarias para la incorporación de las y los jóvenes a la nueva industria.

La mayoría de las y los jóvenes adultos, niños y adolescentes en la actualidad son nativos digitales o bien crecieron a la par de los desarrollos tecnológicos, pues en su cotidianidad siempre ha estado la tecnología; desde las aulas virtuales y libros digitales en materia de educación, hasta los nuevos escenarios como las transacciones bancarias, hacer las compras a través de plataformas digitales, etc., es decir, la mayoría de los jóvenes se incorporan más fácil al uso de las nuevas tecnologías y se adaptan a los rápidos cambios de ellas, pues forman parte de su realidad.

Un punto también sobresaliente son las propias aspiraciones laborales de las nuevas generaciones de jóvenes:

- Generación X (1969-1980) Son una generación que *se ven a sí mismos como agentes libres en una fuerza laboral móvil y esperan desarrollar una seguridad en la carrera, no de empleo* (MOONDY, 2005, p.246). Su principal objetivo es encontrar trascendencia en un trabajo y o que comporta afinidad con el mismo, es decir se valora además de un trabajo el salario (automóvil, becas escolares para sus hijos, seguros de vida, etc.); buscan la conciliación de la vida laboral y personal (EXPANSIÓN, 2012) y son migrantes digitales.

- Millennials (1981-1993) Son la primera generación que ha crecido en el mundo digital, utilizan herramientas como las oficinas inteligentes, video llamadas para realizar las juntas de trabajo, agendas electrónicas y todo tipo de comunicación vía electrónica como *e-mail* o *clouds* para compartir documentos, etc. Deben estar en constante conectividad y tener acceso inmediato a la información que deseen. Precisan que el lugar de trabajo sea tanto divertido como gratificante, se caracteriza por el autoempleo y empleos de medio tiempo (EXPANSIÓN, 2012) Les son más importantes las recompensas a corto plazo, tienen mayor grado de preparación académica, pero menos experiencia acorde a la edad de generaciones anteriores (TULGAN, 2016, p.8). Buscan tener mayores oportunidades de capacitación, un jefe justo, flexibilidad en el horario de trabajo (TORRES, 2014, p.460); días de descanso adicionales a vacaciones y feriados y la posibilidad de poder realizar *homme office* (BUSINESS INSIDER MEXICO, 2022).
- Generación Z (1994-2010) Esta es la generación llamada nativos del internet (también conocida como Generación i). Se caracteriza por la utilización de herramientas adicionales a las de los *millennials*. Por ejemplo: el uso de las plataformas digitales como parte de su forma de vida y empleo: *youtubers*, empresarios de plataformas, *bloggers*, *influencers* y dominan el uso de redes sociales (UNIVERSIA, 2019). Buscan tener mayor libertad de creatividad (BUENO, 2018, p.33), priorizan el dinero y la carrera profesional por encima de otros aspectos como la familia, para ellos la estabilidad laboral no es una prioridad (NOBBOT, 2018).

Por último, se puede mencionar de forma general que la aspiración laboral de nuestros padres y abuelos al egresar de una licenciatura consistía en conseguir un trabajo estable con un horario y salario fijo que les permitiera formar una familia y conservar ese empleo por el resto de su vida laboral hasta finalmente acceder a una pensión con un seguro médico.

Esto está cambiando para los jóvenes, pues el salario emocional tiene un peso fuerte en sus decisiones laborales. Aspectos como la libertad, flexibilidad de horarios, de lugar de desempeño del trabajo y el ingreso económico son mucho más importantes que la estabilidad laboral o las prestaciones de seguridad social.

Esto conjuntado con las características del desarrollo de la Industria 4.0 trae como consecuencia que el trabajo decente como le llama la OIT está en riesgo de extinción y ante este escenario es papel del Estado desarrollar otras herramientas para dotar de protección de seguridad social a estos grupos.

IV. Los nuevos grupos vulnerables y su falta de acceso a la seguridad social

El mayor obstáculo para el acceso a la seguridad social en la *cuarta revolución industrial* no son las nuevas formas de trabajo o las nuevas formas de contratación (como las plataformas digitales), sino las normas acartonadas de un *quasi*-sistema que nunca logró dar cobertura universal a la población y que además está sujeto a la presión que impondrán los cambios ocasionados por el uso de las tecnologías derivadas de la Industria 4.0, que harán que cada vez menos trabajadores cuenten con aseguramiento social.

Dentro de los obstáculos más sobresalientes encontramos los que se enlistan a continuación:

- a) Altos índices de pobreza.
- b) Aumento creciente de trabajadores informales.
- c) Falta de cobertura de aseguramiento social.
- d) La subordinación laboral. El elemento de la subordinación tradicional como requisito indispensable para el aseguramiento social será un obstáculo para las nuevas generaciones de profesionistas. Hoy en día sin la existencia de una relación de trabajo formal el aseguramiento social de las personas es casi nulo, ya que la legislación de la materia exige como requisito indispensable esta relación para el otorgamiento de este derecho y las nuevas formas del trabajo 4.0 carecerán del elemento tradicional de subordinación.
- e) Falta de mecanismos exigibilidad jurídica en las prestaciones que se otorgan como parte de una gran mayoría de los programas derivados de los Pisos de Protección Social.
- f) Falta de reconocimiento legal de la seguridad social como derecho humano.
- g) Falta de obligatoriedad jurídica hacia las personas, el Estado y las empresas para constituir una red de seguridad social o por lo menos para contar con un seguro.
- h) Nuevos grupos sociales en estado de vulnerabilidad ocasionados por la propia industria 4.0., cuyo análisis por la importancia se le dedicará el punto siguiente.

Sumando todo lo anterior, consideramos que el reto principal está en encontrar el equilibrio entre desarrollo tecnológico y el respeto a los derechos de las personas (ya sean generales como el derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, libertad o laborales como la privacidad, seguridad social, etc.).

1. Grupos sociales en estado de vulnerabilidad a consecuencia de la industria 4.0

Ser parte de un grupo social en estado de vulnerabilidad implica contar con obstáculos para acceder a los mecanismos de aseguramiento social. Ejemplo de ello son los grupos indígenas que en muchos casos radican en lugares, en los que los servicios básicos son escasos o nulos, por lo que carecen no solo de aseguramiento social, sino de cualquier tipo de programa de protección social. Esto ocasiona una asimetría desfavorable en la garantización del derecho humano a la seguridad social que la implementación de la industria 4.0 aumentará si no se hacen cambios inmediatos.

Al poner en uso la industria 4.0 cambia el acceso a los servicios y productos y a su vez a la producción de ellos, lo que significa las nuevas formas de trabajo y con a partir de ahí la falta de seguridad social de muchas personas.

Por lo tanto, para tener acceso a los servicios, productos y nuevas formas de trabajo se requieren de dos presupuestos indispensables: Formación para el uso de las nuevas tecnologías y conectividad.

1.1 La gravedad del analfabetismo digital

La concepción tradicional de una persona analfabeta gira en torno a no saber leer, ni escribir; sin embargo, como se refirió anteriormente, las nuevas tecnologías han cambiado las formas de trabajo, formación y comunicación, en las que no solo el lenguaje se materializa a través de la escritura y lectura tradicional, sino se ha transformado a un espacio digital, por ende, se ha establecido el término de analfabeta digital para quienes no logran comunicarse e interconectarse digitalmente.

Es decir, se entiende como analfabeta digital a todas las personas que:

desarrollan sus actividades personales y profesionales sin vincularse con tecnologías o medios digitales, limitando sus procesos a recursos tradicionales y concretos, principalmente relacionados a la lectura y escritura, como el lápiz y al papel (ICAZA, 2019, pp.393-406).

Es decir la formación para la industria 4.0 debe incluir las competencias en *los lenguajes y destrezas técnicas que un individuo o grupo de individuos requieren para acceder al mundo digital, además de las habilidades creativas y críticas que les permitan hacer uso productivo de las TIC* (GARCIA, 2017, p. 66-81). Además el uso de esas tecnologías abre la oportunidad de ser usuario de la información y los servicios digitales.

Podemos encontrar dos tipos de analfabetismo digital:

1. Analfabetos por imposibilidad. Son las personas que carecen de acceso a medios digitales ya sea por cuestiones de ubicación geográfica o de ingreso económico no cuentan con las posibilidades para poder tener contacto con medios digitales, sin embargo, tienen la intención de sumergirse en este tema.
2. Analfabetos por desinterés. Son aquellas personas que cuentan con acceso a las tecnologías de información en todos los niveles posibles, pero no tienen el interés en desarrollar las competencias digitales manteniendo su distancia en los aspectos tecnológicos y en su caso manteniendo resistencia a incorporar las tecnologías en su vida (ICAZA, 2019, p.400).

Por ejemplo: Con base en datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía sobre Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares, 2021, en México, en 2020, se estimó una población de 84.1 millones de usuarios de internet, que representan 72.0% de la población de seis años o más (2021). De los cuales, 71.3% de las mujeres y 72.7% de los hombres de 6 años o más.

De la misma forma, el censo de población del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de 2020, señala que *más del 50% de las personas adultas mayores en México no participa activamente en las sociedades digitales (2022)*, esto se traduce que el sector poblacional en México que cuenta con un mayor grado de analfabetismo digital son las personas adultas mayores.

Pese a los datos anteriores, el director de Centro de la OCDE en México para América Latina menciona que en el país a inicios de 2020, había *63 millones de personas de entre 16 y 65 años, equivalente a la mitad de la población, que carece de un nivel de competencias básicas digitales, lo cual se traduce en un analfabetismo digital (2021)*.

De lo anterior, se desprende que la alfabetización digital tiene como objetivo *promover el desarrollo de habilidades necesarias para ser usuario de la información digital (GARDUÑO, 2021)*.

1.2. El problema de la conectividad

El segundo problema que genera la vulnerabilidad en la industria 4.0 es la conectividad.

Es un hecho que los esfuerzos por la digitalización de un Estado resultan sumamente complejos, ejemplo de ello es México, pues con base a datos de la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo Económicos, en su informe sobre la “Era Digital” informa lo siguiente:

México aparece con los peores resultados que le imponen altos riesgos en Seguridad Digital; Inequidad entre usuarios; baja capacitación de profesores en manejo de herramientas digitales; abuso de privacidad y uso extremo de internet por parte de niños (MORALES, 2019).

Además no todas las personas tienen acceso a internet, pues no todos los hogares cuentan con una conexión para este servicio, de tal suerte que el acceso a herramientas digitales por parte de las y los estudiantes es limitado, lo que evita que desarrollen las habilidades necesarias para esta nueva era y por tanto pueden quedar rezagados en comparación con otros países (MORALES, 2019).

Datos proporcionados por el INEGI en la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y uso de Tecnologías de la Información en los hogares 2019 establece que en el país hay 80.6 millones de usuarios de internet, el 51.6% son mujeres y 48.4% son hombres y 85.5 millones de usuarios de teléfonos celulares.

Refiere que 20.1 millones de hogares mexicanos cuentan con internet (56.4%), mediante una conexión fija o móvil.

Asimismo, la encuesta establece que los tres principales medios para la conexión de usuarios a internet en 2019 fueron: celular inteligente (Smartphone) con 95.3%; computadora portátil con 33.2%, y computadora de escritorio con 28.9 por ciento (INEGI, 2020, p.1).

Entonces no basta con tener las habilidades, es necesario contar con la conectividad para acceder a servicios, prestaciones, ingresar a estudios, trabajos, etc.

En conclusión: la falta de formación para el uso de las nuevas tecnologías y nula o mala conectividad generan un nuevo grupo poblacional vulnerable.

1.3 Discriminación de género frente a la seguridad social en la 4ª Revolución industrial

Es cierto que los nuevos trabajos del futuro abrirán la pauta para que las brechas de género en materia del trabajo se acoten -pues como se ha establecido con anterioridad- estos trabajos no se fijarán en el género de la persona, sino se enfocarán a que el trabajador cuente con las habilidades y capacidades para desempeñar los puestos de trabajo.

Sin embargo, cabe precisar que la mujer entrará en desventaja a estos puestos de trabajo derivado a que históricamente las carreras y profesiones que se enfocan a las tecnologías e ingenierías las han desempeñado los hombres, por lo que se abre una brecha nuevamente para que las mujeres puedan acceder a los puestos de trabajo de manera equitativa, ya que existe un número reducido de mujeres capacitadas en profesiones tecnológicas en comparación a los hombres.

En ese contexto la directora del Fondo Monetario Internacional Christine Lagarde durante su intervención en el *Women's Forum Americas 2019*, refirió que solo el 20% de las mujeres están en las ciencias y tecnología por lo que la preparación desde jóvenes en específico las niñas en carreras como ciencias y matemáticas debe ser elemental para lograr un equilibrio en el nuevo mercado laboral (2019).

Asimismo, mencionó que las mujeres son las más afectadas con la robotización. Y se informa lo siguiente:

hay una proporción más grande de empleadas que están teniendo tareas muy repetitivas; es lo que se hace de manera muy rutinaria y probablemente puedan ser tareas que se sustituyen, por eso la robotización va a impactar más a las mujeres que a los hombres (FLORES, 2019)

Ahora bien, la educación debe estar orientada a las futuras necesidades que depara el mundo del trabajo, por lo que la enseñanza respecto a carreras como ingenierías y matemáticas deberá ser impartida desde una educación temprana, es decir, la preparación tanto para niñas, como niños desde la educación primaria y no en educación preparatoria como se encuentra actualmente implementado.

En ese orden ideas la educación deberá ser replanteada con igualdad de género para poder romper con los paradigmas de que solo los varones pueden ejercer carreras que involucren a la tecnología, pues seguir impartiendo una educación con esa tendencia generaría una desigualdad de género en el nuevo mercado laboral, perjudicando nuevamente a las mujeres en materia laboral.

V. El papel del Estado frente a las nuevas tecnologías en materia de seguridad social

Existen diversos instrumentos internacionales que determinan la obligación de los Estados ante muchas circunstancias, por ejemplo, los convenios de la OIT y la Recomendación 202 de los

Pisos de Protección Social delimitan las responsabilidades del Estado frente a los trabajadores y en materia de seguridad social, es decir la regulación, control a través de la generación, aplicación y administración del derecho para regular temas específicos y cuando estas medidas no son adecuadas se generan desigualdades, por la falta del acceso adecuado a los servicios.

De lo expuesto se desprende la necesidad de lograr un equilibrio dentro de los grupos sociales existentes, destacando que esas diferencias de clases por cuestiones económicas y sociales generan descontento ante el sometimiento del que son objeto ya sea por medio del abuso, la miseria o las injusticias por parte de grupos mejor preparados, lo que constituye la realidad social que debe ser modificada.

1. El papel del Estado frente a las desigualdades

Para comprender qué es la desigualdad se debe comenzar por definirla y partiendo de lo más básico se debe señalar que algo es desigual cuando es diferente y cuando lo aplicamos a las relaciones humanas se presenta cuando no existe equilibrio entre dos o más personas (ONU, 2018).

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, ONU, cuando se habla de desigualdad se engloban diversos aspectos que no solo dependen de la riqueza o del nivel de ingresos de una persona, sino que se deben considerar factores como la expectativa de vida que tiene, la posibilidad de acceder a servicios de salud, educación, servicios públicos y la calidad de cada uno de ellos (2019).

Considerando que los factores que generan la desigualdad son múltiples e incluso como lo señala Branko Milanovic (2018), actualmente se trata de un fenómeno que se transfiere intergeneracionalmente, es necesario que el Estado asuma políticas que permitan aminorar la desigualdad social y evitar que esta se continúe desarrollando e incluso transfiriendo involuntariamente hacia otras generaciones como ocurre en la actualidad.

A nivel internacional la ONU ha reconocido que la desigualdad es un obstáculo para que se logren cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS, los cuales fueron propuestos con la finalidad de garantizar que todas las personas disfruten de la paz y la prosperidad en el año 2030, por lo que se ha propuesto en el objetivo 10 denominado: Reducción de las desigualdades (2022), una serie de metas que permitan el cumplimiento de este objetivo, los cuales tienen que materializarse a través de la participación de cada uno de los países y de la adopción de una serie de compromisos encaminados a su cumplimiento.

En el caso concreto de México el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 propuesto por el presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador realiza diversas propuestas a través de las cuales se pretende combatir la desigualdad priorizando el bienestar del pueblo, denominando a este documento como un mandato popular y social llamado la Cuarta Transformación, en el que destaca la aspiración de construir un país con bienestar con el lema “Primero los pobres” (2019).

2. ¿Nuevos derechos humanos?

Los derechos humanos han permitido la evolución de marcos normativos de todos los países teniendo como objetivo velar por la protección de esos derechos inherentes de cada una de las personas. De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se definen como: el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes (2022).

Por lo tanto, estos derechos se deben considerar fundamentales para el desarrollo integral de cualquier ser humano y el Estado tiene la responsabilidad de garantizar su debida protección y efectivo cumplimiento, ya que éstos forman parte de la regulación jurídica nacional e incluso de la internacional, debido a la firma y ratificación de diversos tratados internacionales que contemplan su protección

Estos derechos humanos han ido evolucionando de una manera constante permitiendo atender las nuevas realidades y necesidades que se presentan en el mundo. Entre ellos, se regularon los derechos de las personas en su calidad de ciudadanos, luego, los derechos sociales, posteriormente los ambientales y hoy en día nos preguntamos si los derechos humanos derivados de la inteligencia artificial y la digitalización deberían establecerse dentro del catálogo de los derechos humanos.

A manera de ejemplo, se puede citar a Ferdinand von Schirach, quien propone los 6 nuevos derechos humanos que deberían adoptarse en Europa: Derecho al medio ambiente; a la autodeterminación digital; la inteligencia artificial; la verdad; la globalización y a la demanda de derechos fundamentales (2021).

Este interesante ejemplo, nos muestra cómo la evolución de los derechos humanos permite que éstos estén acordes a la realidad.

En ese sentido y afortunadamente gracias a la evolución los derechos humanos sociales es que ahora son incluidos en instrumentos internacionales y marcos jurídicos nacionales y son aquellas normas que reconocen, garantizan y protegen a las personas frente a cualquier tipo de vulnerabilidad o de desigualdad social mediante una serie de prestaciones positivas permitiendo su pleno desarrollo. Dichos derechos giran en torno a la alimentación, educación, trabajo, vivienda, salud, y la seguridad social.

VI. Conclusiones

La Industria 4.0 consiste, eminentemente, en la aplicación de las nuevas tecnologías en los procesos de producción de tal manera que su funcionamiento sea autómatas, inteligente y eficiente y esto se refleje en todos los aspectos de la vida de las personas.

El futuro no ha sido escrito y como se puede observar el uso de estas nuevas tecnologías representa lo mismo una ventana de oportunidad para reducir la brecha de desigualdad laboral, al desarrollarse el trabajo en circunstancias diferentes que puede permitir a las personas en situación de vulnerabilidad (mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad, etc.) posicionarse mejor; lo mismo que de no acceder a la formación para el uso de las nuevas tecnologías y el acceso a la conectividad adecuada puede agravar la desigualdad ya existente.

La seguridad social se enfrentará al reto de dar cobertura universal ante el trabajo 4.0 y ello trae consigo ventajas y desventajas.

La era digital no solo nos exige utilizar todas las herramientas tecnológicas, sino también requiere una evolución de la propia persona, es decir, una constante adaptación, un aprendizaje constante y la utilización de la información de una manera correcta (MENDIZABAL, ESCALANTE, 2019, p. 158).

Para tener acceso a los servicios, productos y nuevas formas de trabajo se requieren de dos presupuestos indispensables: Formación para el uso de las nuevas tecnologías y conectividad y proporcionarlos a los ciudadanos es responsabilidad estatal, quien requiere de la conformación de nuevos derechos humanos.

VII. Fuentes de investigación

ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Francia, ONU, 1948.

CNDH, COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, ed. d.r., México, CNDH, 2012, p. 12.

OIT, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Informe mundial sobre la protección social 2020-2022, Suiza, Oficina internacional del trabajo, 2021, p. 19.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, México, Disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2019/05/plan-nacional-de-desarrollo-2019-2024.pdf>.

GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO, et al., La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario, México, Revista Jurídica UNAM, 2001, p.p.225-243, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/13.pdf>.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, GABRIELA, ¿Nuevo modelo de seguridad social en el contexto de la industria 4.0? Italia, Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, 2018, pp. 298-327.
Multimedia, Digitalización, Chile Universidad de la Concepción, Disponible en: <http://www2.udec.cl/~lsalazarv/digitalizacion.html>.

FUNDACIÓN DE LA INNOVACIÓN BANKINTER, El internet de las cosas en un mundo conectado de objetos inteligentes, accenture, 2011, p. 6. en: https://www.fundacionbankinter.org/wp-content/uploads/2021/09/publicacion-pdf-es-ftf_iot.pdf.

RAE, DICCIONARIO DE LA ACADEMIA ESPAÑOLA, Tecnología, España, RAE. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=ZJ2KRZZ>. Consultado el 13 de noviembre. 2023.

SÁNCHEZ DUARTE, ESMERALDA, Las tecnologías de información y comunicación (tic) desde una perspectiva social, Costa Rica, Revista electrónica educare, 2008, p.160.

OPPENHEIMER, ANDRÉS, Sálvese quien pueda, el futuro del trabajo en la era de la automatización, México, Debate México, 2018, p. 11.

IMCO, INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD, Compara carreras, México, Centro de Investigación en Política Pública, Disponible en: <https://imco.org.mx/temas/compara-carreras-2017/>. Consultado: 11 de noviembre. 2023.

MONDY, R. WAYNE, Administración de recursos humanos México, 11ª edición, México, Pearson educación, 2005, p. 246.

VARGAS, IVONNE, Generación x, trabajadores exigentes, México, Expansión Disponible en: <https://expansion.mx/mi-carrera/2012/10/16/generacion-x-la-mas-exigente>. Consultado: 12 de noviembre. 2023.

TULGAN BRUCE, No todo el mundo merece un trofeo, México, Grupo Editorial Patria, 2016, p. 8.

TORRES, ZACARÍAS, Administración de proyectos, México, Grupo Editorial Patria, 2014, p. 460.

ESCOTTO, VIRIDIANA, Prestaciones laborales más valoradas por cada generación- desde boomers hasta centennials, México, Business Insider México, Disponible en: <https://businessinsider.mx/millennials-baby-boomers-prestaciones-laborales-mas-valoradas/>. Consultado: 12 de noviembre. 2023.

UNIVERSIA, Generación Z ¿Cuáles son sus preferencias y expectativas en el trabajo?, Chile. Disponible en: [Generación Z: ¿Cuáles son sus preferencias y expectativas en el trabajo? \(universia.net\)](http://universia.net). Consultado: 12 de noviembre. 2023.

BUENO RUBIALES, LAURA ISABEL, Creatividad, 1ª edición, Elearning S.L, España, 2018, p. 33.

CABRERA, J, Las aspiraciones profesionales de la generación z, México, Nobbot, Disponible en: <https://www.nobbot.com/personas/las-aspiraciones-profesionales-de-la-generacion-z-y-lo-que-las-empresas-tendran-que-darles/>. Consultado: 12 de noviembre. 2023.

ICAZA ÁLVAREZ, DANIEL ORLANDO, CAMPOVERDE-JIMÉNEZ, GERARDO EUGENIO, El analfabetismo tecnológico o digital, Polo del conocimiento, 2019, pp. 393-406.

INEGI, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Encuesta nacional sobre disponibilidad y uso de tecnologías de la información en los hogares 2019, México, INEGI, 2020, p. 1.

GOBMEX, GOBIERNO DE MÉXICO, El CCD impulsa la inclusión digital entre personas en condición de vulnerabilidad, México, Gobierno de México, Disponible en: <https://www.gob.mx/cultura/prensa/el-ccd-impulsa-la-inclusion-digital-entre-personas-en-condicion-de>. Consultado: 11 de noviembre. 2023.

GARDUÑO, MÓNICA, ¿Cómo impulsar la educación virtual en un país con 63 millones de analfabetas digitales?, México, Forbes, Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/tecnologia-educacion-virtual-pais-63-millones-analfabetas-digitales/>. Consultado: 10 de noviembre. 2023.

GARCÍA ÁVILA, SUSANA, Alfabetización digital, Ecuador, Razón y Palabra, 2017, pp. 66-81.

MORALES, YOLANDA, México está rezagado en el mapa digital de la OCDE, México, El Economista. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/tecnologia/mexico-esta-rezagado-en-el-mapa-digital-de-la-ocde-20190522-0077.html>. Consultado: 11 de noviembre. 2023.

INEGI, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Encuesta nacional sobre disponibilidad y uso de tecnologías de la información en los hogares, México, INEGI, 2021 p.1.

FLORES, LEONOR, Mujeres, las más afectadas con la robotización del trabajo: Lagarde, México, El Universal, Disponible en:

<https://www.eluniversal.com.mx/cartera/negocios/mujeres-las-mas-afectadas-con-la-robotizacion-del-trabajo-lagarde>. Consultado: 10 de noviembre. 2023.

ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ¿Qué es desigualdad, qué tipos existen y qué consecuencias tiene?, España, Agencia de la ONU para los Refugiados ACNUR, Disponible en: <https://eacnur.org/blog/que-es-desigualdad-que-tipos-existen-y-que-consecuencias-tiene-te-alt45664n-o-pstn-o-pst/>. Consultado 13 de noviembre. 2023.

ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Definición de la desigualdad, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Disponible en: <https://sdgs.undp.org/2019-inequality/es/defining-inequality.html>

Cultura en Directo UNAM, Branko Milanović en pensadores contemporáneos, México, UNAM, Disponible en: <https://culturaendirecto.unam.mx/video/branko-milanovic-en-pensadores-contemporaneos/>. Consultado: 12 de noviembre. 2023.

ONU, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Los ODS en Acción, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Disponible en: <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, México, Disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2019/05/plan-nacional-de-desarrollo-2019-2024.pdf>.

CNDH MÉXICO, Comisión Nacional de Derechos Humanos México, ¿Qué son los derechos humanos?, México, CNDH. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>. Consultado: 10 de noviembre. 2023.

VON SCHIRACH, FERDINAND, Jeder Mensch, Luchterhand, 2021, pp.15-18.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, GABRIELA, ESCALANTE FERRER, ANA ESTHER, Formación universitaria, trabajo y género en la cuarta revolución industrial. México, Porrúa, 2019, p. 158.

Como citar este artículo:

ABNT

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela. El Papel del Estado en la Mitigación de los Impactos Negativos de las Nuevas Tecnologías en el Acceso al Derecho Humano a la Seguridad Social de las Personas Vulnerables. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região. Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e046, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.46. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/46>. Acesso em:

APA

Bermúdez, G. M. . (2024). El Papel del Estado en la Mitigación de los Impactos Negativos de las Nuevas Tecnologías en el Acceso al Derecho Humano a la Seguridad Social de las Personas Vulnerables. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e046. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.46>

EL PAPEL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO HERRAMIENTA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LUCHA CONTRA LOS ACCIDENTES DE TRABAJO EN ESPAÑA

Jordi García Viña¹

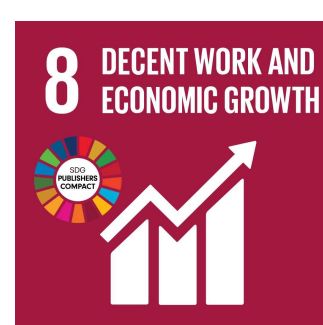
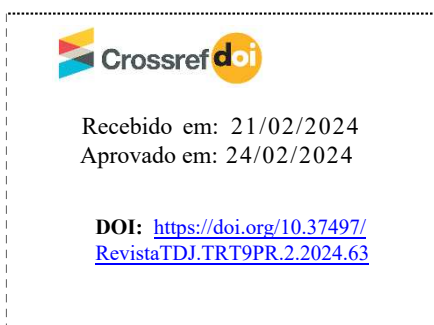
<https://orcid.org/0000-0001-9827-8200>

RESUMEN

Los accidentes de trabajo son un grave problema en las relaciones laborales en todos los países del mundo. Se trata de una situación que proviene del principio de los tiempos industriales y que en la actualidad aún está muy presente. Sin embargo, los grandes cambios que se están produciendo en las economías y que se reflejan en las empresas, hacen que las estrategias para abordar esta temática está en continuo cambio. En este desafío se encuentra el papel que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social debe jugar como herramienta del Estado de Derecho para prevenir estos accidentes. En general, se actúa por medio de campañas estructuradas, pero que, a veces, no son lo suficientemente eficaces. Por este motivo, este trabajo propone introducir mecanismos derivados de la inteligencia artificial para ayudar en esta función de protección de los trabajadores.

Palabras clave: Inteligencia artificial, accidentes de trabajo, Inspección de trabajo y de la Seguridad Social

Esta comunicación se incluye dentro del proyecto orientado a la transición ecológica y a la transición digital, en su convocatoria 2021, de referencia TED2021-129193B-I00, titulado **La inteligencia artificial al servicio de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social para prevenir accidentes de trabajo**, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España).



¹ Professor Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de Barcelona, detentor de um Doutorado em Direito e de um MBA, ocupando atualmente o cargo de Secretário-Geral da Universidade de Barcelona. Atua como advogado e pesquisador, contribuindo ativamente em conferências e é autor de diversos livros e artigos publicados em revistas especializadas. **Orcid:** <https://orcid.org/0000-0001-9827-8200>

Sumario. 1. La apuesta por la transición digital en la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. 2. El papel estratégico de la inteligencia artificial en la lucha contra los accidentes de trabajo. 3. Los accidentes de trabajo como lacra para la sociedad actual. 4. Propuesta de metodología a desarrollar en el modelo. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. La apuesta por la transición digital en la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

El inicio de la Administración electrónica en España se sitúa en 2007 con la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, cuya principal novedad fue el desarrollo de las relaciones electrónicas con los administrados y las webs institucionales.

Posteriormente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, unificó la legislación de ámbito administrativo y la legislación de administración electrónica, introduciendo nuevas relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

En la actualidad, en España ya existen importantes procesos digitalizados en la relación entre la Administración y los ciudadanos². Esta realidad también está presente en diversos aspectos del ámbito de las relaciones laborales, ya sea en materias cuyas competencias pertenecen al Ministerio de Trabajo y Economía Social, principalmente en el Servicio Público de Empleo o la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, o al Ministerio de inclusión, Seguridad Social y Migraciones, por medio del Instituto Nacional de Seguridad Social.

Sin embargo, existen procesos que presentan importantes cargas administrativas o que, en caso de ser más eficientes por medio de la aplicación de determinados modelos de inteligencia artificial, vinculados a la transición digital, podrían mejorar la relación existente entre la Administración pública, las empresas y los trabajadores, con las consiguientes ventajas para la sociedad en su conjunto, especialmente cuando se afecta a aspectos tan relevantes como la salud de los ciudadanos.

² Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo: *Estudios prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*, págs. 18 ss.

Los nuevos retos de la transición digital incluyen afrontar problemas clásicos que aún hoy suponen relevantes retos sociales, especialmente por las repercusiones sociales y económicas que producen y que obligan a adaptar el marco de funcionamiento de las Administraciones Públicas a las nuevas circunstancias y necesidades actuales.

En esta línea, una modernización de la actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social supone una palanca fundamental de las grandes transformaciones necesarias, entre ellas, aquellas que afectan a la salud de los trabajadores y que supone relevantes costes para las arcas públicas.

En España, el Plan de Recuperación, transformación y resiliencia, concretamente en el componente número 11, se refiere a la modernización de las Administraciones públicas, en el que se apuesta por la modernización del conjunto de agentes del sector público, mediante la transición digital, la modernización de procesos, así como la capacitación de los empleados públicos que permita un mejor servicio hacia los ciudadanos, en este caso en su función de trabajadores.

Se pretende contribuir a una Administración pública más eficiente y eficaz por medio del uso de las nuevas tecnologías y, en este caso concreto, ir un paso más allá, al introducir métodos de inteligencia artificial que permitan, además de las metas tradicionales que se persiguen en este tipo de transformaciones, como son la reducción de los costes unitarios y desarrollo de actividades de mayor valor añadido, reducir la siniestralidad laboral, con todas las consecuencias que ello supone.

Sin embargo, para conseguir esta modernización de la Administración Pública no basta con que tenga medios tecnológicos, sino que la transición digital exige reconvertir y redefinir los procesos y procedimientos internos para lograr una mejor gestión en los mecanismos internos, en este caso de detección de accidentes de trabajo, con el consiguiente resultado de disminución de la siniestralidad.

En esta línea, es necesario reforzar el marco de evaluación de estas nuevas aplicaciones integradas en las políticas públicas ejercidas por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, con el fin de disponer de instrumentos adecuados para mejorar el

proceso de evaluación *ex ante*, complementando el refuerzo de la evaluación *ex post*. Todo ello, en el marco de un proceso de implementación continua de los principios del gobierno abierto y la transparencia en la gestión pública.

De la misma manera, es fundamental que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, entidad pública central en este proceso, se transforme totalmente, al menos en este proceso concreto objeto del proyecto, en una Administración “guiada por los datos”, en la cual la información, tanto de los ciudadanos, como de las diversas entidades integradas en este universo de los accidentes, ya sean públicas o privadas, se utiliza para diseñar sus políticas públicas alineadas con la realidad social, económica y territorial de España, que permita alcanzar las metas fijadas en la reducción de accidentes de trabajo³.

Todo ello, permitiendo desarrollar servicios activos e infraestructuras comunes que permitan, en este caso a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, sumarse a la transición digital y la revolución tecnológica que está suponiendo la irrupción de la inteligencia artificial, analítica de datos o *blockchain*.

Para la prestación y gestión eficiente de estos servicios públicos se apuesta por el fomento de la incorporación de plataformas tecnológicas y de gestión inteligente en todos los procesos, y concretamente en el diseño de campañas de actuación por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social basadas en la creación de una arquitectura de información apoyada en datos, para la función de generación de información y conocimiento para la gestión; así como en una arquitectura de información orientada al meta-dato, para la función de la interoperabilidad de aplicaciones, cuyo resultado sea la disminución de los accidentes de trabajo⁴.

Este nuevo modelo está alineado con las líneas estratégicas de actuación diseñadas por la Estrategia *España Digital 2025* y el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas (2021-2025), y entre las que destacan las siguientes:

³ Todolí, Retos legales del uso del big data en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, Revista Galega e Administración Pública, número 59, 2020, págs. 332 ss.

⁴ Agudo, Claves de la digitalización en la gestión de prevención de riesgos laborales, <https://revista.aenor.com/347/claves-de-la-digitalizacion-en-la-gestion-de-prevencion-de-r.html>.

- Administración orientada al ciudadano, para conseguir la mejora de los servicios públicos que presta la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social a los ciudadanos y empresas, mejorando la usabilidad, utilidad, calidad, accesibilidad, movilidad de los servicios públicos digitales, la modernización de los procesos y la capacitación.
- Operaciones inteligentes, que mejoran la calidad, cantidad y eficiencia de los servicios y procesos de gestión/tramitación de este organismo a través de la utilización de tecnologías de automatización inteligente.
- Gobierno del dato, que permita el acceso a los datos por parte de ciudadanos, empresas, organismos públicos y *stakeholders* (one click-less), permitiendo el libre acceso a la información y su replicabilidad, eliminando formularios y potenciando la agilidad y rapidez.
- Infraestructuras digitales, que posibilite dotar a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de infraestructuras tecnológicas necesarias para su modernización, contribuyendo a desarrollar tanto la conectividad digital como la economía del dato y la Inteligencia Artificial.
- Ciberseguridad, que garantice la seguridad de las infraestructuras, comunicaciones y servicios digitales prestados por este organismo por medio de servicios que le proporcionen protección, así como mejora de sus capacidades de prevención, detección y respuesta ante incidentes de ciberseguridad.

Igualmente y como consecuencia de la implantación de estos nuevos procesos fundamentados en la transición digital, resulta prioritario fortalecer la capacidad de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social mediante la implantación de un modelo de recursos humanos basado en competencias, que permita la atracción y retención del talento mediante la articulación de una carrera profesional que integre a nuevos inspectores y subinspectores con competencias digitales, asegure la igualdad entre mujeres y hombres, permita el desarrollo de puestos de trabajo líquidos y asegure una gestión pública orientada a resultados.

La integración de esta transición digital ha de permitir adecuar las necesidades digitales de las personas que prestan servicios en este organismo, facilitando el acceso al puesto de trabajo digital, la formación en el uso de las herramientas y capacitación en nuevas herramientas digitales, así como la transformación tecnológica necesaria para mejorar los procesos, con la consiguiente reducción de los accidentes y mejora en las condiciones de salud de todos los ciudadanos.

En esta misma línea de mejora continua, la implantación de este nuevo modelo tiene como objetivo fomentar un modelo de cooperación entre los diferentes organismos públicos, en base a dos niveles de relación, de forma tanto estratégica como ejecutiva, ya sean nacionales o de las diferentes comunidades autónomas y entidades privadas que intervienen en los procesos que originan los accidentes de trabajo, especialmente las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en sus múltiples facetas y momentos.

Así mismo, en plena sintonía con las más modernas tendencias de transparencia, en aras a incrementar la confianza de los ciudadanos y empresas, la intervención de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social va a asegurar la ausencia de total de sesgos en la definición del modelo, especialmente por motivos de género y pondrá a disposición de los ciudadanos 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 incidan en la herramienta de planificación de campañas o actividades de prevención de los accidentes de trabajo.

Esta transparencia se ha de reforzar por medio de la constitución de un portal de transparencia que amplíe la publicidad activa, facilitando el seguimiento de estos planes o campañas informando sobre su cumplimiento, así como el impulso de la apertura de datos y de la reutilización de la información⁵.

Todo ello complementado con mecanismos de huella orientado a la trazabilidad del proceso de diseño y ejecución de las diferentes campañas implantadas por parte de la

⁵ Capdeferro, La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial, Revista de Internet, Derecho y Política, número 30, 2020, pág. 9.

Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y el refuerzo de la participación de los diferentes *stakeholders*; el establecimiento de sistemas de integridad pública, mediante el diseño de mapas de riesgo y códigos éticos, así como la articulación de un mecanismo de canal de denuncias en aplicación de la Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea.

2. El papel estratégico de la inteligencia artificial en la lucha contra los accidentes de trabajo

La inteligencia artificial es un concepto de difícil definición desde un punto de vista jurídico, como se comprueba en las discusiones en el seno de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (COM/2021/206 final).

Sin embargo, si se utiliza el Libro Blanco de la Unión Europea, se define como los sistemas que muestran comportamiento inteligente mediante el análisis de su ambiente y el desarrollo de acciones, con cierto grado de autonomía, para alcanzar determinados objetivos. Esta interpretación hace referencia a la inteligencia, que se interpreta como la manera en que las máquinas son capaces de lograr algún tipo de racionalidad mediante la percepción del ambiente con el que interaccionan, mediante sensores, adquiriendo y analizando datos, razonando sobre los mismos, de cara a adoptar algún tipo de decisión y acción, con el fin de alcanzar determinados objetivos definidos (o no) previamente. Así, los sistemas fundamentados en esta metodología pueden usar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico y pueden adaptar sus comportamientos a partir del análisis del entorno y de la interacción con el mismo.

En la actualidad, el interés en la inteligencia artificial por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social está en la capacidad creciente del aprendizaje automático de los sistemas de *machine learning*, la disponibilidad de mayores cantidades de datos, con un aumento de la capacidad de procesamiento de datos a un coste cada vez menor, así como el potencial para incrustar los algoritmos en diferentes ámbitos de la vida humana sobre los que percibir datos para predecir comportamientos.

Precisamente, la inteligencia artificial se hace autónoma cuando existen máquinas capaces de optimizar desde grandes cantidades de conjuntos de datos hasta la generación de nuevas capacidades de sensorización de cualquier actividad humana. Así, en este momento de la evolución, ésta y los procedimientos basados en algoritmos complejos pueden trabajar de manera autónoma, aprehender el mundo y darle forma con sus acciones independientes.

La inteligencia artificial tiene un gran potencial de transformación desde el punto de vista tecnológico, económico y social dada su penetración intersectorial, elevado impacto, rápido crecimiento y contribución a la mejora de la competitividad, además de ser una excelente herramienta para afrontar los grandes desafíos en la sociedad y, en el caso que ocupa a este trabajo, en la reducción de los accidentes de trabajo.

Igualmente, tiene un alto potencial de aplicación en diferentes áreas de la prestación de servicios públicos, como factor de mejora de la eficacia y eficiencia de la Administración Pública; aunque para ello haya que generar un entorno de confianza, tanto en el plano de su desarrollo tecnológico, como en el regulatorio y en el de su impacto social.

El desarrollo de la capacidad de computación y de tratamiento masivo de datos han dado lugar a un aumento exponencial de la inteligencia artificial en los últimos años. Frente a una primera fase de desarrollo mediante sistemas pre-programados basados en el conocimiento humano, los sistemas autónomos de aprendizaje y las distintas herramientas para la automatización de procesos y el aumento de eficiencia están suponiendo un cambio radical en muchos ámbitos de las relaciones económicas y sociales, así como en procesos en los diferentes niveles de las administraciones públicas⁶.

En este escenario, se pretende, en el marco de la transición digital, que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social pase de un estadio inicial con escaso desarrollo de la inteligencia artificial en sus procesos, a una situación que, por medio del sistema de reducción de los accidentes de trabajo, pueda suponer un laboratorio de pruebas para una

⁶ Sobre la importancia de los factores humanos, véase Sociedad Española de Salud y Seguridad en el trabajo (SESST), *El uso de sistemas de inteligencia artificial para reducir la siniestralidad en el trabajo*, <https://www.sesst.org/e-prevenir-a-predecirel-uso-de-sistemas-de-inteligencia-artificial-para-reducir-lasiniestralidad-en-el-trabajo/>.

utilización generalizada de estas herramientas, con el consiguiente beneficio de toda la sociedad.

3. Los accidentes de trabajo como lacra para la sociedad actual

La protección eficaz contra los riesgos laborales es un derecho de todos los trabajadores y una obligación del empresario, además de formar parte de uno de los principios rectores de la política social y económica, reconocidos por la Constitución Española⁷.

Este mandato constitucional conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud para todos los trabajadores que identifique las causas que intervienen en los accidentes de trabajo, con el objetivo de reducir la siniestralidad laboral.

De los datos estadísticos se desprende que las empresas progresivamente han integrado la prevención de riesgos y la están haciendo propia, pero se debe elevar el nivel de protección aún más, puesto que los datos de siniestralidad siguen siendo inaceptables⁸.

Los trabajadores afectados por un accidente de trabajo en España en 2022 (últimos datos consolidados) superaron los 650.000 cada año, más del 85 % durante la jornada de trabajo y el resto durante el trayecto del domicilio al centro de trabajo o viceversa, con una incidencia media aproximadamente de 2.660 accidentes de trabajo con baja al año por cada 100.000 trabajadores.

Los datos avanzados de los meses de enero a noviembre de 2023 reflejan un leve descenso en el número de accidentes de trabajo, en los tres tipos (leves, graves y muy graves) con un crecimiento de los accidentes in itinere, así como los que sufren los trabajadores hombres.

⁷ Aguilar del Castillo, El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, volumen 8, número 1, enero-marzo 2020, págs. 290 ss.

⁸ Beltrán Rodríguez; Bejarano Garzón, Accidentes de trabajo: Su investigación y la fuerza de las estadísticas. *Revista Ingeniería, Matemáticas y Ciencias de la Información*, número 4, 2015, pág. 13.

Los índices de accidentes de trabajo en trabajadores jóvenes (de 16 a 24 años) y temporales fueron superiores en 2022 al resto de colectivos, situación que se ha producido durante años sucesivos y en distintas situaciones económicas. Concretamente, los trabajadores con contratos temporales sufrieron una mayor incidencia en accidentes de trabajo que las que tienen contratos indefinidos, llegando hasta 1,8 veces más. Por esta razón, estos colectivos pueden ser considerados de especial atención en cuanto a su siniestralidad laboral.

Las trabajadoras sufrieron una menor incidencia de accidentes de trabajo en relación con los trabajadores varones, aunque esta diferencia se reduce con la edad. Sin embargo, en 2022, la siniestralidad se incrementó significativamente en las mujeres, y lo hizo, además, por encima del aumento experimentado por los varones.

Tanto los hombres como las mujeres presentaban formas similares de accidentarse, destacando los sobreesfuerzos, seguido de los choques o golpes contra objeto inmóvil.

Las estadísticas de siniestralidad laboral también reflejaron una mayor prevalencia de los accidentes de trabajo en las pequeñas y medianas empresas. Esta circunstancia se debe a una menor concienciación sobre la importancia de la prevención de riesgos laborales, al mayor desconocimiento de las disposiciones legales que les son exigibles, así como a la menor disponibilidad de recursos humanos y materiales.

Según las estimaciones conjuntas de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo, casi 2 millones de personas mueren cada año por causas relacionadas con el trabajo. En el índice de accidentes en jornada mortales se muestra también una evolución descendente muy acusada en el mismo periodo 2009-2012, seguido de un ascenso continuado en el periodo 2012-2015 y de nuevo de una evolución descendente en el periodo 2015-2019 cambiando la tendencia en el 2020. A noviembre de 2023, se contabilizaron en toda España un total de 535 fallecidos debidos a accidentes de trabajo, la gran mayoría (95%) sufridos por varones. Estos datos reflejan la necesidad de seguir trabajando en la reducción de los accidentes de trabajo, sobre todo de los graves y los mortales.

En este contexto, es función de las Administraciones públicas garantizar el derecho de todos los trabajadores a la protección de su salud e integridad y para este fin deben implementar políticas para la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

En la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, se incluye como una de las metas en uno de sus objetivos proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.

En esta línea, el Consejo de ministros de 14 de marzo de 2023 aprobó la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, que constituye el marco de referencia de las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Los accidentes conllevan costes humanos y económicos, tanto para los trabajadores afectados por un accidente de trabajo como para las empresas y la sociedad en su conjunto, por tanto, la mejora de las condiciones de trabajo reduce el coste derivado de los accidentes.

La prevención es el medio más eficaz para reducir los accidentes de trabajo por medio de la mejora efectiva de las condiciones de trabajo, pero para prevenirlos es necesario conocer aquellos indicadores que puedan predecir que se materialice el accidente. Por esta razón, es fundamental un análisis profundo y multifactorial de los datos, por medio de las herramientas que aporta la transición digital, cuyos resultados permita la correcta definición del modelo predictivo.

Le corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y sus actuaciones están estrechamente vinculadas a las que se desarrollan para vigilar el cumplimiento de las normas laborales y garantizar los derechos de los trabajadores y, entre ellas, las de la lucha para reducir los accidentes de trabajo y la investigación de los accidentes de trabajo, con la colaboración pericial y asesoramiento técnico que pueda facilitar el personal

técnico en prevención de riesgos laborales perteneciente a los órganos competentes de las comunidades autónomas o, en su caso, de la Administración General del Estado⁹.

Por esta razón, en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, aprobado en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, en la actualidad en vigor, fija un total de 40 objetivos agrupados en 4 ejes básicos y cuyo primer eje sobre condiciones de trabajo dignas, seguras y saludables, plantea como objetivo garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, asegurando que se cumple la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

Dadas las competencias específicas de la Inspección en materia de salud laboral y prevención de riesgos en el trabajo y con el fin de asegurar que se cumple la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, cada año se planifican campañas sobre distintas materias, entre las que siempre se encuentra la de prevención de riesgos laborales y, concretamente, la prevención de los accidentes de trabajo, con la novedad en este último plan estratégico de la especial atención a los riesgos psicosociales.

A partir de enero de 2021, con el fin de contribuir a la promoción de condiciones de trabajo seguras para los trabajadores, se puso en marcha un Plan de Intensificación de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de seguridad y salud laboral, dirigido a intensificar la vigilancia sobre las condiciones materiales de trabajo en sectores y empresas que presentan una mayor incidencia y gravedad de los accidentes de trabajo.

Es en este contexto en el que se deben desarrollar procedimientos de colaboración entre las Administraciones públicas y las entidades privadas que intervienen en estos procesos, especialmente las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, para potenciar acciones conjuntas y nuevas herramientas de actuación y dotar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con nuevas herramientas tecnológicas introducidas por la transición digital para la investigación y prevención de los accidentes de trabajo, por medio del modelo predictivo.

⁹ Valero, Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración, Revista Catalana de Dret Públic, número 58, 2019, págs. 82 ss.

En todo caso, este modelo no puede olvidar la perspectiva de género desde diversos puntos de vista, especialmente eliminando sesgos de género en el análisis de los datos relativos a los accidentes de trabajo, estudiando las diferencias por género de los resultados de los accidentes e introduciendo correcciones de género en la metodología de la herramienta de predicción¹⁰.

4. Propuesta de metodología a desarrollar en el modelo

Determinar las características que debe tener el modelo predictivo fundamentado en inteligencia artificial que permita a la Inspección de Trabajo es una tarea difícil, principalmente porque hay muchos elementos en esta metodología que aún están por construir, por lo que es esencial realizar un primer modelo y, por medio del ensayo, introducir las correcciones pertinentes para que pueda ser considerado fiable¹¹.

Como estos sistemas están fundamentados en los datos, la principal tarea consiste en la búsqueda de los datos sobre accidentes de trabajo en las fuentes en los diferentes ámbitos de conocimiento, principalmente Derecho, Economía, Medicina y Transición Digital, teniendo especial incidencia en materias relativas a la tecnología ya la igualdad de género, tanto en el ámbito nacional, como internacional.

Esta cuestión es absolutamente relevante y, en caso contrario, puede suponer un primer punto crítico ya que un abordaje ineficaz de los datos, tanto en su identificación como relación, puede condicionar futuros resultados; de la misma manera, la actualización continua es imprescindible¹².

Desde estos momentos iniciales es fundamental que se cree una infraestructura, integrada tanto por personas, como por medios, especialmente tecnológicos, que integren los diferentes campos de actuación. Esta interacción va a ser estratégica a la hora de

¹⁰ Aguilar Aguilera; De La Hoz Torres y Martínez Aires, “Uso de metodologías activas para la adquisición de competencias en la investigación de accidentes”. VV.AA. *Innovación educativa en la sociedad digital* 2019, págs. 689 ss.

¹¹ Villalobos, M, *Modelo Predictivo de Factores de Riesgos Laborales con uso de Inteligencia Artificial*. Fundación Científica y Tecnológica (ACHS). Asociación Chilena de Seguridad. Santiago, Chile. Informe Final Proyecto, 2019, pág. 7

¹² Vallejo-Noguera, Franco; Rubio-Endara y Tello-Moreira, “Implementar el Uso de la Inteligencia Artificial para Detectar el Comportamiento del Trabajador en la Prevención de Accidentes Laborales en la Empresa”, *Dominio de las Ciencias*, número 1, Volumen 8, 2022, págs. 1035 ss.

determinar la posición de cada una de las variables en el diseño de los datos, así como la relación entre ellas.

El desarrollo del diseño del modelo ha de apostar por una dinámica que tiene como finalidad ir desde lo más general a lo más concreto, y ello tanto desde una perspectiva analítica, como de diseño del modelo predictivo de inteligencia artificial¹³.

Así, el primer objetivo, ha de consistir en conocer los elementos a tener en cuenta para el estudio de los datos de los accidentes de trabajo, así como la relevancia que tienen en el sistema de los accidentes y que son los que tiene que proporcionar la estructura del modelo de predicción. Efectuada la correcta selección de los datos a combinar, se procederá al paso a la segunda fase consistente en la descripción del modelo predictivo, elaboración y puesta en marcha en el seno del proyecto, que permita el desarrollo del proceso de aprendizaje para conseguir su máxima eficiencia en el modelo a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social¹⁴.

En este primer estadio, hay que determinar una metodología específica para abordar las cuestiones de género que apueste por una combinación de un instrumento cuantitativo con una metodología de corte cualitativo, dirigida a estudiar esa realidad con un enfoque más profundo en su interpretación, ya que el tema de la incidencia del factor género en los accidentes de trabajo está poco abordado, más allá de los puros datos estadísticos.

Es preciso proceder en colaboración con diferentes entidades colaboradoras a una revisión del material, una selección de la muestra en función de la población elegida, el diseño y elaboración de los instrumentos de recogida de datos, la aplicación de los instrumentos de recogida de datos, tratamiento y análisis de la información obtenida y confección de los materiales internos de análisis y materiales de difusión de resultados.

¹³ Macías García, “La inteligencia artificial para el entorno laboral. Un enfoque en la predicción de accidentes”, e-Revista Internacional de la Protección Social, número 1, Volumen VII, 2022, pág. 100.

¹⁴ Salguero Caparrós, Análisis y evaluación de la investigación de accidentes laborales como técnica preventiva en España. *Técnica industrial*, número 327, 2020, págs. 36 ss.

Así, por ejemplo, en un trabajo anterior fueron propuestos, de manera totalmente experimental, los siguientes indicadores¹⁵:

- Edad del trabajador
- Género
- Actividad profesional que realiza
- Tipo de vínculo jurídico con la empresa
- Tipología de la empresa en la que presta servicios (sector económico, tamaño, cultura, etc.)
- Características de la prestación de servicios (entre ellas, condiciones de trabajo)
- Circunstancias en las que se produjo el hecho causante (lugar, puesto de trabajo, riesgos sufridos, tiempo, tipo, etc.).
- Existencia de riesgos para el bienestar mental
- Consecuencias de la patología

Se deben utilizar técnicas cualitativas, tales como entrevistas con personas expertas en esta materia de los accidentes de trabajo desde diferentes puntos de vista, así como la participación de grupos de discusión comunicativos, en los que han de intervenir todo tipo de personas que puedan aportar *expertise*, especialmente las vinculadas a las diversas entidades colaboradoras.

Además, hay que desarrollar instrumentos de investigación y análisis de datos que se han de poner en marcha por medio de la definición de una matriz de análisis de los datos relativos a los accidentes de trabajo y campañas, cuestionario a personas involucradas en el proceso de los accidentes de trabajo, así como entrevistas con informantes clave pertenecientes a diferentes organismos, entidades e instituciones.

La recogida de datos debe ser realizada fundamentalmente de manera telemática, empleando para ello cuestionarios digitalizados. En el mismo sentido, para desarrollar los

¹⁵ García Viña, J; Cirujano González, A y Manzanera López, R, El análisis de los indicadores sociales en la configuración de datos relativos a la incapacidad temporal que permita configurar un modelo predictivo, Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital, VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2023, págs. 830-831.

instrumentos de carácter cualitativo se deben emplear herramientas que permitan la comunicación síncrona a través de internet.

La gestión y recogida de los datos provenientes de instrumentos cuantitativos y cualitativos han de ser procesados y manejados cumpliendo siempre la normativa y legislación vigente sobre garantías en el uso y protección de datos. El manejo de estos datos ha de garantizar el anonimato y confidencialidad de los participantes y de la información obtenida, teniendo en cuenta que el cumplimiento de esta regla, además de cumplir con la normativa, evita riesgos reputacionales y sanciones de las autoridades de protección de datos y constituye un valor ético, un compromiso con la calidad del diseño del modelo y un refuerzo del prestigio en la sociedad del conocimiento y de la transformación digital.

En cuanto al análisis de datos, se ha de recurrir a programas de carácter estadístico y narrativo que permitan abordar aspectos relativos al estudio de la calidad de los instrumentos en cuanto a fiabilidad y validez de constructor; programas estadísticos descriptivos (medidas de tendencia central y de dispersión), así como estadísticos correlacionales (entre variables). Respecto a la dificultad de esta fase de identificación de los datos, un claro ejemplo es el resultado publicado en España por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo relativo al estudio de las causas en los accidentes mortales en el período 2020-2022, que son los siguientes¹⁶:

Tabla 3. Causas más frecuentes.

Causas	Porcentaje de la causa	Porcentaje de ATM con esta causa
8108 Permanencia del trabajador dentro de una zona peligrosa	4,7%	17,8%
6102 Método de trabajo inadecuado	4,7%	17,7%
7201 No identificación del/los riesgos que han materializado el accidente	4,1%	15,4%
1104 Ausencia/deficiencia de protecciones colectivas frente a caídas de personas	3,8%	14,3%
7206 Formación/información inadecuada, inexistente sobre riesgos o medidas preventivas	2,9%	10,8%
8199 Otras causas relativas a los factores de comportamiento	2,6%	10,0%

¹⁶

<https://www.insst.es/documents/94886/5326464/An%C3%A1lisis+de+mortalidad+por+accidente+de+trabajo+en+Espa%C3%B1a+2020+-+2022.pdf/964157d5-a19b-122c-8e5e-22447f3fc135?t=1700642250994>

Causas	Porcentaje de la causa	Porcentaje de ATM con esta causa
7203 No ejecución de las medidas preventivas propuestas en la planificación derivada de la evaluación de riesgos	2,6%	9,8%
6304 Formación/información inadecuada o inexistente sobre la tarea	2,5%	9,6%
6110 Ausencia de vigilancia, control y dirección de persona competente	2,3%	8,7%
6101 Método de trabajo inexistente	2,3%	8,6%
8106 No utilización de equipos de protección individual puestos a disposición por la empresa y de uso obligatorio	2,2%	8,2%
7105 Procedimientos inexistentes, insuficientes o deficientes para la coordinación de actividades realizadas por varias empresas	2,1%	8,0%
6405 Utilización de la máquina de manera no prevista por el fabricante	1,8%	6,8%
7202 Medidas preventivas propuestas en la planificación derivada de la evaluación de riesgos insuficientes o inadecuadas, incluidas las referidas al Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo en Obras de Construcción	1,6%	6,1%
7208 No poner a disposición de los trabajadores las prendas o equipos de protección necesarios o ser estos inadecuados	1,6%	6,1%
3201 Ausencia/deficiencia de resguardos y dispositivos de protección (inexistencia de resguardos o de dispositivos de protección)	1,6%	5,9%
1106 Falta de seguridad estructural o estabilidad de paramentos, etc.	1,5%	5,6%
7101 Inexistencia o insuficiencia de un procedimiento que regule la realización de las actividades dirigidas a la identificación y evaluación de riesgos, incluidas las referidas a los estudios requeridos en las Obras de Construcción	1,4%	5,4%
7209 Falta de presencia de los recursos preventivos requeridos	1,4%	5,4%
6401 No poner a disposición de los trabajadores las máquinas, equipos y medios auxiliares necesarios o adecuados	1,4%	5,2%
7103 Procedimientos inexistentes, insuficientes o deficientes para informar a los trabajadores de los riesgos y las medidas preventivas	1,3%	5,1%
8102 Incumplimiento de procedimientos e instrucciones de trabajo	1,3%	5,1%
8103 Incumplimiento de normas de seguridad establecidas	1,3%	5,1%
Porcentaje causas seleccionadas	53,0%	

Como se puede comprobar, y esta es una característica común en muchos análisis que existen sobre causas en los accidentes de trabajo, la identificación suele estar demasiado agrupada en categorías que difícilmente pueden ser utilizadas para crear modelos predictivos.

Una vez obtenidos y analizados los datos relativos a los accidentes de trabajo hay que desarrollar con la participación directa de las entidades colaboradoras el modelo de predicción por medio de la inteligencia artificial aplicada a los datos o también denominado *machine learning*.

En este momento del proyecto ya debe disponerse de una base de datos robusta que contenga información histórica de los accidentes de trabajo y la información sobre los métodos que se utilizan en la actualidad para tratar de prevenir estas situaciones y que suelen ser la base de las diferentes campañas que realiza la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social o las entidades presentes en la prevención de riesgos laborales en España, especialmente las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

En este análisis de datos de predicción, el objetivo definido que se pretende saber con antelación es si el accidente se ha producido y cómo y cuáles son los factores más relevantes en esta situación, convirtiendo el objetivo en el valor de la información que se quiere predecir.

En el desarrollo del caso de uso se toma como objetivo conocer cómo se debe definir las actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social para conseguir, con una alta probabilidad, la evitación de accidentes de trabajo, para lo cual se debe analizar y ajustar las diferentes opciones antes de su puesta en marcha con el fin de obtener el mayor éxito en esta labor de prevención.

Este proceso cuenta con diferentes fases.

Primera fase. Tratamiento y saneamiento de los datos

El objetivo de esta fase consiste principalmente en hacer que los datos obtenidos en relación con los accidentes de trabajo sean útiles para el análisis y se puedan emplear para entrenar el modelo predictivo. Esta actividad va a ser la que más esfuerzo va a ocupar a los responsables del diseño del modelo ya que se tiene que lograr que una máquina *aprenda* el significado de cada una de las columnas de las tablas, utilizando los datos que sean estrictamente necesarios y rechazando todos aquellos que son duplicados, que no tienen valor para el modelo o que van a aportar demasiado poco.

En esta fase, para la mayoría de las tareas de análisis se puede utilizar la librería *matplotlib* para Python que permite hacer diferentes tipos de gráficas a través de las cuales, se puede observar la repercusión que tiene la variación de diferentes columnas con respecto al valor que se quiere predecir.

Segunda fase. Entrenamiento del modelo

Una vez obtenidos los datos saneados, hay que preparar el modelo predictivo en base a unos resultados conocidos. Cuando se dispongan de las diferentes variables y el resultado real que se ha dado para cada una de ellas, hay que reservar aproximadamente un 80 % de los datos para crear y entrenar el modelo predictivo y con el 20 % restante se debe probar la eficacia del modelo.

Esta tarea se debe realizar dividiendo todos los datos en cuatro ficheros diferentes, de manera que dos de ellos se usen para entrenar el modelo, mientras que los otros dos, que representarán el porcentaje del 20 %, se utilicen para validar la eficacia del modelo. Además, se deben eliminar las filas que tengan celdas vacías o las columnas inservibles y comprobar que toda la información está en un estado legible para el *software* que se utilice.

Tercera fase. Crear y entrenar el modelo predictivo

La tercera fase consiste en crear el modelo predictivo para lo cual es necesario saber, principalmente qué tipo de resultado se espera, que es lo que se denomina objetivo, teniendo en cuenta que la eficacia del modelo depende claramente del objetivo buscado y de la cantidad y calidad de los datos que se dispongan.

En este caso, dado que el objetivo es predecir una categoría conocida, la causa de los accidentes de trabajo, con valores simples, hay que utilizar como punto de partida el método denominado *stochastic gradient descent* o *SGD*, teniendo en cuenta no es el único, ya que es preciso probar varios y escoger el que mejor resultado proporcione.

Una vez se tengan unos datos “limpios”, un modelo entrenado y tras haber probado varios métodos de clasificación y haber escogido el más eficiente, se debe usar este modelo entrenado en casos de uso reales, para lo cual es necesario que persista para poder aplicarle los datos nuevos que van generando, para lo cual se puede utilizar la librería *joblib*.

4. Conclusiones

La utilización por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en el diseño de sus campañas de actuación de la analítica predictiva es fundamental porque, aunque no es una herramienta nueva, sí que se ha generalizado y cada día, más organizaciones, ya sean privadas o públicas, la utilizan para mejorar su base de operación y lograr una mayor eficiencia, sea económica o de prestación de servicios públicos.

Las razones de esta utilización son múltiples, pero por destacar, cabe citar que los volúmenes y tipos de datos cada vez mayores, además de un mayor interés en el uso de datos para producir *insights* valiosos, los ordenadores son más rápidos y económicos, el software es más fácil de usar, así como una necesidad de tener unos resultados en cuanto a eficacia, en su doble ámbito de cantidad y calidad, en este caso, de prestación del servicio público.

Además, es necesario superar, como mecanismo más utilizado, la inteligencia artificial para la detección del fraude, en la que se analizan diferentes actuaciones en una red en tiempo real para detectar anomalías que puedan indicar fraude, vulnerabilidades día cero y amenazas persistentes avanzadas, para avanzar en la mejora de los procesos, cuyas funciones más relevantes suelen ser, entre otras, entender mejor el comportamiento de los administrados, en el caso de este proyecto trabajadores y empresarios, optimización de actividades o la definición de futuras necesidades de recursos.

En momentos de impulso de la transición digital es imprescindible que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social incorpore la inteligencia artificial en sus procesos de análisis y toma de decisiones. Todo ello, en este caso concreto, por medio de herramientas que estén a disposición de todos los sujetos que intervienen en estos procesos de accidentes de trabajo.

Finalmente, aunque esta metodología se dirige especialmente a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en cuanto a su incorporación para el diseño de sus campañas de actuación, además, en virtud del principio de transparencia y de la calidad de entidad pública, los beneficiarios van a ser todas las personas y entidades interesadas en los resultados como, por ejemplo, empresas, sindicatos, servicios sanitarios, jueces y magistrados y sociedad en general, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Bibliografía

Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo:

Estudios prospectivos sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018.

Impact of artificial intelligence on occupational safety and health. European Agency for Safety and Health at Work, 2021.

Agudo, B. Claves de la digitalización en la gestión de prevención de riesgos laborales, <https://revista.aenor.com/347/claves-de-la-digitalizacion-en-la-gestion-de-prevencion-de-r.html>.

Aguilar Aguilera, A. J.; De La Hoz Torres, M. L.; Martínez Aires, M. D. “Uso de metodologías activas para la adquisición de competencias en la investigación de accidentes”. VV.AA. *Innovación educativa en la sociedad digital*/ coord. por Tomás Sola Martínez, Marina García Carmona, Arturo Fuentes Cabrera, Antonio Manuel Rodríguez García, Jesús López Belmonte, 2019.

Aguilar del Castillo, M C, El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 8, número 1, enero-marzo 2020.

Baz Tejedor, J. A.: “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”, *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer-Bosch, Las Rozas, 2021.

Beltrán Rodríguez, C. L.; Bejarano Garzón, L. A. Accidentes de trabajo: Su investigación y la fuerza de las estadísticas. *Revista Ingeniería, Matemáticas y Ciencias de la Información*, número 4, 2015 (Ejemplar dedicado a: Revista Ingeniería, Matemáticas y Ciencias de la Información).

Capdeferro, O, La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial, *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 30, 2020.

Criado, J I, Inteligencia Artificial (y Administración Pública), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad número 20, 2021.

Dahl, Øyvind. *El papel futuro del big data y el aprendizaje automático en la eficiencia de las inspecciones en materia de seguridad y salud*. Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo -EU-OSHA. 2019.

Fernández Suárez, I, *Salud percibida, dimensiones de la personalidad y riesgos psicosociales como predictores de la siniestralidad laboral en mujeres en el sector servicios (limpieza)*, Tesis Doctoral, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2017.

García Viña, J; Cirujano González, A y Manzanera López, R, El análisis de los indicadores sociales en la configuración de datos relativos a la incapacidad temporal que permita configurar un modelo predictivo, Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital, VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2023.

Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
NTP 1: *Estadísticas de accidentabilidad en la empresa*, 1982.
Accidentes laborales y variables relacionadas con el trabajo. Análisis a partir del módulo especial de la EPA 2022, INSST, abril 2023.

López de Mántaras Badia, R. y Meseguer González, P.: *Inteligencia artificial*, CSIC, Madrid, 2017.

López Rodríguez, J, La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales. *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (41).

Macías García, M. C.: “La inteligencia artificial para el entorno laboral. Un enfoque en la predicción de accidentes”, e-Revista Internacional de la Protección Social, número 1, Volumen VII, 2022.

Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Estadísticas de Accidentes de Trabajo*. Avance mensual y datos anuales. 2023.

Salcedo Beltrán, M C. “La investigación de los accidentes de trabajo”. En: VV.AA. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*, 2015.

Salguero Caparrós, F. Análisis y evaluación de la investigación de accidentes laborales como técnica preventiva en España. *Técnica industrial*, número 327, 2020.

Serrano, C. Transformación digital y Medicina del Trabajo. *Revista de la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo*, vol.26 no.4 Madrid dic. 2017.

Sociedad Española de Salud y Seguridad en el trabajo (SESST), *El uso de sistemas de inteligencia artificial para reducir la siniestralidad en el trabajo*, <https://www.sesst.org/e-prevenir-a-predecir-el-uso-de-sistemas-de-inteligencia-artificial-para-reducir-lasiniestralidad-en-el-trabajo/>.

Todolí, A, Retos legales del uso del big data en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, Revista Galega e Administración Pública, número 59, 2020.

Valero, J, Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración, Revista Catalana de Dret Públic, número 58, 2019.

Vallejo-Noguera, Franco F; Rubio-Endara, O W y Tello-Moreira, J A, “Implementar el Uso de la Inteligencia Artificial para Detectar el Comportamiento del Trabajador en la Prevención de Accidentes Laborales en la Empresa”, Dominio de las Ciencias, número 1, Volumen 8, 2022.

Villalobos, M, *Modelo Predictivo de Factores de Riesgos Laborales con uso de Inteligencia Artificial*. Fundación Científica y Tecnológica (ACHS). Asociación Chilena de Seguridad. Santiago, Chile. Informe Final Proyecto, 2019.

Como citar este artículo:

ABNT

VIÑA, Jordí. G. El papel de la inteligencia artificial como herramienta de la inspección de trabajo y de la seguridad social en la lucha contra los accidentes de trabajo en España. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e63, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.63. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/63>. Acesso em:

APA

Viña, J. G. (2024). El papel de la inteligencia artificial como herramienta de la inspección de trabajo y de la seguridad social en la lucha contra los accidentes de trabajo en España. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, 2(1), e63. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.63>

LOS DESAFÍOS DE LAS RELACIONES LABORALES ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Juan Raso-Delgue¹

<https://orcid.org/0000-0003-0613-3755>

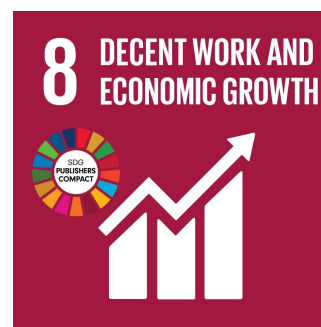
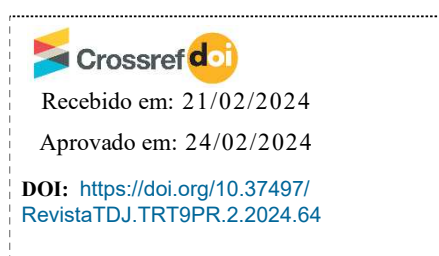
RESUMEN

El creciente impacto de la Inteligencia Artificial en las relaciones laborales obliga a los Estados y a las organizaciones de empleadores y trabajadores ha enfrentar nuevos desafíos, para los cuales no estamos siempre preparados. Reconocemos ese impacto en la gestión de la empresa, en los ritmos de producción cada vez más estresantes, en los controles sobre los trabajadores cada vez más intensos, en la sustitución de trabajos tradicionales por la acción de los robots.

El legislador no logra seguir el paso de las nuevas tecnologías, por lo cual es necesario recurrir a nuevas fuentes de derecho, como lo principios generales y laborales, el derecho comparado y las normas sobre protección de datos. En este proceso es indispensable despertar el interés de empleadores y trabajadores para abrir espacios de diálogo y negociación.

Palabras clave: Inteligencia artificial, relaciones laborales, algoritmos, protección de datos, principios, derecho comparado

Índice: 1. Introducción.- 2. ¿Qué es la Inteligencia Artificial?.- 3. Inteligencia artificial y trabajo.- 4. Las ventajas que proporciona la lógica algorítmica al quehacer humano.- 5. Los “problemas” de la IA y el algoritmo: 5.1. La “accesibilidad” al algoritmo; 5.2. La discriminación científicamente concebida; 5.3. La invasión de la vida privada y familiar del trabajador; 5.4. La presión sobre la productividad del trabajo; 5.5. El control algorítmico.- 6. Tutelas jurídicas ante el avance de la IA: 6.1. Los principios generales y laborales de derecho; 6.2. El derecho comparado; 6.3. Las normas sobre protección de datos.- 7. Diálogo social y negociación colectiva 8. Reflexiones finales.



¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Relaciones Laborales de la Universidad de la República de Uruguay. Profesor de posgrado de la UBA, Universidad de Cuyo y Universidad del Litoral (Rep. Argentina). Miembro correspondiente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Consultor de la OIT en materia de empleo, formación profesional y negociación colectiva. **Orcid:** <https://orcid.org/0000-0003-0613-3755>

1. Introducción

Si bien la historia del progreso se ha construido en gran parte sobre las transformaciones tecnológicas, lo que marca con particular característica el momento presente es la rapidez de las actuales transformaciones. Empleamos la palabra “disruptivo”, para referirnos a la fuerza del impacto de estos cambios, que producen una ruptura con las formas tradicionales de producción y trabajo, imponiendo una renovación radical de muchos paradigmas laborales.

De forma traumática el futuro del trabajo golpea al sistema de relaciones laborales, impreparado casi siempre para regular el nuevo escenario productivo y encerrado en sus paradigmas tradicionales, que impiden construir nuevas tutelas sobre la realidad evasiva.

No estamos viviendo una época de cambios, sino que se produce en esta segunda década del siglo un verdadero cambio de época, que en lo laboral se expresa no solo en el extraordinario impacto de las tecnologías, sino también en la alteración de los modos tradicionales de producción, que se proyecta en una nueva cultura propia de las relaciones laborales posmodernas. Si las características del modelo típico se centraban en la estabilidad en el trabajo, los horarios fijos y categorías definidas, el nuevo paradigma laboral promueve la movilidad en el trabajo, los horarios flexibles y el nuevo concepto de competencias laborales. Como expresa Cappelli, se modificó el modelo de trabajo para toda la vida y surge un “nuevo pacto en las relaciones laborales” que obliga al sujeto comience a hacerse cargo *de su propia carrera y supervivencia en el mercado de trabajo, así como el desarrollo de sus competencias laborales para conservar y fomentar su “empleabilidad”*².

La situación se ha complejizado aún más con la pandemia global del COVID 19 que ha transformado el planeta en un inmenso laboratorio para ensayar las tecnologías y promover modalidades de trabajo a distancia, que contribuyen a potenciar la nueva dimensión de la economía virtual, en la que las tareas digitalizadas se imponen como la forma más avanzada del trabajo.

Como lo vienen haciendo implacablemente, las transformaciones tecnológicas seguirán impactando sobre el trabajo. Los expertos opinan que en el 2030 el 50% de las ocupaciones que hoy conocemos en nuestros países, se habrá transformado en función de

² Cappelli P., “El nuevo pacto en el trabajo”, Barcelona, 2001

las nuevas tecnologías. El trabajo, las tareas, los servicios y los bienes seguirán existiendo, pero se producirán de forma distinta.

En el nuevo contexto productivo y laboral, avanza en forma exponencial la Inteligencia Artificial que centra uno de sus principales focos de acción precisamente en las relaciones laborales, planteando preguntas que no siempre reciben contestaciones concretas: ¿Cuáles serán los avances de la inteligencia artificial y la automatización y cuál el impacto de estos avances en la creación y destrucción de empleos y sobre los salarios? ¿Qué formación laboral requerirá la economía del futuro? ¿Cuáles conexiones deberemos establecer entre la educación y el mercado de trabajo, para no seguir formando jóvenes para trabajos que ya no se necesitan? ¿Cuál en definitiva deberá ser el rol del Derecho del trabajo y de las relaciones laborales en el nuevo contexto productivo?

Al abordar un tema de actualidad, complejo y no fácil de aprehender en su cabal comprensión, debemos procurar aproximarnos a la investigación sin prejuicios, recordando además la afirmación de uno de los máximos expertos mundiales en inteligencia artificial, el informático británico Andrew Ng: “La inteligencia artificial es la electricidad del siglo XXI”³.

Observamos además la ambivalencia de todas las tecnologías del pasado y del presente. Como el radio descubierto por los esposos Curie, que cura enfermedades y ayudó a construir armas de destrucción masiva, o como la dinamita de Nobel, que abrió galerías y destruyó vidas humanas, los algoritmos informáticos prestan ayuda y crean problemas a la humanidad. A la pregunta de si es bueno o malo que un algoritmo contrate o despida a un trabajador, nuestra sensibilidad humana expresa contrariedad, porque rechazamos la idea que una máquina pueda decidir sobre el vínculo laboral de un ser humano. Pero si preguntáramos a nuestros jóvenes colegas de Facultad si prefieren un tribunal de concurso conformado por docentes (con sus inevitables emociones, preferencias o prejuicios) o bases de dato tecnológicamente objetivas, probablemente algunos o muchos optarían por decisiones formuladas por algoritmos, cuya imparcialidad parecería estar por encima de las preferencias humanas.

Estas premisas nos preparan para entender e intentar explicar un tema nuevo, que puede aparejar desconcierto, pero que también puede aportar beneficios al ser humano, evitando en todo caso afirmaciones categóricas, que respondan a una idea o relato únicos.

³ Jewell C., *Inteligencia artificial: la nueva electricidad*, División de Publicaciones de OMPI, junio de 2019 recuperado el 22/10/2023 de https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/03/article_0001.html ,.

Centraremos nuestra exposición sobre el impacto de la IA en el sistema laboral, centrándola en tres aspectos: a) la noción de “Inteligencia Artificial?; b) los principales temas/problemas en las relaciones laborales; c) posibles acciones a emprender.

2. ¿Qué es la Inteligencia Artificial?

A modo de aclaración, expresamos que por Inteligencia Artificial (IA) entendemos un proceso informático que organiza algoritmos alimentados por datos: millones de datos; billones de datos.

Algoritmos, datos e IA son nociones estrechamente vinculadas porque, como expresa Mercader Uguina, los datos son el nutriente fundamental de los algoritmos y la inteligencia artificial es el proceso que permite analizar los macrodatos del algoritmo. “La inteligencia artificial (IA) y el aprendizaje automático - agrega el autor español - permiten, a través de esta fórmula, reelaborar gran cantidad de datos simples, de forma que combinados entre sí a través de técnicas estadísticas y lógicas, hacen posible determinar, analizar y predecir ciertos aspectos de la personalidad o el comportamiento, los intereses y los hábitos de una persona”⁴.

La IA no es una inteligencia comparable a la inteligencia humana. Hablamos de IA porque evidentemente hay una similitud con la forma de actuar de nuestra propia inteligencia, pero la IA es – expresa AGESIC - “la simulación de procesos de inteligencia humana por parte de máquinas, incluyendo el aprendizaje, el razonamiento y la autocorrección”⁵.

Aclara esta idea Corvalán, para quien “la inteligencia artificial no es una sola cosa, sino más bien una ‘constelación’ de procesos y tecnologías que permiten que las computadoras complementen o reemplacen tareas específicas que de otro modo serían ejecutadas por seres humanos, como tomar decisiones y resolver problemas”⁶. La IA por lo tanto no opera como la inteligencia humana, sino que “actúa optimizando la ejecución

⁴ Mercader Uguina J. R., “Algoritmos y derecho del trabajo” en rev. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Madrid 2019, p. 64

⁵ La AGESIC es la “Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información”, organismo que depende de la Presidencia de la República (Uruguay) que funciona con autonomía técnica. Entre sus cometidos vinculados con la innovación tecnológica y las políticas digitales del país, está el estudio del tema de la IA y sus efectos en el ámbito jurídico. Sobre la IA, ver: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/tematica/inteligencia-artificial>, recuperado el 28.09.2023.

⁶ Corvalán J. G., “El impacto de la Inteligencia Artificial en el trabajo”, en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, V. 10, N° 1, 2019, Curitiba, p. 37.

de tareas computarizadas, asignadas por seres humanos, mediante repetición e intentos interactivos”⁷.

En nuestro celular existe decenas de aplicaciones gestionadas por la IA: pensemos en spotify, en waze, en la facilidad para realizar un un pago o una transferencia bancaria, en los diversos iconos que iluminan la pantalla y que responden casa uno a una función que vamos incorporando en nuestra vida cotidiana.

Pese a que vamos incorporando cada vez más la IA a nuestras vidas y en especial a la actividad laboral, para muchos hablar de Relaciones Laborales o de Derecho del trabajo e IA, sigue siendo una excentricidad. No se asume en la aulas de nuestras universidades o en las mesas de negociación de empleadores y sindicato la importancia de incluir la IA en la agenda de la docencia o de las negociaciones colectivas.

La IA ha dado un paso más en los últimos tiempos y hablamos hoy de IA generativa, para referirnos a una realidad en la que la IA no solo recolecta datos, sino también crea – a partir de esos datos – nuevas ideas o contenidos. Es lo que comprobamos en el uso del llamado ChatGPT, que ofrece posibilidades de crear historias e imágenes nuevas, como ha sido puesto en evidencia por la huelga de Hollywood de escritores y actores en 2023. Marcelo Granieri, profesor de la OBS Business School, nos ayuda a precisar el concepto: “La Inteligencia Artificial Generativa (IAG) es una rama de la inteligencia artificial que se enfoca en la generación de contenidos originales a partir de datos existentes. Esta tecnología utiliza algoritmos y redes neuronales avanzadas para aprender de textos e imágenes, y luego generar contenidos nuevos y únicos”⁸.

3. Inteligencia artificial y trabajo

Es cada vez más importante incorporar los conocimientos y estudios en torno a la IA en la disciplina laboral, porque hoy las relaciones laborales – así como la actividad financiera y el comercio electrónico - se han vuelto un campo de experimentación especialmente importante para la IA. Mientras los trabajadores no asumen los peligros que plantea la acción de la IA en las empresas, los empleadores confiarán cada vez más sus decisiones a resoluciones algorítmicas.

⁷ *idem*

⁸ Granieri M., ¿Qué es la Inteligencia Artificial Generativa?, OBS Business School, Buenos Aires 2023, en <https://www.obsbusiness.school/blog/que-es-la-inteligencia-artificial-generativa> , recuperado el 21/12/2023.

Importa señalar - como lo hace Cañigüeral - que los algoritmos y la IA comienzan a intervenir en diversas funciones laborales, independientemente de cuanto más o menos tecnológica sea la empresa⁹. Su impacto va a ser idéntico en la empresa de alta tecnología como en la fábrica tradicional, donde diversas funciones de la organización del trabajo van siendo ocupadas por los nuevos espacios de la inteligencia artificial.

La IA y los algoritmos comienzan por lo tanto a operar en diversos sectores de las relaciones laborales, que obraban habitualmente bajo la gestión del departamento de personal y/o recursos humanos. Entre ellos señalamos: la selección y contratación de trabajadores, la evaluación de desempeño y la medición de la productividad, la definición de horarios, turnos y tareas, hasta llegar a las medidas disciplinarias y despidos.

Como expresa Todolí, los algoritmos y la inteligencia artificial permiten en la actualidad que el empresario encuentre y procese mucha más información de los trabajadores de la existente hasta el presente. La elaboración de perfiles automatizados no solo le permitirá contratar a los que considere más adecuados para las competencias requeridas, sino que la propia tecnología puede sustituir a los supervisores y responsables de recursos humanos en las tomas de decisiones disciplinarias y en los despidos. Si bien la decisión última la tome un responsable de la empresa, éste lo hará en base a un procesamiento automatizado de datos¹⁰.

Como hemos adelantado, la cuestión “laboral” en torno a los algoritmos se planteará con relación a los datos que alimentan ese proceso de decisión, a la legitimidad de los mismos y al derecho de los trabajadores a conocer los criterios que determinaron su introducción en la construcción algorítmica. También está vinculada a la necesidad u oportunidad del uso de programas de gestión por parte de la empresa y a la cuestión de si los mismos pueden lesionar los derechos humanos de la persona, en primer lugar el derecho a la protección de su intimidad y privacidad.

4. Las ventajas que proporciona la lógica algorítmica al quehacer humano

En la evaluación de los aspectos positivos vinculados al impacto de la IA en el trabajo humano, una primera ventaja deriva del hecho que las operaciones algorítmicas

⁹ Albert Cañigüeral, es un referente español sobre el trabajo de plataformas, autor del libro “El trabajo ya no es lo que era”: citado por Gomez M. V., “Los algoritmos llegan a la negociación colectiva”, diario El País, Madrid, 25.04.2021.

¹⁰ Todolí A., “Algoritmos para contrataciones y despidos. ¿Son legales las decisiones automatizadas sobre trabajadores?”, de <https://adriantodoli.com/2019/02/21/algoritmos-para-contrataciones-y-despidos-son-legales-las-decisiones-automatizadas-sobre-trabajadores/>, recuperado el 13/09/2022.

actúan con mayor rapidez y objetividad que la lógica humana. El ser humano al seleccionar y decidir, inevitablemente actúa con una subjetividad propia de su condición. En cambio, las decisiones algorítmicas en principio “no se basan en corazonadas, imprecisiones o prejuicios”¹¹.

La IA, al ordenar y descubrir vínculos entre datos, selecciona generalmente las mejores opciones: como consumidores hemos aprendido a elegir en función de evaluaciones algorítmicas, ya sea para reservar un hotel en el exterior o para adquirir un producto en *Mercado Libre* o en *Amazon*: el *emoticon* “pulgar para arriba”, es decir “me gusta”, condiciona muchas de nuestras decisiones a la hora de tener que optar.

Panizza señala que las nuevas tecnologías informáticas, además de promover el uso de *tablets* y *smartphones*, permiten construir equipos de control remoto, sensores de seguridad, simuladores de tareas de todo tipo, relojes inteligentes, mientras drones de diverso tipo realizan inventarios, trasladan desfibradores al lugar de trabajo, aplican plaguicidas en zonas rurales. Además, la acumulación de datos (*big data*) contribuye a la resolución de los problemas generados en el trabajo y la producción¹².

Gauthier expresa que los ordenadores son buenos para ciertos tipos de tareas, tales como la identificación de errores, procesamiento de datos y el cálculo de cifras financieras. Sin embargo, son menos capaces de realizar otras funciones como reconocer la ironía, determinar si algo es NSFW (*no seguro para el trabajo* en inglés) o discernir entre los resultados de búsquedas ambiguas¹³. En la misma línea, Supervielle afirma que será siempre insustituible la “emoción” en determinados actividades y procesos, como por ejemplo los cuidados, la atención profesional, las relaciones de confianza entre sujetos individuales y entidades financieras¹⁴. Aunque compartimos en términos éticos la “oportunidad” que la emoción siga integrando determinadas tareas, también es cierto que esas tareas “humanas” están cediendo espacios a la automatización y a la IA. El profesional médico en su consulta con el paciente opina cada vez más a partir del análisis de datos clínicos objetivos extraídos de exámenes realizados al paciente, que en función de su opinión intuitiva o emocional: la sensibilidad profesional cede espacio a la

¹¹ Pasquale F.A., “The Black Box Society: The Secret Algorithms that control money and information, Cambridge”, Harvard University Press, 2015, p. 35, citado por Mercader Uguina J. R., ob. cit., p. 64

¹² Panizza C., “Impacto de las nuevas tecnologías en la salud”, exposición en el marco del taller *Impacto de las nuevas tecnologías en los derechos laborales fundamentales*, organizado por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo 24.06.2021.

¹³ Gauthier G., “Economía compartida, *crowdworking* y Derecho del trabajo”, en AA.VV., “Disrupción, Economía Compartida y Derecho”, FCU, Montevideo, junio de 2016, p. 113.

¹⁴ Supervielle M., exposición sobre “Las nociones de cultura de trabajo en Uruguay” en el Instituto Uruguayo de Derecho del Trabajo, Montevideo 20 de octubre de 2017.

información aportada por la tecnología, a partir de la clasificación de inmensas bases de datos. En otro orden, la aplicación *Spotify* conoce nuestros gustos musicales más que cualquier miembro de nuestra familia y en virtud de ellos nos ofrece las mejores selecciones artísticas, que puedan ajustarse a nuestra sensibilidad.

Es importante también destacar que, como ha señalado la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, estos nuevos sistemas pueden facilitar la comprensión de las alternativas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, la toma de mejores decisiones y la predicción de los problemas en materia preventiva antes de que ocurran, así como pueden favorecer intervenciones más oportunas y eficaces. Incluso pueden facilitar que las inspecciones laborales investiguen de forma más eficaz los eventuales incumplimientos¹⁵.

5. Los “problemas” de la IA y el algoritmo

El impacto de la dimensión digital, representado por la IA y los algoritmos, produce sin embargo problemas diversos, no siempre fáciles de solucionar. Por otra parte, la rapidez de la evolución tecnológica determina la aparición de complejidades nuevas, que no se resuelven con la misma velocidad. Algunos de estos problemas aterrizan con fuerza en las relaciones laborales. Señalaremos los siguientes en una enumeración, por supuesto, no taxativa.

5.1. La “accesibilidad” al algoritmo

Como expresáramos, la IA toma sus decisiones a partir de la información acumulada en los algoritmos, la cual a su vez responde a un previo diseño humano de conseguir un logro o alcanzar determinado resultado. Los datos que alimentan la IA no son fáciles de identificar para el hombre común y uno de los desafíos de los próximos tiempos será precisamente el de dar claridad y comprensión a los insumos que alimentan el algoritmo, para que el trabajador y su organización puedan acceder a ellos de una forma comprensible. Es por ello que Molina Navarrete señala la necesidad de regular la transparencia (individual y colectiva) “humanamente accesible” y agrega que la accesibilidad (inteligibilidad humana) es una condición del principio de calidad de datos

¹⁵ Mercader Uguina J.R., ob. cit., p. 68, quien cita *Estudio prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025* (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2018)

para otorgar la “garantía efectiva de no discriminación algorítmica”¹⁶. Para ello es necesario además desarrollar técnicas específicas como, por ejemplo, los procesos EIPD. Señalemos que estos procesos de “*Evaluación de Impacto de Protección de Datos*” constituyen una medición de impacto relacionada con la privacidad, cuyo objetivo es identificar y analizar cómo la privacidad de los datos pueda verse afectada por determinadas acciones o actividades. Todo juicio “EIPD” implica la descripción general de las operaciones digitales a realizar, una evaluación de los riesgos que el proceso algorítmico puede significar para los derechos y libertades de los interesados; y las medidas contempladas para hacer frente a esos riesgos y amenazas.

5.2. La discriminación científicamente concebida

La noción de trabajo decente implica no ser objeto de ningún tipo de discriminación. El problema que identificamos en la lógica artificial se vincula al hecho que es posible producir de modo oculto efectos discriminatorios en el momento de armar la programación del algoritmo. La acción arbitraria se lleva a cabo, introduciendo o eliminando datos en la composición del algoritmo (relativos al género, la raza, la edad, el origen nacional, etc.), que alteran la igualdad entre los trabajadores. Los datos que alimentan el algoritmo no son necesariamente visibles para la persona afectada y la discriminación puede producirse al comienzo, es decir durante el proceso de selección de los trabajadores; durante la ejecución del contrato de trabajo evaluando con criterios distintos a personas en igualdad de condiciones; o a la finalización del vínculo laboral, favoreciendo el egreso de unos y no de otros en función de determinadas características personales y no de su capacidad laboral.

En tal sentido el GT29 ha expresado que “la elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren. Esto puede socavar su libertad a la hora de elegir, por ejemplo, ciertos productos o servicios como libros, música o noticias. En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a predicciones inexactas. En otros, puede llevar a la denegación de servicios y bienes, y a una discriminación injustificada”¹⁷.

¹⁶ Molina Navarrete C., citado sin otros datos específicos por Rojo Torrecilla E., en su blog del 28/08/2021, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/08/tecnologia-y-relaciones-laborales_28.html, recuperado el 27/12/2023.

¹⁷ GT29, Dictamen del 06/02/2018. El Grupo de Trabajo Art. 29 (conocido como GT29) fue un organismo europeo de la UE en materia de protección de datos e intimidad, creado en virtud del artículo 29 de la

5.3. La invasión de la vida privada y familiar del trabajador

El uso de los datos personales para la construcción de los algoritmos permite ingresar a aspectos de la vida privada, que exceden el vínculo funcional y pueden poner en riesgo el derecho a la privacidad no solo del trabajador, sino también de su núcleo familiar. Por lo tanto debe existir una adecuada protección en materia de comunicación de datos de carácter personal de las personas que conviven con el trabajador, respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística de ese ámbito tan especial. Debe asegurarse en tales casos el derecho a la intimidad no solo personal, sino también familiar, evitando cualquier intromisión ilegítima que reproduzca en datos la vida íntima de las personas en lugares o momentos de su vida privada¹⁸.

5.4. La presión sobre la productividad del trabajo

La organización algorítmica del trabajo puede llevar a presionar de forma “deshumana” a los trabajadores, para que aumenten su productividad. Ya no será un capataz o un supervisor, quien controle el volumen y la rapidez del trabajo de cada trabajador, sino un sistema tecnológico, que no tiene momentos de distracción o de pausa. Ello llevará inevitablemente a situaciones de stress y daños a la salud, cuyo estudio comienza a ocupar y preocupar a especialista en tema de salud psicosocial.

Según informó el sitio de noticias Bloomberg, Amazon usa sofisticados algoritmos para controlar la productividad en sus instalaciones, y los empleados deben justificar por qué han estado lejos de su puesto de trabajo, lo que la empresa llama “tiempo sin tareas” (*time off task*). Si superan determinado límite de tolerancia, se les advierte e incluso puede llegarse al despido. Ello – agrega la nota – coincide con una serie de reportes que indican que la tasa de lesiones en Amazon es más alta, que en el resto de la industria logística. Algunos empleados han informado a Bloomberg que el rápido ritmo de trabajo es un factor que contribuye a las lesiones por estrés repetitivo, agregando que a veces se califica como “*time off task*”, el tiempo que van al baño¹⁹.

Directiva 95/46/CE. Funcionó hasta el 25/05/2018 y fue sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD). La calidad técnica de sus informes determina que los mismos sigan siendo citados en Europa en los temas relativos a la protección de datos.

¹⁸ Entre las previsiones jurídicas que tutelan el derecho a la privacidad del núcleo familiar, señalamos el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

¹⁹ Day M., *Amazon Changes Performance Metric Blamed for Warehouse Injuries*, 01/06/2021, recuperado el 18/10/2021 de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-01/amazon-changes-worker-tool-supports-u-s-marijuana-law?smd=technology-vp>,

Por su parte, el periódico El País de Madrid daba cuenta que en el mes de agosto de 2021 Xsolla, la filial rusa de una empresa de *software* y servicios interactivos con sede en Los Ángeles, ejecutó una reestructuración de su plantilla, que implicó el despido de 150 de los 450 empleados de sus oficinas de Perm y Moscú. Para ello se basó únicamente en el dictamen de un algoritmo de rendimiento laboral que canceló los contratos de aquellos trabajadores que consideraba “improductivos” y “poco comprometidos” con los objetivos de la empresa. El director general y fundador de la compañía, Alexander Agapitov, declaró a la revista “*Forbes Rusia*”, que no estaba del todo de acuerdo con el veredicto de la máquina, pero debía acatarlo en virtud de los protocolos internos consensuados con su Junta de accionistas²⁰.

5.5. El control algorítmico

Mercader Uguina señala que los monitoreos tecnológicos del trabajador realizados a través de sistemas de videovigilancia, micrófonos y rastreo por geolocalización, se vuelven aún más precisos y sofisticados con los controles biométricos y la medición informática de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real: “el uso de algoritmos puede suponer un salto adelante en muchos de estos sistemas”, sin olvidar que “el tratamiento del rostro con software de reconocimiento facial se encuentra dentro de los datos biométricos del trabajador”²¹.

La ropa “wearable” (“ropa ponible” en su significado literal, pero que acostumbramos a traducir como “ropa inteligente”) constituye un nuevo modelo de recopilación de datos del trabajador. Iglesias señala que en la noción de ropa inteligente y otros accesorios (wearables) ingresan elementos como calzados, lentes, cascos, chaquetas tecnológicas, relojes y pulseras inteligentes, cada vez más difundidos en los más diversos sectores de la actividad industrial y de servicio²². La autora alerta sobre el riesgo que las mismas significan en relación a la afectación de la privacidad del trabajador y entiende que su utilización debe estar guiada por específicos criterios como la estricta pertinencia para la función, una información clara y veraz sobre los fines perseguidos,

²⁰ Echarri M., *150 despidos en un segundo: así funcionan los algoritmos que deciden a quién echar del trabajo*. enm El País, Madrid, 09/10/2021, recuperado el 25/10/2021.de: <https://elpais.com/icon/2021-10-10/150-despidos-en-un-segundo-asi-funcionan-los-algoritmos-que-deciden-a-quien-echar-del-trabajo.html>,

²¹ Mercader Uguina J. R., ob. cit., pp. 67 y 68.

²² Iglesias L., “Impacto de las nuevas tecnologías en los derechos humanos fundamentales”, exposición en el marco del taller *Impacto de las nuevas tecnologías en los derechos laborales fundamentales*, organizado por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo 24.06.2021

que no impliquen un control sobre la vida personal y no se apliquen en forma clandestina sobre el trabajador²³.

En relación con los *wearable devices* (dispositivos inteligentes), el Dictamen 2/2017 del GT29, afirma que los empleadores están cada vez más tentados de proporcionar dispositivos portátiles a sus empleados con el fin de rastrear y registrar su salud y actividad dentro, y algunas veces incluso fuera, del lugar de trabajo”.

Más recientemente la empresa tecnológica internacional *Emotiv* puso en venta el dispositivo *Insight*, similar a una elegante cinta para la cabeza, con sensores que permite monitorear la actividad cerebral del trabajador y almacenar esa información en la base de datos de la empresa. El dispositivo capta las ondas cerebrales e identifica si la persona está nerviosa, estresada, deprimida o entusiasmada, entre otras opciones. La empresa *Emotiv* lo vende bajo la propuesta edulcorada: ”Aprovecha tu actividad cerebral para disfrutar las infinitas oportunidades de la BCI”²⁴

En Chile, una Resolución de la Corte Suprema de 09/08/2023 prohibió el uso del dispositivo por entender que debe protegerse la privacidad de la información cerebral de la persona²⁵.

Todos estos instrumentos contribuyen a crear en los trabajadores un “clima psicosociológico” de control e invasión de su privacidad, similar a ese modelo panóptico ideado por Benthan en el que los vigilados no están realmente bajo una vigilancia constante, sino que simplemente piensan o imaginan que lo están. En palabras de Foucault, la idea de Bentham consistía en una “tecnología política” que induce al sujeto a un “estado de conciencia y visibilidad permanente que aseguran el funcionamiento automático del poder”²⁶.

6. Tutelas jurídicas ante el avance de la IA

Ante el avance vertiginoso de las nuevas tecnologías y los progresos de la automatización y la IA, el Derecho del trabajo reacciona con lentitud, por lo cual nuestro desafío es ir construyendo un nuevo derecho a partir de los principios, las soluciones que

²³ *idem*

²⁴ Ver <https://www.emotiv.com/insight/>, recuperado el 19/01/2024. La expresión BCI significa Brain-Computer Interface, es decir la “interface cerebro-computadora”.

²⁵ Iglesias Cáceres J.A., “Neuroderechos: Su implicancia en el derecho laboral”, exposición en el IV Congreso Internacional de Relaciones Laborales, organizado por ALRLU, Montevideo 13 y 14 de octubre de 2023.

²⁶ Mercader Uguina J. R., p. 68; el autor cita a M. Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Madrid: Siglo XXI, 1998.

brinda la experiencia comparada y las normas nacionales vigentes sobre la protección y uso de los datos personales.

6.1. Los principios generales y laborales de derecho

En la materia laboral la acción de la IA y los algoritmos no escapan al cuadro de normas generales y principios tutelares de la disciplina. El avance tecnológico permite conocer los aspectos más reservados de la conducta y vida del trabajador, monitorearlo en tiempo real a lo largo de su jornada laboral y – lo que más debe preocupar - ir almacenando información a lo largo de su vida laboral. No solo ha cambiado la morfología de la subordinación, sino que ésta se ha vuelto más intensa que en el pasado²⁷. Las tecnologías invaden la vida del trabajador aún fuera de la empresa, lo acompañan muchas veces a su hogar (pensemos en el trabajo de retén o a disposición cada vez más difundido o la misma realidad del teletrabajo), mientras los ficheros electrónicos guardan datos sobre su imagen, su estructura psicológica, su conducta y salud.

Debemos buscar un primer conjunto de tutelas, en aquellas reconocidas por los principios del Derecho del trabajo, las normas constitucionales, los grandes pactos internacionales ratificados por nuestros países y las Declaraciones universales. Serán aplicables a las diversas situaciones que pueden afectar al trabajador en el uso ilegítimo o desmedido de los algoritmos, principios y normas relativos a

- Derechos inespecíficos, es decir derechos atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, como el derecho a la intimidad, privacidad, honor, imagen, etc.
- Principios y derechos vinculados a la integridad psicofísica, como protección de la salud y seguridad ante la siniestralidad en el trabajo
- Principio de la igualdad y no discriminación (género, raza, edad, orientación sexual, etc);
- Normas contra la violencia en el trabajo, en especial aquellas relativas a las diversas formas de cyber-acoso.

Comenzamos también a reflexionar sobre una nueva serie de principios laborales que deberán orientar a los interlocutores sociales, al legislador y al juez en la valoración de la intervención de la IA en las relaciones de trabajo.

²⁷ Pérez de los Cobos Orihuel, F., “La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica” en AA.VV. *La Subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, julio 2005, p. 170.

Entre estos principios, importa en nuestra opinión destacar cuatro: a) el principio de la transparencia; b) el de veracidad; y c) el principio de seguridad y reserva; d) el principio de la ética algorítmica.

a) Principio de transparencia

El principio de la transparencia algorítmica se expresa en la posibilidad que la persona – en nuestro caso, el trabajador – cuyos datos sean utilizados para construir algoritmos y por lo tanto ser alcanzado por decisiones de la Inteligencia Artificial, pueda tomar conocimiento de forma clara y sencilla de como se elaboraron los mismos. Es un principio reconocido *in primis* por el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo” (RGPD²⁸), que regula en su art. 12 la “*Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado*” y expresa que el responsable del tratamiento de los datos deberá tomar las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información relativa al uso y tratamiento de sus datos personales. Esta información deberá ser comunicada “en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos”. Agrega la norma que cuando la solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que la persona demuestre por otros medios su identidad.

Es un principio sobre el que comienzan a prestar atención las legislaciones nacionales, como es el caso del Real Decreto ley español N° 9/2021, que introduce en el Estatuto de los Trabajadores - para el caso de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales - el derecho de los Comités de Empresa 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.

b) Principio de veracidad

Este principio se expresa en la idea que los datos personales que se recogen a los efectos de su tratamiento deberán ser “veraces, adecuados, ecuanímenes y no excesivos en relación con la finalidad para la cual se hubieren obtenido”²⁹. La recolección no deberá ser manipulada, ni podrá hacerse por medios desleales, fraudulentos, abusivos o

²⁸ en inglés GDPR (*General Data Protection Regulation*)

²⁹ Cfr. Uruguay, Ley N° 18.331 de 11.8.2008, art.5, lit. b. y art. 7

extorsivos. En base a este principio, los algoritmos que alimentan la IA deberá ser elaborados con objetividad, sin marcar perfiles, que a su vez vulneren el principio de no discriminación.

Como ha expresado el GT29, la elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren. Esto puede socavar su libertad a la hora de elegir, por ejemplo, ciertos productos o servicios como libros, música o noticias. En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a predicciones inexactas. En otros, puede llevar a la denegación de servicios y bienes, y a una discriminación injustificada³⁰.

c) Principio de seguridad y reserva

El principio establece la obligación del recolector de datos para el proceso de alimentación de la IA de adoptar todas las necesaria medidas para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, evitando a su vez la adulteración de los datos o su tratamiento no autorizado. Ello implica además que el sistema algorítmico utilizado asegure condiciones técnicas de integridad y seguridad.

A su vez el principio establece la obligación de reserva de las personas que utilicen la información proveniente de la base de datos: no solo los mismos deberán ser utilizados bajo secreto profesional, sino que solo podrán ser empleados para la finalidad con la cual fueron recolectado.

Es evidente que además estamos ante una obligación que subsistirá aún después de finalizada la relación laboral³¹.

c) Principio de la ética algorítmica

El diseño de los algoritmos deberá respetar los principios de la ética, expresa Aaron Roth, profesor de Ciencias Computacionales de la Universidad de Pensilvania. El especialista recuerda que los algoritmos alimentan la IA, a los efectos de sustituir decisiones humanas e interviene en cuestiones complejas y delicadas tanto en un departamento de recursos humanos como para la concesión de un crédito bancario. En dicha función pueden no respetar principios de la ética cuando el proceso se alimenta con

³⁰ GT29, Dictamen del 06/02/2018. El Grupo de Trabajo Art. 29 (conocido como GT29) fue un organismo europeo de la UE en materia de protección de datos e intimidad, creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Funcionó hasta el 25/05/2018 y fue sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD). La calidad técnica de sus informes determina que los mismos sigan siendo citados en europa en los temas relativos a la protección de datos.

³¹ Cfr. Uruguay, Ley N° 18.331 de 11.8.2008, art.5, lits. e y f. y arts. 9 y 10

sesgos discriminatorios o está finalizado a tomar decisiones que violan principios morales o éticos³².

6.2. El derecho comparado

En una segunda línea importa conocer la evolución del derecho comparado, que adquiere especial importancia en consideración a la rápida evolución de la realidad y que ingresa a nuestro derecho como doctrina más recibida o por disposición legal como es el caso en Brasil de la previsión del art. 8 de la Ley de Consolidación de las Leyes del Trabajo³³. Importa por lo tanto destacar algunos cuerpos normativos que consideramos de estudio indispensable para afrontar los nuevos temas y problemas de la IA y el trabajo.

Señalamos como expresión fundada del derecho comparado internacional el “Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo” (RGPD³⁴), que entró en vigor el 24/05/2016, con aplicación a partir del 25/05/2018. El documento estableció ese “período ventana de dos años”, para que las empresas, las organizaciones, y las instituciones públicas de los países de la Unión, pudieran adaptarse a las nuevas reglas, para efectivizar su cumplimiento.

El Reglamento establece los siguientes principios generales en su art. 5:

- Los datos personales deben ser tratados de forma lícita, leal y transparente.
- Los datos personales deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos.
- Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con el tratamiento.
- Los datos personales deben ser exactos y estar siempre actualizados.
- Los datos personales deben mantenerse de forma tal, que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento.

³² Hernando A, *Los algoritmos pueden diseñarse para respetar principios éticos, pero esto no es gratis*, Madrid 28/01/2020, en <https://www.agenciasinc.es/Entrevistas/Los-algoritmos-pueden-disenarse-para-respetar-principios-eticos-pero-esto-no-es-gratis>, recuperado el 31/03/2023.

³³ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

³⁴ en inglés GDPR (*General Data Protection Regulation*)

- Los datos personales deben ser tratados de tal manera que se garantice su seguridad.

El Reglamento constituye una normativa a nivel de la Unión Europea, por lo que cualquier empresa de la unión, o aquellas empresas que tengan negocios en la Unión Europea y manejen información personal de cualquier tipo sobre sus trabajadores, deben acogerse a ella. Las normas indican que los responsables de la utilización de los datos deberán llevar adelante **auditorías** de protección de dichos datos y métodos para garantizar acciones correctivas con la finalidad de proteger los derechos del interesado. Las sanciones son graves y se prevén multas por el no cumplimiento del RGPD, que pueden llegar a los 20 millones de euros.

Importa también recordar la “Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”, aprobado en noviembre de 2021 por 193 Estado miembros de la UNESCO. A lo largo de sus 141 artículos, la Recomendación “trata de las cuestiones éticas relacionadas con el ámbito de la inteligencia artificial... como una reflexión normativa sistemática, basada en un marco integral, global, multicultural y evolutivo de valores, principios y acciones interdependientes, que puede guiar a las sociedades a la hora de afrontar de manera responsable los efectos conocidos y desconocidos de las tecnologías de la IA en los seres humanos, las sociedades y el medio ambiente y los ecosistemas”³⁵

6.3. Las normas sobre protección de datos

Finalmente, una tercera herramienta para la tutela del trabajador ante situaciones provocadas por la digitalización de las relaciones laborales, derivará de la regulación de cada país sobre protección de datos personales, que adquiere nueva actualidad ante los desafíos del impacto tecnológico en el trabajo³⁶.

La Ley uruguaya N° 18.331 – que es la que hemos estudiado – en sus arts. 5 al 12 reconocen una serie de principios, muchos de los cuales se alinean con el Reglamento Europeo: a) legalidad, b) finalidad, c) consentimiento informado, d) veracidad; e) seguridad de los datos, f) reserva y g) responsabilidad. Sus contenidos están explicitados en la propia norma, permitiendo encontrar soluciones a problemas y conflictos que puedan plantearse en la realidad laboral en los puntos de confluencia de los derechos del trabajador, las potestades del empleador y el uso de los datos por parte de la inteligencia artificial.

³⁵ Texto en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa , recuperado el 165/01/2024.

³⁶ Brasil: *Lei Geral de Proteção de Dados* N° 13.709/18; Uruguay: Ley N° 18.331 de 11.8.2008

Además, sobre la base de estos principios, la AGESIC – Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información -, organismo que depende de la Presidencia de la República de Uruguay y que funciona con autonomía técnica, ha elaborado nuevos criterios y principios referidos específicamente a la IA y al uso de los algoritmos³⁷.

Importa también recordar por su conexión con el tema que estamos examinando, el reciente acuerdo alcanzado el 13 de diciembre de 2023 en la Unión Europea para aprobar una Directiva que regule las condiciones laborales del modelo de trabajo via aplicaciones, caracterizado en especial por los choferes de Uber y los repartidores. La misma establece una presunción de laboralidad o subordinación, cuando el vínculo contractual responda a una regla bien curiosa: existirá una presunción de subordinación si los trabajadores cumplen con dos criterios de los cinco previstos por sus reglas.

Los criterios previstos son: a) la determinación por parte de la plataforma del nivel de dinero que recibe el trabajador, b) la supervisión de su rendimiento, c) el control sobre la distribución o asignación de tareas, d) el control también sobre las condiciones de trabajo y horario y e) las restricciones acerca del vestuario o la conducta. Esta lista puede ser ampliada por los Estados en su legislación nacional.

De todos modos, según los expertos, la Directiva solo alcanzará a una limitada parte de las personas que prestan servicios a través de aplicaciones. En efectos, en la UE se calcula que el número de trabajadores de aplicaciones es de 30 millones de personas que trabajan para aproximadamente 500 plataformas, estimándose que los trabajadores que se beneficiarán con la Directiva serán solo 5,5 millones.

Ahora el proyecto pasará al Consejo y al Parlamento europeos, que deberán formalmente transformarlo en una Directiva. Luego los países miembros de la UR tendrán dos años para traspasar las normas al derecho nacional.

7. Diálogo social y negociación colectiva

Finalmente, la cuestión de los derechos del trabajador ante el algoritmo abrirá un importante espacio para la negociación colectivas, que sigue siendo una importante asignatura pendiente de las organizaciones sindicales en nuestro sistema de relaciones laborales. Como expresión de este incipiente espacio negocial, destacamos el convenio colectivo del sector financiero firmado en España el 20 de julio de 2021 entre las organizaciones de empleadores del sector y Comisiones Obreras y UGT del lado de los

³⁷ *infra* n° 11

trabajadores. El mismo fue registrado el 5 de octubre de 2021 y en su art. 35, bajo el *nomen juris* de “*Derechos digitales*”, reconoce y desarrolla en extensas cláusulas, los siguientes derechos:

1. Derecho a la desconexión digital y laboral.
2. Derecho a la intimidad y al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.
3. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia, grabación de sonidos y geolocalización en el ámbito laboral.
4. Derecho a la educación digital.
5. Derechos ante la inteligencia artificial.

Entre los derechos ante la IA, se reconoce el derecho de los trabajadores a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas y el derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos³⁸.

Entendemos que el extenso art. 35 del convenio español (de los primeros que abordan con precisión el tema del impacto de las tecnologías digitales en el contrato de trabajo) podrá ser una cantera importante de ideas y normas para la negociación de similares cláusulas en convenios colectivos nacionales e internacionales.

8. Reflexiones finales

Ante el avance de la IA y su impacto en las relaciones laborales, la pregunta que nos formulamos es sobre la posibilidad de detener o enlentecer ese avance. Nuestra contestación es clara: ello es imposible. Lo posible es crear diques, defensas, garantías del derecho heterónimo y autónomo.

Entre los aspectos que merecen mayor consideración, indicamos los siguientes:

a) **La necesidad de promover el diálogo social entorno al impacto de la IA.**

Ante los temores que genera la presencia de la IA en el mundo del trabajo es necesarios que las organizaciones de empleadores y trabajadores, con el apoyo del Estado, comiencen a dialogar sobre la tutela los derechos de la persona en esta materia. Lamentablemente, las organizaciones sindicales latinoamericana no parecen tomar conciencia de la gravedad de un futuro gobernado en los algoritmos, y prefieren refugiarse en los temas tradicionales de las relaciones laborales (el salario, la jornada, los descansos, etc.), donde perciben su accionar “más cómodo”:

³⁸ BOE (Boletín Oficial del Estado), Madrid 15/10/2021, Sec. III, pags. 126134 - 126158

Entendemos que las organizaciones – y en especial los sindicatos – deberán comprender que el diálogo social y la negociación colectiva desempeñarán un rol central en la construcción de los vínculos entre los humanos y la IA. Los acuerdos deberán incluir garantías en materia de sesgos y perfiles laborales; establecer límites a los controles tecnológicos, impulsar el derecho a la educación digital.

La ausencia de interés y diálogo en estos temas significará la futura expulsión de millones de trabajadores del sistema de relaciones laborales, precisamente por un obrar incontrolado de la IA.

b) Acciones que eviten la discriminación de género.

Hemos expresado que la IA puede actuar en forma arbitraria y discriminatoria, introduciendo o eliminando datos en la composición del algoritmo, que alteren la igualdad entre los trabajadores. Ello importa especialmente en la cuestión siempre actual de la discriminación de género, porque es posible ocultar en la fórmula algorítmica criterios que impliquen diferenciaciones en función del género, como la edad de maternidad, la diferenciación de salarios, la elaboración de perfiles que privilegien aspectos específicos de la condición de mujer y posterguen otros, etc.

c) La acción de los Estado para una gobernanza ética

De conformidad con la citada Recomendación de la Unesco. El Estado debe desarrollar políticas públicas con el objetivo de que los derechos humanos, las libertades fundamentales y el estado de derecho sean asegurados y respetados en el mundo digital, así como en el mundo físico. A ello se suma el deber de investigar y reparar los daños causados mediante sistemas de IA, así como establecer un mecanismo de certificación “ética” para los sistemas de IA con especial referencia al impacto previsto en los derechos humanos, el medio ambiente y los ecosistemas. La idea de “un certificado de calidad ética en el uso de la IA” nos recuerda una idea sencilla recogida en el Ley europea de Servicios Digitales (*Digital Services Act*) aprobada por el Parlamento Europeo en enero de 2022: lo ilegal en el mundo físico, también será ilegal en el mundo digital.

d) La protección de los datos y el derecho a la transparencia algorítmica

El trabajador – cuyos datos sean utilizados para construir algoritmos que alimenten decisiones de la Inteligencia Artificial – debe tener conocimiento sobre su elaboración. Ello implica reconocer explícitamente el derecho a la transparencia, como uno de los principios que regulan la instrumentación y aplicación de la IA. Las soluciones

de la IA deben ser transparentes, es decir accesible a todo usuario, para que éstos puedan conocer los algoritmos y datos utilizados.

e) El involucramiento de los actores sociales

Pese al fuerte impacto de la IA en el mundo del trabajo, hemos señalado que existe un fuerte desinterés de empleadores y trabajadores en la regulación de sus efectos en las relaciones laborales. La prueba de ello se expresa en la ausencia casi absoluta en nuestros países latinoamericano de acuerdos colectivos que establezcan contenciones y regulaciones ante el avance de la IA. En particular los trabajadores no han asumido un rol activo frente las complejidades del nuevo modelo virtual de gestión del trabajo. Entendemos que los sindicatos consideran que las nuevas tecnologías son peligrosas para los trabajadores (lo cual es una percepción correcta), pero no reaccionan en forma adecuada, sino que optan por ignorar estos cambios, pensando que la ignorancia de las nuevas realidades reduce los problemas. Por tal motivo es pobre la negociación colectiva sobre las nuevas tecnologías e inexistente la resistencia ante el embate de los algoritmos en la gestión del trabajo, mientras los convenios colectivos en la materia siguen siendo una asignatura pendiente en América Latina.

Un comentario final: La pregunta que muchos se formulan es si es posible detener el avance de la IA. Somos categóricos en la contestación: es imposible, porque es ilusorio detener el progreso. Lo posible es crear diques, defensas, garantías del derecho heterónimo y autónomo. Recordamos una afirmación realizada en el año 1996 por el filósofo marxista Cornelius Castoriadis en Buenos Aires, al final de una conferencia en la que analizó las transformaciones del trabajo en un mundo que ya ingresaba en un nuevo contexto tecnológico y en una economía global. A la afirmación de un estudiante –“Usted es demasiado pesimista”– el pensador griego-francés contestó: “No soy ni optimista, ni pesimista, soy realista”.

Lo que sí debemos hacer es tomar conciencia de la nueva realidad, mirar hacia adelante, formar a los trabajadores en las competencias tecnológica y enfrentar a la IA con nuestra “humanidad”. Ello es también nuestro desafío como operadores de las relaciones laborales.

Recientemente, un experto argentino en IA y Ciencia de datos – Fredi Vivas - se preguntaba: “Si las máquinas resuelven cosas como lo hace el humano, ¿Cuál va a ser el diferencial del humano por sobre la máquina?”. Él mismo contestaba: “Su condición humana; debemos aprender a ser más humano³⁹”.

Ese es en definitiva el desafío: ante la IA aprender a ser humanos, lo más humanos posibles.

Referências

BOE (Boletín Oficial del Estado), Madrid 15/10/2021, Sec. III, pags. 126134 - 126158.

Brasil: Lei Geral de Proteção de Dados N° 13.709/18; Uruguay: Ley N° 18.331 de 11.8.2008

Cappelli P., “El nuevo pacto en el trabajo”, Barcelona, 2001

Corvalán J. G., “El impacto de la Inteligencia Artificial en el trabajo”, en Revista de Direito Econômico e Socioambiental, V. 10, N° 1, 2019, Curitiba,

Day M., Amazon Changes Performance Metric Blamed for Warehouse Injuries, 01/06/2021, recuperado el 18/10/2021 de: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-01/amazon-changes-worker-tool-supports-u-s-marijuana-law?srnd=technology-vp>,

Echarri M., 150 despidos en un segundo: así funcionan los algoritmos que deciden a quién echar del trabajo. emn El País, Madrid, 09/10/2021, recuperado el 25/10/2021.de: <https://elpais.com/icon/2021-10-10/150-despidos-en-un-segundo-asi-funcionan-los-algoritmos-que-deciden-a-quien-echar-del-trabajo.html>,

Gauthier G., “Economía compartida, crowdworking y Derecho del trabajo”, en AA.VV., “Disrupción, Economía Compartida y Derecho”, FCU, Montevideo, junio de 2016,

Gomez M. V., “Los algoritmos llegan a la negociación colectiva”, diario El País, Madrid, 25.04.2021.

Granieri M., ¿Qué es la Inteligencia Artificial Generativa?, OBS Business School, Buenos Aires 2023, en <https://www.obsbusiness.school/blog/que-es-la-inteligencia-artificial-generativa> , recuperado el 21/12/2023.

Hernando A, Los algoritmos pueden diseñarse para respetar principios éticos, pero esto no es gratis, Madrid 28/01/2020, en <https://www.agenciasinc.es/Entrevistas/Los-algoritmos-pueden-disenarse-para-respetar-principios-eticos-pero-esto-no-es-gratis> , recuperado el 31/03/2023.

Iglesias Cáceres J.A., “Neuroderechos: Su implicancia en el derecho laboral”, exposición en el IV Congreso Internacional de Relaciones Laborales, organizado por ALRLU, Montevideo 13 y 14 de octubre de 2023.

Iglesias L., “Impacto de las nuevas tecnologías en los derechos humanos fundamentales”, exposición en el marco del taller Impacto de las nuevas tecnologías en los derechos laborales fundamentales, organizado por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Montevideo 24.06.2021

Jewell C., Inteligencia artificial: la nueva electricidad, División de Publicaciones de OMPI, junio de 2019 recuperado el 22/10/2023 de https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/03/article_0001.html .,

Mercader Uguina J. R., “Algoritmos y derecho del trabajo" en rev. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid 2019,

Mercader Uguina J. R., p. 68; el autor cita a M. Foucault, Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, Madrid: Siglo XXI, 1998.

Como citar este artículo:

DELGUE, Juan Raso. Los desafíos de las relaciones laborales ante la inteligencia artificial . **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e64, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.64. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/64>.

³⁹ Vivas Fredi, “El humano debe ser más humano, no las máquinas”, en El País, Montevideo 06/10/23, p. 12.

JUST TRANSITION: A NOVA FRONTEIRA DAS RELAÇÕES INDUSTRIAIS

JUST TRANSITION: THE NEW FRONTIER OF INDUSTRIAL RELATIONS

Ligia Ramia Munerati*

<https://orcid.org/0000-0002-9296-1196>

Abstract: A transição tecnológica e ecológica estão gerando efeitos profundos e disruptivos no mercado de trabalho, colocando em discussão as formas tradicionais de prestação da atividade laboral e gerando novas possibilidades de trabalho. O presente artigo tem como objetivo evidenciar a permanente correlação entre trabalho-ambiente (e tecnologia), demonstrando como questões ambientais e trabalhistas devem ser estudadas conjuntamente para que a implementação das leis de defesa do meio ambiente não tenha impacto negativo no mercado de trabalho (e vice-versa). A pesquisa irá se concentrar no importante papel das organizações sindicais nas políticas ambientais e sociais, bem como nas medidas tomadas em âmbito internacional para garantir uma transição justa para uma economia de baixo carbono.

Palavras-chave: transição tecnológica, transição ecológica, trabalho decente, transição justa, sindicatos, governança climática.

Resumo:

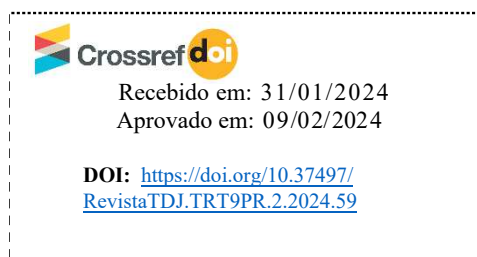
O texto discute os impactos da transição tecnológica e ecológica no direito do trabalho. A transição tecnológica está gerando novas formas de trabalho, como a gig economy, que conta predominantemente com cargos temporários e parciais, ocupados por trabalhadores autônomos e freelancers. Mesmo nas relações de trabalho empregatícias, as novas tecnologias estão criando uma real desmaterialização do local de trabalho, permitindo que um grande número de trabalhadores possa realizar as próprias atividades com a mesma produtividade em modalidade remota.

A transição ecológica, por sua vez, está impactando diretamente a economia, as indústrias e, de consequência, a ocupação, formação e saúde dos trabalhadores. As normas climáticas mais vinculantes podem levar ao fechamento de indústrias e à perda de empregos em setores que são intensivos em carbono, como a mineração de carvão ou a produção de petróleo e gás.

O artigo defende que questões ambientais e trabalhistas devem ser estudadas conjuntamente para que a implementação das leis de defesa do meio ambiente não tenha impacto negativo no mercado de trabalho. Para isso, é importante garantir uma transição justa, que proteja os direitos dos trabalhadores e as comunidades que são mais vulneráveis aos impactos da mudança climática.

As organizações sindicais desempenham um papel importante nas políticas ambientais e sociais. Elas podem contribuir para a construção de uma transição justa, representando os interesses dos trabalhadores e pressionando os governos e as empresas para que adotem medidas que protejam os direitos trabalhistas e o meio ambiente.

A pesquisa proposta pelo artigo irá se concentrar no importante papel das organizações sindicais nas políticas ambientais e sociais, bem como nas medidas tomadas em âmbito internacional para garantir uma transição justa para uma economia de baixo carbono.



* Advogada no foro de Roma, Itália e São Paulo, Brasil. Doutora em Direito do Comercial, do Trabalho e da Previdência Social pela Universidade de Roma Tor Vergata. Cultora da matéria pela Universidade Europeia de Roma e pela Universidade de Roma Tor Vergata. Membro do Instituto Italo-Brasileiro de Direito del Lavoro e da comunidade Acadêmica Internacional Cielo Laboral.

Abstract

The technological and ecological transitions are generating profound and disruptive effects on the labor market, questioning traditional forms of work and generating new possibilities for work.

This article aims to highlight the permanent correlation between work-environment (and technology), demonstrating how environmental and labor issues (and consequently the laws that regulate them) must be studied jointly so that the implementation of environmental protection laws does not have a negative impact on the labor market (and vice versa), allowing the "green transition" to be a social value, which will generate decent jobs in a sustainable economy, or the realization of the concept of "just transition".

The research will focus on the important role of trade unions in environmental and social policies, as well as on the measures taken at the international level to ensure a just transition to a low-carbon economy.

Keywords: technological transition, ecological transition, decent work, just transition, trade unions, climate governance.

Summary

The text discusses the impacts of the technological and ecological transition on labor law. The technological transition is generating new forms of work, such as the gig economy, which is predominantly composed of temporary and part-time positions, occupied by self-employed and freelance workers. Even in employment relationships, new technologies are creating a real dematerialization of the workplace, allowing a large number of workers to perform their activities with the same productivity remotely.

The ecological transition, in turn, is having a direct impact on the economy, industries, and, as a consequence, the occupation, training, and health of workers. More binding climate norms could lead to the closure of industries and job losses in sectors that are carbon-intensive, such as coal mining or oil and gas production.

The article argues that environmental and labor issues must be studied jointly so that the implementation of environmental protection laws does not have a negative impact on the labor market. For this, it is important to ensure a just transition, which protects workers' rights and communities that are most vulnerable to the impacts of climate change.

Trade unions play an important role in environmental and social policies. They can contribute to the construction of a just transition, representing the interests of workers and pressuring governments and businesses to adopt measures that protect labor rights and the environment.

The research proposed by the article will focus on the important role of trade unions in environmental and social policies, as well as on the measures taken at the international level to ensure a just transition to a low-carbon economy.

1. Introdução

Atualmente o direito do trabalho está enfrentando dois grandes novos fatores de transição que, conectados entre si, simultaneamente, estão gerando efeitos profundos e disruptivos, desestabilizando o mercado e as relações de trabalho.

O primeiro e mais evidente destes dois fatores é a transição tecnológica, já objeto de diversas análises e estudos no Brasil e no mundo, que está colocando em discussão as formas tradicionais de prestação da atividade laboral. Tal como se apresenta na *gig economy* que conta prevalentemente com cargos temporários e parciais, ocupados por trabalhadores autônomos e freelancers, em vez de empregados subordinados a tempo integral, gerando novas possibilidades de trabalho e criando amplas discussões sobre a natureza jurídica de tais relações.

Mesmo nas relações de trabalho empregatícias as novas tecnologias estão criando uma real desmaterialização do local de trabalho, fenômeno este acelerado pela pandemia em 2020 e 2021, permitindo que um grande número de trabalhadores possa realizar as próprias atividades com a mesma produtividade em modalidade remota, ou seja, fora dos locais da empresa.

O segundo fator que atualmente está ocupando grande parte das pesquisas, projetos de leis e confrontos trilaterais (governo-sindicatos-empresas) é a questão ecológica, que nesta nova ótica passa a ser considerada vinculada, ou ainda, intrínseca a questões trabalhistas de grande relevo. Basta pensar em conceitos como “desenvolvimento sustentável”, “condições de trabalho digno”¹ ou ainda “descarbonização” para entendermos como as normas climáticas mais vinculantes podem impactar diretamente a economia, as indústrias e de consequência a ocupação, formação e saúde dos trabalhadores.

O presente artigo tem como objetivo evidenciar a permanente correlação entre trabalho-ambiente (e tecnologia), demonstrando como questões ambientais e trabalhistas (e consequentemente as leis que as regulam) devem ser estudadas conjuntamente para que a implementação das leis de defesa do meio ambiente não tenha impacto negativo no mercado de trabalho (e vice-versa), permitindo que a “transição verde” seja um valor social, que irá gerar trabalhos dignos em uma economia sustentável, ou seja a concretização do conceito de “*just transition*”². A presente pesquisa irá se concentrar no importante papel das organizações sindicais nas políticas ambientais e sociais e, também, nas medidas tomadas em âmbito internacional, em particular, na tentativa de apresentar uma visão mais completa da política organizacional, da variedade de interações e das restrições institucionais que moldam as políticas climáticas dos sindicatos. O estudo abordará questões mais amplas do papel dos atores não estatais na governança climática global e, em última análise, às condições para uma transição inclusiva para uma economia de baixo carbono.

¹ O conceito de “trabalho decente” foi formalizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1999. Ele é definido como “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”. Assim, condições de trabalho dignas são aquelas que cumprem com os requisitos do trabalho decente, ou seja, que são: remuneradas de forma justa e suficiente para garantir uma vida digna; exercidas em condições de liberdade, sem discriminação ou exploração; seguras e saudáveis; oferecem oportunidades de desenvolvimento pessoal e profissional.

² A expressão “*just transition*” ou em português “transição justa”, se refere a um processo de transição econômica que deve ocorrer de forma equitativa e inclusiva, garantindo que todos os envolvidos sejam beneficiados. No contexto da transição para uma economia de baixo carbono, a transição justa significa garantir que as pessoas que trabalham em setores que serão afetados pela mudança, como a mineração de carvão ou a produção de petróleo e gás, sejam apoiadas para encontrar novos empregos ou oportunidades de desenvolvimento profissional. A transição justa também significa garantir que as comunidades que são mais vulneráveis aos impactos da mudança climática, como as comunidades costeiras ou as comunidades indígenas e as economias em desenvolvimento sejam protegidas e apoiadas.

2. Ação sindical e a origem do conceito “*just transition*”

2.1. A evolução da ação sindical e o seu impacto na legislação ambiental.

A sustentabilidade social e ambiental emergiu nas últimas duas décadas como um tópico transnacional de grande relevância para o movimento sindical internacional. De fato, a transição para uma economia ecologicamente responsável terá um impacto direto no mercado de trabalho, criando significativas oportunidades econômicas, mas também eliminando outras atividades laborais com um efeito negativo em várias atividades.

Os atuais programas de transição econômica que estão sendo implementados em muitos países³, são frutos de negociações e discussões que iniciaram formalmente com a Convenção de Estocolmo nos anos 70 e que levaram a comunidade internacional a uma efetiva conscientização da necessidade de proteger o meio ambiente, não apenas através das próprias legislações internas, mas através de uma ação global, planejada e compartilhada por todos os principais atores da economia internacional⁴. Neste atual contexto de maior preocupação com as evidentes mudanças no clima, que está levando à implementação de políticas ambientais mais restritivas, e com a conscientização de que é necessária uma grande transformação estrutural da economia para a tutela do meio ambiente, a comunidade internacional está revendo e reformulando as suas próprias leis internas para poder atender aos critérios definidos pelos países membros nas Conferências das Partes (COP)⁵.

Os sindicatos atuam ativamente na discussão desde o seu início buscando influenciar a elaboração de políticas para a sustentabilidade social e ambiental, participando de negociações, convenções internacionais e campanhas públicas tendo como principal objetivo o de tutelar os interesses dos trabalhadores e reduzir os impactos ambientais das atividades laborais. Todavia, apesar do movimento sindical ser um importante interlocutor em matéria de direito ambiental, ainda hoje a sua atuação em matéria climática é pouco conhecida. Podemos citar como

³ Um exemplo é o Pacto ecológico europeu que tem o objetivo de implementar medidas ambiciosas para a redução das emissões de monóxido de carbono. Para aprofundar sobre esse tema acesse o link: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwic4ayt5YeEAXcavEDHZ1QDbEQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fcommission%2Fpresscorner%2Fapi%2Ffiles%2Fattachment%2F869826%2FEFGD_brochure_PT.pdf.pdf&usg=AOvVaw3zY7aX-PlfHhHeRwnb2UDx&opi=89978449.

⁴As políticas internacionais em matéria ambiental principalmente no âmbito das COPs não são elaboradas apenas pelos governos dos países membros e por organizações internacionais como ONU, participam ainda destes importantes encontros anuais entes não governamentais como empresas e sindicatos.

⁵ A Conferência das Partes (COP – Conference of the Parties) é o principal órgão da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotada em 1992. É uma associação de todos os países membros (ou “Partes”) signatários da Convenção, que, após sua ratificação em 1994, passaram a se reunir anualmente a partir de 1995, por um período de duas semanas, para avaliar a situação das mudanças climáticas no planeta e propor mecanismos a fim de garantir a efetividade da Convenção. A COP28 contou com a participação de 197 países-membros e a União Europeia, sendo estes os 193 países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) mais cinco territórios.

principais representantes dos trabalhadores no contexto internacional a Confederação Internacional de Sindicatos (ITUC) e seu antecessor (anterior a 2006) a Confederação Internacional de Sindicatos Livres (ICFTU).

O movimento sindical internacional desenvolveu sua política climática em um contexto complexo, influenciado por disputas políticas internas nos sindicatos, estratégias de coalizão contrastantes dentro do ambiente institucional da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)⁶. Não obstante, as políticas de mitigação das mudanças climáticas evoluíram como resultado dessas influências heterogêneas.

O envolvimento da ICFTU (Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres) com políticas ambientais remonta à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento iniciou formalmente em 1992 no Rio de Janeiro, quando a Agenda 21, adotada na conferência, reconheceu os sindicatos como um dos nove grupos fundamentais para a tomada de decisão sobre o desenvolvimento sustentável, tornando obrigatória a participação dos sindicatos nas convenções⁷. Tal reconhecimento configura uma fonte crucial de legitimidade para sindicatos internacionais, dando-lhes a possibilidade de representar os interesses dos trabalhadores em negociações multilaterais em âmbito global⁸.

Durante a fase inicial da formulação de políticas climáticas internacionais na década de 1990, em particular no “*Earth Summit – Rio 1992*” as políticas internas e a estrutura organizacional do movimento sindical internacional limitaram sua capacidade de se posicionar sobre políticas climáticas, por causa da tradição de tomada de decisão consensual das centrais sindicais internacionais. As centrais afiliadas, com foco na defesa dos interesses de seus membros nas indústrias de carbono intensivo, exercitaram uma influência desproporcional e

⁶ As políticas ambientais das federações sindicais internacionais foram caracterizadas por tensões e conflitos. Desacordos entre as filiadas centrais, fundamentados em diferentes interesses setoriais e entendimentos sobre o papel dos sindicatos na sociedade, levaram a um impasse interno durante a fase inicial do envolvimento dos sindicatos com as mudanças climáticas. Não foi até a fundação da ITUC e a discussão sobre um acordo de acompanhamento ao Protocolo de Kyoto que o movimento sindical internacional se engajou de forma mais proativa com as políticas climáticas, indo além da reiteração da dicotomia entre empregos e meio ambiente.

⁷ Os sindicatos inicialmente tinham apenas o status de “observador” nas reuniões da UNFCCC, ao contrário das empresas e das ONGs ambientais, que foram reconhecidas desde o início como constituintes oficiais. O status de constituinte oficial foi concedido aos sindicatos em 2008, com a ITUC atuando como ponto focal do grupo constituinte e como intermediária com o secretariado da UNFCCC. Tal status permite ao seu titular fazer uso da palavra durante as sessões plenárias, receber informações técnicas e facilitar o acesso às instalações das reuniões da COP. Antes de conceder o status de constituinte, a UNFCCC definiu suas expectativas, mencionando, entre outras, a apresentação de contribuições consolidadas e coordenadas pelos sindicatos e a participação regular nas sessões (veja a carta da UNFCCC de 2007).

⁸ A participação obrigatória nas reuniões da COP fortaleceu as delegações do ITUC que propuseram que as delegações sindicais participantes as reuniões fossem estruturadas como reflexo da estrutura política das conferências da UNFCCC, por exemplo, sendo comandadas pela liderança sindical do país anfitrião, juntamente com a liderança do ITUC.

obstruíram o desenvolvimento de estratégias climáticas abrangidas pela liderança sindical internacional até a adoção do Protocolo de Kyoto em 1997.

No entanto, durante o debate sobre um acordo continuidade ao Protocolo de Kyoto na segunda metade da década de 2000, o realinhamento interno e a criação de órgãos sindicais específicos permitiram que o movimento sindical internacional se afastasse das rotinas organizacionais anteriores e desenvolvesse políticas climáticas mais proativas, inaugurando dessa forma uma nova fase da ação no contexto ambiental.

A participação dos sindicatos nas reuniões da COP foi e é determinante para que haja um engajamento e uma efetiva participação na elaboração das políticas climáticas. Durante as reuniões da COP, o ITUC e os demais afiliados participam das sessões plenárias formais da UNFCCC, integram os comitês, conduzem reuniões bilaterais com delegações governamentais e organizam eventos paralelos, como conferências e painéis.

A presença sindical nas reuniões da COP aumentou numericamente e geograficamente ao longo do tempo, incluindo cada vez mais sindicatos de países em desenvolvimento. Em 2000, a delegação sindical na COP em Haia, na Holanda, contava com apenas 15 membros, todos de países desenvolvidos, como EUA, Espanha, Alemanha, Noruega e Holanda. Esse fato refletia, sem deixar margem a dúvidas, a exclusão tácita dos países com economias em desenvolvimento de regiões como África, América Latina e Ásia-Pacífico nas negociações climáticas iniciais, que permaneceram por muitos anos sub-representados⁹.

2.2. A ação sindical para a introdução do conceito de justiça social no processo de transição ecológica.

A ação sindical junto aos governos nacionais e ao secretariado da UNFCCC concentrou-se cada vez mais na incorporação do conceito de transição justa (“*just transition*”) às políticas climáticas internacionais. Desde então, tal conceito foi adotado pelos governos nacionais de acordo com seus interesses e prioridades. A adaptabilidade de tal conceito aos diversos interesses das várias categorias de trabalhadores e empresas, reflete in modo claro o

⁹ Para aprofundar o tema se reenvia ao relatório da ICFTU “Representation by trade unions at COP 6”, de 18 outubro de 2000. Esta situação começou mudar gradualmente a partir da reunião da COP em 2007, em Bali, Indonésia, onde a delegação sindical contava com 91 membros. Na COP de 2009 em Copenhague, a delegação sindical saltou para 290 participantes registrados, enquanto 173 participaram da COP de 2010 realizada em Cancún, México. O aumento dos participantes de países com economias em desenvolvimento se deve ao fato que o ITUC, em conjunto com sindicatos de países desenvolvidos, mobilizou o financiamento para cobrir os custos de viagem de delegados de países em desenvolvimento, como testemunhado na COP de Copenhague em 2009, onde várias siglas sindicais afiliadas da ITUC, incluindo o Congresso Sindical Britânico e a Confederação Dinamarquesa dos Sindicatos, apoiaram financeiramente a participação de sindicatos de países em desenvolvimento.

amadurecimento da ação sindical no contexto ambiental, confirmado o seu grande potencial de adaptação aos interesses sociais podendo responder rapidamente à evolução das preocupações com relação aos problemas climáticos¹⁰.

O conceito de “just transition”¹¹ foi introduzido no contexto internacional durante a COP de 2000, em Haia, onde a ICFTU (Confederação Internacional de Sindicatos Livres) defendeu uma “transição social e trabalhista” para evitar conflitos entre ocupação e meio ambiente: a transição ecológica deveria necessariamente considerar fatores como a formação, o reemprego, a indenização ou outras formas de auxílio contínuo para as categorias de trabalhadores mais afetadas¹². A pressão sindical pela referência ao conceito de uma transição justa como um dos princípios basilares da transição ecológica, causou um impasse nas discussões políticas pois o apoio dos trabalhadores e dos sindicatos às medidas para tutelar o meio ambiente não se concretizaria a menos que fossem implementados programas para mitigar os impactos da transição ecológica sobre a ocupação¹³.

Em 2007, a ITUC (Confederação Internacional de Sindicatos) – mudando o entendimento até então prevalente – adotou uma declaração pedindo explicitamente a adoção de metas para redução de emissões com base nas recomendações do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change). Além de enfatizar a necessidade de um “processo de transição justo”, o documento também destacou a necessidade de uma ação climática ambiciosa: um forte compromisso para a redução das emissões de gases de efeito estufa.

Essa mudança de posição da ITUC é significativa, pois representa o reconhecimento de que a proteção ambiental e a geração de empregos podem coexistir, reforçando a importância de uma ação climática decisiva.

Nesta ótica foram desenvolvidos os cinco pilares de uma transição justa para uma economia descarbonizada: (i) apoio governativo aos trabalhadores afetados negativamente pela

¹⁰ O inserimento do conceito de “*just transition*” nas discussões internacionais sobre os problemas climáticos foi o compromisso que levou a uma maior participação não apenas dos sindicatos, mas também de governos as quais economias dependem principalmente de combustíveis fósseis, como será ilustrado, foi justamente a maleabilidade da noção de transição justa que deu o impulso necessário para a ativação de políticas ambientais mais restritivas e com maior impacto nas economias locais e na ocupação.

¹¹ O conceito de “transição justa” remonta aos debates sindicais nos Estados Unidos da América na década de 1970, que ao abordar o impacto potencialmente adverso das políticas ambientais sobre os trabalhadores de setores energéticos introduziu, no contexto da discussão sobre o clima, a necessidade de abordar questões de emprego.

¹² ICFTU, 2001 “Trade union statement to the COP 6 bis, Bonn, Germany”, 16-27 de julho de 2001.

¹³ Na segunda metade da década de 2000, em um contexto de crescente envolvimento dos sindicatos na UNFCCC e de realinhamentos internos após a fundação da ITUC, o movimento sindical internacional gradualmente reformulou a noção de transição justa como um apoio proativo à transição ecológica. O relatório conjunto de ICFTU, TUAC, ETUC de 2000. “Historic trade union event at world climate change meeting”, 20 de novembro de 2000, detalha como os sindicatos chegaram a esse consenso após longas discussões.

descarbonização, (ii) planejamento do processo de transição, (iii) a importância do diálogo social, (iv) o treinamento e reciclagem dos trabalhadores e (v) a definição de novos e específicos esquemas de proteção social¹⁴.

O conceito de transição justa e seus cinco pilares, conforme moldado pelo movimento sindical internacional, parece se adequar principalmente aos países desenvolvidos com esquemas de proteção social e instituições de diálogo social estabelecidas, nas quais as autoridades públicas reconhecem os sindicatos como interlocutores legítimos, deixando à margem a maior parte da realidade trabalhista global¹⁵.

A noção de transição justa foi incluída pela primeira vez no processo da UNFCCC em 2009, quando o texto oficial de negociação apresentado no período que antecedeu a cúpula de Copenhague mencionou a necessidade de uma "transição justa da força de trabalho" e de uma "transição gradual e justa nos setores econômicos mais impactados", ou seja, aqueles que provavelmente serão afetados negativamente pelas políticas de redução de emissões.

A partir de então o conceito de "justa transição ecológica" passou a ser inserido em todos os principais documentos relativos às políticas ambientais internacionais¹⁶: em 2010 na reunião da COP em Cancun, uma referência à necessidade de garantir "uma transição justa da força de trabalho que crie trabalho decente e empregos de qualidade" foi incluída na "visão compartilhada" para um futuro acordo climático global¹⁷; o preâmbulo não vinculativo do acordo de Paris¹⁸ de 2015 menciona a necessidade de levar "em conta os imperativos de uma transição justa da força de trabalho e a criação de trabalho decente e empregos de qualidade"¹⁹.

¹⁴ Os cinco pilares da transição justa foram delineados durante as reuniões preparatórias para a COP15 em Copenhague em 2009, para aprofundar o argumento veja o relatório ETUC 2009 disponível no arquivo do site: www.etuc.com.

¹⁵ É importante notar que os sindicatos internacionais que tendem a considerar a formação de políticas ambientais têm e que sustentam que a transição justa deva ser baseada apenas sob a ótica das relações industriais colaborativas não refletem as realidades nacionais em muitos países em desenvolvimento principalmente na América do Sul onde o sindicalismo é ainda marcado diversas situações contenciosas e pela violência política ou nos continentes africano e asiático onde (por diferentes motivos) as dinâmicas de relações industriais são ainda embrionárias ou inexistentes.

¹⁶ Em 2015 a OIT publica "Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all." disponível no link http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_emp/—emp_ent/documents/publication/wcms_432859.pdf, demonstrando como o conceito de "just transition" era já sedimentado no cenário internacional.

¹⁷ Sobre o tema veja o relatório da UNFCCC de 2010. "Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention". UN Doc No. FCCC/CP/2010/7/Add.1.

¹⁸ A ITUC considerou a inclusão da transição justa no preâmbulo do Acordo de Paris um grande sucesso para seus esforços de lobby, embora preferisse ter visto um compromisso explícito no corpo principal do acordo (ITUC 2015).

¹⁹ Para compreender a profundidade das discussões e a importância dos acordos alcançados é fundamental a leitura do relatório da UNFCCC de 2015. "Adoption of the Paris Agreement. Twenty-first session of the Conference of the Parties". UN Doc No. FCCC/CP/2015/L9/Rev.1.

Recentemente em 2023 na Convenção das Partes em Dubai os países membros, sem alguma dissidência, concordaram que essa transição ecológica deve ser justa e equitativa, especialmente para os países em desenvolvimento e para as comunidades dependentes de combustíveis fósseis²⁰.

Sob tal ótica, foi aprovado o primeiro “Just Transition Work Program” (JTWP) da UNFCCC que estabelece cinco prioridades: (i) *Caminhos de transição justa*, ou seja, a importância de desenvolver e compartilhar estratégias justas que levem em conta as dimensões socioeconômicas, de mão de obra e outras e ajudem a sistematizar ações evitando interrupções, identificando barreiras e aproveitando oportunidades; (ii) *Adaptação e resiliência*: destaca a importância de fornecer proteção social para trabalhadores e comunidades afetadas por eventos extremos e de início lento; (iii) *Transições da força de trabalho*: enfatiza a importância do “trabalho decente e empregos de qualidade de acordo com as prioridades de desenvolvimento definidas nacionalmente”, destacando a necessidade de promover os direitos trabalhistas. (iv) *Inclusão e participação*: destaca a necessidade de uma participação significativa de trabalhadores, comunidades locais e povos indígenas, micro, pequenas e médias empresas, consumidores e, em todos eles, mulheres e jovens; (v) *Cooperação internacional*: aponta para a cooperação internacional como um facilitador de ações futuras, destacando as oportunidades, os desafios e as barreiras relacionadas ao desenvolvimento sustentável e à erradicação da pobreza²¹.

É importante observar que o sucesso do conceito de transição justa na política climática e a sua centralidade na discussão dos problemas sociais causados pela transição ecológica não se deve apenas por ter permitido que as diferentes abordagens dentro do movimento sindical internacional fossem unidas, mas também ao fato de que ele ressoou com as prioridades e os interesses de vários governos nacionais.

3. A transição ecológica nos contratos coletivos

A importância da ação dos sindicatos na transição ecológica é evidente, assim como deve ser essencial o papel de acordos e contratos coletivos que devem permitir que empresas e trabalhadores disponham dos canais necessários para participarem ativamente aos esforços para concretizar os objetivos de combate à poluição.

²⁰ Para acessar todos os documentos relativos à COP28 veja o link: <https://www.cop28.com/en/cop28-gender-responsive-just-transitions-and-climate-action-partnership>

²¹ O texto integral do programa está disponível on-line: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2023_L14_adv.pdf

Os sistemas nacionais e internacionais de relações trabalhistas e da autonomia das partes sociais desenvolvem um papel fundamental na decisão do sistema produtivo de uma ou mais empresas e as questões relativas à transição verde devem ser objeto de uma maior atenção por parte da negociação coletiva nos níveis apropriados, a melhor e mais eficaz forma de promover a transição verde é dar impulso a negociação coletiva “verde” em todos os níveis.

As partes sociais devem promover a inclusão de disposições ambientais específicas através da negociação coletiva e de acordos coletivos em todos os níveis, como forma concreta de facilitar a cooperação entre organizações de empregadores e trabalhadores e incentivar as empresas a cumprirem as regulamentações ambientais.²²

Através da negociação coletiva, é possível adotar uma abordagem personalizada para uma transição justa que considere as necessidades dos trabalhadores e empregadores a nível da fábrica, empresa e setor, mesmo em âmbito nacional ou internacional. Uma vez que os acordos coletivos sejam eficazes, os compromissos ambientais assumidos na negociação coletiva tornam-se cláusulas obrigatórias, que, em caso de descumprimento, podem ser impugnadas nos tribunais de acordo com as legislações nacionais ou mesmo nas cortes internacionais (como a Corte de Justiça Europeia ou o Tribunal Justiça Internacional).

As partes sociais desempenham, de fato, um papel fundamental no apoio à qualificação e às transições profissionais em todos os tempos. Durante toda a história industrial foram celebrados acordos coletivos para apoiar os trabalhadores durante as transições no mercado de trabalho, garantindo salários e condições de trabalho decentes, formação profissional e políticas ativas no mercado de trabalho.

Com as transições ecológica e digital os sistemas de relações industriais em todo o mundo estão enfrentando novos temas e novas dificuldades na procura de um equilíbrio entre as tutelas devidas aos trabalhadores e os objetivos de produção das empresas. Os temas mais frequentes encontrados nos acordos coletivos em relação à transição ecológica incluem saúde e segurança no trabalho, trabalho híbrido e teletrabalho, prevenção das alterações climáticas e cumprimento da legislação ambiental.

Apesar da importância da transição justa, o Relatório do Diálogo Social da OIT de 2022 (Collective bargaining for an inclusive, sustainable and resilient recovery)²³ denuncia que menos de um quarto (23%) dos acordos analisados abordam aspectos ambientais. Outra

²² Tal conceito é claramente delineado no Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all da OIT, veja nota n.15.

²³ Texto integral disponível no link: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_842807.pdf

particularidade evidenciada é que embora as cláusulas que tratam de aspectos ambientais sejam mais comuns em acordos firmados em países de alta renda, particularmente na Europa, também pode ser encontradas em outras regiões.

Em maio de 2023 o Comitê Econômico e Social Europeu publicou um parecer relativo à negociação coletiva ecológica²⁴, suas boas práticas e perspectivas futuras, segundo o qual a cooperação estreita entre empregadores e trabalhadores é essencial para garantir a organização eficiente das atividades de produção industrial e para equipar a força de trabalho com qualificações verdes e digitais.

Segundo o parecer do Comitê, levando em consideração os diferentes sistemas de relações de trabalho, pode-se considerar necessário promover os direitos de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores sobre as políticas da empresa com relação a adaptação às alterações climáticas, em conformidade com as regras e práticas nacionais. Para tanto, os representantes dos trabalhadores em geral devem ter acesso às informações necessárias para negociar acordos coletivos que abordem questões ambientais, como as emissões de gases de efeito estufa, o uso de recursos naturais e a gestão de resíduos etc., e devem poder consultar as empresas sobre as políticas e planos ambientais por estas atuados.

Grande importância é dada a formação dos representantes dos trabalhadores em matéria ambiental, estes devem ter acesso a treinamento e informações relativas a questões ambientais, para que possam participar de forma segura e eficaz nas negociações coletivas. Segundo o Comitê Europeu a formação dos representantes dos trabalhadores deve cobrir temas como as causas e os impactos das mudanças climáticas, as melhores práticas ambientais e os direitos dos trabalhadores em matéria de meio ambiente.

O parecer prossegue recomendando que contratos coletivos passem a incluir cláusulas que incentivem o envolvimento ativo e contínuo dos trabalhadores nas questões ambientais e, no caso de empresas de diferentes setores que tenham adquirido certificação ambiental em conformidade com a norma ISO 14001 ou o EMAS, devem ser inseridos nos comitês em matéria ambiental. Ademais o órgão europeu recomenda sejam previstas nos acordos coletivos cláusulas de inclusão de trabalhadores processo decisório das questões ambientais garantindo lhes um papel ativo na implementação de políticas e práticas ambientais

Por fim, sempre que possível, o Comitê incentiva a criação de organismos paritários específicos em matéria de ambiente, ou a assunção por parte do comitê de saúde e segurança, de competências em âmbito ambiental e da transição ecológica. As empresas podem criar

²⁴ Texto integral em português está disponível no link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022AE6018>

comitês específicos para abordar questões ambientais, ou podem delegar essas responsabilidades aos comitês de segurança e saúde. Esta medida pode contribuir para que as questões ambientais sejam tratadas de forma holística e, também, para que os trabalhadores tenham um papel na tomada de decisões sobre essas questões.

Estas são apenas algumas medidas que podem ser tomadas para promover a negociação coletiva verde. A eficácia específica de tais ações dependerão das circunstâncias peculiares das relações industriais de cada país ou região.

4. Conclusão

O processo de transformação ecológica que tem como objetivo a descarbonização da economia até 2050 é uma realidade que deverá ser enfrentada por todas as economias mundiais. Uma economia sustentável durante esse período de transição irá, irremediavelmente, gerar a perda de trabalhos e a extinção de algumas competências. Várias categorias como os minadores, os trabalhadores no setor da energia nuclear e da extração de petróleo estão passando por uma grande crise e irão perder grande parte de seus trabalhadores.

A economia “green” principalmente em relação ao setor energético, cria novas dificuldades que podem ser facilmente observadas na cadeia de valor da indústria energética, seja no início da cadeia – principalmente na mineração de urânio e lítio nos países em desenvolvimento – seja no final desta, ou seja nos processos de eliminação e reciclagem destes minérios.

No atual contexto dinâmico e ainda em estruturação de novas diretrizes, os sindicatos prontamente introduziram no debate internacional a importância da proteção dos direitos dos trabalhadores que devem ser considerados conjuntamente com a elaboração de novas políticas ambientais, ambos os problemas possuem a mesma raiz: é o trabalho do homem que modifica e causa danos ao meio ambiente e desta forma ambos os problemas devem ser resolvidos conjuntamente, de modo que a nova economia mundial seja sustentável em um sentido mais amplo que abranja além do ambiente o bem estar social. O conceito de *just transition* tem como objetivo exatamente ampliar a discussão ambiental levando-a para um contexto socio-ambiental.

A dificuldade e a lentidão do processo legislativo em um momento no qual é necessário que sejam todas decisões concretizadas em um breve ou médio prazo deixa grande margem para a atuação da contratação e negociação coletiva em todos os níveis, pois enquanto o acordo de fábrica tem a vantagem de analisar e encontrar soluções para problemas específicos a

contratação transnacional, por exemplo, pode delinear uma normativa ampla que poderá ser o referência para as relações industriais dos países interessados.

Cláusulas de responsabilidade social já estão sendo incluídas em muitos acordos coletivos de trabalho. Dessa forma, a negociação coletiva se torna um complemento ao “*green public procurement*” incluído na responsabilidade social. Como exemplo, o setor químico que na Europa é um pioneiro nesta matéria. A implementação do Pacto Verde Europeu exige um novo, específico, e homogêneo quadro de rotulagem que forneça informações econômicas e ecológicas relevantes para a tomada de decisão pública e privada²⁵.

Muito ainda deve ser feito e para que a questão ambiental entre como elemento necessário das negociações coletivas seja nas economias mais avançadas, seja nos países em desenvolvimento. O sindicalismo internacional interpreta um importante papel na defesa dos interesses dos trabalhadores e deve levar nos próximos anos a discussão da questão ambiental-social a realização de um plano equilibrado que possa ser compartilhado por Governos e partes sociais.

²⁵ Para maiores informações sobre a legislação europeia relativa a indústria química, acesse: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/chemicals/>

Bibliografia

- BLÜHDORN, I., “Myths of Empowerment and Ecologisation. On the Rematerialisation of post-materialist Politics.” ECPR, Joint Sessions, Copenhagen: 14–19, 2019. Disponível online: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/e51d15b9-5df7-4f96-9b47-7af85091dfd0.pdf>
- CAREW, A., ‘A false dawn: the World Federation of Trade Unions (1945–1949)’. In *The International Confederation of Free Trade Unions: A History of the Organization and Its Precursors*. Bern: Peter Lang, pp. 165–84, 2000.
- GALGOCZI, B., Decarbonisation, labour market change and just transition in "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali " 179/2023, pp 323-338, DOI: 10.3280/GDL2023-179002.
- GALGÓCZI, B., Just transition on the ground: Challenges and opportunities for social dialogue. *Eur. J. Ind. Relations* 26 (4), 367–382, 2020.
- GODARD, John, The exceptional decline of the American labor movement. *ILR Rev.*63 (1), 82–108, 2009.
- GOUGH, C., SHACKLEY, S., The respectable politics of climate change: the epistemic communities and NGOs. *Int. Affairs* 77 (2), 329–346, 2001.
- GUMBRELL-MCCORMICK, R., Hyman, R., *Trade Unions in Western Europe: Hard Times, Hard Choices*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GUMBRELL-MCCORMICK, R., The International Trade Union Confederation: From two (or more?) identities to one. *British J. Ind. Relations* 51 (2), 240–263, 2013.
- HAMPTON, P., *Workers and Trade Unions for Climate Solidarity: Tackling Climate Change in a Neoliberal World*. Routledge, London, 2015.
- HAMPTON, P., *Workers and Trade Unions for Climate Solidarity: Tackling Climate Change in a Neoliberal World*. Routledge, London, 2001.
- HERBERG, J., Haas, T., OPPOLD, D., von Schneidemesser, D., A collaborative transformation beyond coal and cars? Co-creation and corporatism in the German energy and mobility transitions. *Sustainability* 12 (8), 3278–3298, 2020.
- HYDE, Allen, VACHON, T.E., Running with or against the treadmill? Labor unions, institutional contexts, and greenhouse gas emissions in a comparative perspective. *Environ. Sociol.* 5 (3), 269–282, 2019.
- HYMAN, R., *Understanding European Trade Unionism: Between Market, Class and Society*. SAGE, London, 2001.
- HYMAN, R., *Understanding European Trade Unionism: Between Market, Class and Society*. SAGE, London, 2001.
- HYMAN, Richard, Shifting dynamics in international trade unionism: agitation, organisation, bureaucracy, diplomacy. *Labor History* 46 (2), 137–154, 2005.
- NICK ROBINS, COP28: The irresistible rise of the just transition, 19 December, 2023, the Grantham Research Institute at London School of Economics <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/cop28-the-irresistible-rise-of-the-just-transition/>
- SILVERMAN, Victor, Green unions in a grey world. *Labor environmentalism and international institutions. Org. Environ.* 19 (2), 191–213, 2006.
- THOMPSON, E. P., *A Formação da Classe Operaria Inglesa, Paz e Terra*, 1968.
- TIZIANO TREU, Just transition: indicazioni europee e responsabilità italiane, "Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Rivista trimestrale" 3/2023, pp. 441-468, doi: 10.3241/108402, 2023.

WEBER, H. Politics of ‘leaving no one behind’: Contesting the 2030 Sustainable Development Goals agenda. *Globalizations* 2017, 14, 399–414, 2017.

SNOW, D.A., BENFORD, R.D., MCCAMMON, H.J., Hewitt, L., Fitzgerald, S., The emergence, development, and future of the framing perspective. *Mobilization: Int. Q.* 19 (1), 23–46, 2014.

Como Citar este Artigo

ABNT

RAMIA MUNERATI, Ligia. Just Transition: a nova fronteira das relações industriais. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, TRT 9ª Região Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e59, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.59. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/59>.

APA

Ramia Munerati, L. (2024). Just Transition: a nova fronteira das relações industriais. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e59. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.59>

GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E AS NOVAS CONJUNTURAS LABORAIS: O DIREITO INTERNACIONAL ENQUANTO PROTETOR DO TRABALHO DECENTE

ECONOMIC GLOBALIZATION AND THE NEW CONJUNCTURES OF WORK:

INTERNATIONAL LAW AS A PROTECTOR OF DECENT WORK

Luís Alexandre Carta Winter¹

<https://orcid.org/0000-0002-0116-6155>

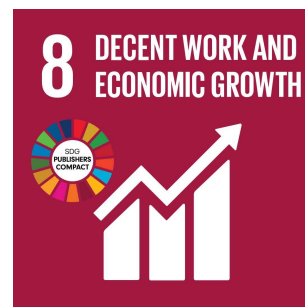
Amanda Carolina Buttendorff R. Beckers²

<https://orcid.org/0000-0001-7947-2139>

RESUMO

O presente trabalho partiu da premissa de que não mais se pode vislumbrar o direito do trabalho como outrora, isso porque o trabalho decente é ferramental para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Direitos Humanos como saúde, moradia, saneamento, liberdade não podem ser materializados e usufruídos pelo cidadão, sem uma adequada distribuição de renda. O cidadão incluído no mercado de trabalho, que tenha seus direitos trabalhistas respeitados vida, um saudável ambiente laboral, e uma remuneração adequada, consegue implementar mais direitos fundamentais para si e os seus. Como problematização, buscou-se investigar a questão da globalização econômica e seus reflexos no direito do trabalho, para compreender de que forma o direito internacional pode ser um ferramental de salvaguarda do conceito de trabalho decente frente aos novos desafios globais. Metodologicamente a pesquisa teve de caráter qualitativo. Optou-se pelo método hipotético-dedutivo, com método de procedimento, histórico comparativo e método jurídico, sistemático, e sociológico. Em um olhar de que não se pode mais compreender a proteção ao direito do trabalho como papel dos Estados, vez que os problemas mitigatórios do trabalho decente, contemporaneamente, muitas vezes são de cunho internacional, decorrentes da globalização econômica.

Palavras-Chave: Globalização Econômica; Trabalho Decente; Direito Internacional..



¹ Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984), Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988), Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001) e Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação, na pós *lato sensu* e no *strito sensu*, no mestrado (PPGD e PPGDH (este último até 2021) e doutorado (PPGD). Consultor jurídico, atuando principalmente nos seguintes temas e áreas: contratos; integração regional; Mercosul; relações internacionais; direito marítimo; direitos humanos; direito humanitário; legislação aduaneira; direito internacional econômico e direito internacional. Coordenador do NEADI -Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável (www.neadi.com.br). Membro de Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná. Membro da Comissão de Direito Internacional da OABPR

² Advogada. Doutora em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela PUCPR. Especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais pela PUCPR. Especialista em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Uninter. Bacharel em Direito pela PUCPR. Professora do Curso de Direito da Uniandrade. Pesquisadora do NEADI: Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável da PUCPR. Membro da Comissão do Pacto Global da ONU da OABPR.

ABSTRACT

The present work started from the premise that it is no longer possible to envision labor law as it once did, because decent work is a tool for the realization of the dignity of the human person. Human rights such as health, housing, sanitation, freedom cannot be materialized and enjoyed by citizens without an adequate distribution of income. Citizens included in the labor market, who have their labor rights respected, a healthy work environment, and adequate remuneration, are able to implement more fundamental rights for themselves and their loved ones. As a problematization, we sought to investigate the issue of economic globalization and its reflections on labor law, in order to understand how international law can be a tool to safeguard the concept of decent work in the face of new global challenges. The hypothetical-deductive method was chosen, with a procedural method, comparative history and a legal, systematic, and sociological method. From a point of view that it is no longer possible to understand the protection of labor law as a role of the States, since the mitigating problems of decent work, contemporaneously, are often of an international nature, resulting from economic globalization.

Key-Words: Economic Globalization; Decent Work; International Right.

1. INTRODUÇÃO

É com base em sua propositura de um Estado voltado à função de existir e estreitamente ligada a uma regra social fundamentada, elemento unificador da sociedade, que se vislumbra a necessidade da integração regional entre os Estados e implementação de políticas públicas em direitos humanos, voltadas para áreas de demanda social, coadunando-se com o ideário de que os direitos não nascem postos, mas são conquistados por meio de lutas sociais.

A definição de função do Estado pautada pela realidade social nunca se mostrou tão atual e necessária. O estudo da natureza sociológica do fenômeno jurídico passou de perfumaria propedêutica à premissa basilar das mais diversas situações com impacto no mundo jurídico. Não tem sido diferente no que concerne aos direitos humanos.

Nesta esteira, galgado pela premissa de que desenvolvimento econômico só se alcança com desenvolvimento social e respeito aos direitos humanos. A postura firme dos organismos internacionais quanto ao assunto e a crescente necessidade de integração regional dos Estados, com o fito inicial de reformular suas políticas econômicas, trouxe à tona a teoria do direito ao desenvolvimento como premissa para a tão almejada reestruturação e integração.

Os recursos naturais vêm sendo utilizados pelo ser humano como se fossem infinitos. Desde a Revolução Industrial o meio ambiente vem sendo utilizado de forma irracional pelo homem. O período pós Segunda-Guerra Mundial trouxe verdadeira revolução no que tange ao modo como os Estados se portavam diante das demandas transindividuais, aí inseridos os direitos humanos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesta esteira, tomou corpo o fenômeno da internacionalização destes direitos de preocupação global.

Com o advento de um novo cenário mundial, galgado pela globalização, pela reconstrução do modelo de Estado e pela internacionalização de direitos de interesse global, a temática do meio ambiente se mostrou cada vez mais latente no cenário internacional. A preocupação com os impactos da referida globalização começou a ganhar destaque em meados do século passado, quando os impactos do *boom* industrial e da total despreocupação governamental com o meio ambiente impactaram o mundo.

Não mais se pode vislumbrar o direito do trabalho como outrora, isso porque o trabalho decente é ferramental para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Direitos Humanos como saúde, moradia, saneamento, liberdade não podem ser materializados e usufruídos pelo cidadão, sem uma adequada distribuição de renda.

Sem qualquer intenção de mitigar a importância de políticas públicas de distribuição de renda, em regra é o trabalho que proporcionam a renda para maciça maioria dos cidadãos. Assim dignas condições de trabalho com remuneração correspondente - ou seja trabalho decente – é importante ferramental da dignidade da pessoa humana, afinal não existe Direito Humano efetivo sem política pública correspondente que o torne aplicável.

O cidadão incluído no mercado de trabalho, que tenha seus direitos trabalhistas respeitados, via um saudável ambiente laboral, e uma remuneração adequada, consegue implementar mais direitos fundamentais para si e os seus. Uma vez implementados tais direitos por via da própria renda gerada pelo cidadão temos dois fatores importantíssimos ao desenvolvimento econômico.

O primeiro é que podendo suprir necessidades básicas através do seu da sua remuneração esse cidadão trará menos despesa ao poder público no tocante à necessidade de participação de programas sociais, e também de acesso a saúde decorrente de doenças ocasionadas por falta de estruturas básicas, economia ao estado que poderá redirecionar tal verba a outras demandas.

O segundo é que a cadeia produtiva está intimamente ligada a cadeia de consumo logo cidadão que oferece renda mediante o trabalho, e com ela supre suas necessidades básicas, proporcionando assim e sua família dignidade, mas acesso a cadeia de consumo a bens e serviços, proporcionando assim giro na economia.

A questão a ser respondida é se investigar a questão da globalização econômica e seus reflexos no direito do trabalho, para compreender de que forma o direito internacional pode ser um ferramental de salvaguarda do conceito de trabalho decente frente aos novos desafios globais.

Neste contexto, o presente estudo, que teve como método de procedimento, histórico comparativo. No que tange à escolha do método jurídico, utilizar-se-ão os métodos sistemático, que compreende o direito como um sistema complexo e o método sociológico, que parte da premissa de que o direito é um fenômeno cultural, verdadeiro processo que se desenvolve no tempo e no espaço – o que de fato se verifica na temática do presente trabalho, eis que o mundo do trabalho e a globalização econômica são produtos da atualização econômica, jurídica e política.

No que tange às técnicas de pesquisa, inicialmente será realizada uma pesquisa de natureza exploratória, visando o levantamento de informações sobre o objeto estudado, delimitando assim o campo de trabalho. Será realizada, então, pesquisa bibliográfica e documental, eis que o estudo analisará também tratados internacionais; decisões e documentos públicos, como atas, decisões, sentenças, etc. dos organismos internacionais.

2. DIREITOS SOCIAIS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O ponto de partida da presente tese é de que os direitos humanos – aí inserido o que mais adiante se conceituará como direito humano ao trabalho decente – são frutos de lutas sociais, não sendo postos, mas decorrentes de um processo de construção de acordo com a realidade social (Lafer, 1988, p.134), assim como defendido por Hanna Arendt.

Toma-se como base a modificação paradigmática da função de Estado proposta por Leon Deguit (2009, p.75), que trouxe uma nova concepção de Estado, pautada pela realidade social que até hoje se mostra atual, voltado para a natureza sociológica do fenômeno jurídico, afastando, assim, uma distância por décadas imposta por parte da doutrina do direito, para com as demais ciências sociais.

É com base em sua propositura de um Estado voltado à função de existir e estreitamente ligada a uma regra social fundamentada, elemento unificador da sociedade, que se vislumbra a necessidade da integração entre os Estados e os organismos internacionais para a implementação de políticas públicas em direitos humanos, voltadas para áreas de demanda social.

Parte-se da premissa de que os Direitos Humanos – reafirmando a já esposada tese de Norberto Bobbio (1992, p. 32) de que são um constructo, de que “os Direitos Humanos voltam ao domínio do agir humano, de modo que se compreenda que eles são efetivamente construídos e desconstruídos, reconhecidos e negados, efetivados e violados na dialética da história” (Souza Júnior, Escrivão Filho, 2016, p. 31).

Há que se partir da ideia levantada por Hannah Arendt (de que ‘os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer’, tratando-se, pois, de uma construção humana, que surge pela necessidade temporal de cada direito, tratando-se de um eterno processo de construção e reconstrução. Nesta medida, Norberto Bobbio (1992, p. 25) esclarece que desde então, “o maior problema dos direitos humanos hoje não é mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los”.

Neste sentido, “um direito dá suporte ao outro, à maneira de uma teia que encontra o seu fortalecimento não em um elemento específico autônomo, mas na exata medida dos diversos pontos de contato que se tornam, elemento essencial da sua estrutura de sustentação” (Souza Júnior, Escrivão Filho, 2016, p. 41).

Este conceito parte da premissa do caminho a ser percorrido para a construção dos Direitos Humanos, razão pela qual, em sendo um constructo, decorrente de lutas sociais, não pode ser encarado senão como um processo interdisciplinar. “A ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta, antes de serem reconhecidos como direitos”, conforme defende Ignacy Sachs (1998, p. 156).

Neste contexto, passou-se a observar a importância de uma atuação conjunta dos Estados quando o tema é a proteção dos direitos humanos. A necessidade de uma efetividade maior na salvaguarda de tais direitos passou a pontuar a discussão de que ser fazia necessário que não mais atuassem assincronamente, mas sim que buscassem a criação de mecanismos conjuntos de ação. “O Estado se acha integrado na comunidade internacional, e é missão nacional de cada povo que decide sua posição de equilíbrio na ordem da humanidade” (Meirelles, 1991, p. 48).

É preponderante o entendimento de que a proteção aos Direitos Humanos não é tema de competência somente dos estados, ou se adstringe a limites territoriais. Assim, levantou-se a discussão do conceito de soberania, entendendo-se que não é afetado pela atuação necessária de organismos internacionais, eis que a adesão dos Estados a tais organismos é voluntária e um verdadeiro ato de soberania nacional, transitando a concepção hobbesiana de soberania para a concepção kantiana de soberania galgada no conceito de soberania universal (Piovesan, 2023, p. 137). Ao mesmo tempo, impactou na concepção dos Direitos Humanos, como campo específico de política pública e como um enfoque a ser incorporado em políticas governamentais (Winter; Beckers, 2016, p. 14).

Com isso, ao aderir aos organismos internacionais e encampar suas políticas de proteção aos direitos humanos, houve uma transição do papel dos Estados, em serem então implementadores de ações para efetivar o disposto pelos citados órgãos e não somente em uma proteção positivista da letra dos tratados e convenções de direitos humanos. “A solidariedade da humanidade, pela relação e participação de suas necessidades e esforços e a unidade de origem e destino da espécie humana, exige que o bem a que se dirige a organização política seja compartilhado de certa maneira por todos os homens” (Meirelles, 1991, p. 48).

Como exemplo, tem-se a política de Estado do 39º presidente norte-americano Jimmy Carter, e sua modificação da concepção da política externa estadunidense - que passou a condicionar a política comercial à salvaguarda dos Direitos Humanos - quando questões econômicas e humanas, sociais e políticas tornaram-se cada vez mais interdependentes.

Há que se ponderar que as Organizações Internacionais, tidas como fenômeno da evolução das relações entre os Estados, cujo contorno se delineou no século XIX, e ganhou força ao término da Segunda Grande Guerra “tem por fundamento a impossibilidade de que Estados têm de conseguir realizar, sozinhos, alguns de seus objetivos comuns, o que os induz a organizarem-se dentro de um novo quadro” (Mazzuoli, 2015, p. 657-658), não significando, contudo a relativização do Estado-Nação mas sim, e tão-só, uma cooperação coordenada entre os Países.

2.2 PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE PARA O DESENVOLVIMENTO - O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

O trabalho decente em dignas condições é um poderoso instrumento socioeconômico de implementação de distribuição de renda e igualdade social. “A afirmação do valor-trabalho nas economias capitalistas ocidentais desenvolvidas despontou como um notável marco de estruturação da democracia social no mundo contemporâneo” (Delgado, 2009, p. 120).

Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Guy Ryder (2023) “as Normas Internacionais do Trabalho proporcionam uma base de eficácia comprovada para as respostas políticas centradas em uma recuperação sustentável e equitativa”.

Assim, há que se ponderar a necessária diferenciação conceitual entre crescimento e desenvolvimento. Abandonada há tempos a ideia de crescimento econômico a qualquer custo, os países têm buscado alcançar o desenvolvimento, que visa além de simples exponenciais numéricos, diversos fatores que doravante serão abordados. Já não subsiste dúvida de que “o conceito de desenvolvimento compreende a ideia de crescimento, superando-a” (Furtado, 1968,

p. 72). Conforme elucida Celso Furtado desenvolvimento inclui satisfazer as elites, mas também as necessidades elementares da população (dimensão social e humana).

Para o embasamento da presente tese, entende-se como desenvolvimento um conceito mais amplo ao de crescimento, este “uma condição necessária, mas de forma alguma suficiente, englobando as dimensões ética, política, social, ecológica, econômica, cultural e territorial, todas elas sistematicamente inter-relacionadas e formando um todo” (Sachs, 2008, p. 319). O conceito de desenvolvimento em voga ultrapassa os limites do crescimento econômico, superando tal conceito e albergando muitos outros elementos, exemplo dos fatores sociais e políticos.

O conceito de desenvolvimento varia no tempo e espaço. O desenvolvimento pressupõe crescimento econômico (bens e serviços produzidos sem depredação ambiental) mas não se limita a isso. Inclui o social, “conquista gradativa de igualdade de condições existenciais básicas mediante a efetivação generalizada dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais” (Hachem, 2013, p. 340-399), o político (aptidão para participação democrática) e deve ser sustentável.

A fim de demonstrar que desenvolvimento está relacionado a inclusão e oportunidades, colaciona-se a ilustração de Hachem (2013), que em pesquisa que analisou desenvolvimento e grau de satisfação dos direitos humanos fundamentais (alimentação adequada, moradia digna, trabalho decente e o mais alto grau possível de saúde), concluiu que: Estados com menor desigualdade de renda eram mais urbanizados, tinham menos pessoas miseráveis e marginalizadas. Como altos índices de satisfação de direitos sociais se relacionaram ao desenvolvimento elevado, o autor aponta que a garantia das liberdades, por si, não acarretará o desenvolvimento.

Já há entre os doutrinadores de direito internacional a compreensão de que a interpretação dos “Direitos Humanos, demanda que se recorra ao direito ao desenvolvimento, que por sua vez, demanda uma globalização ética e solidária, galgada na construção de um processo de liberdades reais” (Winter; Beckers, 2016, p. 14).

Flávia Piovesan esclarece que o termo ‘liberdades’ pode ser compreendido sinonimamente a uma “finalidade em si mesma e como o principal significado do desenvolvimento” (2003, p. 145). Tais finalidades têm função constitutiva – relacionada com a intrínseca importância da liberdade para a vida humana, e instrumental em relação ao desenvolvimento. “As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a subnutrição, a mortalidade evitável, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política e a proibição da censura” (Piovesan, id ibid).

No âmbito latino americano, destacam-se o Protocolo de Cartagena das Índias de Reforma da Carta da OEA assinado em 1985, que já dispunham sobre a importância do direito ao desenvolvimento dos partícipes, elencando que o atingimento de tal meta deveria se dar por meio da cooperação internacional, sendo dever dos organismos internacionais zelar por tal objetivo. O texto já preconizava que o “desenvolvimento é responsabilidade primordial de cada país” (Mello, 1996, p. 289).

Em 1986 adveio a Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento, documento que em seu texto reconhecia os obstáculos ao desenvolvimento como negação de liberdades e direitos, como verdadeiro impeditivo à realização dos cidadãos, deixando claro sua preocupação com a necessidade de um caminhar conjunto entre as políticas públicas de desenvolvimento e as de implementação de direitos humanos.

Assim, verifica-se pelo seu texto, que tem dentre seus objetivos dirimir “os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (ONU, 2023), o que tenciona fazer mediante o uso da cooperação interacional.

O texto do documento faz referência ao que seriam ‘obstáculos ao desenvolvimento’, ou a ‘completa realização dos seres humanos e dos povos’, o que surge em decorrência da negação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sendo necessário corrigir, ou ao menos minimizar tais entraves, eis que que “todos os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes” (ONU, 2023.).

Sobre o tema, a Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento dispõe sobre a responsabilidade de proteção e implementação do direito ao desenvolvimento, tendo-a como de caráter coletivo, e citando em seu artigo 2º que se trata de uma obrigação para com a comunidade ao desenvolvimento, sendo inclusive verdadeiro compromisso para com a comunidade, reafirmando o dever dos Estados na criação de políticas públicas adequadas ao objetivo.

Com o fito de operacionalizar seu teor, o texto pontua que os Estados, não somente tem o direito, mas principalmente o dever de formular políticas públicas voltadas para o desenvolvimento, haja vista o “pleno respeito aos princípios do direito internacional relativos às relações amistosas e cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas”. Assim, surge “o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento”.

Em 1993, com o advento da Declaração de Viena, o posicionamento já levantado pela Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento, de que o direito ao desenvolvimento é de suma importância para o mundo contemporâneo, é reforçado enquanto um “direito universal e inalienável, parte integral dos Direitos Humanos fundamentais” (ONU, 1993), sendo que em seu texto há estreita correlação entre os Direitos Humanos, o desenvolvimento e a democracia.

Diante disto, o tema do direito ao desenvolvimento tem sido reiteradamente pautado entre os organismos internacionais, que enfrentam a necessidade de defender o desenvolvimento humano e social. “As modificações na política social se devem a fatores do ambiente político e econômico doméstico, mas, também, ao incentivo das instituições e ao padrão cultural internacional” (Kauchakje, 2013, p. 136).

Referidas políticas públicas e sociais para a efetivação do processo de desenvolvimento, “dependem do grau de adesão dos movimentos de resistência e de seu diálogo a partir dos conflitos sociais e territoriais. A chave de leitura pela via dos Direitos Humanos pode aproximar e reafirmar a construção de um interesse comum” (Bocayuva, 2006, p. 2).

A necessidade de atenção a fatores sociais dos Estados-membros tem se revelado de grande importância para o alcance da almejada integração regional proposta por tantos blocos econômicos, não sendo diferente na América Latina. Conforme esclarece Celso Albuquerque de Mello, tendo se dado primordialmente pela “reação da América Latina às diferenças entre os níveis de desenvolvimento e bem estar na economia mundial e a sensação de desamparo dos países individuais no mundo atual dos blocos econômicos e políticos” (Mello, 1996, p. 286).

A teoria de Amartya Sen (2000, p. 19), Desenvolvimento como Liberdade, estabelece que a qualidade de vida não pode ser medida unicamente pela riqueza de suas nações, mas pelas ‘liberdades individuais proporcionadas aos seus cidadãos’. O termo ‘liberdades’ utilizado pelo autor refere-se, em verdade, a direitos, dentre os quais se destacam: liberdades políticas, oportunidades sociais, saúde, educação, entre outros que visem às necessidades básicas dos indivíduos, ou seja, Direitos Humanos fundamentais.

Sobre as liberdades esclarece o autor que “não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais” (Sen, 2000, p. 25), sendo necessário, pois, compreender a relação entre umas e outras. Em sua obra defende que as chamadas liberdades políticas, representadas pela liberdade de expressão e eleições livres auxiliariam a promover a segurança econômica; enquanto as oportunidades sociais, compreendidas como serviços de saúde e educação seriam facilitadores da participação econômica; que por sua vez, instrumentalizadas por oportunidades de participação no comércio e na produção auxiliariam a

gerar o que o autor chama de ‘abundancia individual’ e fomentar aumento de recursos públicos para os serviços sociais (*id ibid*).

Segundo a teoria das liberdades, não há que se falar em desenvolvimento sem salvaguarda ao que Amartya SEN intitula ‘liberdades’, ou seja, Direitos Humanos, as ditas liberdades fundamentais. O direito ao desenvolvimento tem intentado mitigar o conceito de ‘subdesenvolvimento’, mediante ferramentas de cooperação internacional, demonstrando-se não somente um conceito exclusivamente econômico, mas também voltado ao eixo humanístico (Mello, 1993, p. 10).

É neste sentido, que proteger o direito dos trabalhadores se mostra tão primaz. A ideia de salvaguarda de dignas condições de trabalho não só coadunam com a proteção aos direitos humanos e sociais inerentes aos trabalhadores e por consequência suas famílias, mas têm reflexos mais abrangentes, trazendo impactos econômicos, políticos e culturais no contexto em que se inserem.

3 CONCLUSÃO

Considerando-se a questão da globalização econômica e a ascensão do capital privado em detrimento dos tesouros estatais, a questão do mundo do trabalho, o custo social e as cadeiras produtivas impactam diretamente o fator econômico.

O próprio constitucionalismo, então sob uma perspectiva mais marcadamente social, se verá obrigado a readaptar-se no sentido de encontrar novos caminhos para tentar sanar algumas das patologias geradas pela própria modernidade. O Estado passou a ser o instrumento para a realização dos direitos humanos, e estes se tornam a base sob o qual se assenta a convivência humana. Os direitos passam a ocupar o centro de atenção da ordem jurídica e política.

Essa mudança de paradigma trouxe mudanças significativas nos campos do trabalho, mercado e capital. Não se pode esquecer entretetando, que é o trabalho que agrega valor às coisas, é o trabalho que funda e legitima a propriedade. O corpo concentra sua energia de trabalho em um bem e deste modo o separa da sua originária propriedade coletiva e o agrega à esfera pessoal do sujeito.

Por essa interpretação, respondendo a proposição da introdução, o poder econômico se redimensiona além das estruturas produtivas e monetárias, interferindo em decisões políticas e nos sistemas jurídicos.

A modernização dessa cadeia produtiva reproduziu a divisão do trabalho e também os modelos de gerenciamento, que entrelaçam mérito com desigualdades como uma forma de

retirar o foco sobre a razão instrumental do capitalismo para posicionar o foco na concepção de um contínuo e universalizador progresso.

A reprodução ampliada do capital integra ciência, tecnologia e colonialidade com objetivo de afirmar sua hegemonia, com essas características estruturam interdependências assimétricas que fragilizam os Estados nacionais tornando os padrões de dominação e exploração capitalista mais intensos.

Essa configuração do capitalismo mundial indica a consolidação de formas de controle exigindo o fortalecimento e atualização constante de políticas jurídicas de modo a repensar o papel do Estado Democrático de Direito.

É neste contexto, que os organismos internacionais, as relações internacionais e o direito internacional passam a ter papel de destaque enquanto ferramentas valiosos na proteção dos Direitos Humanos, aí compreendidos os direitos sociais e conceito de trabalho decente.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOCAYUVA, Pedro Claudio Cunca Brando. **Direito ao desenvolvimento e integração regional**. Disponível em: <https://livrozilla.com/doc/1277486/direito-ao-desenvolvimento-e-integra%C3%A7%C3%A3o-regional>. Acesso em: 11 jul. 2023.

DECLARAÇÃO e Programa de Ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 07 set. 2023.

DEGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1968.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jul. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 05 out. 2022.

KAUCHAKJE, Samira. Instituições e Cultura: difusão e modelagem internacional da política pública brasileira de combate à pobreza. **Revista de Ciências Sociais Unisinos**. Porto Alegre, v. 49, n. 2, p. 135-144, mai./ago. 2013. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2013.49.2.01. Acesso em: 15 set. 2023.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Teixeira. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 04 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Diagnósticos Intersetorial Municipal**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Pobreza como violação de Direitos Humanos. *In*: NOLETO, Marlova Jovchelovitch; WERTHEIN, Jorge. **Pobreza e desigualdade no Brasil**: traçando caminhos para a inclusão social. Brasília: UNESCO, 2003, p. 135-162. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133974por.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2023.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. *In*: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Direitos Humanos no Século XXI**. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. Fundação Alexandre de Gusmão, p. 155-166, 1998.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

UNESCO, 2003, p. 135-162. Disponível em:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133974por.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2023.

WINTER, Luís Alexandre Carta; BECKERS, Amanda Carolina. Desenvolvimento e Integração Regional: A atuação do Mercosul em Políticas Públicas de Direitos Humanos. **Revista Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em:
<https://indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/1398>. Acesso em: 29 set. 2023.

Como citar este artigo:

ABNT

CARTA WINTER, Luís Alexandre; BUTTENDORFF R. BECKERS, Amanda Carolina. Globalização econômica e as novas conjunturas laborais: o Direito Internacional enquanto protetor do trabalho decente. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e57, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.57. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/57>. Acesso em:

APA

Carta Winter, L. A., & Buttendorff R. Beckers, A. C. (2024). Globalização econômica e as novas conjunturas laborais: o Direito Internacional enquanto protetor do trabalho decente. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e57. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.57>

DIREITO DO TRABALHO, LIBERDADE RELIGIOSA E LAICIDADE DO ESTADO: O ESTRANHO CASO DA LEI 14.647/2023

*LABOR LAW, RELIGIOUS FREEDOM AND SECULARITY OF THE STATE: THE
STRANGE CASE OF LAW 14.647/2023*

Marco Aurélio Serau Junior¹

(<https://orcid.org/0000-0002-3904-1315>)

Resumo:

Contextualização: O exame da Lei 14.647/2023, que a priori impede o reconhecimento de vínculo de emprego entre clérigos e instituições religiosas, ocorreu no cenário do direito fundamental à liberdade religiosa e de laicidade do Estado brasileiro.

Objetivo: O objetivo do estudo reside em tensionar a constitucionalidade desse nova normativa trabalhista, a qual parece ofender, frontalmente, a liberdade de crença e de organização religiosa, que são desdobramentos da liberdade religiosa.

Método: O estudo realizado utilizou como metodologia a revisão bibliográfica e análise normativa, não tendo havido pesquisa empírica ou análise jurisprudencial.

Resultados: Os resultados da pesquisa reforçam a premissa inicial de provável inconstitucionalidade da Lei 14.647/2023.

Palavras-chave: Direito. Direito do Trabalho. Religião. Liberdade religiosa. Vínculo empregatício.

Abstract:

Contextualization: The examination of Law 14,647/2023, which a priori prevents the recognition of employment relationships between clergy and religious institutions, occurred in the context of the fundamental right to religious freedom and secularism of the Brazilian State.

Objective: The objective of the study lies in challenging the constitutionality of this new labor regulation, which appears to offend, directly, the freedom of belief and religious organization, which are consequences of religious freedom.

Method: The study carried out used bibliographic review and normative analysis as its methodology, with no empirical research or jurisprudential analysis.

Results: The research results reinforce the initial premise of the probable unconstitutionality of Law 14,647/2023.

Keywords: Law. Labor Law. Religion. Religious freedom. Employment relationship.



Recebido em: 31/01/2024.
Aprovado em: 06/02/2024

DOI: <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.58>



¹ Professor da UFPR – Universidade Federal do Paraná, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Doutor e Mestre pela USP – Universidade de São Paulo. Advogado e consultor. Diretor Científico do IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários. Autor e coordenador de dezenas de obras jurídicas.

INTRODUÇÃO

Em 4 de agosto de 2023 foi publicada a Lei 14.647/2023, que alterou a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, introduzindo o § 2º ao artigo 442, de sorte a estabelecer uma hipótese de inexistência de vínculo empregatício entre entidades religiosas ou instituições de ensino vocacional e seus ministros, membros ou quaisquer outros que a eles se equiparem.

Esta nova regra trabalhista é polêmica sob diversos aspectos, os quais serão discutidos neste breve ensaio.

Um primeiro ponto bastante significativo reside no fato de que possivelmente atenta contra a laicidade do Estado brasileiro, bem como contra a liberdade religiosa, ambos direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional de 1988.

Outro aspecto relevante é o fato de que vem a somar em uma já expressiva “lista” de situações que, ao menos desde a Reforma Trabalhista de 2017, configuram uma perspectiva de “clausura hermenêutica”, onde a Justiça do Trabalho se vê, *a priori*, de reconhecer no caso concreto a existência de vínculo empregatício, nos termos do art. 3º e outros, da CLT.

A fim de estudar esta polêmica inovação legislativa, apresentaremos um primeiro tópico a respeito da liberdade religiosa no Brasil, especialmente a partir do que se encontra disposto na Constituição Federal de 1988.

Em seguida, o segundo tópico se dedica à discussão crítica do alcance do novel art. 442, § 2º, introduzido pela Lei 14.647/2023 na CLT, debate que será levado a cabo dentro dos parâmetros tradicionais da Teoria Geral do Direito do Trabalho.

Um último tópico é destinado à análise do quadro geral no qual se insere a Lei 14.647/2023, qual seja a tendência criar figuras dentro da legislação trabalhista em que ocorra um óbice ao exercício da função jurisdicional da Justiça do Trabalho, em nítido caráter de *backlash* em relação a decisões desse ramo do Poder Judiciário que, em certas situações, acabam por reconhecer vínculo de emprego e assegurar o rol de direitos trabalhistas.

1 A LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

Para cumprir com a análise da Lei 14.647/2023 deve-se ter como premissa de interpretação a laicidade do Estado brasileiro e, da mesma forma, o direito de liberdade religiosa, previstos no art. 5º, VI, e, especialmente, no art. 19, I, ambos da Constituição Federal:

Art. 5º (...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

A partir destes marcos normativos, pode-se afirmar que o Estado brasileiro é laico e não interfere nem se imiscui nos assuntos religiosos e na forma como a população brasileira exerce sua espiritualidade. Esse é o ponto básico pelo qual deverá ser interpretada a Lei 14.647/2023.

O direito de liberdade religiosa, no contexto do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX, radica-se em um dos primeiros e mais significativos direitos fundamentais/liberdades individuais que foram reconhecidos e positivados pelos ordenamentos jurídicos, na esteira de inúmeras guerras de religião ocorridas em particular no continente europeu.

Conforme Otavio Luiz Rodrigues Junior:

A liberdade religiosa vincula-se ao princípio da autodeterminação, cujo assento constitucional é o artigo 4º, inc. III, CF/88, que reconhece a dignidade da pessoa humana como um dos primados da República. (...) No plano subjetivo, a autodeterminação refere-se às escolhas pessoais de caráter fundamental. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências (RODRIGUES JUNIOR, 2009, p. 100)

A liberdade religiosa desdobra-se em três distintas vertentes jurídicas, que são sintetizadas com brilhantismo pelo jurista José Afonso da Silva: “Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): a) liberdade de crença; b) liberdade de culto; c) liberdade de organização religiosa. Todas estão garantidas na Constituição”. (SILVA, 2002, p. 247).

A respeito do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, veja-se o magistério de Fernando Gonzaga Jayme:

A proibição dirigida aos entes federativos para que não estabeleçam, subvencionem ou embaracem o funcionamento de cultos religiosos ou igrejas, vedando-lhes, ainda, manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança constitui instrumento destinado a salvaguardar princípio republicano fundamental para a existência do Estado Democrático, que é de assegurar a liberdade de consciência e de crença mediante o reconhecimento da igualdade de todos os cultos e credos.

A Constituição deve proteger o homem, suas instituições e suas crenças por serem esses os elementos mais centrais da convivência e da pertinência dos indivíduos em uma sociedade pluralista. (JAYME, 2009, p. 538)

O artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, liga-se à ideia de *liberdade de organização religiosa*, tratado acima, e essa liberdade diz respeito à “possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado” (SILVA, 2002, p. 249).

Segundo José Afonso da Silva, “Embaraçar o exercício dos cultos religiosos significa vedar, ou dificultar, limitar ou restringir a prática, psíquica ou material, de atos religiosos ou manifestações de pensamento religioso”. (SILVA, 2002, p. 251).

O mesmo tema é tratado por outro jurista como *princípio da aconfessionalidade*, que implica que “o Estado não tem autoridade em questões de fé, não se manifesta, influencia ou interfere na economia teológica interna das religiões” (RODRIGUES JUNIOR, 2009, p. 103).

No mesmo rumo o escólio de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Na liberdade de religião inclui-se a liberdade de organização religiosa. O Estado não pode interferir sobre a economia interna das associações religiosas” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 407).

A partir deste cenário constitucional que procuramos descrever com a máxima brevidade, verifica-se que não pode a legislação ou a Justiça do Trabalho estabelecer quais atividades possuem cunho religioso ou quais configuram vínculo de emprego por eventual desvirtuamento da função religiosa.

Ademais, deve-se ter em consideração que cada distinta tradição/instituição religiosa possui sua forma específica de credo e de culto, de sorte que este item se constitui em um complicador adicional à exegese adequada da Lei 14.647/2023.

De outro lado, não é irrelevante mencionar que as instituições religiosas, como quaisquer organizações da sociedade civil, possuem inúmeros empregados e empregadas, necessários à realização de suas atividades: limpeza, jardinagem, motoristas, serviços em geral, etc.

Esse quadro complexo demonstra a dificuldade da correta exegese da normativa trazida pela Lei 14.647/2023, cujos aspectos mais propriamente trabalhistas passaremos a analisar nos próximos itens.

2 A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 14.647/2023: INTRODUÇÃO DO ART. 442, § 2º, À CLT

A Lei 14.647/2023, bastante curta, operou, em síntese, o acréscimo dos §§ 2º e 3º ao artigo 442 da CLT, os quais são dotados da seguinte redação:

Art. 442. (...)

§ 2º Não existe vínculo empregatício entre entidades religiosas de qualquer denominação ou natureza ou instituições de ensino vocacional e ministros de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, ou quaisquer outros que a eles se equiparem, ainda que se dediquem parcial ou integralmente a atividades ligadas à administração da entidade ou instituição a que estejam vinculados ou estejam em formação ou treinamento.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica em caso de desvirtuamento da finalidade religiosa e voluntária.

O artigo 442 da CLT inaugura as Disposições Gerais do Título IV, que é destinado à regulamentação do Contrato Individual de Trabalho, especialmente seus caracteres gerais, como forma, duração, etc.

É estabelecida, *a priori*, uma premissa de que não existirá vínculo empregatício entre entidades religiosas de qualquer denominação ou natureza ou instituições de ensino vocacional e ministros de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, ou quaisquer outros que a eles se equiparem, ainda que se dediquem parcial ou integralmente a atividades ligadas à administração da entidade ou instituição a que estejam vinculados ou estejam em formação ou treinamento.

Ou seja, a Justiça do Trabalho parece ser obstada de exercer sua função constitucional de solucionar os conflitos decorrentes da relação de trabalho, inclusive uma de seus papéis principais de reconhecer o vínculo de emprego, ainda que inexistente do ponto de vista estritamente formal. Nesse sentido, verifica-se nítida colisão entre essa disposição e aquela contida no art. 114, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Todavia, o art. 442, da CLT, ganhou também um § 3º, que faz a ressalva de que o disposto no § 2º, ou seja, a proibição apriorística de reconhecimento de vínculo empregatício, não se aplica em caso de desvirtuamento da finalidade religiosa e voluntária.

Não se deve perder de vista que esta possibilidade já é inata à regra geral disposta no art. 9º da CLT:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Segundo Carlos Alberto Riskalla Filho, a respeito do art. 9º, da CLT:

Devemos sempre ter em conta os princípios da boa-fé e da primazia da realidade, de modo que qualquer ato que tenha o condão de persuadir a relação de emprego será declarado nulo de pleno direito.

Visando a afastar qualquer possibilidade de fraude, a lei expressamente culmina com pena de nulidade as ações que tenham o fim de repelir ilicitamente a norma consolidada. (...)

Como exemplo, podemos mencionar a “pejotização”, que ocorre quando embora haja uma relação de emprego entre o prestador e o tomador de serviços, esse exige daquele a constituição de uma empresa para que a relação possa se consolidar, o que, nos termos da lei seca, em tese iria descaracterizar a relação de emprego, diante da ausência do requisito da pessoa física do art. 3º da CLT, mas diante da aplicação dos princípios da boa-fé, da primazia da realidade e da proteção, são nulos de pleno direito

por desvirtuar os ‘preceitos contidos nesta Consolidação’. (RISKALLA FILHO, 2023, p. 41)

A situação em tela pode ser compreendida também à luz do princípio da primazia da realidade, que é explicitado doutrinariamente por Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

O princípio da primazia da realidade indica que, na relação de emprego, deve prevalecer a efetiva realidade dos fatos, e não eventual forma construída em desacordo com a verdade.

Em razão disso, por exemplo, na avaliação de certo documento pertinente à relação de emprego, deve-se verificar se ele corresponde ao ocorrido no plano dos fatos, pois deve prevalecer a verdade real.

Quando se discute se determinada relação de trabalho é um vínculo de emprego, nem sempre a roupagem atribuída à contratação corresponde à realidade. Aliás, pode ocorrer que mesmo no ajuste de vontades, pertinente à prestação do trabalho, as partes indiquem não se tratar de relação de emprego. No entanto, por meio da noção de ‘contrato-realidade’, deve prevalecer o reconhecimento do vínculo empregatício, caso presentes os seus requisitos (arts. 2º e 3º da CLT). (GARCIA, 2017, p. 73)

O mesmo entendimento é apresentado pelo Ministro Maurício Godinho Delgado:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85, CCB/1916; art. 1112, CCB/2002).

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação). (DELGADO, 2017, p. 211)

O que é necessário indagar, neste estágio, é se as categorias trabalhistas tradicionais, inculpidas no princípio da primazia da realidade, ou mesmo no artigo 9º, da CLT, compõe ferramental suficiente e adequado para analisar, no caso concreto, se a prática pessoal perante uma determinada entidade religiosa configura relação de emprego disfarçada ou legítimo exercício da liberdade de crença e culto.

Indo ainda um pouco mais adiante, pode-se indagar se seria o caso do Direito do Trabalho sequer ter se imiscuído em tal esfera, fronteira entre a irregularidade trabalhista e o círculo íntimo de convicção e personalidade.

3 A INTRODUÇÃO, PELA LEI 14.647/2023, DE MAIS UMA HIPÓTESE DE “CLAUSURA HERMENÊUTICA” À JUSTIÇA DO TRABALHO

Outro ponto interessante que se pode assinalar é que o dispositivo legal trazido pela Lei 14.647/2023 segue uma trilha já pretendida anteriormente, no sentido de buscar impedir à Justiça do Trabalho de reconhecer vínculo de emprego no caso de, na situação concreta, estarem presentes os elementos do artigo 3º da CLT, adiante enunciados:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

O reconhecimento judicial do vínculo emprego se dá com base no princípio do contrato-verdade e do disposto no artigo 9º da CLT, elucidados no tópico anterior.

Esse fenômeno ou “movimento legislativo” já se observou anteriormente, especialmente em relação ao trabalho autônomo exclusivo, bem como aos trabalhadores de cooperativas e terceirizados, conforme, respectivamente, artigos 442, § 1º, e 442-B, da CLT, e 4º-A, da Lei 6.019/1974, que reproduzimos abaixo:

Art. 442. (...)

§ 1º Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Todavia, e na hipótese trazida pela Lei 14.647/2023 isso fica mais evidente que nos casos anteriores, havendo fraude à legislação e existindo, de fato, relação de emprego, esta poderá ser reconhecida judicialmente. É que dispõe o § 3º recém introduzido ao artigo 442, que reproduzimos novamente aqui:

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica em caso de desvirtuamento da finalidade religiosa e voluntária.

Ou seja, a função religiosa em si e *a priori* não configura relação de emprego, mas é possível que, em certas situações, havendo desvirtuamento da função religiosa e fraude à legislação, vir a ser reconhecido o vínculo laboral².

Apesar de não ocorrer judicialização massiva desse tema, há algumas decisões da Justiça do Trabalho reconhecendo vínculo de emprego entre instituições religiosas e pessoas que exerceram determinadas funções em seus quadros.

O ponto central pretendido neste artigo é demonstrar a inconstitucionalidade da escolha legislativa operada na Lei 14.647/2023, sem prejuízo de se constatar, no caso concreto, diante das peculiaridades de cada tradição ou organização religiosa, se aquele determinado “trabalho” constitui mero exercício da fé ou configura uma relação de emprego constituída ao arrepio da proteção trabalhista.

Por fim, vale a menção aos aspectos previdenciários relativos à situação dos membros de instituições religiosas. Caso não ocorra o reconhecimento de vínculo de emprego, nos termos do art. 442, § 3º, da CLT, recém introduzido pela Lei 14.647/2023, quando tais pessoas serão consideradas como segurados obrigatórios *empregados*, o enquadramento previdenciário típico dos ministros de confissão religiosa vem na condição de *contribuintes individuais*, conforme art. 11, V, c, da Lei 8.213/1991:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
V - como contribuinte individual:
c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa;

CONCLUSÕES

A Lei 14.647/2023 introduziu, no art. 442, da CLT, o § 2º, que, em síntese, estabelece uma premissa de que não existirá vínculo empregatício entre entidades religiosas de qualquer denominação ou natureza ou instituições de ensino vocacional e ministros de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa, ou quaisquer outros que a eles se equiparem, ainda que se dediquem parcial ou integralmente a atividades ligadas à administração da entidade ou instituição a que estejam vinculados ou estejam em formação ou treinamento.

² Há expressivas vozes em sentido contrário a esse entendimento. Veja-se o escólio de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “O respeito à liberdade religiosa, em especial no que tange à organização da religião, impede que certas questões sejam dirimidas pelo Judiciário. As opções religiosas tampouco podem ser confundidas com decisões empresariais nem o ministério religioso ser baralhado com atividade trabalhista” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 408).

Ou seja, nos moldes do art. 442, § 2º, da CLT, a Justiça do Trabalho parece ficar obstada de exercer sua função constitucional de solucionar os conflitos decorrentes da relação de trabalho, inclusive uma de seus papéis principais de reconhecer o vínculo de emprego, ainda que inexistente do ponto de vista estritamente formal, em nítida colisão entre essa disposição e aquela contida no art. 114, inciso I, da Constituição Federal.

Todavia, a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício, no caso concreto e desde que constatados os requisitos da relação de emprego (art. 3º, da CLT), permaneceu admitida pelo ordenamento jurídico trabalhista, seja por obra do art. 442, § 3º, da CLT, seja por obra do próprio e relevante artigo 9º, também da CLT, que se volta à nulidade absoluta das fraudes trabalhistas.

Vale assinalar que a pretensão da Lei 14.647/2023 se soma a uma série de exemplos anteriores, inaugurados especialmente na Reforma Trabalhista de 2017, de tentativa de “clausura hermenêutica” da Justiça do Trabalho, a teor dos artigos 442, § 1º, e 442-B, da CLT, e 4º-A, da Lei 6.019/1974.

Por outro lado, ainda que exista o aludido instrumental jurídico-trabalhista para a aferição da situação concreta sobre o desvirtuamento da relação confessional e configuração de emprego, percebe-se que as categorias trabalhistas tradicionais, insculpidas no princípio da primazia da realidade, ou mesmo no artigo 9º, da CLT, talvez sejam insuficientes para analisar, no caso concreto, se a prática pessoal perante uma determinada entidade religiosa configura relação de emprego disfarçada ou legítimo exercício da liberdade de crença e culto.

Indo ainda um pouco mais adiante, pode-se indagar se seria o caso do Direito do Trabalho sequer ter se imiscuído em tal esfera, fronteira entre a irregularidade trabalhista e o círculo íntimo de convicção e personalidade retratado na liberdade religiosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, DE 1º DE MAIO DE 1943, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm .

BRASIL. **Lei 14.647**, de 04 de agosto de 2023 - Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para estabelecer a inexistência de vínculo empregatício entre entidades religiosas ou instituições de ensino vocacional e seus ministros, membros ou quaisquer outros que a eles se equiparem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14647.htm.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 15ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**, 10ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2017.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Artigos 18 e 19 (verbete)**, in: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007.

RISKALLA FILHO, Carlos Alberto. **Artigo 9º (verbete)**, in CALCINI, Ricardo; LOPES FILHO, Abel Ferreira, FONSECA, João José da (org.). **CLT Comentada – artigo por artigo**, 2ª ed., rev., ampl. e atual., Leme: Mizuno, 2023.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Artigo 5º, incisos IV ao X (verbete)**, in: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 21ª ed., rev. e atual., S. Paulo: Malheiros, 2002.

Como citar este artigo:

ABNT

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. A. Direito do Trabalho, liberdade religiosa e laicidade do Estado: : o estranho caso da Lei 14.647/2023. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e58, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.58. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/58>. Acesso em:

APA

Serau Júnior, M. A. (2024). Direito do Trabalho, liberdade religiosa e laicidade do Estado: : o estranho caso da Lei 14.647/2023. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e58. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.58>

OS REGIMES ESPECIAIS DE TRABALHO: O ARQUIPÉLAGO NORMATIVO PERUANO

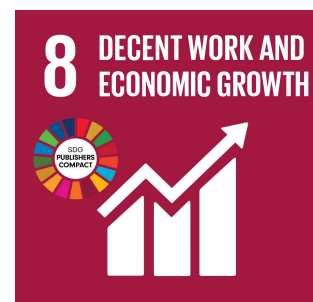
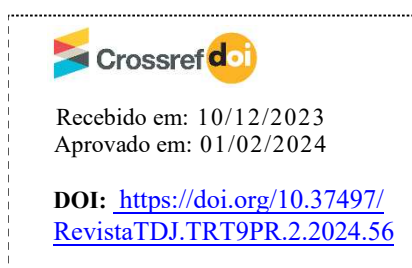
SPECIAL SCHEMES OF EMPLOYMENT: THE PERUVIAN REGULATORY ACHIPELAGO

Miguel F. Canessa Montejo¹

RESUMO

Este artigo analisa os critérios e limites de regimes especiais de trabalho, considerada a previsão do art. 103 da Constituição do Peru. O estudo reconhece o problema de que cada vez menos assalariados peruanos estão sujeitos ao regime geral, sendo alocados em algum dos normativos que compõem o arquipélago normativo peruano, que impõe distinção e subtrai proteção que deveria ser garantia estatal. A partir de revisão de bibliografia, legislação e jurisprudência peruana, o estudo investiga os limites normativos desses regimes, analisando a validade no plano interno constitucional e internacional, dentro dos contornos do princípio da não regressividade e direitos humanos laborais. Discorre assim sobre igualdade e proteção estatal, criticamente analisada a distinção normativa produzida sob o mote de promoção de emprego. Assinala que o arquipélago normativo sustenta situação desigual que descarta do caráter finalista e axiológico do ordenamento jurídico, sendo reflexo do triunfo jurídico da racionalidade instrumental. Respalda a investigação em dados estatísticos e gráficos quantitativos, analisando em especial três regimes especiais que envolvem: i) trabalhadores da exportação não tradicional (Decreto-Lei nº 22.342); ii) trabalhadores rurais (Lei nº 27.260); e, iii) trabalhadores em micro e pequenas empresas (Lei nº 28.015). A partir desses dados, o artigo visa a apurar a arbitrariedade normativa do legislador peruano, nem sempre reparada por decisões do Tribunal Constitucional, apesar de contundentes argumentos de alguns juízes dessa corte. Defende seja condicionado o regime especial sempre à proteção do trabalhador, limitando tratamentos distintos, que devem ser limitados estritamente a situações de justificativa objetiva e razoável.

Palavras-Chave: Regimes Especiais De Trabalho; Igualdade; Princípio Da Não Regressividade; Direitos Humanos Laborais.



¹ PhD en Derecho Laboral y Derechos Humanos, Diálogo Social, Comercio Internacional, Resolución de Conflictos, Trabajo Infantil. Profesor de Derecho Laboral, Derechos Humanos y Comercio Internacional. Coordinador de la Elaboración de Manuales Laborales para Guatemala y Asistencia Técnica a Clínicas Jurídicas (Universidad Rafael Landívar).

ABSTRACT

This article analyzes the criteria and limits of special employment schemes, considering the textual statement of art. 103 of the Constitution of Peru. The study recognizes the problem that fewer and fewer Peruvian employees are subject to the general scheme of employment, being allocated to one of the regulations by de the Peruvian normative archipelago, which imposes distinction and diminishes labor protection that should be a state guarantee. Based on a review of Peruvian bibliography, legislation and jurisprudence, the study investigates the normative limits of these employment schemes, analyzing their validity at the internal constitutional and international level, within the contours of the principle of non-regressivity and labour human rights. Thus, equality and state protection are discussed, critically analyzing the normative distinction produced under the motto of employment promotion. It points out that the normative archipelago sustains an unequal situation that neglects the finalist and axiological character of the legal system, being a reflection of the legal triumph of instrumental rationality. It supports the investigation with statistical data and quantitative graphics, analyzing in particular three special regimes that involve: i) non-traditional export workers (Decree-Law n° 22,342); ii) rural workers (Law No. 27,260); and, iii) workers in micro and small companies (Law n° 28,015). Based on these data, the article aims to outline the normative arbitrariness of the Peruvian legislator, which is not always repaired by the Constitutional Court's decisions, despite strong arguments from some judges. It advocates that the special regime should always follow the frontier of workers' protection, limiting different treatments, which must be strictly used to situations with objective and reasonable justification.

Keywords: Special Schemes of Employment; Equality; Principle of Non-Regressivity; Labour Human Rights.

INTRODUÇÃO

Um tema que adquiriu centralidade nas relações trabalhistas peruanas é a proliferação dos regimes especiais de trabalho para determinadas atividades econômicas. Em princípio, as particularidades das atividades econômicas justificam que se estabeleça uma regulamentação especial que incorpore essas especificidades, devido à possibilidade de que o regime geral se demonstre insuficiente ou contraproducente. De fato, o projeto normativo das leis do trabalho vem tendo como parâmetro jurídico as relações de trabalho que se materializam na manufatura, nas quais predomina a concentração de trabalhadores para um só empregador, no lugar de trabalhos regidos por condições trabalhistas comuns (jornada de trabalho, remunerações proporcionais ao tempo trabalhado, segurança e saúde no trabalho, etc.).

No entanto, as relações no mundo do trabalho têm uma maior variedade de modalidades. Por exemplo, os trabalhadores de minas trabalham em circunstâncias específicas, muitas vezes, em áreas subterrâneas, propensos a acidentes de trabalho, ou vulneráveis a contrair doenças ocupacionais, o que justifica uma normativa que regule sobre essas especificidades. Assim, a Lei n° 25.009 estabelece que os trabalhadores de minas subterrâneas ou a céu aberto têm direito a receber uma pensão de aposentadoria, com 45 e 55 anos, respectivamente, sendo em uma idade inferior à dos demais trabalhadores. Sustenta-se a lei especial de trabalho, ao regular de maneira protetora, com base na identificação de condições particulares da atividade realizada em minas, que não são devidamente protegidas pelas leis gerais do trabalho.

Assim, o objetivo de um regime de trabalho é cumprir integralmente com a proteção das pessoas, no mundo do trabalho, sem que as particularidades das atividades econômicas enfraqueçam sua regulamentação. Qualquer ordenamento jurídico trabalhista tem um caráter finalista e axiológico. Por um lado, é finalista porque adequa a regulamentação a essas particularidades, para assegurar que o trabalhador se encontre devidamente protegido, sem prejudicar o trabalho. Por outro lado, é axiológico porque responde à proteção da liberdade dos trabalhadores, no mundo do trabalho.

A promulgação de regimes especiais de trabalho é respaldada pelo artigo 103 da Constituição peruana, quando estabelece, em seu primeiro parágrafo: “*Leis especiales pueden ser aprobadas porque são exigidas pela natureza das coisas, mas não por causa de diferenças entre as pessoas*. Após a sua entrada em vigor, a lei se aplica às consequências das relações e situações jurídicas existentes, não tendo força ou efeito retroativos, salvo, em ambos os casos, em matéria penal, quando tal aplicação favoreça o réu. A lei só é revogada por outra lei. A lei é nula por declaração de inconstitucionalidade”² (grifo meu).

Entretanto, a legislação peruana nem sempre implementa os regimes especiais de trabalho de acordo com os parâmetros acima descritos, mas se inclina para uma visão instrumental que tem como finalidade estabelecer uma regulamentação diferenciada e desfavorável, para reduzir custos, favorecendo determinadas atividades econômicas, justificando-se como uma política de promoção de emprego.

Este artigo aborda os elementos que compõem um regime especial de trabalho e os limites jurídicos em sua formulação. Logo, analisa alguns dos regimes especiais de trabalho que são objeto de controvérsia, confrontando-os com o marco teórico apresentado. Posteriormente, avalia-se as consequências socioeconômicas de sua aplicação, o que permite revelar a justificativa ideológica subjacente à sua formulação normativa.

1. O REGIME ESPECIAL DE TRABALHO E SEUS LIMITES JURÍDICOS

Um regime de trabalho é um sistema normativo que regula, de maneira completa e harmoniosa, as consequências das relações e situações jurídicas que surgem no trabalho. Esse regime traça a fronteira de sua regulamentação em um tipo de atividade laboral, que é a relação

² Texto original: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.

de trabalho, ou relação assalariada. Esta consiste em uma pessoa – o trabalhador – que vende sua força de trabalho – a prestação pessoal de serviço – a um terceiro – o empregador –, por uma quantia de dinheiro – a remuneração –, em troca de submeter-se às ordens do empregador – a subordinação. Assim, a relação de trabalho se identifica em função de seus três elementos: a prestação de serviço, a remuneração e a subordinação.

O regime de trabalho inclui esses três elementos no primeiro parágrafo, do artigo 4º da Lei de Produtividade e Competitividade do Trabalho peruana, quando afirma que: “Em toda prestação pessoal de serviços remunerados e subordinados, presume-se a existência de um contrato de trabalho por tempo indeterminado”. Dessa maneira, a conjugação dos três elementos permite qualificar se nos encontramos perante uma relação de trabalho. Como bem coloca Neves: “É claro, pois, que todos eles, e somente eles, configuram uma relação como uma relação de trabalho. Para que nos encontremos perante uma relação de trabalho, então, os elementos mencionados devem se apresentar de maneira conjunta. Se falta algum deles, a relação jurídica terá outra natureza. Por exemplo, se há uma prestação pessoal de serviço remunerada, mas autônoma. Ao mesmo tempo, esses elementos bastam: não é necessário nenhum outro” (NEVES MUJICA, 2018, p. 16).

A subordinação jurídica é fundamental para o êxito da relação de trabalho, porque o empregador deve exteriorizar a força de trabalho – física ou intelectual – adquirida do trabalhador, a ser utilizada na produção de uma mercadoria ou na prestação de um serviço. Isso só será alcançado se o trabalhador limita ou restringe sua liberdade, enquanto perdurar a relação. A atribuição da validade jurídica a um ato pelo qual uma pessoa livre restringe sua liberdade, pelo ordenamento jurídico, é um dado da realidade em que se baseia a relação. Assim, a subordinação jurídica é o pilar no qual se sustentam os poderes do empregador (gestão, controle e disciplina), na medida em que lhe confere o poder jurídico para utilizar a força de trabalho. Esse poder do empregador pode ser objeto de abuso do direito, quando o seu exercício resulta em comportamentos contrários à sua finalidade (CANESSA MONTEJO, 2020, p. 75). Aqui, reside um dos fundamentos dos direitos do trabalho: proteger a liberdade restringida do trabalhador na relação laboral, dentro do mundo do trabalho. Em outras palavras, a racionalidade axiológica que rege o Direito está claramente expressa na formulação de uma regulamentação do trabalho que protege o trabalhador, durante a prestação de seu serviço.

A proteção da liberdade do trabalhador deve ter versatilidade para se adequar às circunstâncias ou particularidades da prestação de serviços, sem desvirtuar da finalidade do contrato de trabalho. Assim se explica que, embora o intervencionismo estatal nas relações de trabalho se inicie em um cenário de trabalho industrial, ele se expande por todo o mundo do

trabalho, onde predomina a relação de trabalho, ou relação assalariada (DE LA VILLA GIL; PALOMEQUE, 1982, v. 1, p. 74-76).

Isso também se reproduz no caso peruano, embora o trabalho industrial ou manufaturado não tenha sido predominante ao longo do século XX, em comparação com o trabalho agrícola, ou com o setor do comércio e serviços, seu peso econômico na produção foi essencial. Assim, as primeiras regulamentações tiveram como foco essa atividade econômica e, logo, expandiram-se às demais (RENDÓN VÁSQUEZ, 2007, p. 456-ss.).

Deve-se levar em conta que a legislação trabalhista peruana se desenvolve de forma dispersa, sem um Código do Trabalho que centralize a regulamentação, de modo que essa dispersão facilita a promulgação de um grande número de normas, sem que, necessariamente, guardem a devida complementariedade entre si. Assim, explica-se que o ordenamento jurídico peruano tenha um regime geral do trabalho, acompanhado de regimes especiais de trabalho, em normas dispersas. No entanto, o ordenamento jurídico trabalhista está sujeito aos limites formulados pelo Direito do Trabalho, consagrados constitucionalmente, em especial, pelo princípio da proteção e pelo princípio da igualdade.

O princípio da proteção significa, nas palavras de Plá, que o Direito do Trabalho visa estabelecer um amparo preferencial ao trabalhador, para que se alcance a igualdade substantiva e real entre as partes da relação de trabalho (PLÁ RODRÍGUEZ, 2015, p. 73). Da mesma maneira, PALOMEQUE (2003, p. 17) defende que o princípio cumpre uma função essencial no ordenamento jurídico, manifesta no tratamento normativo desigual aos sujeitos da relação de trabalho, da relação assalariada, a favor, ou em benefício, do trabalhador. Esse mesmo significado é reconhecido pelo Tribunal Constitucional peruano. Por um lado, o Tribunal Superior coloca o princípio da proteção, ou princípio tuitivo, nos artigos 3º (cláusula aberta da Constituição); 23 (modalidade de trabalho); 26, em seus incisos 2 (a irrenunciabilidade dos direitos constitucionais) e 3 (o *in dubio pro operario*); e 43 (o Estado social de direitos), da Constituição. Por outro lado, afirma que o princípio tuitivo rejeita os extremos de disparidade absoluta na relação empregador/trabalhador³. Em outra sentença, o Tribunal Constitucional considerou que Estado deve exercer sua função tuitiva por mandato constitucional do artigo 23, dando atenção prioritária ao trabalho⁴.

O princípio da igualdade considera que as pessoas devem ser tratadas de maneira uniforme, sem distinção, porque, universalmente, possuímos dignidade. A proibição da

³ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 11 de julio de 2002*, Processo n° 1124-2001-AA/TC.

⁴ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 23 de octubre de 2002*, Processo n° 0132-2002-AA/TC.

discriminação é uma manifestação da igualdade, ainda que com um conteúdo mais específico referente à imposição da paridade de tratamento, evitando ou eliminando certas diferenças de tratamento socialmente existentes, que são contrárias à dignidade (MERCADER UGUINA, 2003, p. 228.). Ao mesmo tempo, o princípio da igualdade reconhece que existem diferenças entre as pessoas, de modo que as políticas públicas devem visar a igualdade de oportunidades, por meio de ações afirmativas, baseadas em uma justificativa objetiva e razoável. Isso levou à formação do adágio jurídico: “tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais”. A Constituição peruana reconhece o princípio da igualdade em seu artigo 2º, inciso 2: “Toda pessoa tem direito: [...] 2. À igualdade perante a lei. Nenhuma pessoa será discriminada com base na origem, raça, sexo, idioma, religião, opinião, condição econômica, ou qualquer outra característica distintiva”⁵. Como destaca o Tribunal Constitucional “[...] a igualdade é um direito-princípio que coloca as pessoas em uma condição idêntica, em um plano de equivalência. Trata-se de uma conformidade ou identidade por coincidência de natureza, circunstância, qualidade, quantidade ou forma, de tal modo que não há exceções ou privilégios que retirem de uma pessoa os direitos concedidos a outra, em paridade sincrônica, ou por razões coincidentes. Por conseguinte, pressupõe-se a afirmação *a priori* e apodítica da homologação, entre todos os seres humanos, em razão da identidade da natureza que o direito estatal apenas reconhece e garante”⁶. É com base nesse valor comum das pessoas que se deve aplicar esse direito-princípio da igualdade. Igualmente, o Tribunal Constitucional considera que o princípio da igualdade consagrado na Constituição “não significa, sempre e em todos os casos, um tratamento legal uniforme a todos os cidadãos; o direito à igualdade supõe ‘tratar igualmente os iguais’ e ‘desigualmente os desiguais’”⁷.

Desse modo, a validade do regime especial de trabalho está condicionada ao fato de a sua regulamentação ter como finalidade a proteção do trabalhador, sendo sua garantia uma obrigação do Estado. De igual modo, o regime especial de trabalho só pode estabelecer um tratamento diferenciado em relação ao regime geral do trabalho, quando exista uma justificativa objetiva e razoável.

A aplicação conjunta de ambos os princípios nos leva a defender que um regime especial de trabalho que estabelece uma regulamentação desfavorável, comparado ao regime geral do trabalho, resulta inconstitucional, por ser discriminatório. Apoiamos nossa afirmação em duas

⁵ Texto original: “Toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

⁶ Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 26 de marzo de 2003*, Processo nº 0261-2003-AA/TC.

⁷ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 30 de abril de 2003*, Processo nº 0016-2002-AI/TC.

sentenças do Tribunal Constitucional. Por um lado, quando o Superior Tribunal afirma: “O princípio da igualdade se concretiza no plano formal, mediante o dever estatal de se abster de produzir juridicamente diferenças arbitrárias ou caprichosas [...]”⁸. Assim, uma regulamentação desfavorável cria uma diferença de tratamento arbitrária contra os trabalhadores, e não constitui uma justificativa objetiva e razoável. Por outro lado, parafraseando a sentença constitucional que afirma que a regulamentação promulgada a favor de um setor econômico, para incentivá-lo, não viola a igualdade, quando é mais favorável que aquelas promulgadas para um setor não incentivado⁹, transposto para o nosso objeto de estudo, isso significa que, se for emitida uma regulamentação especial mais favorável para um grupo de trabalhadores, isso não viola a igualdade em relação aos outros trabalhadores. De outro modo, o que não cabe interpretar *a contrario sensu* é que se dite uma regulamentação especial desfavorável a um grupo de trabalhadores em relação aos outros, porque isso viola a igualdade.

Em suma, o objetivo do regime especial de trabalho é proteger o trabalhador no âmbito das particularidades do seu trabalho, em razão da aplicação do regime geral do trabalho, que é insuficiente para atingir esse objetivo.

2. OS REGIMES ESPECIAIS DE TRABALHO NA LEGISLAÇÃO PERUANA

Se analisamos a legislação peruana, encontramos leis ou decretos que regulamentam a prática de trabalhadores têxteis, agrícolas, da construção civil, artistas, mineiros, jornalistas, motoristas, jogadores de futebol, trabalhadoras domésticas, trabalhadores portuários, etc., dando forma a um arquipélago normativo. A dispersão da legislação do trabalho dificulta a identificação de critérios jurídicos que estruturam um sistema de regulamentação ordenado e entrelaçado, assim que, ao estudar os regimes especiais de trabalho, verificamos que não são completos, nem harmoniosos.

Concordo com ARCE ORTIZ (2008), quando afirma que não existe um parâmetro legal que justifique a formulação de um regime especial de trabalho no país, de modo que “o legislador simplesmente opta por subtrair do regime comum do trabalho – não do Direito do Trabalho – algumas relações de trabalho concretas, as quais, embora reúnam, com maior ou menor intensidade, os elementos necessários para serem consideradas relações de trabalho, apresentam algumas especificidades que desaconselham a aplicação do regime comum ou geral do trabalho ordinário” (ARCE ORTIZ, 2008, p. 14). De certa forma, isso retrata a arbitrariedade normativa

⁸ Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 26 de marzo de 2003*, Processo nº 0261-2003-AA/TC.

⁹ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 29 de enero de 2002*, Processo nº 0009-2001-AI/TC.

do legislador peruano, que pode acabar por esvaziar de matérias aplicáveis do regime geral do trabalho, ainda que, como salientamos, a Constituição peruana lhe imponha limites.

Igualmente, a análise da legislação mostra que os regimes especiais de trabalho abordam parcialmente os aspectos da prestação de serviço, na verdade, não somente uma norma, mas, sim, uma multiplicidade delas. Por exemplo, os jornalistas têm sua jornada ordinária de trabalho regulamentada (Lei nº 24.724), sua remuneração (Lei nº 25.101), e as atividades de risco (Lei nº 28.081), mas não são regulamentadas as especificidades tais como sua liberdade de trabalho na empresa onde atuam. Outro exemplo é o caso dos trabalhadores da exportação não tradicional, os quais, em sua imensa maioria, são trabalhadores têxteis e de confecção, mas que, pelo Decreto-Lei nº 22.342, que somente regulamenta a modalidade de contratação temporária, têm suas condições de trabalho e emprego deixadas de lado.

Pode-se interpretar isso, considerando que alguns dos regimes especiais de trabalho são desenhados normativamente com uma finalidade distinta daquela destacada na seção anterior. Pode-se dizer que nos encontramos perante uma regulamentação que não conta com a proteção do trabalhador, considerando as particularidades da prestação de serviços. Por isso, uma análise da legislação sobre esse tipo de trabalhadores evidencia a ausência da sistematização. Na prática, o regime geral do trabalho cumpre um papel supletivo frente aos regimes especiais de trabalho. Ou seja, perante as diversas lacunas do regime especial de trabalho, deve-se aplicar o regime geral do trabalho (ARCE ORTIZ, 2008).

Com base no exposto, estudamos três regimes especiais de trabalho controversos, para elucidar se eles servem, ou não, aos seus objetivos. Em primeiro lugar, o regime dos trabalhadores da exportação não tradicional, pelo Decreto-Lei nº 22.342. Em segundo lugar, o regime dos trabalhadores rurais, pela Lei nº 27.260 e suas alterações. Em terceiro lugar, o regime de micro e pequenas empresas, pela Lei nº 28.015, com suas respectivas alterações e regulamentações.

2.1. O regime de trabalho da exportação não tradicional¹⁰

Esse processo tem início com a promulgação do Decreto-Lei nº 21.492, de 18 de maio de 1976, durante o governo militar de Morales Bermúdez que, no contexto de uma grave crise econômica e com o objetivo de desenvolver a estrutura produtiva do país, promulgou um regime tributário com restituições a favor das empresas de exportação não tradicional. Posteriormente, promulgou-se o Decreto-Lei nº 22.342 (Lei de promoção das exportações não tradicionais), de 21 de novembro de 1978, que introduz um regime especial de trabalho, como um dos mecanismos

¹⁰ Realizei uma análise previa sobre esse regime especial em: CANESSA MONTEJO, 2017, p. 67-71.

para promover esse tipo de exportação. Tal regime especial permite a contratação temporária de trabalhadores sujeita, apenas, ao contrato de exportação, à ordem de compra ou documento que lhe dá origem, e ao programa de produção de exportação, para satisfazer o contrato de exportação. Assim, os contratos de trabalho são celebrados para um serviço determinado e poderão ser renovados com caráter permanente (artigo 32), estando isentos dos requisitos e limitações dos contratos temporários do regime geral, podendo ser renovados indefinidamente e sem limites quanto ao número de trabalhadores da empresa.

Em 1990, o regime fiscal foi revogado, mas o regime de trabalho se mantém em vigor até hoje, sem atender às particularidades laborais dos trabalhadores, mas, sim, ao interesse de promover uma atividade econômica.

Assim, o Decreto-Lei nº 22.342 introduz a racionalidade instrumental no ordenamento jurídico trabalhista. Esta consiste na consideração de que os direitos trabalhistas são um custo econômico para o processo produtivo. Todo custo deve ser diminuído para propiciar a diminuição de gastos da atividade econômica, tornando-a mais competitiva em seu preço de venda. Considerando que a indústria têxtil e de confecção – empresas favorecidas pelo regime especial – fazem uso intensivo de mão de obra, a redução dos custos trabalhistas tem um impacto direto em seus lucros. Nessa lógica, os lucros das empresas são reinvestidos nelas próprias, gerando, assim, emprego, e “compensando” a diminuição dos direitos trabalhistas.

Com essa norma, a racionalidade instrumental da economia (custos vs. benefícios) substitui a racionalidade axiológica (valores fundamentais), que governa o Direito. Ou seja, os direitos trabalhistas são assumidos como custos econômicos que devem ser diminuídos – como qualquer custo – para que as empresas alcancem níveis de lucratividade que dinamizem a economia. No entanto, isso confronta a racionalidade axiológica que caracteriza os direitos trabalhistas (e os direitos fundamentais), sendo que os valores jurídicos acordados socialmente são os pilares que sustentam o ordenamento jurídico. Não é necessário repetir os argumentos expostos sobre o princípio de proteção do Direito do Trabalho para compreender a sua finalidade. A partir da racionalidade axiológica, os direitos trabalhistas são custos econômicos assumidos socialmente, porque asseguram o respeito à liberdade das pessoas no mundo do trabalho, como ocorre com os direitos fundamentais. O artigo 1º da Constituição peruana nos lembra: “A defesa da pessoa humana e o respeito pela sua dignidade são a finalidade suprema da sociedade e do Estado”¹¹. É por isso que os direitos trabalhistas (e os direitos fundamentais) não podem ser objeto de restrições legais.

¹¹ Texto original: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

A racionalidade instrumental que guia o regime especial e contraria o Direito do Trabalho se encontra na oposição direta ao princípio da estabilidade do contrato de trabalho. Esse princípio tem por finalidade vincular a duração da prestação de serviço, com a modalidade contratual de trabalho correspondente. Se a prestação de serviço tem um caráter permanente, corresponde a um contrato de trabalho por tempo indeterminado; mas se a prestação de serviço é temporária ou eventual, corresponde a um contrato de trabalho por tempo determinado. Eis os termos da formulação proposta por SANGUINETI:

(...) o que o princípio da estabilidade defende é que o contrato de trabalho deve perdurar tanto quanto a fonte que lhe deu origem, de forma que para trabalhos de caráter permanente, deve-se celebrar um contrato de trabalho por tempo indeterminado, enquanto que para a natureza temporária da prestação do serviço, será possível celebrar contratos de duração determinada. Trata-se, pois, de um princípio que, relativamente compreendido e aplicado, é, em sua essência, flexível, uma vez que seu objetivo não é outro senão o de vincular a modalidade contratual ao caráter (permanente ou temporário) da necessidade que a força de trabalho atenderá. (SANGUINETI, 1999, p. 15)

Esse regime especial de trabalho prevê que o empregador pode renovar contratos temporários de maneira indefinida, com o mesmo trabalhador, mesmo que a renovação constante dos contratos evidencie que a prestação de serviço tem caráter permanente. Na verdade, a renovação permanente dos contratos de trabalho em curtos períodos de tempo comprova que a modalidade contratual à qual o contrato corresponde é a de tempo indeterminado.

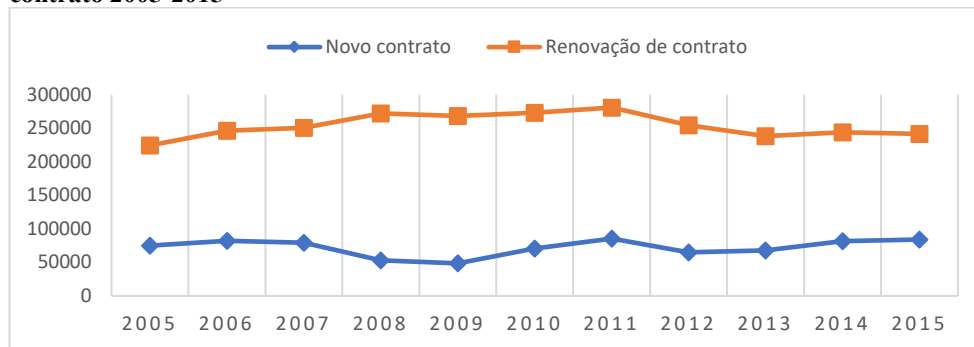
Para evidenciar essa permanente renovação indefinida de contratos temporários que leva a seu uso abusivo, apresenta-se o Gráfico 1, que mostra que a maioria dos contratos de trabalho apresentados perante a autoridade administrativa de registro trabalhista são para a renovação, e não para o início da relação de trabalho. Lamentavelmente, o gráfico apenas retrata o período de 2005-2015, uma vez que o Ministério do Trabalho deixou de publicar esses dados. Ainda assim, ele nos dá uma indicação da situação que pode continuar se reproduzindo na atualidade.

Nesse período, foram celebrados 2.794.161 contratos de trabalho de exportação não tradicional, dos quais 71,6% correspondem a contratos de renovação, e somente 28,4% são contratos relativos ao início da relação de trabalho. O setor exportador não tradicional dispôs de uma mão de obra estável, renovada de maneira permanente, por meio desses contratos temporários, enquanto que a criação de novos postos de trabalho é muito menor. Além disso, segundo um estudo de Plades, 92% dos contratos celebrados por esse setor eram referentes a um período de 3 a 6 meses de trabalho, e apenas 4% superavam os seis meses¹². Outro estudo destaca

¹² Cf. Programa Trabalho e Desenvolvimento (*Programa Laboral y Desarrollo* - PLADES), em *Situación de las condiciones laborales del sector confecciones de prendas de vestir*. Lima: PLADES, 2008, p. 82.

que, com esse regime, é possível “encontrar trabalhadores que passam mais de dez anos trabalhando ininterruptamente para uma empresa desse setor, por meio de sucessivos contratos temporários, inclusive de um ou dois meses” (SANGUINETI RAYMOND; GARCÍA LANDABURU; VIVAS PONCE, 2015, p. 149). Assim, a continuidade da relação do trabalhador com a empresa está sujeita à vontade do empregador, atribuindo a esta parte a autonomia na celebração do contrato e nas condições de trabalho.

Gráfico 1 Peru: Contratos de trabalho em empresas de exportação não tradicional, segundo o tipo de contrato 2005-2015



Fonte: Ministério de Trabalho e Promoção de Emprego (Anuário Estatístico 2005-2015). Elaborado pelo autor.

A maioria dos contratos de trabalho de exportação não tradicional se concentram na capital. Assim, 64,7% dos contratos são assinados na região metropolitana de Lima, durante esse período, ainda que com uma tendência decrescente. Isso responde à própria concentração da indústria peruana na área da capital, mas também revela o impacto significativo que tem na criação de emprego, no resto do país. Da mesma forma, a concentração desses contratos se materializa em três tipos de empresas dentro da capital: as fábricas de roupas (53,3%), as fábricas têxteis, de fiação e tecelagem (21,2%) e as fábricas têxteis, de tecidos e artigos de armarinho (8,3%). Por isso, as fábricas de roupas, empresas têxteis e confecções são a imensa maioria das empresas exportadoras que utilizam os contratos trabalhistas da exportação não tradicional.

A evolução da população de trabalhadores nas empresas de exportação não tradicional, entre 2013 e 2021, demonstra uma estabilidade nos postos de trabalho, nos últimos quatro anos. De fato, durante esse período, o número de trabalhadores nas empresas exportadoras não tradicionais cresceu 15,3%, ainda que o crescimento mais significativo tenha ocorrido entre 2013 e 2018. Podemos destacar que as empresas de exportação não tradicional estão consolidadas no mercado nacional, o que se justifica com o regime especial de trabalho que vigora há quase meio século.

Quadro 1 Peru: Trabalhadores nas empresas de exportação não tradicional, segundo o tipo de contrato ou condição trabalhista 2013-2021

Indicadores	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Exportação não tradicional	68.888	69.041	72.258	76.123	70.097	79.044	78.845	79.318	79.433

Fonte: Ministério do Trabalho e Promoção de Emprego (Anuários Estatísticos: 2013-2021). Elaborado pelo autor.

O que chama a atenção é que, apesar dessa consolidação, os trabalhadores da exportação não tradicional jamais ultrapassam 2,5% do número de trabalhadores do setor privado, por tipo de contrato, durante esse período. Ressalta-se que uma leitura conjunta dos dados estatísticos, de 2013 a 2015, indicadas pelos Gráfico 1 e pelo Quadro 1, nos levaria a postular que, nesses anos, a média de contratos que cada trabalhador assina com sua empresa, anualmente, é de três. Assim, enquanto as empresas operam um quadro de estabilidade econômica, seus trabalhadores desempenham suas atividades em uma instabilidade absoluta.

Esse tipo de contrato coloca o trabalhador em uma situação de vulnerabilidade frente ao empregador, uma vez que a simples não renovação do contrato pode esconder uma punição contra os trabalhadores que constituem ou se afiliem aos sindicatos. Embora a legislação não restrinja a liberdade sindical nesse tipo de empresas, sua vulnerabilidade perante o empregador desencoraja o exercício desse direito. No entanto, o número significativo de demandas judiciais contra as empresas têxteis exportadoras, por atitudes antissindical, e as respectivas sentenças que as condenam, revelam uma política antissindical (BALBÍN TORRES, 2014, p. 48-55.). Isso retrata um ambiente antissindical nas empresas têxteis, de confecções e vestuário, que se beneficiam do regime especial.

Os processos judiciais que foram submetidos ao Tribunal Constitucional e aos Tribunais do Trabalho centram-se na avaliação quanto ao cumprimento dos requisitos legais estabelecidos por lei, nos contratos temporários de exportação não tradicional, sem considerar que a própria regulamentação viola os princípios trabalhistas já mencionados (SÁNCHEZ REYES, 2020, p. 319). Por exemplo, o Tribunal Constitucional considera que a mera celebração desse tipo de contrato não pode ser considerada como um caso de desnaturação, a menos que se demonstre que o empregador não é uma empresa industrial de exportação não tradicional¹³, ou quando o contrato não indique expressamente a causa objetiva que determina a contratação, ou na prorrogação dos contratos¹⁴. Do mesmo modo, a Suprema Corte reduz sua análise à apreciação da existência, no caso em questão, da fraude à lei, ou seja, se a empresa prova ou não que cumpre os requisitos da lei para celebrar o contrato de trabalho¹⁵.

¹³ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 3 de marzo de 2016*, Processo nº 07286-2013-PA/TC.

¹⁴ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Sentencia de 26 de julio de 2011*. Processo nº 018181-2011-AA/TC.

¹⁵ Cf. Suprema Corte. *Sentencia de 8 de mayo de 2018*. Cassação Trabalhista nº 11259-2017-Lima.

A ausência de um pronunciamento judicial que questione a constitucionalidade do regime de trabalho levou as organizações sindicais peruanas a apresentarem uma comunicação pública (queixa), dentro do capítulo sobre trabalho, do Tratado de Livre Comércio entre o Peru e os Estados Unidos, pelo descumprimento da proteção da liberdade de associação, dentro das empresas exportadoras não tradicionais. Diante dessa queixa, o Escritório de Assuntos Comerciais e Trabalhistas, do Departamento do Trabalho dos Estados Unidos (abreviado OTLA, em inglês), pronunciou-se por meio publicamente, solicitando ao governo peruano o estabelecimento de um limite para o uso consecutivo de contratos de trabalhos de curta duração, nos setores das empresas não tradicionais, uma vez que afeta o livre exercício da liberdade de associação pelos trabalhadores nesse regime especial¹⁶. Contudo, o Estado peruano não revogou, nem modificou, o regime especial de trabalho.

A evolução salarial dos trabalhadores das empresas de exportação não tradicional também não é favorável, em comparação com a dos demais trabalhadores do setor privado. Nos últimos dois anos, esse grupo de trabalhadores recebe os menores salários, sendo superados somente por trabalhadores em tempo parcial, que trabalham menos do que quatro horas por dia, abaixo da média nacional. Ao mesmo tempo, a tendência é que suas remunerações tampouco cresçam de maneira significativa. Esse quadro também nos permite ressaltar que os trabalhadores contratados por tempo indeterminado recebem salários equivalentes ao dobro daquele dos trabalhadores das empresas de exportação não tradicional.

Quadro 2 Peru: Média salarial anual de trabalhadores do setor privado, segundo o tipo de contrato de trabalho ou condição trabalhista 2020-2021 (em soles)

Indicadores	2020	2021
Indeterminado	3.365	3.440
Tempo parcial	1.353	1.362
Prazo fixo ou temporário	1.971	1.983
Exportação não tradicional	1.559	1.635
Estrangeiro	7.678	6.910
Domicílio	2.818	2.512
Futebol profissional	7.960	9.695
Migrante andino	10.066	10.345
Outros não previstos	2.022	2.139
Não determinado	1.659	1.438
TOTAL	2.477	2.505

Fonte: Ministério do Trabalho e Promoção de Emprego (Anuários Estatísticos 2020-2021). Elaborado pelo autor.

Em outros estudos, mostramos que as empresas de exportação não tradicional se beneficiaram muito com o comércio internacional (CANESSA MONTEJO, 2019, p. 25-26), de

¹⁶ Cf. Departamento de Trabalho dos EUA. *Informe público del examen de la comunicación pública ante los Estados Unidos: 2015-1 (Perú)*. Washington: Departamento do Trabalho, 18 de março de 2016, p. 9-15.

modo que sua lucratividade cresceu de forma sustentável, nas últimas décadas. No entanto, isso não repercute para seus trabalhadores. Na realidade, o regime especial de trabalho da exportação não tradicional, além de violar os pilares do Direito do Trabalho, mantém os trabalhadores em uma situação de vulnerabilidade jurídica, que não lhes permite alcançar melhores salários e melhores condições trabalhistas. Isso é o oposto da finalidade de qualquer legislação trabalhista.

2.2. O regime de trabalho rural

No final do governo de Fujimori (outubro de 2000), foi aprovada a Lei nº 27.360, que estabelece o regime de trabalho rural. Essa lei foi aprovada pelos esforços de José Chlimper, Ministro da Agricultura de Fujimori, que, naquele momento, era proprietário da empresa agrícola AGROKASA, em Ica, e beneficiário direto do regime. Embora a lei, inicialmente, tivesse um caráter transitório até o final dos anos 2010, com a Lei nº 21.110, de 2020, foi estabelecido o caráter permanente desse regime de trabalho.

Com a primeira regulamentação (Lei nº 27,360), o regime de trabalho rural estabeleceu que existem jornadas cumulativas, nas quais só são pagas horas extra se os limites máximos estabelecidos por lei forem excedidos, ao contrário do regime geral, que estabelece um máximo de 8 horas, ou 48 horas semanais. A remuneração não pode ser inferior ao salário mínimo legal, mas inclui também as gratificações previstas (Natal e feriados nacionais) e a compensação por tempo de serviço. As férias remuneradas, naquele, têm uma duração de quinze (15) dias de calendário, enquanto que, no regime geral, são trinta (30) dias corridos (GAMERO; ECHEVARRÍA, 2012).

Os defensores do regime de trabalho rural apontam o respeito aos direitos trabalhistas como uma conquista. Tomam como exemplo, justamente, a empresa AGROKASA, do ex-Ministro Chimpler, na qual os trabalhadores são formalizados e constam no livro de registros. Ressaltam que a flexibilidade da normativa permite adaptar os trabalhos à sazonalidade da atividade econômica, com custos não salariais menores, muito mais realistas que o oneroso regime geral (DE ALTHAUS, 2009, p. 130). O próprio DE ALTHAUS (2009, p. 133) reconhece que os trabalhadores da AGROKASA não ganham mais do que o salário mínimo, conforme evidencia uma pesquisa da Universidade do Pacífico. É evidente que se os custos laborais forem reduzidos, torna-se mais fácil cumprir com os direitos trabalhistas. Entretanto, o caráter especial de um regime não se baseia na redução dos direitos trabalhistas, mas, sim, em uma melhor proteção, de acordo com as particularidades da atividade econômica.

Ao analisar o primeiro regime do trabalho rural, ressalta-se a ausência daqueles aspectos particulares da atividade econômica que afetam seus trabalhadores. Por exemplo, os trabalhos são

realizados em condições de alta variação térmica, ao ar livre (baixas temperaturas na madrugada e altas temperaturas durante o dia, sob o sol), há vulnerabilidade a doenças oriundas da manipulação de pesticidas, etc. O regime de trabalho, entretanto, não regulamenta esses aspectos essenciais. A norma foi concebida para reduzir o custo do trabalho, como forma de promover a atividade econômica.

Uma ação de inconstitucionalidade foi interposta pela Ordem dos Advogados de Ica, contra o artigo 7º da Lei nº 27.360, que regulamenta o regime de trabalho rural, por considerar que viola o princípio da igualdade, consagrado na Constituição, que foi resolvida pelo Tribunal Constitucional, em sentença de 21 de novembro de 2007 (Processo nº 00027-2006-PI).

De acordo com a jurisprudência constitucional, o Supremo Tribunal recorre sistematicamente à aplicação do teste da igualdade, nesse tipo de caso: “se, em um caso concreto, estamos diante de uma ameaça ao direito-princípio da igualdade, a doutrina constitucional desenvolveu mecanismos para determinar quando estamos perante a um tratamento desigual, com base em justificativas objetivas e razoáveis, ou perante a um tratamento arbitrário, caprichoso e injustificado e, portanto, discriminatório. Precisamente, um desses instrumentos aos quais o Tribunal deverá recorrer é o teste de igualdade, que é uma diretriz metodológica para determinar se um tratamento desigual é, ou não, discriminatório e, portanto, se viola ou não o direito-princípio da igualdade”¹⁷.

O Tribunal Constitucional avalia, primeiramente, a validade de um regime especial de trabalho para os trabalhadores rurais. Para isso, apoia-se em relatórios da Organização Internacional do Trabalho (OIT), nos quais se reconhece que existe legislação trabalhista comparada, baseada nas características do trabalho agrícola, que prevê horários flexíveis de trabalho, o pagamento de salário em espécie e em dinheiro, a disponibilização de moradia e cuidados de saúde¹⁸. Na realidade, é indiscutível que as particularidades do trabalho rural podem justificar um regime especial de trabalho. Entretanto, o que chama a atenção é que a descrição do relatório da OIT nem justifica, nem sugere que o regulamento seja desfavorável, em relação ao regime geral, mas ressalta que a regulamentação alcança essas particularidades, sem prejudicar os direitos trabalhistas¹⁹.

¹⁷ Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 29 de agosto de 2007*. Processo nº 0009-2007-PI/TC.

¹⁸ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 21 de noviembre de 2007*. Processo nº 00027-2006-PI/TC. Fundamento Jurídico 27º.

¹⁹ Cf. Organização Internacional do Trabalho, em *Trabajo Decente en las Américas. Una agenda hemisférica 2006-2015*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, XVI Reunión Anual Americana, 2006.

Então, a sentença traz que o artigo 103 da Constituição peruana permite a promulgação de normas especiais, que exijam “a natureza das coisas, ou seja, as circunstancias especiais, privadas e próprias, de uma maneira definida, que exigem que o legislador legisle especialmente, de modo que a normativa abranja uma realidade que, por seus traços especiais, demanda um tratamento diferenciado, não discriminatório”²⁰. Também nesse caso, é indiscutível que o legislador estará autorizado a adotar uma lei especial, justificando-se nas particularidades, sempre que não constitua uma discriminação. Como sabemos, estamos perante um tratamento discriminatório quando não há uma justificativa objetiva e razoável.

Assim, a decisão, em seu fundamento jurídico, aplica o teste da igualdade. Neste ponto, analisaremos criticamente os argumentos apresentados pelo Tribunal Constitucional, em sua sentença²¹.

Em primeiro lugar, argumenta-se que a legislação desfavorável representa uma intervenção leve, porque se apoia no artigo 103 da Constituição, que faculta ao legislador, de maneira especial e excepcional, a introdução de um tratamento diferenciado²². Em minha opinião, a interpretação constitucional correta não é a de que a legislação que introduz um tratamento diferenciado representa uma intervenção leve, mas, sim, a de que um tratamento diferenciado justificado objetiva e razoavelmente é constitucional, ao não configurar uma discriminação. Como defende Bernal Pulido: “Toda lei que afete de maneira negativa a uma norma ou a uma posição que se possa atribuir, *prima facie*, ao âmbito de proteção inicial, deve ser considerada como uma intervenção desse direito” (BERNAL PULIDO, 2014, p. 838). O constitucionalista colombiano enfatiza que o impacto negativo é o que configura uma intervenção inconstitucional da legislação. E o impacto negativo se produz quando: “a norma legal (N) tem uma relação de causalidade negativa com o direito fundamental (DF), se ela conduz a um estado das coisas, no qual a realização do direito fundamental (DF) se vê diminuída, em relação ao estado das coisas que existia antes da nossa norma legal” (Ibid, p. 845). No nosso caso, a entrada em vigor do regime de trabalho rural tem um efeito desfavorável em relação à aplicação anterior, de modo que se pode afirmar que provoca um impacto negativo. Por isso, com razão, justifica-se a aplicação do teste de igualdade, pois pressupõe-se a sua inconstitucionalidade.

²⁰ Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 21 de noviembre de 2007*. Processo nº 00027-2006-PI/TC. Fundamento Jurídico 68°

²¹ Como bem argumenta o artigo 139 da Constituição, sobre os princípios da função jurisdicional, 20: “O princípio do direito de toda pessoa em formular análises e críticas das resoluções e sentenças judiciais, com as limitações da lei”. Texto original: “El principio del derecho de toda persona en formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de la ley”.

²² Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 21 de noviembre de 2007*. Processo nº 00027-2006-PI/TC. Fundamento Jurídico 75°.

Em segundo lugar, no que se refere ao subprincípio da adequação – com a exigência de que o fim seja constitucionalmente legítimo, a medida legislativa deve ser adequada para alcançar dito fim. O Tribunal Constitucional entende que o regime especial de trabalho é um meio adequado para o fomento e promoção de emprego no setor agrícola, porque é amparado pela natureza das coisas (artigo 103 da Constituição), pela especialidade natural e própria da atividade econômica (temporalidade, mobilidade dos trabalhadores, sazonalidade e informalidade), de modo que a emissão da norma reflete uma realidade concreta e distinta²³. A justificativa para regulamentações especiais para trabalhos rurais no setor agrícola está fundamentada, mas isso não significa que tais regulamentos possam ser desfavoráveis.

Em terceiro lugar, com relação ao subprincípio da necessidade – a interferência sobre os direitos fundamentais é necessária, porque não existe outro meio alternativo para alcançar o objeto proposto, que beneficie o direito afetado –, o Tribunal Constitucional afirma que a legislação trabalhista diferenciada do regime comum do trabalho é menos onerosa, em virtude da singularidade do setor agrícola²⁴. Há, aqui, uma falta de motivação, por parte do Tribunal Superior, pois ela reduz seu argumento ao fato de que os direitos trabalhistas, em termos de remuneração, descanso de férias e indenização por demissão, são mais benéficos do que a aplicação do regime comum do trabalho, que concede plenamente esses direitos trabalhistas. Em outras palavras, para o Tribunal Constitucional, as unidades econômicas agroexportadoras não podem assumir os custos econômicos do cumprimento da norma trabalhista geral. Entretanto, não há uma avaliação jurídica sobre a violação do conteúdo integral dos direitos trabalhistas representar a violação de seu conteúdo essencial. Desse modo, o próprio Tribunal não justifica que o regime de trabalho rural seja menos oneroso, nem se existem outras alternativas jurídicas que evitem a criação de uma regulamentação de trabalho desfavorável.

Em quarto lugar, com relação ao subprincípio da razoabilidade – a interferência é legítima porque o grau de realização deve ser equivalente ou proporcional ao grau do impacto sobre o direito fundamental. O Tribunal Constitucional considera que o grau de intervenção é leve porque o Estado promove e fomenta, progressivamente, o acesso ao emprego, no setor agrário²⁵. Novamente, o Tribunal Superior não desenvolve seus argumentos, simplesmente, afirma que a aplicação da nova legislação irá favorecer o emprego, sem avaliar se o regime comum do trabalho constitui um impedimento à promoção do emprego, ou é a causa da informalidade no setor.

²³ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 21 de noviembre de 2007*. Processo nº 00027-2006-PI/TC. Fundamento Jurídico 78º.

²⁴ Idem, Fundamento Jurídico 79º.

²⁵ Idem, Fundamento Jurídico 80º.

Em suma, consagrou-se, erroneamente, um regime especial de trabalho que promove uma atividade econômica com uma normativa desfavorável, que materializa um tratamento discriminatório, no qual a afirmação do Tribunal Constitucional, de que se trata de um tratamento diferenciado, não se encontra devidamente justificada, de maneira objetiva e razoável.

No final de novembro de 2020, teve início uma série de greves, mobilizações e ocupações de estradas, em Ica, pelos trabalhadores agroexportadores dessa região. A força do protesto obrigou que o Congresso revogasse a Lei nº 27.360, substituindo-a pela Lei nº 31.110, de 6 de dezembro de 2020, que traz melhorias trabalhistas. Então, curiosamente, são publicadas duas regulamentações paralelas à nova lei, na mesma data. Por um lado, o Decreto Supremo nº 005-2021-MIDAGRI, do Ministério da Agricultura; e, pelo outro, o Decreto Supremo nº 006-2021-TR, do Ministério do Trabalho.

A Lei nº 31.110 estabelece que os contratos de trabalho podem ser indeterminados, ou sujeitos à modalidade, com aplicação supletiva do regime geral nas matérias não reguladas pelo regime rural; incorpora a solicitação dos trabalhadores de conceder direito preferencial de contratação àqueles que tenham trabalhado anteriormente no mesmo ramo da atividade agrícola; mantém os adicionais legais e a indenização na remuneração básica, concedendo ao trabalhador o direito facultativo de receber as gratificações previstas em lei e a compensação por tempo de serviço de forma independente. O Decreto Supremo nº 005-2021-MIDAGRI permite a remuneração por desempenho, calculada com base na tarefa atribuída, a partir de critérios objetivos, para evitar qualquer discriminação. Entretanto, a regulamentação não é precisa ao declarar quais são os critérios objetivos, por exemplo, se a tarefa atribuída pode ser realizada dentro da jornada de trabalho, com base na duração, ou no número de unidades trabalhadas. Portanto, fica a critério do empregador estabelecer esses critérios objetivos, o que os torna menos válidos, se não forem acompanhados de uma justificativa técnica.

Da mesma forma, o novo regime de trabalho rural concede a bonificação especial por trabalho rural, que equivale a 30% do salário mínimo, mas sem caráter remuneratório, porque não tem efeito legal sobre os benefícios sociais do trabalhador. Desaparecem as diferenças do descanso de férias e da proteção contra a demissão arbitrária, em se tratando do regime geral. Ainda, reconhece o salário família, a participação nos lucros, o pagamento de horas extras, o pagamento adicional por jornada noturna e os descansos semanais remunerados, como disposto no regime geral.

A contribuição do novo regime de trabalho rural é a regulamentação sobre as condições particulares de trabalho, que não havia sido estabelecida no regime original: o transporte dos trabalhadores até os centros de trabalho, a alimentação, o atendimento em casos de emergência,

os serviços de higiene adequados e sua localização e a implementação de condições de saúde e higiene adequadas. O Decreto Supremo nº 006-2021-TR especifica a regulamentação sobre a hidratação, as áreas de descanso, a proteção contra o sol, os equipamentos de proteção pessoal, o uso e o manejo de produtos químicos e os planos de emergência. Ele também estabelece uma regulamentação específica sobre as condições de trabalho das trabalhadoras mulheres: a proteção contra o assédio sexual, a capacitação em direitos humanos com enfoque em gênero, os espaços de aleitamento, a licença maternidade, a proteção contra demissão, tratamento discriminatório e discriminação salarial.

Finalmente, a Lei nº 31.110 e sua regulamentação (Decreto Supremo nº 006-2021-TR) reconhecem uma série de direitos coletivos, especialmente, o direito de negociação coletiva, com disposições similares ao regime geral do trabalho.

Em suma, o novo regime de trabalho rural tem origem nos protestos dos trabalhadores, preocupados com um modelo normativo de um regime especial de trabalho que constitua uma regulamentação protetora da liberdade das pessoas, no mundo do trabalho, e que seja adequado às particularidades da atividade laboral. Além disso, o novo regime de trabalho rural derruba os argumentos do Tribunal Constitucional que declarou constitucional a origem do regime. Finalmente, o êxito da aplicação do regime de trabalho rural dependerá do seu cumprimento pelos empregadores e pela inspeção contínua e permanente das empresas agroexportadoras, especialmente sobre as pequenas e médias empresas, nas quais se produz a maioria das violações dos direitos trabalhistas.

2.3. O regime de trabalho de micro e pequenas empresas

Durante o governo de Toledo, com seu Ministro do Trabalho Fernando Villarán a frente, impulsionou-se um regime especial para a promoção e formalização de micro e pequenas empresas, resultando, desse esforço governamental, a promulgação da Lei nº 28.015, de julho de 2003. De acordo com essa norma, entende-se que a microempresa é a unidade econômica na qual trabalham entre um e dez trabalhadores, e seu faturamento anual não excede o montante de 150 Unidades Impositivas Tributárias (UIT). A pequena empresa é a unidade econômica na qual trabalham entre um e cinquenta trabalhadores, e seu faturamento anual é entre 150 e 850 UIT.

Seguindo os mesmos argumentos que justificaram a flexibilização trabalhista de Fujimori, argumentou-se que os custos trabalhistas estabelecidos pela lei impediam a formalização de micro e pequenas empresas peruanas e, portanto, era necessário um regime especial de trabalho, que se adequasse às particularidades desse tipo de empresa. Apesar da evidencia estatística desmentir tal argumentação (CANESSA MONTEJO, 2017, p. 75-78), a lei estabeleceu um regime especial de

trabalho de transição para microempresas por um período de cinco anos, que encerrou em julho de 2008.

Esse regime especial estabeleceu que os trabalhadores da microempresa têm direito a receber o salário mínimo, sendo aplicado o regime geral, em relação à jornada de trabalho e às horas extras, mas não sendo aplicada a taxa de 35% por trabalho noturno. Igualmente, não se aplica o descanso semanal remunerado, e os feriados acompanham o regime geral. Por outro lado, as férias remuneradas têm duração de 15 dias corridos de descanso, a cada ano completo de serviço. Da mesma forma, a indenização por demissão sem justa causa é inferior àquela do regime geral.

Antes do final do governo de Toledo, em julho de 2006, foi aprovada a Lei nº 28.851, ampliando a vigência da Lei Mype (Lei de micro e pequenas empresas) por um período de dez anos, a partir da lei original, ou seja, a lei foi prorrogada até julho de 2013. Mais uma vez, o período de transição foi estendido, e seus três anos de validade pareceram insuficientes para a formalização das microempresas peruanas.

No contexto da vigência do Tratado de Livre Comércio com os Estados Unidos (doravante denominado TLC), o segundo governo de Alan García recebeu poderes legislativos do Congresso para adaptar as regulamentações peruanas, segundo os compromissos assumidos. Uma das questões abordadas pelo governo García foi a regulamentação da Lei Mype, para a qual se emitiu o Decreto Legislativo nº 1.086, de junho de 2008.

Entre as principais modificações do Decreto Legislativo nº 1.086 estava a ampliação do número de trabalhadores da pequena empresa. Segundo a nova regulamentação, nessa unidade económica, trabalhariam entre um e cem trabalhadores, e o seu faturamento anual não excederia o montante de 1.700 UIT, ou seja, o escopo de uma pequena empresa é dobrado, em relação à regulamentação de Toledo. Da mesma forma, a aplicação do regime especial de trabalho, tanto da micro como da pequena empresa, é diferente da norma anterior, que somente se aplicava às microempresas. Além disso, fica estabelecido que somente os trabalhadores da pequena empresa têm direito à compensação por tempo de serviço, ainda que em condições inferiores àquelas do regime geral, pois têm direito a 15 remunerações diárias, por ano completo de trabalho, até um máximo de noventa 90 remunerações diárias. Da mesma forma, os feriados e gratificações de feriados e Natal são reduzidos para meia remuneração, cada, para os trabalhadores de pequenas empresas.

O Decreto Legislativo nº 1.086 mantém o pagamento do salário mínimo para os trabalhadores de microempresas. O intervalo de férias de 15 dias corridos e a indenização por demissão sem justa causa, estabelecidos para as microempresas, estendem-se às pequenas empresas, de modo que os direitos trabalhistas desses trabalhadores são reduzidos. Em uma de

suas disposições finais, a norma estabelece que sua regulamentação é aplicável a microempresas agrícolas. Ele também concede uma anistia trabalhista e previdenciária para as empresas que se enquadram no escopo da lei, para que possam regularizar suas obrigações trabalhistas. Por fim, o decreto mantém o regime especial de trabalho de transição em vigor, até julho de 2013.

Independentemente do fato de a reforma desfavorável ser justificada com base na vigência do TLC, o objetivo da norma é ampliar consideravelmente o regime especial de trabalho, alcançando a maior quantidade de empresas e trabalhadores. A própria estrutura de porte das empresas peruanas faz com que um número significativo de trabalhadores peruanos esteja sujeito a essa normativa, ainda que o artigo 5º do próprio Decreto Legislativo nº 1.086 afirme que essa regulamentação não se aplica aos contratos de trabalho celebrados anteriormente à vigência da lei. Isso ocorre porque a predominância de contratos de trabalho temporários faz com que, em seus novos contratos, seja aplicado o Decreto Legislativo.

Entretanto, a deterioração da proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores peruanos não parou com a Lei Mype, do governo García, mas se agravou com o governo de Humala. De fato, o período de transição do regime de trabalho de micro e pequenas empresas terminou em julho de 2013, de modo que, seguindo o “costume” de que o período de transição deve ser renovado indefinidamente, o Ministério da Economia e Finanças, e o Ministério do Trabalho, subordinado, pressionaram o Congresso para a aprovação de uma nova regulamentação. Como resultado, foi aprovada a Lei nº 3.056, substituindo a promoção e a regulamentação de micro e pequenas empresas pela “promoção do desenvolvimento produtivo e do crescimento empresarial”, estendendo sua regulamentação às empresas peruanas de médio porte.

Na nova lei, o critério que define micro e pequenas empresas de acordo com o número de trabalhadores na unidade produtiva desaparece, restando como critério o faturamento anual da empresa. Assim, com a Lei nº 30.056, uma microempresa é definida como uma unidade econômica com faturamento inferior a 150 UIT; para a pequena empresa, esse montante não pode exceder 1.700 UIT; e a média empresa é classificada pelo faturamento inferior a 2.300 UIT. Além dessa nova caracterização das empresas peruanas, em função do seu faturamento, a nova lei desconsidera o caráter temporário do regime especial de trabalho de micro e pequenas empresas, tornando-o permanente.

O Quadro 3 mede o impacto da aplicação das mudanças do regime de trabalho das micro e pequenas empresas, ao comparar os custos trabalhistas salariais e não salariais, entre o regime geral e o regime especial. O quadro considera o salário mínimo como referência para definir o custo salarial e, desse modo, compara-os, em termos percentuais. Deve-se considerar que

aproximadamente 1.400.000 trabalhadores do setor privado (30%) receberão o salário mínimo em 2022, de acordo com o Ministério do Trabalho²⁶.

O quadro evidencia que os custos trabalhistas do regime especial de trabalho de micro e pequenas empresas estão muito abaixo dos custos trabalhistas do regime geral. Assim, a pequena empresa tem um custo trabalhista que representa 84,5% do regime geral e, para a microempresa, esse número é ainda menor, com 69,2%. Em outras palavras, os trabalhadores de micro e pequenas empresas têm um custo salarial inferior, em comparação aos seus colegas, sob o regime geral. Desse modo, a aplicação da Lei Mype significa que os custos trabalhistas não são mais a principal causa da informalidade das unidades econômicas, e que o objetivo é transferir empregos da economia informal à economia formal.

Quadro 3: Custos trabalhistas dos regimes de trabalho peruanos (porcentagem)

Regime de trabalho	Geral	Pequena empresa	Microempresa
Salário de referência	100.0	100.0	100.0
Custos trabalhistas “não salariais” a serem pagos pelo empregador	51.7	28,2	5.0
Compensação por tempo de serviço (CTS)	10.0	4.9	---
Gratificações	17.3	8.3	---
Férias	8.6	4.2	4.2
Seguro-saúde	9.3	9.0	0.8
Salário família	3.8	---	---
Seguro de vida	0.6	0.6	---
Seguro de trabalho de risco suplementar	1.3	1.2	---
SENATI ²⁷	0.8	---	---
Custos trabalhistas totais a serem pagos pelo empregador	151.7	128.2	105.0

Fonte: CUADROS LUQUE, 2018, p. 71.

Com a promulgação do Decreto Legislativo nº 1.086 e da Lei nº 30.056, que modificam substancialmente o regime especial de trabalho de micro e pequenas empresas, a Ordem dos Advogados de Arequipa apresentou uma ação de inconstitucionalidade contra tais normas, argumentando que a regulamentação viola o direito de igualdade. O Tribunal Constitucional declarou a ação improcedente, na medida que se dirigia ao Decreto Legislativo nº 1.086, devido à prescrição, mas, em vez disso, tramitou a ação contra o artigo 11 e a segunda disposição complementar da Lei nº 30.056. Embora a sentença de 11 de fevereiro de 2020 (Processo nº 0021-2014-PI/TC) não tenha alcançado os cinco votos que a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional exige para declarar uma lei inconstitucional, de modo que a lei continua em vigor, os argumentos jurídicos presentes na sentença e seus votos individuais são uma contribuição para a análise jurídica dos regimes especiais de trabalho.

²⁶ *Gobierno aumentó el sueldo mínimo a S/ 1 025 - Noticias - Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - Gobierno del Perú* (www.gob.pe).

²⁷ Serviço Nacional de Treinamento em Trabalho Industrial.

A ação se concentra no questionamento da constitucionalidade da retirada do número de trabalhadores como um dos critérios que definem o porte da empresa – que, por sua vez, estabelece o escopo da aplicação do regime –, deixando apenas o faturamento como critério único. Além disso, o regime especial de trabalho deixa de ser transitório, tornando-se permanente.

Em relação à primeira petição, os magistrados divergem. Em primeiro lugar, os magistrados Ferrero e Sardón argumentam que o faturamento é um critério objetivo e suficiente para o cumprimento das obrigações tributárias, portanto, é também um critério objetivo mais preciso para identificar micro e pequenas empresas²⁸. Em outras palavras, estender o critério das obrigações tributárias à esfera trabalhista é válido. Em segundo lugar, os magistrados Miranda e Ramos citam um pronunciamento da Comissão de Peritos da OIT, que identifica os três principais critérios quantitativos para estabelecer o porte de uma empresa: i) o número de trabalhadores, ou assalariados; ii) o valor dos ativos fixos; e iii) o volume de negócios de cada empresa²⁹. No entanto, os magistrados consideram que a definição de micro e pequenas empresas é uma competência do legislador, com base em critérios quantitativos e qualitativos (e suas combinações), embora reconheçam que, mesmo que o número de trabalhadores não seja o único critério para determinar o porte de uma empresa, é obrigatório incorporá-lo³⁰. Portanto, eles incitam o Congresso a alterar a regulamentação para introduzir o critério do número de trabalhadores. Em sentido estrito, ambos reconhecem que a exclusão do critério do número de trabalhadores viola a Constituição, explicando a insistência para que o legislador remedeie tal fato, reformando a lei. Em terceiro lugar, a magistrada Ledesma ressalta a grande contradição que permite que a lei reconheça uma unidade produtiva com 50 trabalhadores como uma microempresa, porque o seu faturamento não supera o parâmetro legal para essa categoria³¹. Logo, destaca o argumento irrazoável da lei, ao adotar o faturamento como único critério para definir as diferenças entre micro, pequenas e médias empresas, o que viola o princípio do direito à igualdade, ao estabelecer um tratamento legal diferenciado desfavorável aos trabalhadores das microempresas³². Em quarto lugar, o magistrado Espinosa-Saldaña argumenta que não se pode estabelecer o faturamento como único critério, porque ele distorce a categorização de uma

²⁸ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular de los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamentos Jurídicos 17º y 18º.

²⁹ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 11 de febrero de 2020*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 58º.

³⁰ Idem, Fundamento Jurídico 61º.

³¹ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 12º.

³² Idem, Fundamento Jurídico 16º.

empresa³³. Em suma, uma maioria insuficiente de magistrados conclui que estabelecer o faturamento como único critério para a definição do porte de uma empresa é inválido, ainda mais quando resulta na titularidade ou não dos direitos trabalhistas para os trabalhadores³⁴.

Quanto à segunda petição, referente à concessão do caráter permanente do regime especial de trabalho, também há divergência nos posicionamentos. Os magistrados Ferrero, Sardón e Blume não se pronunciaram sobre essa questão em seus votos. Os magistrados Miranda e Ramos afirmam que a interpretação constitucional válida é aquela que sustenta que o regime tem um caráter permanente e especial, no ordenamento jurídico peruano, desde que a micro ou pequena empresa possa passar para outro regime de trabalho, em razão do seu crescimento. Em contrapartida, os magistrados rejeitam a interpretação na qual as empresas constituídas como micro ou pequenas permanecem sob seu regime de trabalho, em caráter permanente. Isso é inconstitucional por violar, simultaneamente, o princípio da progressividade e da não regressividade, e o princípio da igualdade (subprincípio da necessidade)³⁵. Em minha opinião, a lei não impede que, devido ao aumento do faturamento de uma empresa, seus trabalhadores possam ser transferidos para a regulamentação sob o regime geral. A controvérsia não é a permanência em uma unidade econômica de um regime trabalhista, mas, sim, a permanência sob o regime de trabalho de micro e pequenas empresas. A magistrada Ledesma afirma que o estabelecimento do caráter permanente do regime especial de trabalho constitui um retrocesso e contraria o princípio da progressividade e não regressividade³⁶. Inclusive, argumenta que não existe uma justificativa precisa sobre a necessidade de tal modificação, estabelecida pelo Decreto Legislativo nº 1.086 e pela Lei nº 30.056, que afetam, nas palavras da magistrada, o nível de satisfação dos direitos fundamentais de caráter trabalhista dos trabalhadores de micro e pequenas empresas³⁷. Da mesma forma, o magistrado Espinosa-Saldaña destaca que a permanência do regime especial é manifestamente inconstitucional. Em primeiro lugar, porque o caráter temporário do regime foi o argumento utilizado na sentença constitucional de 21 de novembro de 2009, sobre o regime de trabalho rural, para corroborar sua excepcionalidade. Isso é alterado ao

³³ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 4º.

³⁴ Existe uma evidente falta de motivação no voto individual do magistrado Blume, de modo que não há uma contribuição substancial em termos de argumentação para nosso tema de análise, ele simplesmente conclui que não existe nenhuma infração constitucional, pela harmonia, concordância e compatibilidade da lei com o artigo 59 da Constituição (liberdades de trabalho, empresa, comércio e indústria). Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular del magistrado Blume Fortini*. Processo nº 0021-2014-PI/TC.

³⁵ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 11 de febrero de 2020*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 148º.

³⁶ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 24º.

³⁷ Idem, Fundamento Jurídico 25º.

conceder-lhe o caráter permanente. Em segundo lugar, o regime de trabalho permanente significa um claro retrocesso, no campo dos direitos dos trabalhadores³⁸. Em suma, como na petição anterior, a maioria dos magistrados concluiu que conceder permanência ao regime de trabalho de micro e pequenas empresas representa uma violação do direito-princípio à igualdade.

A parte mais marcante da sentença se apresenta quando os pronunciamentos abordam a natureza jurídica de um regime especial de trabalho, e aventam se uma regulamentação desfavorável significa a violação do princípio de não regressividade dos direitos sociais dispostos nos instrumentos internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Peru.

Assim, os magistrados Miranda e Ramos argumentam que a natureza dos regimes especiais se baseia em critérios objetivos e subjetivos, respectivamente. O primeiro se refere às situações particulares da atividade econômica desenvolvida, como o regime especial dos trabalhadores portuários, da construção civil, de minas, etc. O segundo se refere às pessoas que desempenham a atividade laboral, como trabalhadores estrangeiros, artistas, adolescentes, etc. Ambas legitimam a promulgação de um tratamento trabalhista diferenciado³⁹. Embora os próprios magistrados reconheçam que o regime de trabalho de micro e pequenas empresas não se enquadra em nenhuma dessas situações descritas: “No entanto, no caso de micro e pequenas empresas, o fator da especialidade para elaborar um regime especial de trabalho não reside em um elemento objetivo ou subjetivo, mas na *intenção estatal de apoiar um setor empresarial concreto, com o objetivo de gerar crescimento e emprego, o que tem reconhecimento constitucional*”⁴⁰ (grifo meu). Esse fundamento jurídico resume o caráter instrumental que esse regime especial de trabalho tem, cujo objetivo é reduzir os custos trabalhistas, por meio da redução do conteúdo e da aplicação dos direitos trabalhistas. Os próprios magistrados advertem a esse respeito, quando afirmam: “Como se adverte, a redução desses custos trabalhistas para o fortalecimento de micro e pequenas empresas necessariamente se traduz na restrição de alguns benefícios para os trabalhadores sujeitos a esse regime de trabalho, em comparação com aqueles previstos para o regime geral do trabalho”⁴¹. O que é perigoso nesse argumento, como venho sustentando, é que ele mina diretamente a base dos direitos trabalhistas, ainda mais grave quando esses são direitos fundamentais resguardados pelo texto constitucional peruano. Apesar disso, Miranda e Ramos consideram que a restrição dos direitos e benefícios trabalhistas dos

³⁸ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 5º.

³⁹ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 11 de febrero de 2020*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 24º.

⁴⁰ *Idem*, Fundamento Jurídico 25º.

⁴¹ *Idem*, Fundamento Jurídico 29º.

trabalhadores de micro e pequenas empresas é válido, porque os custos trabalhistas do regime geral do trabalho são um obstáculo à criação e formalização das micro e pequenas empresas, por sua onerosidade⁴². Em outras palavras, nesse ponto de vista, o custo econômico da proteção da liberdade das pessoas no mundo de trabalho é impeditivo para a lucratividade de uma empresa – independentemente de seu porte –, justificando a redução do conteúdo e da aplicação dos direitos trabalhistas. Assim, se a racionalidade instrumental governa o Direito, qualquer emprego sujeito a condições indignas ou indecentes se justifica, já que os custos econômicos são o critério essencial para validar uma regulamentação.

Os magistrados Ledesma e Espinosa-Saldaña se opõem aos argumentos acima expostos, com seus votos. A magistrada Ledesma argumenta que existem meios alternativos mais adequados e benéficos para a promoção das pequenas empresas, conforme estabelecido pelo artigo 59 da Constituição. Por exemplo, o aumento da produtividade por meio de políticas de desenvolvimento empresarial: incentivar o investimento em capital físico, inovações, tecnologia, capital humano, melhoria da organização do trabalho e facilidade de acesso ao crédito, para uma maior geração de valor agregado e um crescimento sustentável da produtividade, que levem à maior competitividade, ao crescimento econômico em longo prazo e a maiores níveis de salário real e empregos de qualidade⁴³. O magistrado Espinosa-Saldaña é mais direto em sua crítica: “considero que a legislação especial dada com a intenção de promover e incentivar a formalização de micro e pequenas empresas [...], *não pode sacrificar, do modo que fez, o direito dos trabalhadores, em nome do crescimento econômico ou de alguma ideia reduzida de progresso*”⁴⁴ (grifo meu). Além disso, argumenta que não foi estabelecido qualquer vínculo ou relação de causalidade entre o regime trabalhista desfavorável (a redução dos direitos trabalhistas), questionando, assim, não apenas a necessidade de existência da norma, mas também a própria adequação da medida adotada, como ficará mais claro nos parágrafos seguintes.

Sobre o retrocesso que significa o regime de trabalho das micro e pequenas empresas, comparado ao regime geral do trabalho, discute-se seu caráter desfavorável. Por um lado, os magistrados Miranda e Ramos consideram os direitos trabalhistas no rol da categoria dos direitos sociais⁴⁵, ou seja, eles têm um caráter prestacional e, portanto, estão sujeitos à progressividade.

⁴² Idem, Fundamento Jurídico 130°.

⁴³ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular de la magistrada Ledesma Narváez*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamentos Jurídicos 39°, 40° e 41°.

⁴⁴ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 3°.

⁴⁵ Uma visão crítica para identificar os direitos trabalhistas junto aos direitos sociais pode ser consultada em: Miguel F. Canessa Montejo, em *Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 138-142.

Nas palavras do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, isso significa que esse tipo de direitos se materializa, gradualmente, para alcançar sua plena realização. No entanto, como o próprio órgão de controle internacional destaca, isso não significa que deva ser obrigatório. Existe uma obrigação mínima em assegurar a satisfação dos níveis essenciais de cada um dos direitos⁴⁶. Por outro lado, o caráter progressivo dos direitos sociais também inclui a obrigação do retrocesso condicionado. Nas palavras do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, isso significa que “todas as medidas de caráter deliberadamente retrógrados a esse respeito exigirão mais cuidadosa consideração e deverão ser plenamente justificadas com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso pleno do máximo de recursos disponíveis”⁴⁷. Em outras palavras, o retrocesso na aplicação de um direito social está proibido, a menos que seja devidamente justificado. Para Courtis, há dois campos de aplicação da noção geral de regressividade: a) a regressividade aos resultados de uma política pública (regressividade de resultados); b) a extensão dos direitos concedidos por uma norma (regressividade normativa) (COURTIS, 2006, p. 3-4). O regime especial de trabalho de micro e pequenas empresas está no escopo de aplicação da classificação de Courtis.

Embora o regime especial de trabalho seja um retrocesso, os magistrados Miranda e Ramos argumentam que a lei atende à forte motivação exigida pelo Tribunal Constitucional, para adotar uma medida regressiva⁴⁸, com base no fato de que o interesse geral é um argumento que justifica o retrocesso de um direito social⁴⁹. Sem mencionar expressamente qual é o interesse geral, deduz-se que seus argumentos se referem à promoção do emprego em micro e pequenas empresas. Novamente, a justificativa instrumental é usada como argumento para validar um regime de trabalho desfavorável.

No entanto, o argumento de que o regime especial de trabalho promove empregos em micro e pequenas empresas também não se mostra verdadeiro, com base nos resultados estatísticos. Como bem ressalta o magistrado Espinosa-Saldaña: “a política que estabelece condições de trabalho reduzidas para micro e pequenas empresas não constitui um novo regime, mas, pelo contrário, está materializada há mais de dez anos no Peru. Se assim for, devido ao longo período que opera essa diretriz, deveria ser fácil reconhecer ou comprovar se ela realmente

⁴⁶ Organização das Nações Unidas, em *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto)*. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, Documento E/1991/3, parágrafos 9 e 10.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Cf. Tribunal Constitucional do Peru. *Sentencia de 11 de febrero de 2020*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 42º.

⁴⁹ Idem, Fundamento Jurídico 44º.

cumpra com sua suposta finalidade, que vem justificando sua decisão (a saber, a promoção e formalização de micro e pequenas empresas)”⁵⁰.

Se a aplicação da Lei Mype é bem-sucedida, deveria existir uma clara tendência no aumento do emprego formal em micro e pequenas empresas, de 2003 adiante; e se, pelo contrário, não há um decréscimo significativo do emprego informal em micro e pequenas empresas, a política empreendida por Villarán e aprofundada nos governos posteriores é um fracasso.

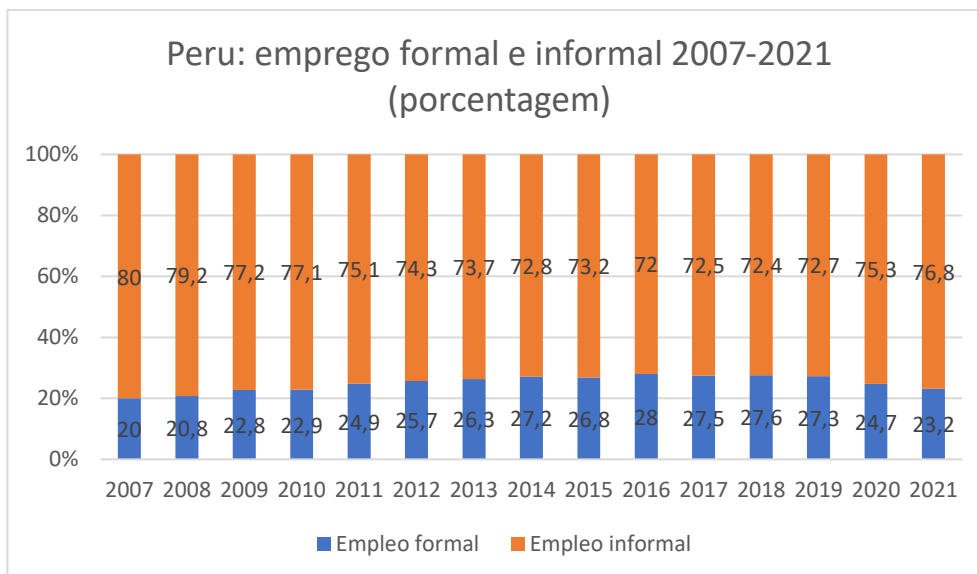
O Gráfico 2 mostra a evolução do emprego formal e informal no país, de 2007 a 2021, quando a Lei Mype passa a ser totalmente aplicável. O resultado dos últimos dois anos deve ser qualificado, em razão da paralisação econômica ocasionada pela pandemia, no país. O gráfico também inclui, em sua medição, o pico mais alto de crescimento econômico, entre 2006 e 2013, e sua desaceleração, a partir do ano seguinte.

Em 2007, o emprego formal era de 20% e o emprego informal era de 80%, ou seja, oito a cada dez trabalhadores peruanos trabalhavam na informalidade. Entre o período de 2008 a 2016, há uma leve tendência crescente do emprego formal, que alcança 28%, sendo o melhor ano em termos de resultado e coincidindo com o fim do *boom* econômico exportador. Em 2016, o PIB do país cresceu 3,1%, número muito distante do 9,1% do PIB de 2008, o que é um sinal do que está por vir. Nos anos seguintes, o crescimento do emprego formal estagnou, pela desaceleração econômica. Em 2019, antes da pandemia, o emprego formal caiu para 27,3% da população ocupada. Com a pandemia, os resultados de 2020 e 2021 são bem ruins. O emprego formal caiu a 24,7% e, depois, a 23,2%, respectivamente, retrocedendo dez anos. Esses resultados expõem o fracasso em diminuir o emprego informal.

A pesar do *boom* econômico vivido pela economia peruana, os números de empregos formais não mudaram substancialmente, porque apenas um trabalhador informal passa a ter seu trabalho formalizado. Em 2019, 7 de cada 10 trabalhadores trabalham informalmente. Durante esse período de tempo, o emprego formal sempre manteve estatísticas abaixo de 30%, e a informalidade, acima de 70%. Em suma, o gráfico demonstra que a aplicação da Lei Mype não tem um impacto significativo na redução do emprego informal.

Gráfico 2 Peru: População Economicamente Ativa Ocupada, por emprego formal e informal 2007-2021 (em porcentagem)

⁵⁰ Tribunal Constitucional do Peru. *Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera*. Processo nº 0021-2014-PI/TC. Fundamento Jurídico 7º.



Fuente: INEI, 2022.

O Quadro 4 relaciona a distribuição do emprego formal, segundo o porte da empresa, entre 2007 e 2020, o que nos permite avaliar o peso quantitativo do emprego informal nesses anos, no contexto de micro e pequenas empresas, aproximando-nos da medição do impacto da lei. Ainda que a última versão da Lei Mype identifique as unidades econômicas pelo faturamento, aqui, mantemos a medição com base no porte da empresa.

O Quadro 4 corrobora que a grande maioria dos trabalhadores da economia informal estão em microempresas (entre 1 e 10 trabalhadores, conforme o registro do INEI, na década de 1990). Em 2007, as microempresas representam 87,4% do emprego informal nacional, uma tendência que cresce, em três anos, até alcançar 89,2%. Na sequência, há um decréscimo leve, nos anos seguintes, com 86,6%, em 2013; e 87,6%, em 2016, mas volta a crescer até 89,2%, em 2018; 88,9%, em 2019; e 91,2%, em 2020, respectivamente. Também se ressalta o desaparecimento de 1.263.000 empregos, concentrados especialmente em microempresas, representando 873.000.

Uma leitura conjunta do Quadro 4 com o Gráfico 2 evidencia um comportamento similar em seus resultados, que pode ser explicado pela interrelação entre o emprego formal e as micro e pequenas empresas. Em suma, reitera que a interrelação não desaparece com a aplicação da Lei Mype.

Embora não seja possível medir, nos mesmos termos, as pequenas empresas, porque os dados estatísticos ultrapassam o limite de 20 trabalhadores, os resultados também demonstram, indiretamente, que sua evolução é relativamente similar ao que ocorre em microempresas, ainda que de forma mais acentuada. Há uma tendência crescente, entre 2007 e 2010 e, na sequência,

decrecente até 2019. No ano de 2020, há uma queda drástica, inclusive mais acentuada do que em microempresas.

Pode-se argumentar que o emprego informal não diminui significativamente em micro e pequenas empresas. Isso confirma o impacto limitado da Lei Mype na diminuição substancial dos trabalhadores da economia informal, em micro e pequenas empresas.

Quadro 4 Peru: População Economicamente Ativa Ocupada por emprego informal, segundo porte da empresa 2007-2020 (em milhares de pessoas)

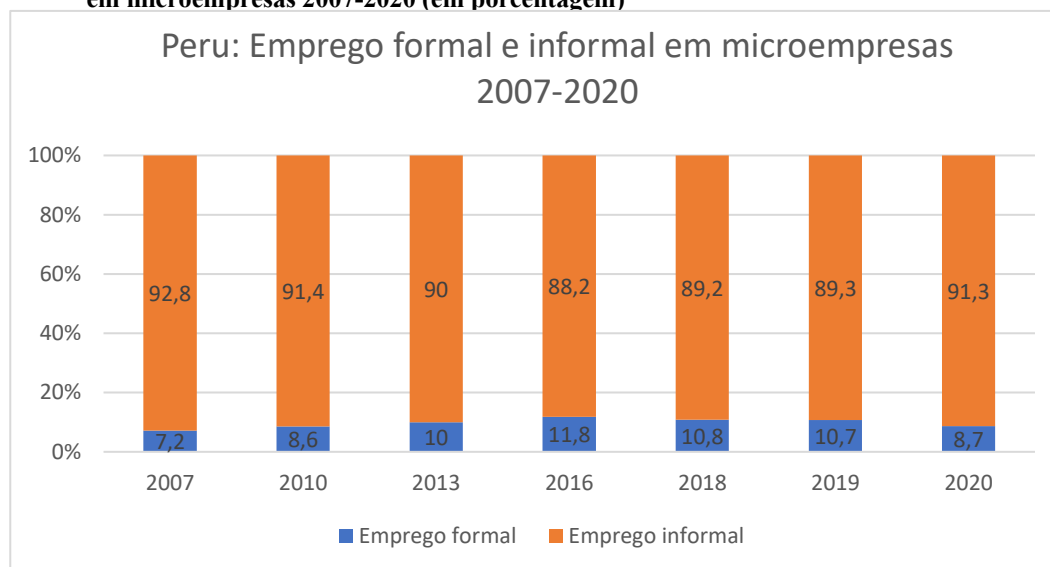
Indicadores	2007	2010	2013	2016	2018	2019	2020
De 1 a 5 pessoas	8.907	9.076	9.078	9.379	10.011	10.254	9.552
De 6 a 10 pessoas	1.023	1.067	937	833	827	826	685
De 11 a 30 pessoas	551	603	592	552	558	547	371
De 31 pessoas ou mais	865	873	948	886	751	825	612
Não especificado	10	19	10	7	5	11	10
TOTAL	11.356	11.368	11.565	11.657	12.153	12.463	11.228

Fonte: INEI, 2021, p. 199-205.

O Gráfico 3 é mais preciso para medir o impacto da Lei Mype, porque distribui, no mesmo período de tempo, a evolução do emprego formal e informal de microempresas, de modo que suas unidades econômicas se inclinam, ou não, a deixar a economia informal.

Assim, a grande maioria dos trabalhadores de microempresas trabalham na economia informal. Entre 2007 e 2020, a cada dez trabalhadores em uma microempresa, nove se encontravam na economia formal, sendo, somente um, formalizado. Nem sequer os 1.362.000 trabalhadores do ano de 2016, que apresenta os melhores resultados em relação à formalização do emprego em microempresas, ofuscam aos 10.212.000 trabalhadores da economia informal, nesse mesmo ano.

Gráfico 3 Peru: População Economicamente Ativa Ocupada por emprego formal e emprego informal em microempresas 2007-2020 (em porcentagem)



Fonte: INEI, 2021, p. 199-205. Elaborado pelo autor.

A explicação do fracasso na aplicação da Lei Mype foi formulada por Rodríguez e Higa, em seu estudo sobre a informalidade no Peru. Esses economistas, avaliando a reforma da Lei Mype, promulgada no segundo governo de García, ressaltam que: “A Lei Mype considera somente as empresas que contratam, ao menos, um trabalhador. [...] 70% das UPI são unipessoais e, dos 30% que utilizam mão de obra, somente 25% são contratados. Em outras palavras, no universo das unidades de produção consideradas nesse estudo, no máximo 6% poderia ser considerado sujeito à nova Lei Mype. A grande maioria fica de fora. Esse cenário não seria muito distinto se fossem incluídas as unidades de produção dedicadas às atividades agropecuárias e florestais. Certamente, o uso de mão de obra é mais frequente, mas, ao mesmo tempo, deve ser ainda mais frequente que se enquadre na modalidade de trabalhadores familiares não remunerados. Se o único instrumento para enfrentar a informalidade é a Lei Mype, fica claro que estamos distantes de começar a resolver o problema da informalidade e suas consequências” (RODRÍGUEZ; HIGA, 2010, p. 168-169).

De acordo com essa análise, há uma falta de suporte técnico no projeto normativo da Lei Mype, porque os autores ressaltam que são poucas as unidades econômicas que realmente podem se beneficiar de sua regulamentação. A imensa maioria são as empresas unipessoais, porque não carecem de trabalhadores assalariados e, ao mesmo tempo, há poucas empresas que realmente contratam trabalhadores, porque a maioria se apoia no trabalho não remunerado de familiares.

Em outras palavras, as medidas de flexibilização trabalhista para micro e pequenas empresas não têm importância na promoção da formalização, porque o universo que pode se beneficiar dela é muito pequeno.

Para verificar se a afirmação de RODRÍGUEZ e HIGA é correta, no Quadro 5, mede-se a distribuição da população economicamente ativa ocupada, entre 2007 e 2020, indicando a real importância dos trabalhadores autônomos e dos trabalhos não remunerados de familiares, dentro da população ocupada, de modo que, com sua quantificação, é possível analisar se a Lei Mype levou em conta as estruturas de micro e pequenas empresas, em seu projeto normativo.

Os autônomos, ou trabalhadores por conta própria, sempre representam mais de um terço da população que trabalha, durante esse período, com oscilações entre 34,8%, em 2007, e 37%, em 2019, nunca fica abaixo disso (1/3). Os assalariados são a categoria ocupacional mais importante, não estando distantes dos trabalhadores autônomos. Em 2007, representaram 41,3%, somente sete pontos percentuais acima dos trabalhadores autônomos e, no melhor ano, 2019, representaram 46,3%, nove pontos percentuais acima. Se combinamos os trabalhadores familiares não remunerados aos autônomos, que são as duas principais categorias ocupacionais em micro e pequenas empresas – formal e informal – eles sempre superam aos assalariados, em números.

Quadro 5 Peru: População ocupada, segundo categoria de ocupação 2007-2020

Ocupação	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2020
Empregador	815.600	819.000	812.000	767.700	664.000	654.100	672.100	417.800
Trabalhador independente (autônomo)	4.943.600	5.132.600	5.382.700	5.414.400	5.579.700	6.099.600	6.342.400	5.697.200
Assalariado ⁵¹	5.861.800	6.309.700	6.706.300	7.276.100	7.493.100	7.660.900	7.931.400	6.503.600
Trabalhador familiar não remunerado	2.011.300	2.011.300	1.939.700	1.782.500	1.761.500	1.669.900	1.735.100	1.998.800
Trabalhador doméstico	515.000	474.700	416.500	405.100	392.800	395.200	420.300	244.700
Outros	50.600	61.100	50.200	37.400	28.100	31.400	31.800	39.700
TOTAL	14.197.900	14.762.400	15.307.400	15.682.900	15.919.200	16.511.000	17.133.100	14.901.800

Fonte: INEI, 2021, p. 52.

Esses resultados mostram os erros no projeto normativo da Lei Mype, que enfatizou mais a redução dos custos, por meio da redução dos direitos trabalhistas, em vez de adaptar sua promoção, com base na situação real das unidades econômicas, para que um número maior de micro e pequenas empresas se beneficiasse das medidas apropriadas.

BALBÍN TORRES (2014, p.23) ressalta que, até 2013, apenas 15,5% das microempresas se registraram no livro de registro eletrônico, do Ministério do Trabalho, apesar dos 10 anos de vigência da Lei Mype. Além disso, o autor ressalta que essa porcentagem inclui as microempresas formalizadas antes do regime especial entrar em vigor, portanto, o impacto real do regime é

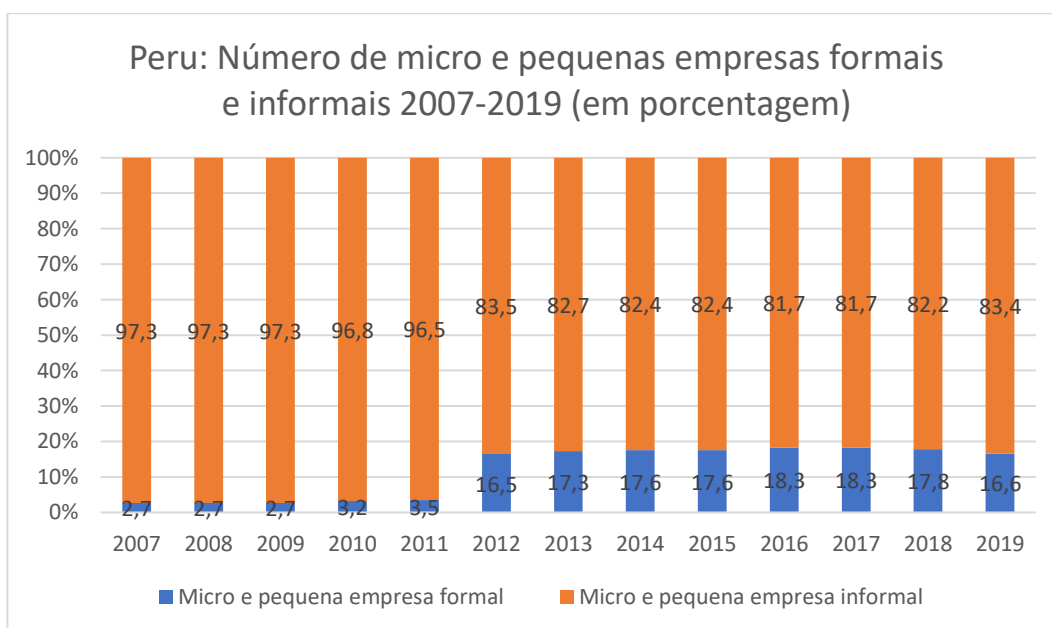
⁵¹ Inclui operários e empregados.

reduzido a 7,6% do total de microempresas existentes no país. Nos mesmos termos, Carlos postula que, até outubro de 2013, de acordo com o registro do Ministério do Trabalho, foram formalizadas aproximadamente 73 mil microempresas, o que representa 8,4% do total de microempresas, a nível nacional (CUADROS, 2018, p. 76).

O Gráfico 4, elaborado pelo Ministério da Produção, expõe a evolução de micro e pequenas empresas formais, entre 2007 e 2019, com base no registro único de contribuintes da Superintendência Nacional Alfandegária e de Administração Tributária (SUNAT), comparando-a com uma estimativa de micro e pequenas empresas, baseada na pesquisa domiciliar nacional e na declaração de pessoas como responsáveis por micro e pequenas empresas.

A periodização pode ser dividida em dois grandes segmentos. Por um lado, no primeiro período, entre 2007 e 2011, quando as micro e pequenas empresas formais não superavam 3,5% do número total estimado de empresas desse porte no país, há um crescimento nulo da formalização de micro e pequenas empresas. Por outro lado, no segundo período, entre 2012 e 2019, há um crescimento da formalização, representando 16,5%, em 2012. Esse salto se explica pela reforma da Lei nº 30.056, que elimina o critério do número de trabalhadores, e passa a medir com base somente no faturamento, reconfigurando as medições. Ainda nesse período, também se repete a estagnação nos números de formalização de micro e pequenas empresas, como mostram os dados de 2016, com 18,3%, apenas dois pontos percentuais a mais que no início. Finalmente, o ano de 2019 finaliza com uma queda das micro e pequenas empresas formalizadas, 16,6%, número semelhante ao de 2012.

Gráfico 4 Peru: Micro e pequenas empresas formais e informais 2007-2019 (em porcentagem)



Fonte: INEI, 2021. Elaborado pelo autor.

Independentemente da evolução da formalização de micro e pequenas empresas no país, interessa-nos medir seu impacto sobre o emprego de seus trabalhadores e sobre a redução da informalidade. O Ministério da Produção publica números similares sobre a informalidade em micro e pequenas empresas, com base em uma estimativa para o período entre 2007 e 2020. Esses resultados podem ser explicados porque são oriundos da mesma fonte, o INEI.

A novidade do Quadro 6 é que traz micro e pequena empresas em um único indicador, refletindo o fato de que a pequena empresa tem um número maior de trabalhadores na formalidade, ainda que seu peso seja muito inferior se comparado ao da microempresa, diluindo, assim, sua importância.

Quadro 6 Peru: Estimativa da informalidade trabalhista em micro e pequenas empresas 2007-2020 (em porcentagem)

Porte da empresa	2007	2009	2011	2013	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Microempresa	92.9	92.6	91.1	90.0	90.0	89.4	89.4	89.4	89.8	92.2
Mícro e pequena empresa ⁵²	88.8	87.6	85.9	83.8	83.3	83.2	82.6	82.6	83.3	86.0

Fonte: INEI-ENAH0, 2017-2020. Elaboração: Produce-OGEIEE.

Em conclusão, pode-se afirmar que o regime especial de trabalho da micro e pequena empresa é um fracasso para a formalização desse tipo de unidade econômica, porque a imensa maioria de seus trabalhadores continuam na economia informal. Isso, por sua vez, revela que sacrificar a redução do conteúdo e da aplicação dos direitos trabalhistas para esse grupo de trabalhadores, por meio do regime especial de trabalho, não fortaleceu a promoção de empregos nessas unidades econômicas. Em outras palavras, o principal argumento apresentado para respaldar o modelo, por diferentes governos, bem como os pronunciamentos da maioria dos magistrados do Tribunal Constitucional, revela-se falso, a partir dos dados estatísticos apresentados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O IMPACTO DOS REGIMES ESPECIAIS DE TRABALHO NO MUNDO DE TRABALHO PERUANO

O Ministério da Economia e Finanças concluiu, em seu Plano Nacional de Competitividade e Produtividade (Decreto Supremo nº 237-2019-EF), de 28 de julho de 2019, que o regime de trabalho rural é um êxito, porque conseguiu posicionar as empresas peruanas agroexportadoras no mercado internacional, representando um aumento significativo nas

⁵² O quadro combina dados de micro e pequenas empresas.

exportações. Uma das variáveis desse sucesso é explicada pela redução dos custos trabalhistas estabelecida pelo regime de trabalho rural. Assim, o Ministério da Economia e Finanças propõe estender o modelo do regime de trabalho rural como parâmetro a ser seguido pelo ordenamento jurídico trabalhista peruano.

No entanto, esse postulado desmoronou devido às mobilizações dos trabalhadores agroexportadores, que foram a causa da modificação do regime de trabalho rural de 2020 que, em linha gerais, fazem desaparecer as diferenças do tratamento normativo, em relação ao regime geral do trabalho, sem causar uma queda na lucratividade das empresas agroexportadoras. O que é notável é a visão instrumental que domina diversos setores da burocracia estatal, quando se trata de direitos trabalhistas.

Portanto, nessa última seção, centra-se em medir o impacto real dos regimes especiais de trabalho, a evolução do número de trabalhadores sujeitos a essa regulamentação, e em compará-los com aqueles que estão no regime geral do trabalho. Com base nessa avaliação, refletimos se a abordagem do Ministério da Economia e Finanças se materializa, na prática.

Para alcançar essa resposta, o Quadro 7 mostra a distribuição dos trabalhadores desse setor privado, nos últimos sete anos, segundo seu regime de trabalho. O regime geral do trabalho, elaborado sob o governo de Fujimori, que tem seu pilar na Lei da Produtividade e Competitividade do Trabalho – o antigo Decreto Legislativo 728 –, ao lado do arquipélago de regimes especiais de trabalho, especialmente dos que foram elaborados posteriormente, como o rural e o de micro e pequenas empresas.

Há um leve crescimento de 14,8% no número de trabalhadores do setor privado, no período estudado, que se distribui de maneira diferente, entre os três principais regimes de trabalho: geral, rural e de micro e pequenas empresas. O número de trabalhadores no regime geral cresceu apenas 1%, o que se destaca, junto aos demais resultados. Por sua vez, os trabalhadores de micro e pequenas empresas tiveram seu número duplicado, com um crescimento de 99,2%; e os trabalhadores rurais e agroindustriais cresceram 58%. Pode-se questionar se o impacto da pandemia distorce o resultado. No entanto, se reduzimos a análise até 2019, as tendências não são muito diferentes. O regime geral cresceu apenas 3,7% até esse ano; enquanto que o regime de micro e pequenas empresas cresceu 65,5% e, o regime rural, 51,4%, respectivamente. O que a pandemia fez foi acentuar essas tendências. Os demais regimes de trabalho – de minas, da construção civil, etc. – mantêm-se estáveis, de modo que as mudanças significativas se passam nos indicadores analisados.

Com relação à evolução da distribuição de trabalhadores nos regimes de trabalho, seus resultados também expõem o que se mencionou no parágrafo anterior. Cada vez menos

assalariados peruanos estão sujeitos ao regime geral, pelo contrário, há mais assalariados alocados em algum regime especial, particularmente, no de micro e pequenas empresas e no regime rural. De fato, o regime geral tem uma redução, nesse período, de quase dez pontos percentuais, de 77%, em 2015; a 67,7%, em 2021. Sem dúvida, dois terços dos trabalhadores assalariados peruanos ainda estão no regime geral, mas a tendência é, claramente, decrescente. Por outro lado, a evolução do regime de micro e pequenas empresas é oposta, crescendo 6,4% nesses últimos sete anos, de 8,4%, em 2015; a 14,6%, em 2021. Uma situação parecida, mas menos acentuada, ocorre com o regime rural, que cresce 3,2%. Em outras palavras, a redução proporcional do número de trabalhadores assalariados do regime geral se explica pelo aumento no número desses trabalhadores em regimes especiais.

Quadro 7 Peru: Trabalhadores do setor privado segundo o regime de trabalho 2015-2021⁵³

Regime de Trabalho	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Geral	2.584.252	2.586.136	2.559.604	2.594.234	2.680.102	2.738.375	2.611.401
Microempresa	206.145	234.991	260.866	289.276	347.530	345.949	421.571
Pequena empresa	77.368	85.259	94.609	102.938	121.771	119.389	143.085
Rural ⁵⁴	291.052	322.768	336.074	396.716	440.737	99.916	459.876
Mineiros	32.083	34.818	36.280	36.683	37.086	35.233	38.366
Construção civil	118.090	100.052	102.986	108.306	121.246	116.636	121.121
Não previstos	32.150	32.238	32.796	36.651	38.485	48.905	47.981
Indeterminados	15.543	18.927	83.102	32.319	28.735	19.237	11.836
TOTAL	3.356.683	3.415.189	3.506.317	3.597.123	3.815.692	3.518.640	3.855.237

Fonte: Ministério do Trabalho e Promoção do Emprego (Anuários Estatísticos 2015-2021). Elaboração do autor.

Em minha opinião, o objetivo de construir o arquipélago normativo dos regimes especiais de trabalho, elaborados depois da flexibilização trabalhista de Fujimori, consiste na constituição de um sistema normativo com menos direitos trabalhistas, que não se aplicam à maioria dos assalariados peruanos, sem alterar o regime geral. Em outras palavras, em vez de aprofundar a flexibilização trabalhista da década de 1990, opta-se por criar um arquipélago normativo, no qual a frouxidão do escopo de aplicação permite a desregulamentação do trabalho. Dessa forma, assegura-se, simultaneamente, que a oposição dos sindicatos será menor – porque os afeta progressivamente – e que haverá uma diminuição significativa dos custos trabalhistas para as empresas formais.

⁵³ A medição é em dezembro de cada ano.

⁵⁴ O rural inclui as Leis nº 27.360 e 31.110.

Em outras palavras, a materialização do arquipélago normativo dos regimes especiais de trabalho desfavoráveis, no ordenamento trabalhista peruano, é reflexo do triunfo jurídico da racionalidade instrumental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. **Régimen laboral de los artistas en el Perú**. Lima: Palestra Editores, 2008.

BALBÍN, Edgardo. **La agenda laboral pendiente del TLC Perú-Estados Unidos: cuando la competitividad se basa en la reducción de los derechos laborales**. Lima: Instituto de Estudios Sindicales, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. Empleo y salarios en el sector exportador peruano: los regímenes laborales especiales y el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. *In*: MANKY, Omar (Ed.). **Trabajo y sociedad. Estudios sobre el mundo del trabajo en el Perú**. Lima: CISEPA-Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. La reforma laboral peruana: el plan nacional de competitividad y productividad (siguiendo el mismo sendero transitado). Córdoba: Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2019.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. Violencia en el trabajo y hostigamiento sexual: aspectos sustantivos. *In*: **El Derecho del Trabajo y la seguridad social en época de cambios, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2020.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. *In*: COURTIS, Christian (Org.). **Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2006.

CUADROS, Fernando. Perú: estructura de costes laborales salariales y no salariales e ingreso disponible para los trabajadores. *In*: **Remuneraciones, costos extrasalariales y renta imponible en los países andinos de la OIT**. Lima: Escritório da OIT para países andinos, 2018.

DE ALTHAUS GUARDERAS, Jaime. **La revolución capitalista en el Perú**. Lima: El Comercio, 2019.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; PALOMEQUE, Manuel Carlos. **Introducción a la Economía del Trabajo**, v. 1. Madrid: Editorial Debate, 1982.

DEPARTAMENTO DO TRABALHO DOS ESTADOS UNIDOS. **Informe público del examen de la comunicación pública ante los Estados Unidos: 2015-1 (Perú)**. Washington: Departamento do Trabalho, 18 de março de 2016, 2016.

GAMERO, Julio; ECHEVARRÍA, Gianina. **Régimen laboral agrario. Marco normativo y situaciones de los trabajadores**. Lima: Ministério do Trabalho; PLADES, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (Peru). **Panorama de la Economía Peruana**. Lima: INEI, 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (Peru). **Producción y empleo informal en el Perú. Cuenta satélite de la economía informal 2009-2020**. Lima: INEI, 2021.

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. El marco teórico del principio de igualdad. *In*: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Org.). **Los principios del Derecho del Trabajo**. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003.

MINISTÉRIO DA PRODUÇÃO (Peru). **Las Mipyme en cifras 2020**. Lima: Produce, 2021.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PROMOÇÃO DO EMPREGO (Peru). **Anuarios Estadísticos 2005-2021**. Lima: MTPE, 2022.

NEVES MUJICA, Javier. **Introducción al Derecho del Trabajo**. 4ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto)**. Ginebra: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, Documento E/1991/3, 1991.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabajo Decente en las Américas. Una agenda hemisférica 2006-2015**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, XVI Reunión Anual Americana, 2016.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. El principio de favor en el Derecho del Trabajo. *In*: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Org.). **Los principios del Derecho del Trabajo**. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**. 4 ed., por Hugo Barreto Ghione. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

PROGRAMA TRABALHO E DESENVOLVIMENTO. **Situación de las condiciones laborales del sector confecciones de prendas de vestir**. Lima: PLADES, 2008.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. **Derecho del Trabajo. Teoría General I**. 2 ed. revisada e atualizada. Lima: Editorial Grijley, 2007.

RODRÍGUEZ, José; HIGA, Minoru. **Informalidad, empleo y productividad en el Perú**. Lima: PUCP, Documento de Trabajo No. 282, 2010.

SÁNCHEZ REYES, Christian. Una aproximación a los regímenes laborales especiales en el Perú. *In*: SÁNCHEZ REYES, Christian; CUADROS LUQUE, Fernando (Org.). **Derecho y economía laboral: políticas y regulación de la última década**. Lima: Ius et Veritas, 2020.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. **Los contratos de trabajo de duración determinada**. Lima: Ara Editores, 1999.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo; GARCÍA LANDABURU, María Katia; VIVAS PONCE, Milagros. Una experiencia exitosa de defensa internacional de los derechos sindicales: el caso Topy Top. *In*: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Org.). **La transnacionalización de las relaciones laborales. Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas**. Madrid: Editorial Cinca, 2015.

Como citar este artigo:

ABNT

CANESSA MONTEJO, Miguel Canessa. Os regimes especiais de trabalho: o arquipélago normativo peruano. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e056, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.56. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/56>. Acesso em:

APA

Canessa Montejo, M. F. . (2024). Os regimes especiais de trabalho: o arquipélago normativo peruano. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e056. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.56>

COMPLIANCE TRABALHISTA: OS CANAIS DE DENÚNCIAS COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

LABOR COMPLIANCE: WHISTLEBLOWING HOTLINES AS PROTECTIVE MECHANISMS FOR FUNDAMENTAL LABOR RIGHTS

Rodrigo Goldschmidt¹

<https://orcid.org/0000-0002-7766-2462>

Rodolfo Macedo do Prado²

<https://orcid.org/0000-0001-8439-7452>

Micheline Simone Silveira Rocha³

<https://orcid.org/0009-0003-9549-8162>

Resumo:

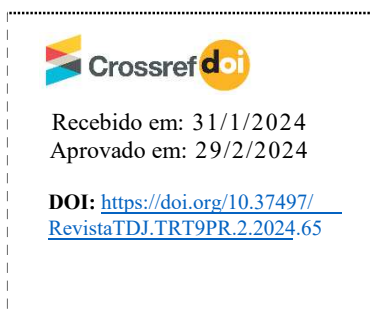
O presente trabalho científico tem como objetivo demonstrar a importância dos canais de denúncias como mecanismos de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador, nos programas de *compliance* trabalhista.

Assim, fez-se uma análise e contextualização histórica dos direitos fundamentais para, posteriormente, abordar o conceito e elementos do programa de *compliance*, trazendo, por fim, a importância e o procedimento dos canais de denúncia como mecanismos de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O objetivo proposto foi avaliar a caracterização e a aplicabilidade do programa de *compliance* no âmbito trabalhista, gerando uma relação entre empregador e empregado pautada na ética, confiança e integridade, com foco na garantia constitucional dos direitos fundamentais.

Em relação à metodologia utilizada para conduzir essa pesquisa, adotou-se o método dedutivo de procedimento monográfico. A técnica de pesquisa é de revisão bibliográfica e documental, com base em diversas fontes doutrinárias nas áreas trabalhista, constitucional e penal, bem como das legislações pertinentes, artigos, dissertações e revistas.

Palavras-chave: direitos fundamentais trabalhistas; *compliance*; canais de denúncia.



1 Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Professor e Pesquisador do PPGD/UNESC. Juiz do Trabalho Titular do TRT12. E-mail: rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7766-2462>

2 Advogado e Professor Universitário. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Master of Laws pela Widener University (EUA). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (CAPES 6). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (Portugal). Bacharel em Direito pela UFSC. Presidente da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB/SC. Autor do livro “Combate à corrupção e whistleblowing: uma análise de sua eficiência”. E-mail: rodolfo@fgs.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8439-7452>

3 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Taxista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior (PROSUC) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito – NUPED. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Amatra12. Advogada. E-mail: micheline@fgs.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-9549-8162>

Abstract:

The present scientific article has as goal to demonstrate the importance of whistleblowing hotlines as mechanisms to protect workers' fundamental rights in labor compliance programs.

Thus, an analysis and historical contextualization of fundamental rights was carried out to subsequently address the concept and elements of the compliance program, finally highlighting the importance and procedure of the whistleblowing hotlines as mechanisms to protect workers' fundamental rights.

The propounded objective was to evaluate the characterization and applicability of the compliance program in the labor sphere, generating a relationship between employer and employee based on ethics, trust and integrity, with a focus on the constitutional guarantee of fundamental rights.

Regarding the methodology used to conduct this research, it was adopted a deductive method of monographic procedure. The research technique is bibliographic and documentary review, based on various doctrinal sources in the labor, constitutional and criminal areas, as well as relevant legislation, articles, dissertations and magazines.

Keywords: fundamental labor rights; compliance; reporting channels.

1 INTRODUÇÃO

O *Compliance* trabalhista pode vir a ser um mecanismo adequado de tutela e promoção de direitos fundamentais trabalhistas, pois constitui um conjunto de normas éticas através das quais o empregador, autolimitando os seus poderes empresariais, atua preventivamente, coaduna-se com os preceitos constitucionais laborais, eliminando ou reduzindo passivos trabalhistas.

Assim, a partir da Lei 12.846, de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, houve uma inversão da atuação repressiva para uma perspectiva acautelatória e preventiva, bem como uma responsabilização mais eficaz dos agentes envolvidos.

Nesse contexto, foi conferido um papel importante à iniciativa privada, incentivando-a a adotar medidas capazes de promover a prevenção e correção dos ilícitos, por meio de regras, códigos de conduta e políticas de integridade.

Portanto, os chamados programas de *compliance* ganharam força, tornando-os mecanismos de autorregulação, por parte das empresas, definindo um padrão ético, com medidas e instrumentos para a prevenção, identificação e remediação de irregularidades, manifestados como expressão do poder diretivo do empregador.

Propõe-se, neste trabalho, entender como os canais de denúncia são efetivos aos programas de integridade realizados no âmbito empresarial, como forma de garantir a eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Dessa forma, o presente artigo é estruturado em três subitens, sendo o primeiro dedicado a caracterização histórica dos direitos fundamentais do trabalhador; o segundo abordando a conceituação e elementos dos programas de *compliance* e o terceiro focando no procedimento

e eficácia dos canais de denúncias como mecanismos de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Adotam-se os métodos dedutivo e de procedimento o monográfico. A técnica de pesquisa é a de revisão bibliográfica e documental, consultando-se diversas fontes doutrinárias nas áreas trabalhista, constitucional e penal, bem como das legislações pertinentes, artigos, dissertações e revistas.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Dos direitos fundamentais do trabalhador

Os direitos fundamentais foram efetivamente reconhecidos após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido, pode-se dizer que os direitos fundamentais são frutos das realidades históricas, das lutas sociais e batalhas entabuladas ao longo do tempo em busca da afirmação da dignidade humana. Dessa maneira, fazem parte de uma classe variável, que se modifica e continua a se modificar de acordo com a mudança das condições históricas (Bobbio, 2004).

A doutrina sobre o tema ainda é diversa em relação ao conceito e terminologia sobre os direitos fundamentais, sendo que alguns adotam a expressão “direitos humanos”, outros “direitos do homem” ou “direitos humanos fundamentais” (Vecchi, 2006)

Para Siqueira Júnior (2008, p. 253):

A expressão direitos fundamentais está ligada a um rol básico de direitos que surgem do direito natural e da evolução histórica constituindo-se segundo o consenso social, no mínimo que deve ser observado em qualquer sociedade. É dentro dessa perspectiva que encaramos todo o arcabouço jurídico, seja qual o nome que se dê. Denominamos esses direitos absolutos de direitos naturais e, num sentido mais restrito, de direitos da personalidade. Num sentido mais amplo, direitos humanos. Quando reconhecido pelo Estado, direitos fundamentais. Mas o alicerce é a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, para o presente artigo adotam-se os ensinamentos e critérios utilizados por Ingo Sarlet (2005) que utiliza os termos “direitos humanos” para referir-se aos instrumentos jurídicos no âmbito do direito internacional, com conceitos mais amplos e imprecisos, e “direitos fundamentais” para direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado.

Em relação aos direitos fundamentais dos trabalhadores, em outro estudo (Goldschmidt, 2009), pontuou-se que a Constituição, ao estabelecer um rol específico de direitos, conferiu aos trabalhadores e às relações de trabalho especial proteção, tendo em vista que, historicamente, o direito do trabalho é marcado pelo seu conteúdo tuitivo, ou seja, “as normas jurídicas que o

compõem são voltadas à proteção da parte mais fraca da relação de trabalho, que é justamente a pessoa do trabalhador”.

E, ao tratar sobre o tema, necessário recordar o surgimento histórico dos direitos fundamentais por meio das chamadas dimensões ou gerações.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é denominada de direitos de defesa. Assevera Carlos Henrique Bezerra Leite que “a eficácia vertical dos direitos fundamentais guarda relação com a teoria do status negativo, de Jellinek”, porquanto é imposto ao Estado o dever de abstenção, sua atuação se dá no aspecto negativo, ou seja, “limitando-se a respeitar (e assegurar) as liberdades individuais” (Leite, 2011, p. 34)

Neste sentido, Sarlet (2007, p. 54-55) ensina:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificadamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em sua, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, [...].

Para Wolkmer (2016, p. 24):

São os direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que, por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”.

Para os direitos fundamentais de primeira dimensão, portanto, a sua eficácia é direta e imediata na relação verticalizada entre os indivíduos e o Estado.

Os direitos fundamentais da segunda dimensão, pautados no princípio da igualdade (nomeadamente na sua dimensão material), surgem das reivindicações sociais por segurança e qualidade de vida, que pressupõe do Estado não só uma conduta negativa (de não lesar o cidadão e seus direitos) mas agora também uma conduta positiva, de natureza prestacional, capaz de

promover as potencialidades do homem e prover as suas necessidades básicas, em sínteses, garantir, o mais possível, uma existência digna.

No ponto, Ingo Sarlet (2012, p. 261) leciona:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de Celso Lafer, e propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Tais direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por assegurarem ao indivíduo, direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de constituírem o objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa Paulo Bonavides, esses direitos fundamentais, é possível exprimir, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”, compreendido o sentido material e não meramente o formal.

Ainda, Wolkmer (2016, p. 24-25) sustenta que os direitos fundamentais da segunda dimensão “são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público”.

Por sua vez, os direitos fundamentais da terceira dimensão surgiram no século XX, com característica do caráter coletivo, difuso, da fraternidade e solidariedade como pressupostos para o desenvolvimento e qualidade de vida a todos os cidadãos.

Ingo Sarlet (2007, p. 56-57), ao discorrer sobre o tema, esclarece:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos de terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento, expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos e existencialidade concreta. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

A sociedade, diante da sua crescente demanda diária, cria novas demandas “individuais” e “coletivas”, criando novos direitos. Segundo Wolkmer (2016, p. 19):

A teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo profundamente questionada por meio de seus conceitos, de suas fontes e de seus institutos diante das múltiplas transformações tecnocientíficas, das práticas de vida diferenciada, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas). Desse modo, as necessidades, os conflitos e os novos problemas colocados pela sociedade no final de uma era e no início de outro milênio engendram também “novas” formas de direitos que desafiam e põem em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e materiais e suas modalidades individualistas de tutela. Estes “novos” direitos exigem novos instrumentos jurídicos que não guardam qualquer relação com os existentes no atual sistema jurídico, a fim de viabilizar a materialização daqueles nas mais diversas áreas do direito. Seriam os direitos de quinta dimensão advindos da sociedade e das tecnologias de informação.

A evolução dos direitos fundamentais, logicamente, não parou nos direitos de terceira dimensão. A luta pela dignidade humana é constante na história da humanidade e as normas jurídicas devem constantemente se adaptar às aspirações sociais e culturais que vão surgindo.

Nessa linha, o tópico que segue focará o *compliance* trabalhista, seu conceito e elementos, como mecanismo jurídico capaz de comprometer os sujeitos da relação de trabalho com a promoção e efetivação dos direitos fundamentais.

2.2 COMPLIANCE TRABALHISTA: CONCEITO E ELEMENTOS DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Os programas de *compliance* representam o instrumento jurídico, decorrente da autorregulação das empresas, onde são estabelecidos os padrões éticos e de conduta da sociedade empresária.

Para Ana Frazão, os programas de *compliance* são “excelentes alternativas para a criação de uma cultura empresarial baseada na ética e no cumprimento das normas legais” (Frazão, 2015)

Segundo Alessandro Cardoso e Anthéia Mendes (2020, p. 46):

As práticas de conformidade (*compliance*) são mecanismos utilizados pelas empresas para redução de riscos e adequação de condutas à legislação pertinente à sua atividade. Atualmente, o *compliance* representa um importante mecanismo de transparência e gestão de companhias, tendo interferência direta no seu relacionamento com os acionistas clientes, empregados, autoridades governamentais e demais âmbitos da sociedade.

A doutrina é dividida em relação à terminologia “*compliance*”, sendo que a maioria defende as palavras *compliance* e integridade como sinônimas e, a minoria, como sendo o primeiro abrangendo “todos os aspectos legais de conformidade aplicáveis à atividade empresarial e, por sua vez, o programa de integridade seria restrito ao combate à corrupção” (Lima; Pinheiro, 2020, p. 46)

No entanto, para o presente artigo adotar-se-á o termo *compliance* em seu sentido amplo, como sinônimo dos termos “conformidade” e “integridade”.

No Brasil, não há norma disciplinando o modo de como se deve estruturar um regulamento empresarial. Entretanto, os programas de integridade sofrem forte interferência do procedimento estabelecido pela Lei n. 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, que trata sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, bem como pelo Decreto n. 11.129/2022, o qual regulamenta a Lei.

Assim, apesar de a regulamentação ser originária para combater a corrupção no país, ao tratar sobre o programa de integridade, o referido Decreto define, em seu artigo 56, o conceito jurídico e os seus elementos essenciais como sendo um “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes [...]”. (Brasil, 2024)

Já o parágrafo único, do mesmo artigo acima mencionado, estabelece o dever das empresas em estruturar, aplicar e atualizar o programa de acordo com os riscos atuais da atividade empresarial, bem como garantir seu aprimoramento e adaptação das suas regras, com vistas a sua efetividade.

Dessa forma, com base na estruturação dos elementos impostos pela Lei, as empresas puderam se adequar aos programas de *compliance*, em especial para garantir o cumprimento da legislação trabalhista.

Assim, enquanto expressão do poder interempresarial, é possível conceber que, a partir do programa de *compliance*, poderão os empregadores disciplinar as regras de condutas a serem observadas no âmbito das empresas e a aplicação de sanções, uma vez constatada a ocorrência de irregularidades. Em todo caso, revela-se imprescindível a avaliação da legalidade da norma estabelecida no respectivo programa.

Os programas de integridade, portanto, estão intrinsecamente relacionados com o poder diretivo do empregador, sendo que, para Carlos Henrique da Silva Ayres, constituem “elementos de políticas e procedimentos criados para evitar, detectar e corrigir irregularidades ocorridas no âmbito empresarial.” (Ayres, 2014, p. 42)

Como mencionado anteriormente, não há lei específica que trata sobre o programa de *compliance* no âmbito trabalhista, porém, a Lei nº 13.467/2017, que instituiu a chamada Reforma Trabalhista, acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o artigo 223-G, o qual, em seu inciso IX, possibilita a atenuação da condenação relativa aos danos extrapatrimoniais quando há esforço efetivo do empregador para minimizar a ofensa.

Tal dispositivo relaciona-se diretamente ao programa eficaz de integridade, apesar de não citar a expressão “compliance” e/ou “integridade”, porém, pelo próprio objetivo do programa, que é a prevenção, este seria um meio para minimizar os efeitos de um possível dano extrapatrimonial e, por conseguinte, incentivar a implantação de um Programa de Integridade trabalhista nas empresas.

Carla Veríssimo (2017, p. 91), no tocante ao programa de compliance, complementa:

[...] tem objetivos tanto preventivos como reativos. Visa a prevenção de infrações legais em geral assim como a prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita, na hipótese de que essas infrações se concretizem. Além disso, impõe à empresa o dever de apurar as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas da empresa, além de adotar medidas corretivas e entregar os resultados de investigações internas às autoridades, quando for o caso.

Assim, para que o *compliance* seja eficaz “a empresa deverá inicialmente elaborar um programa com base na sua realidade” (Ribeiro; Diniz, 2015, p. 89), observando os diversos instrumentos de controle interno que podem ser adotados diariamente na gestão de uma empresa.

No tocante aos elementos indispensáveis ao programa de *compliance*, Cláudio Carneiro (2018, p. 55) assevera que “os pilares são os alicerces que sustentam todo o Programa e, por isso, deve ser simples e objetivo, isto é, ser de fácil entendimento por parte de todos os interessados no processo, especialmente os funcionários.”

Sendo assim, alguns elementos são considerados indispensáveis ao programa de *compliance* e devem ser utilizados para uma efetiva implementação, dentre os principais: comprometimento da alta direção; avaliação de riscos; um código de ética e conduta acessível e de fácil entendimento; controle internos; canais de denúncia e investigação; treinamentos, monitoramentos e auditoria, *Due diligence* de terceiros.

A seguir serão pontuados alguns elementos mencionados acima, sendo que, ante o escopo deste estudo, dar-se-á ênfase aos canais de denúncia, os quais serão explicitados no subitem abaixo.

A eficácia do programa de *compliance* inicia com o comprometimento e a participação da alta direção de uma empresa.

Acerca do entendimento a respeito da importância do envolvimento da alta direção, conceituam Claudio Carneiro e Milton Jr. (2018, p. 87):

Podemos conceituar a Alta Direção como a pessoa ou grupo de pessoas que dirige e controla uma organização no nível mais alto. Se o objeto do Sistema de Gestão cobrir apenas parte de uma organização, então a Alta Direção se refere àqueles que dirigem e controlam aquela parte da organização. Vale ressaltar que a Alta Direção tem o poder de delegar autoridade e fornecer recursos na organização.

A partir da decisão da alta direção de que será implantado um Programa de Integridade, o próximo procedimento é a indicação de quem será o responsável pela sua execução.

Havendo a definição do responsável pelo programa, a criação das regras e procedimentos devem ser imediatamente estabelecidas, com a implementação do Código de Conduta e do Código de Ética, ou mesmo apenas um Código englobando ambos.

Anaruez Mathies (2018, p. 149-150) faz uma análise acerca da diferenciação entre um código de ética de um código de conduta:

[...] a expressão código de ética é utilizada como sinônima de código de conduta, porém tal referência não é correta. Ainda que o empregado possa ter o seu contrato de trabalho vinculado tanto ao código de conduta como ao código de ética da sua profissão, os dois institutos apresentam diferenças entre si. Enquanto o Código de Ética é elaborado pela entidade de classe e traz um conjunto de normas a serem seguidas no exercício de determinada profissão, o código de conduta refere-se a uma normatização interna da empresa, que, entre outras situações, trata da relação entre empregado e empregador

Estabelecidos os responsáveis, as regras e os procedimentos, um dos instrumentos essenciais do programa é comunicação interna acerca do programa e, posteriormente, os treinamentos.

Rosana Kim Jobim (2018, p. 54) pontua o treinamento como sendo um dos principais focos pelas empresas:

[...] que visam a implementação de um programa de compliance e, assim como os programas não podem se fixos, devendo se amoldar a cada tipo de empresa, o treinamento também não, pois dependerá, em grande parte, do tipo de trabalho envolvido.

Ainda, para que os riscos sejam minimizados, o departamento de *compliance* deve desenvolver estratégias que possibilitem investigações por meio dos canais de denúncia, ou seja, serão adotados “mecanismos para apuração de eventuais desvios de conduta, garantindo-se o sigilo, o correto encaminhamento das denúncias e a preservação da privacidade dos envolvidos”. (Lima; Pinheiro, 2020, p. 59)

Anaruez Mathies (2018, p. 153) assevera que:

A existência de canal aberto para denúncias por violação e desrespeito aos direitos e às garantias dos trabalhadores é instrumento essencial para bom funcionamento do programa de compliance, possibilitando à empresa servir-se de ações corretivas para reparar desvios durante a própria vigência do contrato de trabalho.

Por fim, as medidas disciplinares, ou punições/sanções, devem ser previamente estabelecidas e proporcionais ao agravo cometido, sempre após realizadas as investigações, de forma transparente, e mediante o contraditório e ampla defesa.

Portanto, o programa de compliance está relacionado não somente às empresas, mas, também, ao desenvolvimento social e pessoal de todos os envolvidos nesse processo de conformidade, colaborando o adequado e esmerado cumprimento das obrigações contratuais laborais e respeito aos direitos fundamentais incidentes/decorrentes.

2.3 OS CANAIS DE DENÚNCIA COMO MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

No âmbito de um programa de compliance trabalhista, um instrumento de grande efetividade para desenvolver a cultura da conformidade e da integridade é o canal de denúncia, por meio do qual todos os colaboradores podem informar desvios de conduta internos de outros colaboradores, sejam eles sócios, investidores, funcionários, prestadores de serviço, fornecedores, entre outros.

Os canais de comunicação – também conhecidos como canais de denúncias, *hotlines* ou até *whistleblowing hotlines* – podem ser descritos como um mecanismo ou serviço de recebimento de denúncias, tendo como principal função conectar diferentes atores dentro de modelo regulatório (Williams, 2023), ou, ainda, como um meio de recepção da comunicação de ato irregular, que é a divulgação pelos membros da organização (antigos ou atuais) de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas, que funciona sob o controle de seus empregadores, a pessoas ou organizações que podem ser capazes de ação de efeito sobre o objeto denunciado (Near; Miceli, 1995).

A utilização dos canais de denúncia é, segundo Saad-Diniz (2019), um instrumento poderoso para superar o lado paquidêmico das instituições, especialmente no âmbito público, que possui assimetria de recursos e pessoas quando comparada ao setor privado. No ponto, Rodrigues (2019) arremata que os canais de denúncia dão vida ao trinômio detectar, definir e estruturar, que se espera de qualquer programa de conformidade.

Não à toa, a Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) aponta que a utilização dos canais de denúncia foi responsável pela descoberta de 43% dos 2.504 casos de fraude analisados no ano de 2020, que ocorreram em 125 países diferentes (2020).

A estruturação dos canais de denúncia pode ser realizada por um processo de 7 passos (Prado, 2023).

O primeiro passo seria criar os canais de comunicação propriamente ditos. Eles devem ser múltiplos e fáceis de acessar e usar. A empresa deve aceitar diferentes formas de envio, como e-mail, cartas, telefone, sistemas internos da empresa, entre outros.

A importância desses múltiplos canais é atender a todas as pessoas, pois alguns acham mais fácil a utilização de um tipo de canal e outros entendem ser mais simples utilizar um outro meio.

Além disso, esses canais, na medida do possível, devem ser um serviço ininterrupto, ou seja, funcionar 24 horas por dia, 7 dias por semana, 365 dias por ano, para que atenda todos os melhores horários e datas, e para que o colaborador sinta-se à vontade para relatar o desvio de conduta.

Ainda, analisando-se a necessidade de múltiplos canais, tendo em vista o mundo globalizado hodierno, é importante que os sistemas sejam multilíngues, tanto para acesso quanto para o próprio relatório, aceitando pelo menos os idiomas mais falados do planeta como o inglês, espanhol, francês, português, mandarim e outros, justamente porque o colaborador pode ser basicamente qualquer pessoa em qualquer lugar do planeta.

O segundo passo, e possivelmente o mais importante, é que os canais devem garantir o anonimato e a confidencialidade, pois é medida central para que os denunciante se sintam à vontade para denunciar, pois, como diz Kobi Kastiel, "mecanismos de denúncia anônimos e confidenciais ajudam a fomentar um clima em que os funcionários da empresa são mais propensos a denunciar ou buscar orientação sobre irregularidades potenciais ou reais sem medo de retaliação" (Kastiel, 2014).

O terceiro passo consiste em desenvolver garantias antirretaliação dentro do sistema de compliance da organização, ou seja, não permitir que qualquer pessoa que use as linhas de denúncia sofra com despedida, rebaixamento, promoção ou negação de benefícios, intimidação, "lista negra", remanejamento para uma posição menos desejável ou mesmo redução de pagamento ou horas.

O quarto passo é implementar relatórios detalhados e treinamento específico para quem vai receber as denúncias pelos respectivos canais, ou seja, saber quanta informação está chegando, que tipo de informação é, quem está sendo denunciado, criar filtros para entender o quadro geral das denúncias e também saber realizar a triagem acerca do que é de fato a detecção de uma possível violação às leis trabalhistas e o que é uma simples denúncia, e como investigar uma possível violação sem revelar a identidade do denunciante a ninguém e não deixar outros funcionários saberem que uma investigação está sendo realizada internamente.

Por mais simples que pareça, uma falha grave que acabe expondo o colaborador, que pode ser cometida por falta de treinamento, pode acabar com a eficácia de todo o sistema, pois possivelmente causará medo nos demais.

Uma alternativa para isso pode ser o uso de sistemas terceirizados, onde há menos conexão entre quem fará a triagem (e mesmo quem investigará) e a pessoa denunciada, do que se o responsável fosse um funcionário da própria empresa, pois pode haver laços de amizade e outros fatores que potencialmente afetarão o resultado final. Existem muitas empresas e sistemas no mercado que permitem essa modalidade, mesmo que não seja uma obrigação das empresas.

O quinto passo são os incentivos que podem ser financeiros ou não. No setor público, é bastante comum o uso de recompensas financeiras para denunciante que, ao relatarem o que sabem, contribuam para recuperar dinheiro desviado por fraudes. No entanto, quando se trata do setor privado, não há nada que obrigue as empresas a fornecerem incentivos aos empregados ou outros denunciante em potencial para denunciar desvios de conduta.

Mas nada disso impede que a empresa tenha de fato os incentivos, como, por exemplo, dias extras de férias, bonificações financeiras, viagens com a família, jornada reduzida ou mesmo promoção em caso de comprovação efetiva de fraude detectada apenas pelo relato. O incentivo, assim como a política antirretaliação, permite que o denunciante supere o obstáculo do medo de informar ao departamento de compliance sobre a existência de esquema de fraude e violação às normas trabalhistas na empresa em que trabalha.

O sexto passo diz respeito ao treinamento. Todos os colaboradores, independentemente de sua função, devem passar por treinamentos periódicos sobre como denunciar desvios de conduta, com exercícios práticos de utilização dos canais de denúncia, e devem ser treinados sobre o que pode ser caracterizado como desvio de conduta, para que haja maior qualidade nas informações que chegam para passar pela triagem.

Além disso, os empregados que participam da triagem e investigação (caso não seja feito por terceiros) devem passar por um treinamento mais específico para aprender a analisar e apurar as informações e como cuidar da segurança dos dados do denunciante e o próprio conteúdo do relatório. Esses treinamentos devem ser rotineiros e todos os sistemas e relatórios devem ser auditados periodicamente para que a empresa seja de fato eficaz no combate aos desvios de conduta e não apenas um grande número de relatórios sem a devida avaliação, o que permitirá que esquemas de fraudes continuem e gerem mais prejuízos financeiros.

O sétimo e último passo diz respeito à segurança dos dados, em especial após a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018). A empresa deve envidar todos os esforços para garantir a segurança total dos dados nos canais de denúncia.

Todas as pessoas envolvidas devem ter plena confiança na segurança do sistema, pois, sem ele, nada do que foi feito nas etapas anteriores terá eficácia, pois o uso de hotlines não será

confortável para quem deseja denunciar, visto que haverá um medo natural de que seus dados ou o conteúdo da denúncia acabem vazando dentro da própria organização ou para pessoas de fora da organização, como concorrentes.

Para tal, devem ser realizadas auditorias de segurança periodicamente, para que a organização tenha a certeza de que os seus sistemas são seguros, o que também deve ser enfatizado para todos os colaboradores, de forma a reforçar que os sistemas devem ser utilizados e que a confidencialidade será garantida.

Seguindo este “guia” ou “programa” de 7 passos, entende-se que as empresas terão conseguido implementar devidamente o sistema dos canais de denúncia e poderão alcançar os resultados esperados. Mas não se pode parar por aí, ainda há que se envidar esforços para o correto desenvolvimento e manutenção do sistema, com treinamentos contínuos e aperfeiçoamento da triagem e investigação.

Desse contexto, afigura-se como principal ganho, a possibilidade dos canais de denúncia, devidamente estruturados e operantes a luz dos passos metodológicos acima apontados, contribuir para a promoção e eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas.

De fato, os canais de denúncia permitem ao empregador um agir preventivo (ou ao menos célere) capaz de evitar ou minimizar lesões a bens jurídicos fundamentais dos trabalhadores, atuando, v.g., na prevenção de assédios moral ou sexual, discriminações ilícitas, lesões a direitos de personalidade (imagem, intimidade, privacidade, sexualidade, integridade física e moral, etc.).

Pugna-se pois, e este é o escopo deste artigo, que as empresas implementem programa de compliance trabalhista, munido de canais de denúncia adequadamente estruturados, com segurança e confidencialidade para quem deles se utiliza, com o objetivo de manter relações de trabalho pautadas pela ética e integridade, atuando como mecanismo de promoção e eficácia dos direitos fundamentais laborais.

3 CONCLUSÃO

A aplicabilidade do *compliance* trabalhista, além de mitigar as ações trabalhistas, multas e sanções administrativas, tutela os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Os programas de compliance tornaram elementos fundamentais no âmbito empresarial como instrumento de proteção da empresa, dos administradores e dos empregados.

O exercício do poder diretivo, de outra sorte, mesmo que destinado à implementação dos programas de integridade e de política ética na empresa, não priva os direitos fundamentais dos trabalhadores e as diretrizes traçadas na Constituição Federal para o exercício da atividade

econômica, muito embora haja diferenças entre os efeitos gerados para os contratantes, pois “caso os regulamentos empresariais estabeleçam normas compatíveis com a legislação tutelar vigente e criem direitos e garantias obrigam imediatamente os empregadores em relação aos trabalhadores” (Coutinho, 2017, p. 42).

A criação de um código de condutas por si só não é suficiente para que a legislação trabalhista seja observada, sendo necessário estabelecer um sistema de fiscalização e sanção eficaz, dentro dos limites dos poderes diretivos.

Nesse sentido, os canais de comunicação vêm exatamente para intermediar a relação do empregado com o empregador.

Com a utilização de um canal de denúncia eficaz, a empresa passará a enfrentar com maior agilidade os problemas internos referentes a condutas antiéticas e de não conformidade, permitindo aplicar medidas corretivas, reduzindo os riscos e os danos que podem existir pelos desvios de conduta.

Pugna-se, pois, que as empresas implementem o *compliance* trabalhista, com canais de denúncias eficazes, pois tal conduta, na esteira da presente pesquisa, afigura-se como um possível mecanismo capaz de promover e efetivar direitos fundamentais trabalhistas, contribuindo para a manutenção de uma relação laboral que observa os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, capitaneados pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Programas de Compliance no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos.** Revista do Advogado, ano XXXIV, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, preâmbulo. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL, Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL, Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL, Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 31 jan. 2024.

CARDOSO, Alessandro M; MELO, Anthéia A. apud. LIMA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. **Manual do Compliance Trabalhista**: teoria e prática. Salvador. JusPodivm, 2020.

CARNEIRO, Cláudio. SANTOS JÚNIOR, Milton de C. **Compliance e boa governança**: público e privada. Curitiba. Juruá, 2018.

CFE. *Association of Certified Fraud Examiners. Report to the Nations 2020*. Disponível em <https://acfepublic.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

FRAZÃO, Ana. **Implementação de programa de compliance deve atenuar penalidades a empresas**. Consultor Jurídico, 28 de nov 2015. Disponível em: ConJur - Ana Frazão: *Compliance* deve atenuar penas a empresas. Acesso em: 15 out. 2023.

FRAZÃO, Ana. **Função Social da Empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e Trabalho**: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

KASTIEL, Kobi. **Elements of an Effective Whistleblower Hotline**. Disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/10/25/elements-of-an-effective-whistleblower-hotline/>.

KNOEPKE, Luciano. **O sistema de compliance**: notas introdutórias. Revista Jurídica da Escola de Advocacia da OAB-PR. Paraná, ano 4, n. 2, out. 2019. 269 LIMA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. **Manual do Compliance Trabalhista**: teoria e prática. Salvador. JusPodivm, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011.

LIMA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. **Manual do Compliance Trabalhista**: teoria e prática. Salvador. JusPodivm, 2020.

MATHIES, Anaruez. **Assédio Moral e Compliance na Relação de Emprego**: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção de acordo com a reforma trabalhista. Curitiba, Juruá, 2018.

NEAR, Janet; MICELI, Marcia. Effective Whistle-blowing. In: **Academic of Management Review**, v. 20, 1995.

PRADO, Rodolfo Macedo do. Prevenção de desvios internos de conduta por meio do whistleblowing. In: **Desafios, Ameaças e Oportunidades na Gestão Jurídica**. São Paulo: Casa do Advogado, 2023.

RIBEIRO, MARCIA C. P.; DINIZ, Patrícia D. F. **Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas**. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015. Disponível em: Acesso em 21 out. 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**: uma política criminal na era *compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade**. O direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão no contrato de trabalho**: possibilidades de concretização. 2006. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

VERÍSSIMO, Carla, *Compliance*: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo. Saraiva, 2017. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=XHiwDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT98&dq=no%20C3%A7%C3%B5es+gerais+de+compliance&ots=BQy277JiGa&sig=FCFj8UpwNLX6r-zeXZ1iXimWFNE#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 29 jan. 2024.

WILLIAMS, Nigel. **The Contribution Of Hotlines To Combating Child Pornography On The Internet**. Disponível em [http://www.ChildnetInt.Org/Downloads/Combating Child Pornography.Pdf](http://www.ChildnetInt.Org/Downloads/Combating%20Child%20Pornography.Pdf). Acesso em 29 out. 2023.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil**: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2016.

Como citar este artigo:

ABNT

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; MACEDO DO PRADO, Rodolfo; SILVEIRA ROCHA, Micheline S. Compliance trabalhista: os canais de denúncias como mecanismos de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e65, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.65. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/65>. Acesso em:

APA

Goldschmidt, R., Macedo do Prado, R., & Silveira Rocha, M. S. . (2024). Compliance trabalhista: os canais de denúncias como mecanismos de proteção aos direitos fundamentais do trabalhador. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e65. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.65>

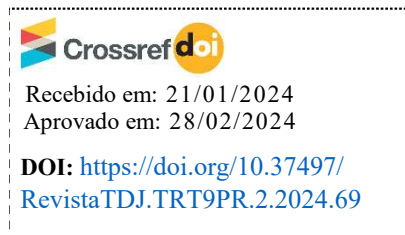
RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – APARENTE CONFLITO ENTRE JUSTIÇA DO TRABALHO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL – COERÊNCIA INTERNA DO SISTEMA – APONTAMENTOS

*CONSTITUTIONAL COMPLAINT – APPARENT CONFLICT BETWEEN LABOR JUSTICE
AND BRAZILIAN SUPREME COURT. CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE –
INTERNAL COHERENCE OF THE SYSTEM – APPOINTMENTS*

Yone Frediani ¹
Joselita Nepomuceno Borba ²

Resumo: O presente texto destina-se ao estudo da reclamação constitucional como instrumento de preservação da autoridade das súmulas vinculantes, sua natureza jurídica e seu processamento legal, bem como os efeitos das decisões proferidas e as recentes decisões proferida pelo STF envolvendo matéria trabalhista.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência constitucional. Reclamação; reclamação contra ato jurisdicional; conflito aparente; coerência interna do sistema.



Abstract: This text is intended for the study of the constitutional complaint as a tool for preserving the authority of binding precedents, its legal nature, processing, as well as the effects of the decisions rendered and recent decisions by the Brazilian Supreme Court involving labor matters. **Keywords:** objective freedom; subjective f

Keywords: Brazilian Supreme Court. Constitutional jurisprudence. Complaint; complaint against a judicial act; apparent conflict; internal coherence of the system. reedom; Convention 87; democracy.

¹ Advogada militante, OAB/SP 37.334; sócia fundadora de Frediani e Borba Sociedade de Advogados. Desembargadora aposentada do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Doutora em Direito do Trabalho PUC/SP. Mestre em Direito das Relações do Estado PUC/SP; Mestre em Direitos Fundamentais/UNIFIEO; Especialista em Direito do Trabalho e Direito Sindical italiano e em Direito Comunitário do Trabalho pela Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália. Professora de Direito e Processo do Trabalho nos cursos de Graduação (de 03/2004 a 09/2023) e Pós-Graduação da FAAP/ Ribeirão Preto (2009-2014) – Fundação Armando Álvares Penteado. Membro del Collegio dei Docenti del Corso di dottorato in «Diritto comparato, privato, processuale civile e dell’impresa» presso L’Università degli Studi di Milano – UNIMI; Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho cadeira nº 54; Membro do Conselho Superior de Relações do Trabalho da Federação das Indústrias de São Paulo- FIESP; Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Professora Visitante da Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália (2012-2014) e da Universidad Tecnologica del Peru. Autora de inúmeros artigos e livros nas áreas do Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho. <http://lattes.cnpq.br/7174303848823798>.

² Advogada militante, OAB/BA 18.916, OAB/SP 299.189. Sócia fundadora de Frediani e Borba Sociedade de Advogados. Procuradora do Trabalho, aposentada. Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Negociação Coletiva e Processos de Arbitragem e Conciliação nas Relações Trabalhistas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Turim-Itália. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Sindical italiano e em Direito Comunitário do Trabalho pela Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT), titular da cadeira n. 8. <http://lattes.cnpq.br/1132469929961703>

SUMÁRIO. 1. Noções introdutórias. 2. Fundamentação legal. 3. Natureza Jurídica. 4. Processamento da reclamação constitucional/partes. 5. Efeitos e natureza das decisões proferidas em reclamações constitucionais. 6. Aparente indisposição entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal. 7. Controle de constitucionalidade e a jurisprudência constitucional. 8. Reclamações constitucionais e necessária coerência de fundamentos. Aderência estrita como pressuposto de previsibilidade e segurança jurídica. Conclusões.

1 Noções introdutórias

A relevância da reclamação constitucional reside na possibilidade de preservação da competência do tribunal e na preservação da autoridade das decisões proferidas pelas cortes superiores na formação de sua jurisprudência, tratando-se de instrumento que objetiva garantir a observância dos precedentes judiciais vinculantes e consequente uniformização da jurisprudência.

Fora do sistema recursal, a reclamação constitucional abre a possibilidade de produzir efeitos análogos aos dos recursos que objetivam a reforma de decisão que não observou súmula de efeito vinculante.

Referida reclamação constitucional é integral e perfeitamente aplicável ao Processo do Trabalho e tem sido recentemente apresentada como instrumento tático e estratégico da advocacia trabalhista, evidenciando, assim sua relevância prática para as hipóteses concretas de afronta aos precedentes vinculantes.

2 Fundamentação legal

A reclamação constitucional encontra-se prevista pela Constituição Federal nos arts. 102, I, alínea "I"³, 105, inciso, I, alínea "f"⁴ e 111-A, § 3º⁵, estando ainda disciplinada pelos arts. 988⁶ e seguintes do Código de Processo Civil. Por meio do art. 7º da Lei nº 11.417/2006⁷, foi prevista a possibilidade de utilização da mesma reclamação nas hipóteses em que decisão

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões

⁴ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

⁵ Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compõe-se de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: §3º. Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

⁶ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

⁷ Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

judicial ou ato administrativo contrarie enunciado de súmula vinculante do STF.

Pela leitura de referidos dispositivos legais constata-se que a finalidade da reclamação constitucional é a preservação da competência e, notadamente, da autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho.

Por conseguinte, a reclamação constitucional a desempenha função relevante buscando tutelar a norma constitucional e federal em abstrato, resultante da interpretação oriunda dos Tribunais Superiores.

3 Natureza jurídica

A reclamação constitucional tem natureza de ação originária autônoma que concretiza uma nova relação processual, revestindo-se de instrumento de tutela da decisão do caso concreto e, portanto, não apresenta natureza jurídica de recurso ou de substituto recursal e justamente por este motivo é que se admite seu ajuizamento concomitante com o remédio recursal acaso cabível à hipótese concreta, segundo a regra contida no art. art. 988, § 6º⁸.

A propósito da questão manifestou-se Ricardo Leonel (2010) asseverando como correta, sem dúvida, a sua classificação como ação, pois "a reclamação constitucional inaugura uma relação processual autônoma, ainda que por vezes produza ela eficácia incidental com relação a um feito já existente", citando-se a existência de ações autônomas cujo objeto se relaciona com a eficácia ou a validade de outros atos judiciais, ou outras relações processuais, como ocorre com os embargos do devedor, a ação rescisória e embargos de terceiro, dentre outros.

Via de consequência, a reclamação não se revela um substituto da ação rescisória, pois não se presta à desconstituição da coisa julgada.

De certa forma, o procedimento da reclamação, se assemelha ao mandado de segurança e como instrumento de impugnação excepcional, suas hipóteses de cabimento são taxativas.

A cognição e os fundamentos que ensejaram a propositura da reclamação constitucional encontram-se vinculados unicamente à prova documental produzida.

4 Processamento da reclamação constitucional/partes

Considerada sua natureza jurídica de ação, objetivando o cumprimento de decisão vinculante e também o aprimoramento constante da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a reclamação constitucional não poderá ser utilizada contra sentenças transitadas em julgado e

⁸ § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

não se encontra sujeita ao esgotamento das vias ordinárias.

Merece ser ressaltado que a legislação pertinente, e acima apontada, não estabelece prazo legal específico para seu manejo, impondo, porém, inicialmente a impugnação da sentença proferida pelas vias recursais.

Importante, repita-se, a possibilidade de atacar-se decisão simultaneamente por meio do recurso cabível e através da reclamação, já que esta é autônoma em relação ao recurso e será processada e julgada ainda que o apelo apresentado não seja conhecido.

Uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, possível será o ajuizamento da reclamação constitucional desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença.

Na forma do disposto no art. 988 do CPC⁹, consideram-se legitimados a propor a reclamação constitucional a parte interessada ou o Ministério Público. Já, no polo passivo da reclamação figurará a autoridade jurisdicional ou administrativa prolatora da decisão que não observou súmula vinculante.

Assim sendo, reclamação poderá ser proposta perante qualquer tribunal e seu julgamento será proferido pelo órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir, devendo ser instruída com prova documental suficiente e dirigida ao presidente do tribunal; recebida, a reclamação será atuada e distribuída ao relator, com participação do Ministério Público mediante vista dos autos.

5 Efeitos e natureza das decisões proferidas em reclamações constitucionais

Os julgamentos das reclamações constitucionais, na sua maioria, ocorrem por meio de decisão monocrática do Ministro Relator, com concessão de liminar, se for o caso, podendo ainda, ser proferida de forma colegiada.

De acordo com a regra contida no art. 992 do CPC¹⁰, julgando procedente a reclamação, o tribunal: a) cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou b) determinará medida adequada à solução da controvérsia.

Por conseguinte, verifica-se que as decisões proferidas em relações constitucionais poderão ter: a) natureza constitutiva quando, por hipótese, houver a anulação ou cassação da decisão reclamada; b) declaratória quando o julgamento declarar a improcedência da ação; c) mandamental ao ser determinado o cumprimento da ordem do julgador.

⁹ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

¹⁰ Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

Ressalte-se, que diante do disposto no art. 993 do CPC¹¹, o presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão mesmo antes da lavratura do acórdão.

Contra a decisão proferida, poderá a parte apresentar embargos de declaração desde que presentes suas hipóteses de cabimento ou agravo regimental a ser apreciado pela Turma do STF, STJ ou TST.

6 Aparente indisposição entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal

Muito se tem dito ultimamente acerca de aparente conflito entre o Supremo Tribunal Federal e a Justiça do Trabalho pela circunstância de a Corte Constitucional, em sede de Reclamação, cassar decisões da Justiça Especializada em matéria de trabalho.

O tema se afigura da maior complexidade e se configura extremamente sensível, visto que, além da divisão de atribuições e competências jurisdicionais, envolve possibilidade de flexibilização de direitos sociais inerentes ao trabalho.

Decerto, em relação ao trabalho, não é dado esquecer que se trata de um direito humano, base da subsistência e de vida digna do cidadão trabalhador, independentemente de qualificação: subordinado, autônomo, sob dependência econômica, à distância, prestação por meio de pessoas jurídicas, cuja tutela vem antes de tudo da norma constitucional, com suas regras e princípios.

Trata-se, pois, de direito social que não comporta retrocesso.

Mas, apesar de sua gênese, natureza, importância e *status* constitucional, tanto sob o aspecto material, quanto processual do Direito tutelar, não está a disciplina legal que rege as relações de trabalho imune aos revezes da economia, da reestruturação produtiva e do extraordinário avanço da tecnologia, a exigir esforço e coerência na aplicação sistêmica da Constituição Federal.

A partir de tal premissa – constante evolução social com substanciais reflexos nas relações laborais – o Supremo Tribunal Federal, ápice do sistema jurisdicional e a quem cabe dar a última palavra sobre matéria constitucional, tem sido chamado com frequência a se manifestar sobre aspectos inerentes ao mundo do trabalho e regência das relações jurídicas para, segundo os ditames constitucionais, dizer a quem compete dirimir o conflito decorrente de tais relações.

Assim, o primeiro aspecto da maior relevância para o enfrentamento do debate se volta

¹¹ Art. 993. O presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

para atribuição e competência de órgãos jurisdicionais, de forma que tem o Supremo Tribunal Federal atribuição de dar a última palavra sobre matéria constitucional, vedada, por óbvio, a possibilidade de examinar fatos e provas. Da mesma forma, ao Tribunal Superior do Trabalho compete controle de legalidade, sem possibilidade de examinar matéria fática e reavaliar prova. Compete-lhe, pois, uniformizar jurisprudência.

Observadas tais circunstâncias, como adverte com toda pertinência Augusto Cesar Leite de Carvalho¹², não haver razão sob o ponto de vista lógico e da divisão de atribuições e competências para tamanho dissenso, como se tem visto, acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo formas de prestar o trabalho e a competência para julgar relações jurídicas decorrentes.

Certamente, não há moldura estática desenhada por uma tese que impeça tribunais (assim compreendidos órgãos judiciais de todas as instâncias) de enfrentarem o mesmo tema sob outras perspectivas¹³, seja pela variabilidade e riqueza dos fatos e da forma que ocorrem, seja pela evolução social, seja pelo contexto fático-jurídico dos autos do processo (postulação, prova, fundamentos decisórios) e valoração, visto que a sentença é produto do homem com sua carga de valor, como referenciado por Miguel Reale (2000) na sua teoria tridimensional, e não de uma máquina.

Não fossem as diversas abordagens que o tema comporta, a oscilação interna entre órgãos jurisdicionais com base na independência inerente, as peculiaridades e especificidades

¹² Última palavra, no âmbito nacional, há de ser sempre a do Supremo. <https://www.conjur.com.br/2023-set-27/augusto-carvalho-ultima-palavra-sempre-stf/>

¹³ Em estrita observância da jurisprudência constitucional o Tribunal Superior do Trabalho declinou da competência, como se infere da ementa do julgado, assentado nos seguintes termos: INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO CÍVEL ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. Pelo que dos autos consta, a relação formalmente existente entre as partes era um contato de prestação de serviços mantido entre pessoas jurídicas. A questão sobre eventual vício de vontade do reclamante, ou nulidade, ou ainda irregularidade, por conta do contrato acima mencionada, deve ser dirimida, inicialmente, pela Justiça Comum. Invoca-se o precedente da RCL 46.443 MC/PE, de Lavra do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso. Declara-se de ofício a incompetência do Justiça do Trabalho para apreciação desta demanda (Processo TST 12ª T n. 1000861-57.2020.5.02.0043). Em sede de ação civil pública o Tribunal Regional da 1ª Região rejeitou pretensão do Ministério Público do Trabalho, em cujo postulado pretendia o reconhecimento de vínculo de corretor de imóvel, até porque a proibição da empresa imobiliária de contratar profissional de corretagem de imóvel de forma autônoma além de violar a liberdade contratual, ainda os efeitos erga omnes da decisão coletiva se equipararia a lei, com potencial de violar direitos e garantias, entre as quais a autodeterminação do profissional, em cada caso, agir conforme sua conveniência e oportunidade (Processo TRT-1 n. 0161000-04.2009.5.01.0046). Sobre novas formas de prestar o trabalho, que não o subordinado, a matéria está em discussão no Tribunal Superior do Trabalho, como se infere da dialética no julgamento do Processo TST. 8ª.T. RRAg. 100853-94.2019.5.01.0067. No que diz respeito à extensão da subordinação para além dos limites dos art. 3º da CLT – e com base na jurisprudência da “subordinação estrutural” – o Tribunal Superior do Trabalho, firmou entendimento no sentido de que “a egrégia Corte Regional, ao reconhecer a relação de emprego com base na subordinação estrutural, e não na jurídica, a qual exige a presença de todos os elementos que compõem o poder hierárquico do empregador, não levando em conta, ainda, a pessoalidade, já que o autor poderia ser substituído por outro trabalhador na prestação de serviços, violou a letra do art. 3º da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST-4aT-RR-181500-25.2013.5.17.0008).

de caso a caso, inexistente qualquer outra razão conhecida para se afirmar a intenção de a Justiça do Trabalho, por seus magistrados, desafiar a suprema corte em temas relacionados trabalho humano, ao contrário, na ênfase do citado Ministro, o Tribunal Superior do Trabalho “não controla a legalidade das decisões do STF – antes, presume-as legais e as cumpre, simplesmente” (Leite de Carvalho, 2023).

Por isso, deve o formador de opinião (juiz, advogado, promotor, procurador, professor, jurista ou qualquer cidadão), antes de tudo, com competência, serenidade, ética e senso de responsabilidade, enfrentar a delicada e sensível questão de forma técnica e sob a ótica do sistema jurídico a fim de não levar, como lembra o já mencionado Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, a “clara tentativa de opor, ou indispor, o Tribunal Superior do Trabalho frente ao Supremo Tribunal Federal, como se movesse a algum ministro da corte trabalhista a intenção de desafiar as decisões da corte suprema, ou de não as cumprir por qualquer idiossincrática razão”¹⁴.

Decerto, não há razão para se imaginar, como muito se imaginou – e ainda difusamente se imagina¹⁵ – que a Justiça do Trabalho - ou especificamente seu Tribunal Superior - está em rota de colisão com o Supremo Tribunal Federal. O choque decididamente não existe. As instituições operam harmonicamente o sistema de justiça, exercendo, cada qual, suas atribuições e competências, a evidenciar, conforme as palavras do magistrado que, acreditamos, falar em nome da Justiça do Trabalho, que “Esse diálogo institucional revela quão belo e insuperável é o Estado Democrático de Direito” (Leite de Carvalho, 2023).

7 Controle de constitucionalidade e a jurisprudência constitucional

O sistema jurídico baseado no positivismo kelseniano (Kelsen, 1979, p. 269), como o nosso, tem sua base teórica assentada na “Norma Fundamental”, em cuja dinâmica o direito é concebido como um sistema de normas que regula a conduta, sendo que uma norma sempre deposita seu fundamento de validade em outra norma de nível superior e assim, sucessivamente, até o patamar de uma norma fundamental, que põe termo ao escalonamento (Borba, 2013, p. 36).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ STF e Justiça do Trabalho divergem em casos sobre vínculo de emprego. Ministros têm cassado decisões sob argumento de ofensa às teses fixadas pelo STF. Baixe gratuitamente um relatório exclusivo. <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-e-justica-do-trabalho-divergem-em-casos-sobre-vinculo-de-emprego-30082023>; *Fux restabelece decisões que reconheceram vínculo entre construtora e corretores* Ministro do STF considerou que decisões se basearam em ‘*ampla análise do conjunto probatório*’ Arthur Guimarães; <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-restabelece-decisoes-que-reconheceram-vinculo-entre-construtora-e-corretores-22082023>; *Moraes derruba decisão que reconheceu vínculo empregatício entre médica PJ e hospital. Caso decisão não fosse cassada, médica receberia em torno de R\$ 6 milhões. Para ministro, TRT5 desrespeitou precedentes do STF* <https://www.jota.info/stf/do-supremo/moraes-derruba-decisao-que-reconheceu-vinculo-empregaticio-entre-medica-pj-e-hospital-07082023>

Essa norma a que se denomina Constituição Federal é o ápice do sistema e somente faz sentido do ponto de vista jurídico e político da jurisdição, na percepção do arquiteto da teoria do positivismo (Kelsen, 2007, p.179), se houver um “tribunal” que garanta a anulabilidade dos atos inconstitucionais e em particular das leis inconstitucionais, para quem, se faltar tal garantia a Constituição do ponto de visto propriamente jurídico não passa de um anseio sem força obrigatória.

A nossa corte constitucional é o Supremo Tribunal Federal a quem compete fazer valer a Norma Fundamental ou Constituição Federal, utilizando-se da hermenêutica constitucional para conferir ou irrogar sentido a norma com vista ao caso concreto.

Nessa atividade o intérprete se depara com diversidades e realidades discerníveis, a que Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 119) diz não poder o intérprete da Constituição ignorá-las. São elementos sistematizados pelo jurista em três realidades.

A *primeira* é o “postulado”. Nele – postulado, condensam-se a diretiva dirigida a todo aquele que pretende exercer a atividade interpretativa. Enfrentar pretensão, suas nuances e seus contornos, constitui primeira etapa, verdadeiro pressuposto, visto que é a peça de ingresso fornece elementos que se aplicam à Constituição. Essa fase constitui pressuposto de atividade, vez que nela se avalia elementos de subsunção da (des)conformidade do ato reclamado com a Constituição para, depois, fazer-se a interpretação. Se não adequados os elementos (do postulado) sequer haverá atividade interpretativa¹⁶ (Bastos, 2014, p. 119).

A *segunda* é a de ordenar o intérprete a pluralidade de elementos interpretativos que existem a sua disposição, denominados “instrumentais hermenêuticos”. Estes se “impõem” como verdadeiros instrumentos de operação do sistema constitucional ou formulas que disciplinam a interpretação¹⁷.

A *terceira* e última categoria que se distingue na atividade interpretativa são os princípios, como diretrizes para uma direção precisa ao interprete¹⁸.

Essa atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade, no nosso sistema jurídico, pode se dar *incidenter tantum*, de maneira difusa perante qualquer juiz ou tribunal, ou de forma concentrada, por via direta através de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão definitiva de mérito produz eficácia *erga omnes* e definitiva vinculante¹⁹.

¹⁶ *Ibid.*, p. 119.

¹⁷ *Ibid.*, p.120

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ CF 102 p. 2

8 Reclamações constitucionais e necessária coerência de fundamentos. Aderência estrita como pressuposto de previsibilidade e segurança jurídica

Na análise argumentativa de Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 2) “existe no Brasil uma espécie de *stare decisis* em homenagem ao princípio da segurança jurídica, que vem acompanhado da previsibilidade das decisões e da igualdade das partes.

Segurança jurídica e previsibilidade são efeitos que decorrem da decisão judicial alicerçada no postulado do devido processo legal²⁰, que tem como uma de suas cláusulas a necessidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serem públicos e **fundamentadas** todas as decisões²¹.

Observados os requisitos a decisão tem força de lei inter partes ou *erga omnes*, conforme o postulado e a natureza do respectivo processo. A inerente força vinculante e seu alcance são aferíveis a partir do enunciado da tese e dos fundamentos explicitados na decisão.

Mesmo havendo precedente vinculante em sede controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal a expansão da litigiosidade constitucional, sob outras perspectivas, pode existir – e existe - a legitimar órgãos fracionários do sistema judicial a atuar como resolutor de conflitos correlatos à tese.

Exatamente por isso a Corte Constitucional ao analisar queixa de possível inobservância de seus precedentes preliminarmente avalia o que denomina **aderência estrita**. O processamento da reclamação e, em última análise, o êxito da ação está condicionado a esse pressuposto específico essencial.

A exata correlação entre tese e decisão questionada é fundamental. Sem ela não há espaço para correção do ato judicial reclamado, exatamente como vem ocorrendo: ora o Supremo Tribunal Federal acolhe ora rejeita a alegação de desprestígio a tese, como ocorre com aquelas pronunciadas no julgamento da ADPF 324, ADC 48, das ADI's 3991 e 5625 e do RE 958.252 (Tema 725).

De fato, em se tratando de trabalho em sentido amplo a Suprema Corte em um primeiro

²⁰ 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: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²¹ CF 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

momento pacificou a questão da competência em causas de servidor público. Somente depois de a Justiça comum (Federal ou Estadual) definir sobre a natureza do vínculo (contrato ou estatuto), é que se firma a competência da especializada.

Depois, reafirmando sua jurisprudência acerca da legalidade do processo de terceirização, definiu acerca da constitucionalidade da Lei 11.442/2007, que dispôs sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros. Nessa ocasião, no âmbito da ADC 48, a Corte voltou sua atenção para a competência no espaço das relações privadas.

E, seguindo seus precedentes²², a Suprema Corte firma entendimento no sentido de que é a **relação jurídica base que define a competência do órgão julgador**. Com a declarada constitucionalidade da lei do transporte de cargas as Reclamações Constitucionais (Rcl) se sucederam²³, objetivando cassar decisões dos tribunais trabalhistas que, desconsiderando o contrato-base (civil), reconheciam a relação em emprego.

No contexto das Reclamações Constitucionais, aqui analisadas por amostragem, o Supremo Tribunal tem firme a questão da aderência estrita (fundamentos da decisão reclamada

²² O STF, reafirmando sua jurisprudência, teve oportunidade de fazer diversos esclarecimentos, como os seguintes: Se o contrato-base ou originário for de natureza comercial a competência é da Justiça Comum. A terceirização não presume fraude e nem relação de emprego, por isso somente depois que a Justiça Comum decidir sobre a não incidência dos pressupostos e requisitos da Lei (no caso a 11.442/2007) é que a questão de fundo passa a ser da competência da Justiça do Trabalho, para onde os autos devem ser remetidos. Se a relação é de natureza cível, comercial ou empresarial a sua análise é privativa da Justiça Comum, e não pela Justiça do Trabalho, ainda que a discussão envolva fraude. Assim vem decidindo o STF nas ações que discutem a presença dos pressupostos e requisitos da Lei 11.442/2007 (cf. Rcl. 52.637 Relatora Rosa Weber). A partir de tal alicerce, na Rcl. 52.129 PE, reafirmou-se que, ao julgar a ADC.48, ficou decidido que a relação entre agentes do setor é comercial, não trabalhista, determinando o envio dos autos à Justiça Comum. E mais, a partir dos fundamentos lançados na decisão da Rcl. 48.659-PR, tem-se que, antes da instância trabalhista, a questão deve ser resolvida no âmbito do direito empresarial. De forma clara – e com base em precedentes – destaca referido julgado que a discussão sobre a presença dos pressupostos e requisitos legais deve iniciar-se na Justiça Comum. Somente nos casos em que a Justiça Comum constate que não foram preenchidos os pressupostos e requisitos dispostos na Lei 11.442/2007, a competência passaria a ser da Justiça do Trabalho. Conforme se infere da decisão proferida na Rcl. 49.541 MG, restou esclarecido que, inobstante a declaração de constitucionalidade da Lei 11.442/2007, subsiste a competência da Justiça do Trabalho para o reconhecimento da existência, em vista do princípio da realidade, de relação de emprego caso presentes os requisitos do art. 3º da CLT, nos termos do art. 114, da CF. Portanto, intacta a competência da especializada, necessitando, apenas, quando houver controvérsia acerca da relação base originária que esta seja previamente decidida pelo juízo competente. Se não houver contrato de natureza civil, comercial, empresarial ou outro (como o associativo) que justifique a discussão de prevalência não haverá controvérsia sobre competência: Justiça do Trabalho é o foro. Mas, para se avançar na **natureza da relação** o STF exige o que denomina de **aderência estrita** ou estrita correlação entre o postulado e o quanto decidido na ADC. 48, de forma que a decisão reclamada (tribunais trabalhistas) tenha o condão de esvaziar a posição do STF na mencionada ADC. Ora, se o STF disse que primeiro tem de se decidir na Justiça Comum sobre a natureza do contrato inadmissível que a Justiça do Trabalho chame a si essa incumbência. Essa é a relação de pertinência. Tanto é assim que se não tem contrato comercial ou empresarial base não haverá sobre o que decidir na Justiça Comum. A questão passa a ser meramente fática e aí a competência é da Justiça do Trabalho. Isso é o que vem sendo reiteradamente decidido, como anotado na decisão da Rcl.50.754 RS. A dúvida é quanto ao vínculo e não quanto aos fatos (cf. Rcl.48.659 RS). Conf. Rcl. 52.129 PE; Rcl. 52.637 SP; Rcl. 51.568 SP; Rcl. 50.754 RS; Rcl. 48.659 PR; Rcl. 49.451 MG; Rcl. 52.006 SP; Rcl. 48.677 PR. Rcl. 56.046 AgR/RS; Rcl. 56.166/ RS; Rcl. 62.349 RJ.

²³ Cf. divulgado pelo site Migalhas (<https://www.migalhas.com.br/quentes/367383/justica-comum-deve-julgar-vinculo-entre-empresa-e-motorista-de-carga>).

em rota de colisão com suas teses), além de esclarecimentos sobre diversos aspectos de interpretação (postulado inicial, validade dos contratos, terceirização, parceria, impossibilidade de reavaliar fatos e provas, tese assentada no julgado reclamado, só para exemplificar).

O que se depreende de tais precedentes, portanto, é que neles a controvérsia se fixou em torno da **validade da terceirização** de mão-de-obra e liberdade contratual, na **constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007** e também da **Lei n. 13.352/2016**, admitindo-se, além do contrato de trabalho subordinado, novas **formas de contratar** a prestação de serviços.

Dessa forma, a fim de colocar em evidencia a já referida expansão da litigiosidade constitucional e variabilidade de situações em torno de “tese”, analisa-se os fundamentos de alguns julgados:

Reclamação 52.129 PE

Relação jurídica-base. Contrato. Competência²⁴

A matéria controvertida na Reclamação Trabalhista versa sobre trabalho de motorista de caminhão que, inobstante cadastro junto ao reclamado para prestar serviços de transportes de carga, postulou o reclamante reconhecimento de vínculo empregatício.

A tese fixada pela decisão reclamada, para definir a competência para processar e julgar a causa, partiu da premissa de que o motorista/reclamante buscou títulos inerentes ao vínculo de emprego, sendo que a definição da competência se dá pela causa de pedir e pedidos.

O cerne da questão, portanto, passou a ser **competência** em decorrência da relação jurídica base: motorista autônomo vs motorista empregado.

Ao enfrentar a questão o Supremo Tribunal Federal, reproduzindo tese firmada na ADC 48, especificamente quando diz que “*Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei n. 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de veículo trabalhista*”, decidiu que a relação jurídica-base é de natureza comercial, e não de contrato de trabalho subordinado. Em consequência, concluiu que naquela hipótese o Tribunal do Trabalho negou aplicação à Lei n. 11.442/2007, descumprindo tese firmada na ADC 48, e, por isso, determinou a remessa dos autos à Justiça Comum.

Decerto, se há uma lei de regência da atividade profissional ou um contrato formal de prestação de serviços há, por óbvio, presunção da forma e do modo de prestar o trabalho, daí a presunção de legalidade (conforme a lei ou o contrato), competindo a parte que alega fraude fazer a prova de defeitos ou vícios de consentimento capazes de modificar a natureza do

²⁴ No mesmo sentido: Reclamação 52.006 / SP

vínculo.

Tal presunção de legalidade - e também de boa-fé contratual - não se faz com presunção de fraude nem a parte acusada de fraudar tem o encargo da prova, sob pena de se imputar encargo de prova negativa.

Portanto, é a natureza jurídica da relação – e não a causa de pedir e pedidos por si – que define a atuação do órgão jurisdicional (cível ou trabalhista), restando esclarecido pela Corte que “*a controvérsia sobre o preenchimento, ou não, desses requisitos há de ser submetida primeiramente ao exame da Justiça comum e, apenas na eventualidade não se tê-los por preenchidos, ao cuidado da justiça especializada*”, preservada, assim, a competência constitucional da Justiça do Trabalho.

Reclamação 52.129 / PE

Ato jurídico. Requisitos. Aderência estrita

A matéria *sub judice* na Reclamação Trabalhista versa sobre relação de emprego de transportador autônomo de cargas, de cuja atividade dispõe a Lei n. 11.442/2007. Apesar disso o Tribunal do Trabalho, sem avaliar os requisitos legais do ato que deu suporte à relação jurídica, reconheceu relação de emprego, em evidente desrespeito à lei e desprestígio decisão da ADC 48.

Na percepção do Supremo Tribunal Federal o ato reclamado nega aplicação à norma, esvaziando-lhe o preceito²⁵ e, com isso, “*tomou para si a competência de analisar a existência, a validade e a eficácia do contrato empresarial firmado entre as partes*”²⁶.

Como se vê, revisitando sua jurisprudência, tem o Supremo Tribunal Federal firme entendimento de que é da Justiça Comum a competência para processar e julgar ação que envolva **relação jurídica-base de natureza comercial**.

Mas, para cassar decisão reclamada indispensável **aderência estrita**²⁷ entre o ato

²⁵ Rcl. 52.129/PE, p.6

²⁶ Rcl. 48.659/PR, p.7

²⁷ A Rcl. 49451 / MG não foi admitida por falta de aderência estrita entre o ato reclamado e o conteúdo do paradigma apontado como violado, p.4. De igual forma: Rcl. 51568/SP - Ementa: “*Reclamação constitucional. ADC n. 48. Decisão reclamada que registra a competência da Justiça do Trabalho para exame da arguição de fraude trabalhista. Ausência de estrita aderência entre o ato reclamado e a decisão paradigma. Negativa de seguimento*”. Rcl. 56.046 AgR / RS - Ementa: [...] II – A aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da decisão paradigma é requisito de admissibilidade da reclamação constitucional. III – Dessa forma, fica afastada qualquer ilação no sentido de que houve desrespeito ao que foi decidido por este Supremo Tribunal nos paradigmas apontados, uma vez que não há identidade entre estes e o ato reclamado, o que pressupõe a inadmissibilidade da ação por ausência de aderência estrita. IV – Dissentir das razões adotadas pelas instâncias ordinárias quanto à presença dos requisitos necessários para a caracterização de vínculo empregatício, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, circunstâncias não admitida pela jurisprudência desta Corte. Precedentes [...]”.

reclamado e o conteúdo do paradigma apontado (tese).

Exatamente por isso, e considerando a variabilidade inerente a cada caso e a forma como postulada em juízo, o Supremo Tribunal Federal decide ora acolhendo ora recusando a Reclamação, sem que a oscilação implique falta de coerência da Corte.

Nesse universo de inconstância própria e natural do mundo do trabalho, e refletida na causa, a averiguação da aderência constitui pressuposto essencial de admissibilidade de ação.

Consequentemente, como se infere da ordem argumentativa explicitada no julgado da Reclamação 48.659/PR, até por questão lógica, primeiro lugar vem a certeza jurídica sobre a natureza do ato ou da relação contratual para, depois, enfrentar o mérito da causa. Se a relação for de natureza trabalhista a competência é da Justiça Especializada; se comercial é da Justiça Comum²⁸.

Ou seja, na percepção da Suprema Corte, se houver ato jurídico estabelecendo relação jurídica-base, antes de analisar os elementos caracterizadores da relação de emprego o julgador deve, necessariamente, enfrentar a questão da existência, validade e eficácia do ato de natureza civil ou comercial, da mesma forma deve proceder se a atividade profissional for regulamentada por lei a sua presunção de validade se afigura questão prejudicial.

Entretanto, se o postulado disser respeito a alegação de existência de contrato de trabalho (relação direta com vínculo empregatício), sem envolver aspecto de dissimulação contratual, de negativa de aplicação de lei ou de não reconhecimento de outras formas de trabalho, a competência é da Justiça especializada. Nesse caso não há que se falar em aderência nem haverá espaço para Reclamação.

Daí a essencialidade da cláusula do devido processo inerente à fundamentação das decisões para o fim de avaliar o requisito essencial da aderência. É da dialética (tese firmada no ato reclamado) que se conclui pela conformidade ou desconformidade do ato reclamado com os paradigmas: validade da terceirização de mão-de-obra e liberdade contratual, constitucionalidade das Leis 11.442/2007 e 13.352/2016, reconhecimento de outras formas de prestar o trabalho.

Outros aspectos também são relevantes nessa fase de averiguação de requisitos de admissibilidade da Reclamação, entre outros, *aspectos probatórios*²⁹ e enfrentamento de relação jurídica com base em *presunção*.

Na primeira hipótese destacada, a orientação acerca da vedação de reexame de fatos e provas nas instâncias extraordinárias é circunstancia também não admitida em sede de

²⁸ Cf. fundamentos do Acórdão proferido na Rcl. 48.659/PR, p.7

²⁹ Nesse sentido Rcl. 56.046 AgR / RS, p.10

reclamação constitucional³⁰.

A segunda conjectura – presunção – também não se admite, sob pena de, por exercício hermenêutico interpretativo, estabelecer indevidamente hierarquia entre normas, com possível usurpação de competência para processar e julgar o feito.

O relevo da argumentação jurídica se apresenta não só na averiguação, segundo a conjuntura fático-jurídica postulada, de qual norma é aplicável, mas também na subsunção, visto que a natureza jurídica da relação – e não a causa de pedir e pedidos por si – que define a atuação do órgão jurisdicional (cível ou trabalhista).

Dessa forma, é da teoria do discurso que se extrai elementos norteadores e argumentos sobre a competência para ditar o direito no caso concreto; posto o fato e suas condicionantes a escolha da lei que regerá a questão é vinculada, como, aliás, esclarecera o Supremo Tribunal que a definição da competência advém da natureza da matéria e não da causa de pedir e pedidos.

Conclusões

Constitui a reclamação constitucional instrumento de ação perante a Suprema Corte, que tem por objetivo preservar a competência do Tribunal, garantindo a autoridade de suas decisões, bem como assegurar a observância de enunciado de Sumula Vinculante e de decisão em controle concentrado de constitucionalidade.

Sua gênese é constitucional, sua natureza é de ação autônoma e o seu objetivo é assegurar a autoridade de decisão vinculante e aprimorar a jurisprudência.

Em virtude do grande fluxo atualmente dessa espécie de ação no Supremo Tribunal, por vezes acatadas para cassar decisões da Justiça do Trabalho, levantam-se vozes dizendo que a Corte Suprema e o Tribunal Superior do Trabalho estão em rota de colisão.

Mas, isso não ocorre. Quem assim pensa não entende a complexidade da jurisdição constitucional, com sua tarefa de garantir a integridade da Constituição Federal e o alcance de suas decisões com efeitos vinculantes.

Não dominar a técnica da jurisdição constitucional e emitir opinião é compreensível, seja porque vive-se em ambiente de liberdade de opinião próprio do Estado Democrático, seja porque a complexidade da jurisdição em tal nível não é do domínio corrente ou público, seja porque quem obtém êxito (ou não) na ação constitucional pode conferir interpretação segundo seu juízo e conveniência.

Portanto, é compreensível a interpretação torta advinda do leigo no uso de sua

³⁰ *Ibid.*, p. 9

autodeterminação e a partir de seus interesses. O que não se compreende é que isso ocorra por parte de profissional que tem domínio da técnica e do controle concentrado de constitucionalidade e da jurisprudência constitucional.

Ademais, é dever do operador do direito e do formador de opinião agir com conhecimento de causa, de forma ética e com boa-fé. Isso nunca foi tão importante, máxime em tempos de tamanha volatilidade e complexidade sociais.

O progresso da tecnologia e das comunicações são incontidos. O que se faz ou o que se diz toma proporções planetárias. A complexidade do mundo do trabalho impacta drasticamente as relações de trabalho, fazendo surgir, em decorrência, novas formas de prestar o trabalho.

Nesse contexto, a Constituição Federal traz como princípio maior a dignidade da pessoa humana, bem como proteção ao trabalho e à liberdade de empreender. Livre iniciativa e trabalho digno são pressupostos para dignidade do trabalhador.

O grande desafio que enfrenta jurisprudência constitucional é compatibilizar os postulados inerentes a garantias constitucionais, sem tolher a liberdade contratual e causar retrocesso aos direitos sociais dos trabalhadores, sem perder de vista que a Constituição tutela o “trabalho”.

Essa compatibilidade – liberdade contratual e trabalho em sentido amplo – veio a partir da jurisprudência constitucional assentada a partir do reconhecimento da **liberdade contratual** e da **validade da terceirização**, da **constitucionalidade das Leis n. 11.442/2007 e n. 13.352/2016** e da admissão de **novas formas de contratação**.

Em consequência, decisão de todo e qualquer tribunal deve guardar estreita coerência e adequação com a tese fixada pela Suprema Corte, com efeito *erga omnes*, sob pena de cassação por meio de reclamação constitucional.

Essa estreita correlação ou **aderência estrita** é pressuposto da reclamação e sua averiguação no caso concreto tem levado o Supremo Tribunal Federal a decidir de forma diversa: acatando ou rejeitando a queixa de violação de seus precedentes.

Mas, essa variabilidade não importa em falta de coerência da Suprema Corte ao decidir, nem os resultados (mantendo ou cassando decisão reclamada) importam em elemento de choque entre órgãos judiciários.

Ao revés, afirma coerência. Não é porque se firmou tese de que terceirização é lícita que todo processo de descentralização produtiva é legal. Há hipótese de fraude. E nesse aspecto os tribunais tem plena competência para o exercício da jurisdição; não existe aderência estrita com referido precedente.

Da mesma forma, o sistema jurídico prevê possibilidade de prestar o trabalho por meio

de contratos diversos. Os contratantes do alto de suas liberdade e autodeterminação, ponderando sobre oportunidade e conveniência, podem firmar contrato civil ou comercial de prestação de serviços. Esse pacto inicial, válido, eficaz e firmado de boa-fé contratual, é que define a relação jurídica-base.

Por isso, se houver questionamento judicial envolvendo fraude a lógica jurídica determina que primeiro se avalie as condições do ato, bem como a eticidade e a boa-fé para, depois, adentrar no mérito da causa.

Exatamente nesse aspecto firmaram-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal, de forma que se o “postulado” envolve fraude em uma relação de trabalho iniciada por um contrato ou outra forma de prestar o trabalho que não o clássico subordinado o primeiro aspecto a ser enfrentado, como condição de prejudicialidade, é exatamente a validade ou não do contrato. Portanto, é a natureza da relação jurídica que define a competência para a ação.

A oscilação da jurisprudência constitucional, na espécie, tem variado também em decorrência da condição especial da ação. Além da aderência estrita há grande variabilidade que imprime contornos diversos em causas aparentemente iguais, entre elas, fatos e dialeticidade impressos na “postulação”, a ordenação e interpretação da pluralidade de elementos interpretativos à disposição, a atividade discursiva para a conclusão (tese), impossibilidade de reexame de provas e fixação de tese explícita na decisão reclamada.

Não basta, por óbvio, haver queixa de desprestígio à precedentes, mas, acima de tudo, cumprir o requerente os requisitos especiais para o exercício da ação constitucional. Quando o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de sua atuação, acata ou rejeita uma queixa de violação da jurisprudência constitucional não está perseguindo ou passando reprimenda ou, ainda, reduzindo o alcance da jurisdição especializada e, com isso, contribuindo para retrocesso de direitos sociais. Está, sim, atuando firmemente para manter a higidez da ordem constitucional e seus preceitos.

Por isso, assim como para o Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, firma-se que não há razão sob o ponto de vista lógico e da divisão de atribuições e competências para tamanho dissenso acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal. Afinal, nem a Justiça do Trabalho ou o seu Superior Tribunal desafiam deliberadamente decisões do Supremo Tribunal Federal, nem este persegue tribunais trabalhistas, ao revés, cumpre sua atribuição no controle de constitucionalidade com coerência.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da Tutela Coletiva*. São Paulo: LTr. 2013.

BRANDÃO, Claudio. *Reclamação Constitucional no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2017.

BULHÕES, Antônio Nabor A. *Recurso Extraordinário em recurso especial: conformação jurisprudencial do tema nos quase 30 anos da vigência da Constituição de 1988*. In 30 Anos da Constituição Brasileira. Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições. (org.) José Antônio Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Periódico eletrônico Conjur. *Última palavra, no âmbito nacional, há de ser sempre a do Supremo*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-set-27/augusto-carvalho-ultima-palavra-sempre-stf/>

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Interpretação constitucional e argumentação jurídica*. In O novo constitucionalismo na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides (Org) Lenice S Moreira de Moura. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo. II Série: Estudos e pareceres de processo civil*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

GUIMARÃES, Arthur. Periódico Eletrônico JOTA.INFO. *STF e Justiça do Trabalho divergem em casos sobre vínculo de emprego*. <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-e-justica-do-trabalho-divergem-em-casos-sobre-vinculo-de-emprego-30082023>

_____. Periódico Eletrônico JOTA.INFO. *Fux restabelece decisões que reconheceram vínculo entre construtora e corretores. Ministro do STF considerou que decisões se basearam em ‘ampla análise do conjunto probatório’*. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-restabelece-decisoes-que-reconheceram-vinculo-entre-construtora-e-corretores-22082023>

INGIZZA, Carolina. Periódico Eletrônico JOTA.INFO. *Moraes derruba decisão que reconheceu vínculo empregatício entre médica PJ e hospital*. <https://www.jota.info/stf/do-supremo/moraes-derruba-decisao-que-reconheceu-vinculo-empregaticio-entre-medica-pj-e-hospital-07082023>

KELSEN, Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2007

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. (tese). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Crus; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Humanos – Aspectos Jurídicos. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. A contemporaneidade dos direitos fundamentais. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional. n.4 jul./dez-2004.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva. 5ª edição 4ª tiragem. 2000

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Reclamação constitucional - Importância sempre crescente na esfera dos direitos fundamentais*

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros. 2ª edição 2002.

ESPAÇO DE DOMÍNIO PÚBLICO

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm.

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507792&ori=1>

<https://www.migalhas.com.br/quentes/395544/vinculo-de-emprego-jt-reiteradamente-descumpre-jurisprudencia-do-stf>

<https://www.migalhas.com.br/quentes/395512/stf-cassa-vinculo-entre-corretora-e-agente-autonomo-de-investimentos>

<https://www.conjur.com.br/2023-set-27/augusto-carvalho-ultima-palavra-sempre-stf/>

<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-e-justica-do-trabalho-divergem-em-casos-sobre-vinculo-de-emprego-30082023>

<https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-restabelece-decisoes-que-reconheceram-vinculo-entre-construtora-e-corretores-22082023>

<https://www.jota.info/stf/do-supremo/moraes-derruba-decisao-que-reconheceu-vinculo-empregaticio-entre-medica-pj-e-hospital-07082023>

<https://www.migalhas.com.br/quentes/367383/justica-comum-deve-julgar-vinculo-entre-empresa-e-motorista-de-carga>

TRT-MG <https://as1.trt3.jus.br/handle/Revista-95-75-91>

[PDF](#) A reclamação constitucional no âmbito da Justiça do Trabalho

Como citar este artigo:

ABNT

FREDIANI, Yone; NEPOMUCENO BORBA, Joselita. Reclamação constitucional – aparente conflito entre Justiça do Trabalho e Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência constitucional – coerência interna do sistema – apontamentos. **Revista Trabalho, Direito e Justiça**, TRT 9ª Região, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. e69, 2024. DOI: 10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.69. Disponível em: <https://revista.trt9.jus.br/revista/article/view/69>. Acesso em:

APA

Frediani, Y., & Nepomuceno Borba, J. . (2024). Reclamação constitucional – aparente conflito entre Justiça do Trabalho e Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência constitucional – coerência interna do sistema – apontamentos. *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, 2(1), e69. <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.69>