

A cura di:

Fábio da Silva Veiga
Camilla Martins dos Santos Benevides

Lavori atipici ed economia digitale - Prospettiva luso-italo-brasiliana

Contratos atípicos de emprego e economia digital -
Perspectiva luso-ítalo-brasileira

Atti del seminario - 28 aprile 2022

Atas do seminario - 28 de abril 2022

Università La Sapienza di Roma



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA



IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Lavori atipici ed economia digitale - Prospettiva luso-italo-brasiliana

Atti del seminario - 28 aprile 2022

Atas do seminario - 28 de abril 2022

Università La Sapienza di Roma

A cura di:

Fábio da Silva Veiga

Camilla Martins dos Santos Benevides



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA



IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Ficha Técnica

© 2023 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos– IBEROJUR

Título: Lavori Atipici ed Economia Digitale – Prospettiva Luso-Italo-Brasileira - Contratos Atípicos de Emprego e Economia Digital: Perspectiva Luso-Ítalo-Brasileira

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga e Camilla Martins dos Santos Benevides

Edição e Diagramação: Giovana de Moraes Figueiredo Cruz, Raiany Cora Lucas Adão Ita e Larissa de Souza Cunha Ouchi

© [Autores vários]

Suporte: Electrónico; Formato: PDF/ PDF/A.

ISBN: 978-989-53762-5-4

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Università di Roma La Sapienza

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

4460-282.

Maio, 2023.

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal n.º: 513087/23.

Prefácio

O seminário “*Contratos atípicos de emprego e economia digital - Perspectiva Luso-Ítalo-Brasileira*”, realizado no dia 28 de abril de 2022, na Universidade Sapienza di Roma, teve como objetivo reunir estudantes, pesquisadores e professores, para discussão de questões relacionadas às profundas mudanças sofridas pelo mercado de trabalho, num momento em que a economia global não consegue gerar empregos suficientes. As alterações analisadas durante o seminário incluem, entre outras, o crescimento de formas de emprego diversas dos modelos tradicionalmente utilizados. Observa-se que as chamadas “formas atípicas de emprego” podem servir para fins específicos, como situações de trabalhos sazonais, mas também podem ser utilizadas para regulamentação de novas atividades e formas de ocupação, decorrentes da evolução da sociedade em nosso tempo. A presente obra contém estudos relacionados ao trabalho em plataforma digital, a contratos a tempo determinado, ao trabalho temporário, à terceirização, ao teletrabalho, ao trabalho intermitente, ao trabalho em tempo parcial, dentre outras formas de contrato atípico. Desta forma, os organizadores, a Faculdade Sapienza di Roma, a Universidade Lusófona e o Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR, convidaram a comunidade académica, formada por juristas e não juristas, jovens investigadores e professores, à leitura da presente obra, que apresenta reflexões críticas dos autores sobre os desafios enfrentados pelo mundo do trabalho, numa perspectiva globalizada.

Prefazione

Il seminario “*Lavori atipici ed economia digitale - Prospettiva luso-italo-brasiliana*”, svolto il 28 aprile 2022, presso l'Università La Sapienza di Roma, ha avuto come obiettivo riunire studenti, ricercatori e docenti per confrontarsi su temi legati ai profondi cambiamenti subiti dal mercato del lavoro, presso un momento in cui l'economia globale non riesce a generare sufficienti posti di lavoro. Tra i cambiamenti analizzati durante il seminario si può citare, tra gli altri, la crescita di forme di occupazione diverse dai modelli tradizionalmente utilizzati. Si osserva che le cosiddette “forme atipiche di lavoro” possono servire a finalità specifiche, come situazioni di lavoro stagionale, ma possono anche essere utilizzate per regolare nuove attività e forme di occupazione, derivanti dall'evoluzione della società nel nostro tempo. Quest'opera contiene studi relativi al lavoro su piattaforma digitale, contratti a tempo determinato, lavoro temporaneo, somministrazione, telelavoro o *smart working*, lavoro intermittente, lavoro *part-time*, tra le altre forme di contratti atipici. In questo modo gli organizzatori, l'università Sapienza di Roma, l'Università Lusófona e l'Istituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR, invitano la comunità accademica, formata da giuristi e non giuristi, giovani ricercatori e professori, a leggere questo libro, che presenta riflessioni critiche degli autori sulle sfide del mondo del lavoro, in una prospettiva globalizzata.

Roma/Porto, maio de 2023

Fabio Petrucci

Responsável no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade degli Studi di Roma “La Sapienza” pelo fortalecimento das relações internacionais com a área Sul-Americana

Camilla Martins dos Santos Benevides

Doutoranda em Direito em regime de cotutela na Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Fábio da Silva Veiga

Professor Doutor da Universidade Lusófona e Presidente do IBEROJUR, Portugal

Comité Científico | Consiglio Scientifico

Conselho Científico – Professores Doutores de Direito do Trabalho

Professora Alessandra Boskovic

Professora Eliana dos Santos Alves Nogueira

Professora Lorena Colnago

Professora Maíra S. Marques da Fonseca

Professora Rita de Cassia Andrioli Bazila Peron

Professor Marco Antonio Cesar Villatore

Professora Teresa Coelho Moreira

Professora Denise Fincato

Professor Guilherme Wunsch

Professor Gilberto Stürmer

Professora Patrícia S. Martins

Professora Ana Lambelho

Professora Susana Ferreira dos Santos

Professora Marlene Mendes

Professora Carolina de Freitas e Silva

Consiglio Scientifico – Dottori in Diritto del Lavoro

Professor Stefano Bellomo

Professor Arturo Maresca

Professor Domenico Mezzacapo

Professor Ilario Alvino

Dottor Fabrizio Ferraro

Professor Alessandro Boscati

Professore Davide Casale

Professor Maria Giovanna Greco

SUMÁRIO

Dignità del Lavoratore e Libertà di Iniziativa Economica, Rivoluzione Industriale 4.0 e La Qualificazione Giuridica del Rapporto di Lavoro dei Riders e la Proposta di Direttiva	
Giuseppe Santoro-Passarelli.....	8
A Informalidade Contratual do Teletrabalhador de Plataformas Virtuais	
Ângela Barbosa Franco	31
O Teletrabalho e a Duração do Trabalho	
Carlos Alberto Pereira e Castro e Maria Raquel Duarte.....	47
Contrato de Trabalho Atípico e Economia Digital: Perspectivas da Negociação Coletiva no Brasil	
Eliana dos Santos Alves Nogueira.....	60
I Lavori Delle Piattaforme Digitali: Ipotesi di Intervento in Ottica di Una Semplificazione dei Modelli	
Federico Pisani.....	74
Uberização e Precarização do Meio Ambiente do Trabalho: Análise da Realidade Fático-Jurídica Brasileira Frente ao Trabalho por Meio de Tecnologias Disruptivas	
Gabriel Chiusoli Ruscito e Victor Hugo de Almeida.....	90
Uma Aáalise sobre a Normatização do Transportador Autônomo de Cargas (TAC)	
Gabriel Cipriano Nicolau Siqueira.....	105
Caminhar sobre Cacos de Vidros: A Violação à Diversidade na Precarização do Trabalho entre Pessoas em Situações de Migrações Forçadas	
Guilherme Vieira Barbosa.....	116
Fugir, mas Para Sobreviver, e Não Viver: a Informalidade Laboral a Partir de Retratos Sociojurídicos Sobre os Refugiados e Suas Principais Dificuldades em Obter um Trabalho Digno	
Guilherme Vieira Barbosa.....	134
El Gobierno Brasileño Implementa Las Mejores Prácticas Internacionales En Decisiones de Política Pública?	
James Batista Vieira.....	153
Le Sfide del Mercato del Lavoro Cinese e La Tendenza Alla Ridefinizione Verso i Rapporti di Lavoro	
Jianbo Xu.....	162
Trabalho Uberizado e o Novo Capataz da Era Moderna	
Leda Maria Messias da Silva e Cora Kressin Arruda D’Aquino.....	174
Portabilità e Cumulabilità Della Reputazione Digitale Nelplatform Work: Uno Studio Preliminare	
Luigi Di Cataldo.....	189

O Novo Regime do Contrato de Trabalho a Termo em Portugal	
Maíra Costa Teixeira Brás.....	208
Teletrabalho, Direito à Desconexão e Dano Existencial	
Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos e Anne Floriane da Escóssia Lima.....	219
O Contrato de Trabalho de Muto Curta Duração - Uma Necessidade para o Mundo Laboral Contemporâneo Validada Pelo Tribunal Constitucional	
Mário Simões Barata e Susana Loureiro.....	232
Il Telelavoro Nella Dinamica Senza Frontiere: Analisi Comparata Brasile-Italia e Tutela Della Giurisdizione Internazionale	
Miriam Olivia Knopik Ferraz.....	242
O Trabalho Intermitente Brasileiro e o Desalinhamento com o Objetivo nº 08 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável	
Marlus Eduardo Faria Losso.....	256
Teletrabalho Transnacional e Desafios Normativos: o Compliance Trabalhista como Instrumento de Proteção aos Direitos Humanos dos Trabalhadores	
Nathália Eugênia Nascimento e Silva e Victor Hugo de Almeida.....	269
Teletrabalho: Recentes Alterações Legislativas Subsequentes à Pandemia	
Pedro Romano Martinez.....	288
Sindicato e Desenvolvimento Econômico: uma Abordagem sobre o Papel Propulsor do Sindicato na Valorização da Trabalhabilidade na Sociedade Tecnológica	
Raquel Hochmann de Freitas.....	296
Commenti Sulla Prima Decisione Dell’alta Corte del Lavoro del Brasile Che Ha Riconosciuto il Rapporto di Lavoro Tra Conducente e Uber	
Rodrigo Fortunato Goulart e Marco Antônio César Villatore.....	310
A Inevitabilidade Jurídica do Direito à Desconexão	
Salus Henrique Silveira Ferro.....	318
Do Direito ao Trabalho Digno na União Europeia: as Relações Juslaborais Especialmente Frágeis e o Trabalho Subordinado – Breve Comparação Ibérica	
Solange Ferreira Lajoso.....	332
Regime Jurídico do Teletrabalho em Portugal: Algumas Notas e Muitas Dúvidas	
Susana Sousa Machado.....	347
Do <i>Lavoro Agile</i> ao Teletrabalho: Como as Novas Tecnologias Ressignificaram as Relações de Trabalho	
Wilson Engelmann e Maique Souza.....	358

DIGNITÀ DEL LAVORATORE E LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA, RIVOLUZIONE INDUSTRIALE 4.0 E LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL RAPPORTO DI LAVORO DEI RIDERS E LA PROPOSTA DI DIRETTIVA

*Worker Dignity and Freedom of Economic Initiative, Industrial Revolution 4.0 and the Legal
Qualification of the Riders' Employment Relationship and the Proposed Directive*

Giuseppe Santoro-Passarelli¹

1.IL LAVORO È UN VALORE FONDANTE DELLA COSTITUZIONE

È incontestato che la nostra Costituzione riconosce al lavoro un valore fondante del nostro ordinamento quando sancisce all'art. 1 che l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. È noto a tutti che fu una formula di mediazione dell'on. Fanfani rispetto alla proposta dei comunisti e socialisti che recitava "l'Italia è una repubblica democratica di lavoratori". In ogni caso è consolidata l'interpretazione che il lavoro fosse inteso in senso ampio e non limitato al solo lavoro manuale o salariato². D'altra parte, il significato del termine lavoro, come insegna Mortati, non può che essere determinato in positivo richiamando gli art. 4 e 35 Cost. che dell'art. 1 sono diretto svolgimento³. Secondo questo insegnamento "nel lavoro si realizza la sintesi tra il principio personalistico che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa e quello solidarista che conferisce a tale attività carattere doveroso"⁴.

2.DIVERSA RILEVANZA DEL LAVORO NELLA NORMATIVA UE

Dal riconoscimento di questo principio discendono due corollari⁵: il primo consente di considerare la tutela del lavoro un valore fondante e non ancillare alle ragioni dell'impresa come invece è avvenuto, all'origine per la legislazione dell'Unione Europea, che per molto tempo ha concepito la tutela del lavoro strumentale alle ragioni dell'impresa e del mercato e solo agli inizi di questo secolo ha equiparato i diritti sociali ai diritti dell'impresa. Mi riferisco al Trattato di Lisbona che ha incorporato la Carta di Nizza. E da quel momento anche l'Unione Europea ha progressivamente tutelato i diritti dei lavoratori e in questo scritto si darà conto della proposta di direttiva che regola il rapporto di lavoro dei riders.

¹ Prof. emerito Sapienza Università di Roma, Accademico dei Lincei.

² V. in questo senso C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, *Dir. Lav*, 1954, I, pp. 159 ss.

³ C. MORTATI, *Sub art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione: Principi Fondamentali: art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, p. 11.

⁴ Così C. MORTATI, *op. cit.*, p. 12.

⁵ Su questi argomenti v. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, *RIDL*, 2018, I, pp. 342 ss.

3. LA COSTITUZIONE TUTELA LA DIGNITÀ DELLA PERSONA CHE LAVORA ATTRAVERSO UNA RETRIBUZIONE COMUNQUE SUFFICIENTE E GARANTISCE LA PERCEZIONE DEL REDDITO A CHI NON LAVORA PERCHÉ DISOCCUPATO O INOCCUPATO

Il secondo corollario che discende dal primo consente di considerare la Costituzione programmaticamente orientata a tutelare il lavoratore come soggetto debole del rapporto di lavoro (artt. 4, 35, 36) e in particolare sulla base degli artt. 3, comma 2, 4, 36 e 38 Cost. implica e sta a significare che deve essere garantita, prima di tutto, la dignità della persona⁶ che lavora con o senza vincolo di subordinazione, e di conseguenza, deve essere garantito a chi lavora un corrispettivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro.

Ma in modo ancora più incisivo il combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 36 Cost. individua nel lavoro la precondizione di un'esistenza libera e dignitosa che deve essere garantita al lavoratore nel momento in cui l'art. 36 sottrae la retribuzione alle logiche di mercato perché deve essere comunque sufficiente.

E l'art. 38 comma 2 Cost. garantisce ai lavoratori che siano preveduti e assicurati mezzi alle loro esigenze di vita di vita, in caso di infortunio malattia invalidità e vecchiaia e **disoccupazione involontaria** e quindi un reddito a chi ha perso il posto di lavoro o non ha trovato un posto di lavoro.

4. REDDITO DI CITTADINANZA E REDDITO DI INCLUSIONE CONTRO LA POVERTÀ E LA RIFORMA DEI CENTRI PER L'IMPIEGO.

A questo proposito è dato riscontrare nell'ordinamento italiano l'ampliamento della platea dei destinatari delle tutele contro la disoccupazione. Va subito sottolineato che questa è superiore al 40% nel Mezzogiorno. Il problema occupazionale non sembra risolto anche se tutti i programmi dei partiti hanno previsto forme di erogazione del reddito⁷, dal reddito di inclusione a quello di cittadinanza, pur diversi per presupposti e obbiettivi.

Negli ultimi anni, e ancor più durante la pandemia, è agevole riscontrare un aumento vistoso delle diseguglianze sociali tra lavoratori nonostante le politiche di sostegno del reddito praticate dal Governo. A cominciare dalla stabilità del posto di lavoro garantita ai lavoratori pubblici mentre rispetto ai lavoratori privati la prospettiva del licenziamento, anche

⁶ Per una successione storica dei singoli provvedimenti di tutela della persona, si rinvia a P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, 1991, p. 2; M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. d. lav.*, 1999, I, p. 232 ss. Il riferimento nell'art. 3, comma 2 ai lavoratori non deve essere intesa come riserva esclusiva ad essi di partecipare all'organizzazione politica e sociale del Paese ma significa che sono i lavoratori che incontrano maggiori difficoltà a partecipare v. in questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro, disciplina costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990, p. 4.

⁷ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione cit.*, p. 343.

se sospeso con diverse modalità, incombe perché molte imprese o non hanno riaperto o riaprono con enormi difficoltà.

Dalle statistiche ufficiali risultano almeno 5 milioni di persone al di sotto della soglia di povertà. E questa situazione legittima la preoccupazione per le condizioni di vita immediate e nello stesso tempo contribuisce ad accrescere le ansie per il futuro.

La precarietà non colpisce solo chi ha perso il lavoro o non lo ha mai avuto ma i lavoratori temporanei, e la percezione dell'insicurezza del posto investe anche larga parte dei lavoratori standard. Il quadro dei disagi è dovuto alla somma di diverse componenti: i bassi salari (in alcuni casi bassissimi), il lavoro povero, e poi le tutele percepite come decrescenti da pezzi importanti di ceto medio, tanto nel lavoro autonomo che in quello dipendente. Emerge una nuova gamma di bisogni che non si rivelano come adeguatamente coperti e radicalizzano la percezione di *lex-insecurity* come carattere di fondo del mercato del lavoro. Questi bisogni vanno dalla tenuta dei redditi, non solo in caso di perdita del lavoro, fino alla necessità della ricalibratura di un sistema di *welfare* che lascia al momento sguarniti troppi gruppi e troppe domande⁸.

Nella nuova organizzazione dell'impresa la prospettiva del contratto di lavoro che dura per tutto l'arco della vita lavorativa presso la stessa azienda diventa sempre più evanescente.

Ma è altrettanto evidente che per soddisfare il bisogno di sicurezza di chi ha un lavoro temporaneo o non ha alcun lavoro, è indispensabile una riforma dei centri per l'impiego che consenta un migliore e più efficiente incontro tra domanda e offerta di lavoro e per realizzare questo obiettivo bisogna altresì formare i cosiddetti navigator e fornire ad essi una serie di data base indispensabili per realizzare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

5. ATTENUAZIONE DELLA DISCIPLINA INDEROGABILE DEL RAPPORTO DI LAVORO

A fronte dell'aumento del numero dei destinatari di tutele previdenziali e assistenziali non si può negare che negli ultimi anni la tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro si sia attenuata per il ridimensionamento vistoso della normativa inderogabile.

Il declino della norma inderogabile è particolarmente vistoso nell'art. 2103 c.c. che ha previsto, come è noto, tre deroghe al divieto assoluto previsto dalla vecchia disposizione.

⁸ Così M. CARRIERI, *Introduzione, I lavoratori italiani tra insicurezze crescenti e riforme possibili*, in M. CARRIERI e C. DAMIANO (a cura di), *Il lavoro che cambia verso l'era digitale. Terza indagine sui lavoratori italiani*, Roma: Ediesse, 2019, pp. 53-54.

La norma così modificata ha accentuato ovviamente l'impatto dello *jus variandi* del datore di lavoro sull'organizzazione dell'impresa e ha inevitabilmente ridotto le tutele del lavoratore.

Non solo, ma anche l'eliminazione della reintegrazione come sanzione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha spostato il baricentro della tutela, dall'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro, all'interesse del datore di lavoro alla temporaneità dei vincoli contrattuali.

E la modifica dell'art. 4 statuto dei lavoratori ha esteso il potere di controllo del datore di lavoro agli strumenti di lavoro come il cellulare e il *tablet*, rendendo così questo potere particolarmente penetrante.

6. MODIFICHE LEGISLATIVE E VALORI COSTITUZIONALI

Per verificare se la nuova normativa in materia di lavoro abbia leso la dignità del lavoratore, si tratta di accertare se le rilevanti modifiche legislative intervenute nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato, riducendo in modo vistoso il tasso di inderogabilità delle norme e riducendo sensibilmente l'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione, e le tutele che non sono state riconosciute ai lavoratori autonomi deboli, abbiano come da qualche parte si sostiene, destrutturato il diritto del lavoratore⁹ o se invece, si tratta, secondo altri, di mutamenti determinati dalle esigenze di competitività delle imprese, imposti dalla globalizzazione dei mercati.

Entrambe le risposte non appaiono appaganti perché, pur contenendo una parte di verità, appaiono motivate da valutazioni parziali. Infatti, da un lato, considerano il vero diritto del lavoro, quello dello Statuto dei lavoratori, sul quale, noi della nostra generazione ci siamo formati, o, dall'altro lato, altri ritengono che nell'attuale contesto debbano prevalere le ragioni del mercato e quindi dell'impresa su quelle del lavoro che non a caso viene considerato solo un costo di produzione¹⁰. Una terza posizione, più vicina alla seconda che alla prima, è rappresentata da chi ritiene che nell'attuale contesto stiamo assistendo ad un cambio di paradigma contrassegnato da una seconda fase della *flexicurity* per l'occupabilità¹¹, nella quale, in realtà, la flessibilità sembra occupare maggiore spazio rispetto alla sicurezza.

A mio modo di vedere, invece, si tratta di verificare se gli interventi dei diversi legislatori che si sono susseguiti negli ultimi 50 anni abbiano leso alcuni principi e valori costituzionali.

⁹ In questo senso M. RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme del diritto del lavoro*, DLM, 2, 2018, p. 199.

¹⁰ In questo senso, *ex multis*, P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, RIDL, 2015, I, p. 205.

¹¹ T. TREU, *Istituzioni e regole del mercato del lavoro. Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, DRI, 2017, p. 597.

7. IL RAPPORTO DI LAVORO A TEMPO INDETERMINATO NON È L'UNICA FORMA DI OCCUPAZIONE

Come si è già rilevato il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, altrimenti denominato rapporto a tutele crescenti, pur essendo definito solennemente dall'art. 1 del d.lgs. n. 23 del 2015 la forma comune del rapporto di lavoro, non è affatto l'unica forma di occupazione,

Infatti, l'impresa può avvalersi di diverse forme di occupazione temporanea (contratto a tempo determinato, contratto a tempo parziale involontario, somministrazione di mano d'opera, lavoro occasionale, contratto intermittente, apprendistato, stage) che rendono, nel lavoro privato, il rapporto di lavoro precario quando costituiscono in sequenza le forme di ingresso in azienda cui deve sottostare il lavoratore in cerca di occupazione.

8. LA TEMPORANEITÀ DEI RAPPORTI DI LAVORO E LA PRECARIETÀ DEL LAVORO

E questa situazione di grave incertezza genera, in particolare per coloro che sono alla ricerca di un posto di lavoro o magari a 50 anni hanno perso il posto di lavoro, un notevole disagio che ormai viene generalmente denominato *precarietà*¹².

9. DIGNITÀ DEL LAVORATORE E INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA

A questo punto si tratta di verificare se la precarietà del lavoro costituisca una forma di lesione della dignità del lavoratore.

Ma per rispondere a questa domanda è necessario affrontare il nodo cruciale del rapporto tra principi e valori costituzionali (e soprattutto della loro attuazione) collocati nella prima parte della Costituzione, e mi riferisco ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'art. 2 Cost., il valore della dignità della persona sancito dagli artt. 3 e 4, il diritto alla salute garantito dall'art. 32 e la sicurezza sul lavoro, con il principio della libertà dell'iniziativa economica, sancito dall'art. 41 in tre commi collocato nella parte I, titolo II, relativo ai rapporti economici.

In altri termini si tratta di verificare se i doveri inderogabili dell'art. 2, poiché richiamano i doveri di solidarietà economica dell'art. 41 co. 2, limitino la libertà di iniziativa privata e se la tutela della dignità, come pure la tutela della salute del lavoratore, debbano essere comunque privilegiate di fronte alla libertà di iniziativa economica.

¹² T. TREU, *Istituzioni e regole del mercato del lavoro. Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, DRI, 2017, p. 597.

Secondo quanto ha ribadito di recente Proto Pisani,¹³ l'art. 41 subordina la legittimità dell'iniziativa privata al rispetto del valore della dignità umana e ricorda i suoi tentativi di rileggere le tecniche di tutela storicamente sviluppatesi a tutela del diritto di proprietà, a tutela dei diritti della persona, diritti normalmente a contenuto non patrimoniale, attraverso il ricorso alla tecnica raffinata della denuncia di danno temuto (art. 1172 c.c.).

Viceversa, secondo Persiani l'art. 41 co. 2 realizza un contemperamento tra interessi contrapposti¹⁴. Questa dottrina, infatti, ha affermato di recente che l'attenuazione della norma inderogabile si giustifica in ragione delle esigenze del sistema di produzione capitalistico¹⁵.

Orbene la tesi del contemperamento sembra a prima vista persuasiva perché in definitiva garantisce un bilanciamento tra interessi contrapposti e tuttavia ad un più approfondito esame non convince.

In primo luogo, perché si tratta di interessi asimmetrici.

In secondo luogo, perché il principio del contemperamento e cioè il bilanciamento è inevitabilmente condizionato da un'economia ormai globalizzata, aggravata da una forte crisi economica come l'attuale.

In altri termini la concorrenza e la conseguente competitività tra le imprese riducendo progressivamente i costi di produzione e tra questi quello del lavoro, spostano inevitabilmente in termini economici il bilanciamento a favore dell'interesse dell'impresa e, di conseguenza, limitano progressivamente le tutele del lavoro. Un risultato analogo è determinato dalla delocalizzazione delle imprese nei Paesi della stessa Unione europea dove il costo del lavoro è più basso e l'imposizione fiscale più leggera.

Pertanto, laddove dovesse prevalere la tesi del contemperamento, le norme costituzionali che garantiscono la solidarietà e la dignità del lavoratore (artt. 2, 3 co. 2, 4 Cost.) non avrebbero alcuna autonoma rilevanza normativa, ma sarebbero semplici dichiarazioni programmatiche e sarebbero inevitabilmente assorbite dal principio del bilanciamento, mentre è vero il contrario, e cioè costituiscono il fondamento del nostro ordinamento costituzionale e delimitano un'area di protezione della dignità del lavoratore, che non può essere valicata dal presunto principio del contemperamento degli interessi contrapposti.

¹³ V.A. POSO, *Ancora oggi in compagnia e a colloquio con il mio Maestro Virgilio Andrioli*. Intervista a Andrea PROTO PISANI?, *Giustiziainsieme*, 7 novembre, disponibile alla URL <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/1383-ancora-oggi-in-compagnia-e-a-colloquio-con-il-mio-maestro-virgilio-andrioli?hitcount=0>, 2020.

¹⁴ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, *ADL*, 5 (1), 2000, pp. 1-42.

¹⁵ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, *RIDL*, 38 (3), 2019, pp. 279-293.

Questa autonoma e preminente rilevanza riconosciuta ai principi soprarichiamati risulta quanto mai opportuna in un periodo di crisi economica perché è agevole constatare che negli ultimi dieci anni il legislatore italiano ha previsto un numero vistoso di contratti temporanei e ha ridotto progressivamente il ricorso alla norma inderogabile che è il vero presidio della tutela della parte debole del rapporto di lavoro e ha quindi limitato sensibilmente l'effettività della tutela della dignità del lavoratore.

Con queste affermazioni non si vuole affatto negare la rilevanza costituzionale della libertà di iniziativa economica, del resto di recente protetta, in occasione del coronavirus, da una iniezione di liquidità senza precedenti. A questo proposito bisogna osservare che i Governi nazionali, anche in armonia con la politica della Commissione europea, hanno abbandonato i caposaldi della politica dell'Unione europea perché ormai sono diventati indifferibili gli aiuti dello Stato alle economie dei rispettivi Paesi sia nei confronti degli aiuti alle imprese, sia nei confronti dei lavoratori subordinati e parasubordinati con la cassa integrazione e con sussidi nei confronti dei lavoratori autonomi. E alla politica dell'austerità si sta sostituendo una politica keynesiana di aumento della spesa per rilanciare i consumi e gli investimenti con una ingente partecipazione dello Stato anche come azionista fino a qualche mese fa impensabile. Il "Recovery fund" che l'Europa ha destinato all'Italia per un importo di 209 miliardi di euro è la prova di una politica europea più solidale rispetto all'esperienza degli anni passati. E, infine, il Governo in carica sembra avere inaugurato un ritorno ad una politica di concertazione con le parti sociali. Anche se il 16 dicembre 2021 la Cgil e la Uil hanno proclamato uno sciopero generale contro la politica del Governo che non avrebbe attuato sul piano fiscale una vera politica redistributiva.

Chiusa la parentesi, si vuole riaffermare con forza che la solidarietà, la dignità e la salute del lavoratore sono valori non negoziabili e di conseguenza l'art. 41 comma 2 non può essere considerato il fondamento del contemperamento di interessi oltretutto asimmetrici.

Ciò non significa che si debba garantire la tutela del lavoratore attraverso la costituzione coattiva di rapporti di lavoro e scaricare sulle imprese il costo delle tutele dei lavoratori in cerca di prima occupazione e che hanno perso il posto di lavoro. Sarebbe opportuno prevedere norme idonee a contrastare la pratica della sequenza dei contratti temporanei preliminari all'assunzione, e in generale a prevedere tutele per i lavoratori nel mercato e, d'altro lato, prevedere una serie di strutture costituite da personale qualificato che provveda a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro attraverso la formazione e riqualificazione dei lavoratori in cerca di prima occupazione o che hanno perso il posto di lavoro e la formazione continua dei lavoratori che hanno un posto di lavoro qualificato. Ma

è fin troppo evidente che per risolvere il problema occupazionale lo Stato deve reperire risorse ingenti che, secondo alcuni, possono derivare da un ampliamento del debito pubblico oppure, secondo altri, da una diversa e più equa distribuzione della ricchezza o, ancora, dal contrasto severo all'evasione fiscale. E certamente il contrasto all'evasione fiscale deve colpire anche quelle pratiche diffuse di evasione contributiva e di lavoro irregolare o addirittura di lavoro nero, d'accordo tra le parti, in cui il lavoratore percepisce l'indennità di disoccupazione e il compenso in nero e il datore di lavoro evita il versamento dei contributi.

Dopo queste precisazioni, si può affermare che l'art. 41 comma 2 Cost. non è diretto a contemperare la libertà di iniziativa economica con i diritti che attengono alla persona del lavoratore, ma consente al legislatore di apporre limiti ai poteri dell'imprenditore. I primi, infatti, proprio perché riguardano la persona del lavoratore non sono comprimibili dalla legge del mercato, o se si preferisce, dalla logica del contemperamento.

Mentre i secondi, e cioè i poteri dell'imprenditore possono essere limitati dalla discrezionalità del legislatore che può modificare nel tempo la frontiera mobile e stabilire limiti di volta in volta diversi a seconda dell'orientamento politico della maggioranza parlamentare e comunque rispettando la garanzia della libertà dell'iniziativa economica.

Come si è già detto, un'agevole conferma di questa tesi si ha avendo riguardo alle normative sul licenziamento: dalla legge del 1966 che ha introdotto il principio della motivazione del licenziamento e il risarcimento come sanzione in caso di licenziamento ingiustificato.

All'art. 18 del 1970 che ha sanzionato il licenziamento ingiustificato e nullo con un'unica sanzione, la reintegrazione, per arrivare al d.lgs. n. 23 del 2015 che ha reintrodotto il risarcimento in caso di licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, lasciando la reintegrazione nelle ipotesi di licenziamento nullo e discriminatorio e quando il fatto non sussiste in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Alla nuova disciplina delle mansioni che ammette l'adibizione a mansioni inferiori in determinati casi e al patto di demansionamento che consente al lavoratore di accettare addirittura una categoria inferiore pur di conservare il posto di lavoro.

Ed infine all'art. 4 che ridimensiona i limiti al potere di controllo del datore di lavoro perché può estendersi anche agli strumenti di lavoro come il cellulare e il *tablet*¹⁶.

Certamente il processo di progressivo ridimensionamento della norma inderogabile da parte del legislatore potrà continuare legittimamente, salvo l'intervento della Corte

¹⁶ R.Santucci, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori tra libertà d'impresa e diritti della persona in L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 19 e ss e in part. 45-52.

costituzionale, ma in quel caso sarà difficile negare che la norma inderogabile diventerà una specie di simulacro, vuoto di contenuto.

In aggiunta alle osservazioni che precedono si può osservare che è indubbio che il diritto del lavoro sia naturalmente connesso alla economia e alla politica non solo nazionale ma anche europea e mondiale, ma questa connessione ha determinato in una parte dei giuslavoristi la convinzione, invero crescente, anche su influsso della crisi di valori che investe l'Unione europea, di una sorta di dipendenza naturale del nostro diritto dalle scelte di politica economica, dimenticando che il diritto del lavoro è strettamente connesso alla tutela di valori e principi sanciti dalla nostra Costituzione che riguardano il lavoratore non solo come contraente debole, ma anche, come ho già rilevato, come persona.¹⁷

La stessa ragion d'essere o se si preferisce la funzione del diritto del lavoro si giustifica rispetto al diritto civile perchè il contratto di lavoro riguarda "l'aver per il datore di lavoro e l'essere per il lavoratore"¹⁸. Di fronte alla tutela della persona e della sua dignità, per il giurista in genere e per il giurista del lavoro in particolare va ricordato quanto affermava Matteo Dell'Olio¹⁹ che «il valore di fondo del diritto del lavoro ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore, la tutela della libertà umana del lavoratore ..., e quindi non può essere annegato, con il pretesto della partecipazione nel diritto commerciale, né con questo, magari con tutto il diritto, nell'economia²⁰».

Anche Mengoni in una relazione tenuta all'Accademia dei Lincei sui diritti sociali evoca il rapporto tra solidarietà ed economia di mercato. La solidarietà non è tanto «una virtù etica quanto un principio oggettivo che comanda a chi esercita un diritto di libertà di tenere conto anche del bene comune». La solidarietà è «immanente alla giustizia» e, conseguentemente, costituisce una dimensione collettiva degli interessi da tutelare²¹.

E non si dica che queste sono interpretazioni ideologiche ma sono semplicemente rispettose dei valori della Costituzione italiana.

¹⁷ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, in *R. it. d. lav.*, 2018, I, p. 352; v. anche L. GAETA, *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Torino 2020.

¹⁸ F. Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro* in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, 197-48 p.3, *Il diritto del lavoro*, 1948, p. 273 e in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, "voll. II, pp. 1069 e ss e in part. p.1071.

¹⁹ *Intervento in Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*. Atti delle giornate di studio AIDLASS di Lecce 27-28 maggio 2005, Milano 2006, p. 390.

²⁰ L'opinione di DELL'OLIO è riportata anche da R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. ICHINO, Milano 2008, p. 405 nota 536 e ripresa anche da P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *R. it. Dir. lav.*, 2009, I, p. 30-31.

²¹ L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. d. lav.*, 1998, 10 con riferimento a J. HABERMAS, *Teoria della Morale*, trad. it., Roma-Bari 1994; ID., *Fondata su lavoro: La Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, p. 47.

10. LA RIVOLUZIONE INDUSTRIALE 4.0

Come è ormai noto, quando si affronta l'argomento della cosiddetta quarta rivoluzione industriale bisogna avere chiaro che siamo davanti a diverse fattispecie ovviamente non ancora regolate dalla legge: basti pensare a questo proposito ai robot dotati di intelligenza artificiale e di auto apprendimento²² rispetto ai quali ci si deve chiedere se sia legittimo l'esercizio del potere direttivo senza l'intervento umano.

Ma a parte questa ipotesi non ancora molto diffusa nell'organizzazione del lavoro italiana bisogna prendere atto che invece è molto diffuso il lavoro mediante piattaforme. Questa forma di organizzazione del lavoro produce effetti sul modo di lavorare e di conseguenza sul rapporto di lavoro sono. Questi effetti, semplificando al massimo il discorso, sono di un duplice ordine: da un lato una modifica della relazione tra datore di lavoro che riguarda l'esercizio del potere direttivo e dall'altro lato riguarda la condizione del lavoratore.

Bisogna quindi distinguere il lavoratore addetto all'uso delle macchine e delle procedure necessarie per lo svolgimento della prestazione lavorativa che richiede un aumento delle sue competenze. In questo caso diventa indispensabile una formazione adeguata. E perciò la conoscenza diventa un elemento qualificante della prestazione di lavoro subordinato.

Di conseguenza a seguito di questa rivoluzione diventa necessario garantire al lavoratore che svolge questo tipo di prestazione un diritto alla formazione²³.

Accanto a questo tipo di rapporti che richiedono un'alta qualificazione professionale nell'industria 4.0 sono presenti altre forme di lavoro come, ad esempio, il lavoro che si svolge su piattaforma (Amazon, Turk, TaskRabbit) e tramite piattaforma (Uber, Foodora e Deliveroo).

In entrambi casi il lavoratore è un'appendice della macchina che in realtà è un datore di lavoro, invisibile e spersonalizzato (v. sulla ricerca Casale dell'Università di Bologna).

Questa spersonalizzazione lungi dall'indebolire, aumenta l'intensità del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro sullo svolgimento della prestazione.

E ha determinato una trasformazione delle relazioni di potere nel contratto di lavoro e delle relazioni industriali nel contesto dell'industria 4.0²⁴.

²² V. sull'argomento V. Maio, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in ADL, 2018, 1414 ss.

²³ Sul lavoro e apprendimento S. Ciucciovino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, 2013 eadem, *Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione* in DRI, 2018, pp. 1043; Luisa Corazza *Note su lavoro subordinato 4.0* in DRI, 2018, 1066 e in part. 1070,1071.

²⁴ Su questi argomenti v. con molta precisione v. già S. Ciucciovino, *Le nuove questioni citt.* in particolare, p. 1054.

Basti pensare all'algoritmo²⁵ che spesso viene programmato in un momento antecedente rispetto al materiale esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e che ha come obiettivo l'efficientamento della prestazione lavorativa e presuppone una rigida organizzazione del lavoro e trascura invece i più elementari diritti del lavoratore. Tanto che qualcuno ha scritto il tuo capo è un algoritmo²⁶.

Alla spersonalizzazione del datore di lavoro corrisponde, come si dice oggi, una tracciabilità permanente del singolo lavoratore. Basta pensare alla geolocalizzazione che si ottiene attraverso il cellulare, il tablet e altri strumenti telematici²⁷.

Si è visto come il fattorino di Amazon debba effettuare le consegne in tempi predeterminati, o meglio cronometrici, e piuttosto ristretti che spesso non consentono al lavoratore pause necessarie al soddisfacimento dei più elementari bisogni fisiologici.

In questo tipo di lavoro anche il concetto di orario di lavoro si relativizza per la reperibilità richiesta al lavoratore attraverso l'uso degli strumenti di comunicazione ormai di uso comune come il cellulare. E parimenti il luogo di lavoro non è determinato. Non esiste un luogo di lavoro per il fattorino e autista di Amazon.

E' evidente che di fronte a queste diverse forme di lavoro così eterogenee il problema della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro nell'ambito della quarta rivoluzione industriale diventa complicato perché a ben vedere in certi rapporti rimane uno scambio materiale e in altri lo scambio è solo virtuale. Non solo ma talvolta è difficile individuare il datore di lavoro. E per questo nascono le cosiddette *umbrella companies*, ancora non conosciute in Italia, che fungono da fondo mutualistico per i *Platform workers*.

11. LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL RAPPORTO DI LAVORO DEI RIDERS

In Italia il lavoro dei riders è soggetto alle direttive della piattaforma che indicano al fattorino il percorso e le consegne da effettuare. E allo stato l'unico contratto collettivo esistente tra Ugl e Deliveroo, sulla cui legittimità si discute in giurisprudenza di merito, prevede come compenso il cottimo²⁸. Una sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020

²⁵ Dagnino, Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica con prefazione di P.Tullini, Adapt 2019.

²⁶ Aloisi, De Stefano, Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano, Laterza 2020; Gaudio, Algorithmic Management, Poteri datoriali e onere della prova, alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo, in *Labour& Law Issues* vol. 6, n.2, 2020.

²⁷ E. Signorini, Il diritto del lavoro nell'economia digitale, Giappichelli, 2018.

²⁸ In questi gironi discutevo con un collega e caro amico di queste nuove forme di lavoro ed egli sosteneva a ragione a proposito del cottimo che nulla è cambiato sotto il sole a proposito del patto di cottimo come forma di corrispettivo dei riders, ma appunto forse siamo tornati indietro di 50 anni.

esclude, condivisibilmente²⁹, che il rapporto di lavoro del rider possa essere qualificato come tertium genus e stabilisce l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato a coloro che si collocano in una "terra di mezzo" tra lavoro autonomo e subordinato³⁰.

La legge italiana è piuttosto contraddittoria perché l'art. 2 comma 1 come modificato dalla legge n. 101 del 2019 assoggetta alla disciplina del lavoro subordinato coloro che operano mediante piattaforme digitali, mentre definisce il rider lavoratore autonomo quando è libero di accettare o rifiutare la consegna e gli riconosce una serie di tutele. Il consenso, dalla prima giurisprudenza era considerato un indice di autonomia del rapporto del riders, mentre la giurisprudenza più recente lo considera un lavoratore subordinato proprio perché il rider non ha alcuna autonomia nell'esecuzione della prestazione lavorativa³¹.

La legge italiana è piuttosto contraddittoria perché l'art. 2 comma 1 come modificato dalla legge n. 101 del 2019 assoggetta alla disciplina del lavoro subordinato coloro che operano mediante piattaforme digitali, mentre definisce il rider lavoratore autonomo quando è libero di accettare o rifiutare la consegna e gli riconosce una serie di tutele. Il consenso, dalla prima giurisprudenza era considerato un indice di autonomia del rapporto del riders, mentre la giurisprudenza più recente lo considera un lavoratore subordinato proprio perché il rider non ha alcuna autonomia nell'esecuzione della prestazione lavorativa. E quando non si presenta al lavoro anche per ragioni legittime viene postergato nonostante il divieto del ranking reputazionale (art. 47 *quinquies*), ossia il divieto di retrocedere i lavoratori che non accettano di svolgere la commessa. A bene vedere contro questa condotta illegittima del datore di lavoro il lavoratore riesce in concreto a far valere il suo diritto solo se interviene il sindacato. Se, in caso contrario, il rider fa valere solo il suo diritto rischia di perdere la possibilità di lavorare con quella piattaforma.

Quanto alla continuità del rapporto di lavoro del rider, come già ho affermato circa 40 anni fa rispetto alle collaborazioni continuative e coordinate³², il riferimento nel contratto alla programmazione di più opera, e quindi, nel caso oggi in esame, di più consegne a

²⁹ V. G. Santoro-Passarelli, *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020* in MGL,2020; v. Mazzotta, *L'inafferrabile eterodirezione: a proposito dei ciclotattorini e modelli contrattuali in Labor, 2020* non ritiene che la eterodirezione sia un criterio identificativo di una fattispecie distinta dalla subordinazione e critica, secondo me correttamente, l'affermazione della sentenza secondo la quale l'art. 2 comma 1 sarebbe una norma di disciplina.

³⁰ In senso critico Persiani, *Osservazioni sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Giur.it*, 2020, 1801 e ss; V. Maio, *I riders "nella terra di mezzo" tra crisi dei rimedi e necessità logica della fattispecie* in *Giur.it*,2020, 1797.

³¹ V.Maio, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, in ADL, 2019,3,582 e ss e si può constatare come in questa materia l'evoluzione della giurisprudenza sia piuttosto veloce in favore della qualificazione subordinata del rapporto, v. da ultimo Trib. Firenze n.781/2021 pubbl il 24 /11/2021. Qualificazione confermata proprio nel mese di dicembre 2021 da una proposta di direttiva europea sul rapporto di lavoro del rider.

³² G. Santoro Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, 1979, Angeli, p. 64.

domicilio del rider non esclude la rilevanza giuridica della continuità di fatto della prestazione di lavoro. In altri termini può considerarsi costituiva di un rapporto di durata non soltanto la prestazione di lavoro programmata come tale ma anche quella svolta di fatto in via continuativa³³.

L'interpretazione a suo tempo proposta del termine opera continuativa consente di affermare che il rapporto di lavoro del rider può concretarsi per contratto o di fatto nel compimento di più opera collegati da un nesso di continuità o nello svolgimento di un'attività avente come oggetto il lavoro in se e per se considerato, ed essere quindi ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 della legge n. 81 del 2015.

Se invece nel rapporto di lavoro del rider viene meno il nesso di continuità tra più consegne (opera) ma si tratta del compimento di singole e indipendenti consegne effettuate dal rider che non vuole costituire un rapporto di durata con la piattaforma, (l'onere della prova spetterà alla piattaforma secondo quanto previsto dalla proposta di direttiva), al rider si applicherà la disciplina dell'art. 47 bis della suddetta legge.

Bisogna aggiungere che il 10 dicembre 2021 dalla Commissione europea e dal Consiglio una proposta di direttiva che qualifica subordinato il rapporto di lavoro del rider quando questi, indipendentemente dalla durata del rapporto, non corre il rischio di impresa e non determina il prezzo del prodotto³⁴. L'onere della prova è invertito e spetta al datore di lavoro provare che il rapporto è autonomo³⁵. Stretta anche sugli algoritmi che vanno resi più trasparenti per evitare il rischio di asimmetria informativa tra piattaforma e lavoratori. La proposta di direttiva riconosce ai riders un salario minimo garantito nei Paesi in cui è previsto dalla legge e, comunque, alla contrattazione collettiva, e la tutela della salute con il riconoscimento dell'indennità di malattia e un migliore accesso alla protezione contro gli infortuni sul lavoro. Infine obblighi di trasparenza da parte delle piattaforme nei confronti delle autorità nazionali con particolare riguardo alle informazioni chiave sul personale in forza presso la stessa piattaforma.

³³ V. diversamente F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, in Labor, 2020, 583 e in part. 586, 587.

³⁴ L. Valente, *La direttiva UE sui rider tra subordinazione e autonomia in Lavoce.info 16 dicembre 2021*.

³⁵ Più precisamente l'art. 4 della proposta di direttiva prevede un sistema di presunzioni, in virtù del quale il rapporto di lavoro si considera subordinato, sino a prova contraria, se sussistono almeno due dei cinque indici potenziali di subordinazione. Il primo è il potere della piattaforma di determinare il compenso. Il secondo indice sta nel potere della piattaforma di imporre alcune specifiche condotte (ad esempio l'utilizzo di una certa attrezzatura). Il terzo indice riguarda il potere di controllo e che si manifesta quando la piattaforma verifica i risultati del lavoro svolto anche tramite mezzi tecnologici. Il quarto indice riguarda il cd. potere organizzativo e si manifesta quando la piattaforma digitale limita l'autonomia del lavoratore di individuare i tempi di lavoro o i periodi di assenza dal lavoro e la libertà di accettare o rifiutare gli incarichi. Il quinto indice consiste nel divieto per il lavoratore di acquisire clientela o di lavorare per più committenti. Quando sussistono due di questi indici, opera il meccanismo della presunzione semplice e il lavoratore deve essere considerato subordinato, salva la facoltà per la piattaforma di fornire la prova contraria e cioè la natura autonoma del rapporto in questione.

12. CENNI SULLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPERIORI DI FRANCIA, SPAGNA E GERMANIA SULLA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO DEI RIDERS

La Cour de Cassation francese

A proposito degli Uber Drivers la Chambre sociale della Cour de Cassation nella sentenza n. 374 del 4 marzo 2020, dopo avere richiamato la storica sentenza della *Societe Generale*³⁶, secondo la quale la sussistenza del rapporto di lavoro è accertata dal potere del datore di lavoro di supervisionare l'esecuzione della prestazione, di impartire direttive e di esercitare il potere disciplinare, per confermare la decisione del giudice di appello anziché ricercare la corrispondenza tra le caratteristiche della prestazione in esame e gli indici della subordinazione si sofferma sugli elementi sintomatici del potere datoriale e afferma che è la piattaforma a determinare unilateralmente le condizioni di svolgimento della prestazione ed esclude quindi che il driver fosse libero di scegliere se e quando lavorare dal momento che quest'ultimo era costretto a rendersi costantemente disponibile ed ad attenersi senza riserve alle direttive impartite dall'applicazione.

La motivazione della sentenza mette altresì in evidenza che la piattaforma è il vero datore di lavoro e questo è stato possibile perché la Corte, se così si può dire non ha adottato il metodo della sussunzione ma quello tipologico.

Il Tribunal supremo spagnolo

Secondo la Sala de lo Social Pleno spagnola del 25 settembre 2020 n. 805 la Glovo non è una piattaforma di mera intermediazione e i glovers sono lavoratori subordinati. Come è stato rilevato³⁷ in Spagna risulta un contenzioso giudiziario molto variegato tra i giudici che qualificano i rapporti dei riders di lavoro autonomo o "laboral". La diversità di qualificazioni affermata dai diversi giudici ha perciò reso necessario l'intervento del Tribunal supremo. Nella motivazione molto articolata si richiama, tra l'altro, l'art. 3 comma 1 del codice civile spagnolo secondo il quale le norme devono essere interpretate, secondo il senso delle loro parole, in relazione al contesto, agli antecedenti storici e legislativi e alla realtà sociale del tempo in cui devono essere applicate, tenendo conto fondamentalmente dello spirito e delle finalità di quelle regole. Il tribunal supremo ha poi escluso che al rider potesse essere riconosciuta la qualifica di lavoratore autonomo economicamente dipendente poiché

³⁶ 94-13187 del 13 novembre 1996.

³⁷ A. Todoli Signes, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales in LLI, 2020, 2VI, p. 4.

non sussistevano le condizioni previste dall'art. 11.2 del Trade dal momento che il rider non possedeva una propria struttura organizzativa che gli permettesse di operare da solo ma sempre secondo le istruzioni ricevute dall'applicazione della Glovo. E se anche il rider poteva rifiutare l'incarico senza ricevere alcuna sanzione veniva penalizzato dal meccanismo del punteggio. Rifiutando di lavorare nelle ore diamante subiva una pesante riduzione del punteggio con conseguente riduzione delle occasioni lavorative e del compenso.

In altri termini la Corte ribadisce che Glovo non si limitava a fornire un servizio di intermediazione tra consumatori e lavoratori autonomi ma svolgeva un'attività di coordinamento e di organizzazione del servizio produttivo, fissando il prezzo e le condizioni di pagamento del servizio. Il driver pertanto non riceveva il corrispettivo direttamente dai clienti finali. E a chiare lettere conferma che si trattava di una prestazione autonoma fittizia. Anche questa pronuncia si inserisce in una sorta di dialogo tra le corti dei diversi paesi europei orientate a riconoscere la natura subordinata del rapporto dei riders con le grandi compagnie come la Glovo.

La Corte Federale Tedesca

Anche in Germania la giurisprudenza di merito ha qualificato il rapporto di lavoro del rider di natura autonoma ma il 1 dicembre 2020 (l'ufficio addetto alle comunicazioni della Corte federale tedesca ha reso noto l'esito della decisione) AZR 102/20 avente ad oggetto la qualificazione del rapporto di lavoro svolto da un lavoratore a favore di una piattaforma crowdsourcer per la quale eseguiva microlavori.

Secondo questo giudice il lavoratore attore al momento del recesso cautelare della convenuta era parte di un rapporto di lavoro subordinato dal momento che si deve ritenere che sussiste la subordinazione anche se il datore di lavoro organizza la collaborazione mediante la piattaforma e il collaboratore svolge, come nel caso di specie, la prestazione secondo modalità paragonabili a quelle di un dipendente. Si aggiunga che la piattaforma non consentiva al collaboratore di accettare più incarichi contemporaneamente e conseguentemente questo sistema induceva il crowdworker a lavorare con continuità per mantenere un punteggio di esperienza che gli consentisse di ricevere una retribuzione adeguata.

Per completezza va detto che la corte federale ha tuttavia respinto in parte il ricorso dell'attore perchè il recesso della convenuta aveva di fatto posto fine al rapporto di lavoro tra le parti e ha rinviato la causa al tribunale del lavoro di Monaco per la determinazione delle differenze retributive che dovranno essere calcolate ai sensi della sezione 612 comma 2 BGB

ai sensi del quale se il suo ammontare non è pattuito, questo deve corrispondere alle tariffe oppure, in assenza di queste ultime al corrispettivo abitualmente praticato.

Come è stato rilevato³⁸ il giudice federale ha sottolineato il fatto che la piattaforma favorisce la costituzione di rapporti di durata ponendo il lavoratore nelle condizioni di impegnarsi continuativamente per conseguire una retribuzione accettabile. Inoltre si sottolinea opportunamente che il Bag non ha considerato la qualificazione del rapporto come subordinato come necessaria conseguenza e non come una semplice possibilità, come invece ha sostenuto la nostra Cassazione.

In ogni caso, è appena il caso di ricordare che la Cassazione italiana esclude il *tertium genus* perché non riconosce autonoma rilevanza al potere organizzativo del committente. *Tertium genus* che invece è normato nell'ordinamento tedesco con la dizione "Arbeitnehmerähnliche Personen (lavoratori simildipendenti)"³⁹. Secondo la giurisprudenza della Corte federale tedesca, questi lavoratori esplicano il lavoro personalmente e principalmente a vantaggio di una sola persona che può essere anche una società dalla quale percepiscono più di metà del reddito e che pertanto necessitano di una tutela paragonabile a quella assicurata ai lavoratori subordinati.

13. IL LAVORO AGILE

Nel caso del lavoro agile il diritto alla disconnessione è regolato da un accordo, dalle parti ai sensi dell'art. 19 comma 1 della legge n. 81 del 2017. L'accordo secondo questa disposizione regola i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche. Va comunque precisato che una norma recentissima e cioè l'art. 2 comma 1 ter del d.l. n. 30/2021 convertito con modifiche dalla legge n. 61 del 2021 nel rispetto degli accordi sottoscritti dalle parti fa salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. Questa formula, sia pure previo accordo, sembra consentire una certa disponibilità del diritto alla disconnessione perché, fermo l'accordo delle parti sull'osservanza dell'orario di lavoro e quindi del divieto per il datore di lavoro di interferire con il lavoratore al di fuori dell'orario, fa salvi eventuali periodi di reperibilità, concordati, oltre l'orario di lavoro.

³⁸ L. Nogler *La Corte federale del lavoro tedesca risolve il rompicapo della qualificazione dei lavoratori delle piattaforme* in DLRI, 2021, p.4.

³⁹ I criteri per identificare tale figura sono indicati nella Sezione 12° comma 1 dell'atto sugli accordi della contrattazione collettiva (TVG).

Le vicende collegate al coronavirus hanno determinato un aumento in progressione geometrica del lavoro agile⁴⁰. Si stima da ottocentomila a otto milioni. L'aumento di questa modalità di lavoro è determinato dall'esigenza di ridurre il contagio del virus più facile da trasmettere nei luoghi di lavoro per mancanza del distanziamento sociale ma potrebbe, una volta cessata la pandemia, rimanere come forma diffusa di lavoro perché concilia le esigenze di vita e di lavoro del lavoratore. E tuttavia va precisato che lo *smart working* svolto nel domicilio del lavoratore durante il periodo di lockdown è una forma di *home working* perché replica gli orari del lavoro svolto in ufficio, senza regolare, nella maggior parte dei casi, il diritto del lavoratore alla disconnessione che invece è fondamentale. Questa forma di *smart working* è imposta unilateralmente dal datore di lavoro, anche quando il domicilio del lavoratore non risulta adeguato, e bypassa la stipula del contratto individuale prevista dalla legge. Come si è detto lo *smart working* è invece una modalità flessibile di esecuzione della prestazione lavorativa diretta a conciliare le esigenze di vita e di lavoro del prestatore di lavoro e non prevede vincoli di orario e di luogo poiché la prestazione è diretta al raggiungimento di obiettivi. Occorre dunque che le aziende valutino la prestazione di lavoro non in termini di tempo, ma di risultati raggiunti dalla performance non solo del singolo ma anche del gruppo⁴¹.

Va comunque rilevato che in particolare negli uffici pubblici il ricorso allo *smart working* ha determinato disagi e ritardi nell'accesso agli uffici pubblici⁴². La civiltà digitale determina il cambiamento del modo di lavorare non solo in azienda ma anche nella scuola e nell'università. Le lezioni e gli esami a distanza in questo periodo sono diventati la regola. E tuttavia vale la pena sottolineare che questo cambiamento non può riguardare tutte le professionalità a cominciare da quelle sanitarie e quelle che vendono prodotti alimentari. Anche se è vero che l'e-commerce ha raggiunto volumi fino a poco tempo fa inimmaginabili.

Come è noto il 21 gennaio 2021 il Parlamento europeo ha emanato una risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)) e proprio in questi giorni (7 dicembre 2021) è stato siglato un Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile con tutte le parti sociali (ben 26) che detta le linee guida su orari retribuzioni obblighi e diritto alla disconnessione del lavoratore agile. Queste linee guida non prevedono vincoli di orario per il lavoro agile discostandosi in qualche misura dalla risoluzione appena

⁴⁰ Si veda l'art. 19, l. n. 81/2017. In tema cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, DRI, 2017, n. 4, p. 921 ss.

⁴¹ Come ha affermato un autorevole sindacalista Luigi Sbarra in *Avvenire* 28 maggio 2020, occorre un patto a tre tra Istituzioni aziende e sindacato dove ogni attore faccia la sua parte e in particolare le aziende favoriscano il diritto dei lavoratori alla formazione continua.

⁴² In *Il Sole* 24 ore del 5 ottobre 2020.

richiamata, e d'altra parte si riscontra un'equiparazione nel trattamento economico con il lavoratore in azienda con esclusione degli straordinari.

14. ART. 2087 C.C., TITOLO I DELLO STATUTO DEI LAVORATORI E DECRETO DIGNITÀ DEL 2018

E tuttavia non si può riconoscere che restano norme importanti come l'art. 2087 c.c. che tutela l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore e costituisce la base normativa del c.d. obbligo generale di sicurezza. Questa disposizione, pur essendo del codice del 1942, è modernissima e può considerarsi il fondamento normativo della tutela della dignità del lavoratore (il richiamo alla personalità morale del lavoratore altro non è che la dignità del lavoratore), su cui la giurisprudenza della Cassazione⁴³, al termine di un percorso piuttosto variegato, ha stabilito che il danno non patrimoniale è una fattispecie tipica rispetto all'atipicità del danno patrimoniale e deve essere considerato una categoria unitaria e non tollera la tripartizione in danno morale, danno biologico ed esistenziale.

A proposito della tutela della salute un recente accordo tra Governo e parti sociali firmato il 14 marzo 2020 in occasione della epidemia da Corona virus riconosce che prima di ogni altra cosa la salute di chi lavora è un'assoluta priorità che deve precedere qualunque altra considerazione economica e produttiva.

Non solo ma nella cornice dell'art. 2087 c.c. si iscrive anche la tutela contro i cd. atti vessatori (mobbing, emarginazione, isolamento).

Dedicate alla tutela della dignità del lavoratore devono essere menzionate le norme del titolo primo dello Statuto dei lavoratori rubricato "Della libertà e dignità del lavoratore". In particolare, la disciplina del potere di controllo (art. 4) e il divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore (art. 8). Ma il vero valore aggiunto è la introduzione del divieto di discriminazione (art. 15) ormai esteso a diverse forme di discriminazione nel rapporto di lavoro che è sicuramente una forma di lesione della dignità del lavoratore.

Ma ormai la lesione della dignità del lavoratore si verifica anche fuori del rapporto di lavoro e, a questo proposito, deve essere segnalato il c.d. decreto dignità contenente nel capo I misure per il contrasto al precariato.

Senza entrare nel merito delle novità normative introdotte da questo provvedimento, bisogna convenire⁴⁴ che la pluralità delle proroghe e dei rinnovi consentita dalla normativa

⁴³ Cass. S.U. 18 novembre 2008, n. 26972, *Guida al dir.*, 2008, 47, p. 18. Orientamento nuovamente ribadito da Cass. S.U. 22 luglio 2015, n. 15350, *Foro.it.* 2015, I, c. 2682.

⁴⁴ V. già G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione cit.*, p. 345.

per i contratti temporanei costituisce sicuramente una delle maggiori cause del precariato e, conseguentemente, questa legge tutela la dignità della persona del lavoratore nella misura in cui riconosce che la temporaneità del rapporto può determinare precarietà e quindi ledere la dignità della persona. E tuttavia bisogna chiedersi se gli interventi di modifica della disciplina del contratto a termine proposti risolvono positivamente il problema della precarietà e quindi della dignità del lavoratore. O la precarietà si combatte più efficacemente, da un lato incentivando il ricorso al contratto a tempo indeterminato, attraverso la riduzione sensibile del cuneo fiscale e con una politica di contrasto intransigente alla pratica molto diffusa del lavoro nero, dall'altro lato, immaginando un sistema di welfare sganciato, almeno in parte, dal rapporto di lavoro.

CONCLUSIONI

Le conclusioni che intendo trarre dalle precedenti osservazioni riguardano in generale la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro.

E' noto che da molti anni, da quando son state introdotte le collaborazioni continuative e coordinate, sia pure come fattispecie processuale, la dottrina, la giurisprudenza e anche il legislatore hanno tentato invano di elaborare una nozione di coordinamento tale da giustificare un rapporto al quale applicare una disciplina meno onerosa per il datore. La realtà ha dimostrato che nel primo trentennio e cioè dal 1973 al 2003 tali rapporti sono aumentati a dismisura in modo fraudolento solo perché meno costosi per il datore di lavoro. E dal 2003 con il d.lgs. n. 276 che pure aveva l'obiettivo di eliminare le collaborazioni fraudolente, il potere di coordinamento, pur previsto dalla legge, non ha conseguito il risultato sperato perché il progetto, il programma e la fase, non definiti dal legislatore, non sono risultati criteri selettivi idonei a individuare collaborazioni genuine.

Finché nel 2015 è stata opportunamente abrogata la disciplina del lavoro a progetto e le parti, per espressa disposizione dell'art. 15 della legge n. 81 del 2017, determinano, come in ogni contatto, di comune accordo, le modalità di esecuzione della prestazione, e nel rispetto delle suddette modalità, il prestatore di lavoro organizza autonomamente la propria attività con la conseguenza che il coordinamento non è per definizione un potere unilaterale del committente, come già dal 1979 avevo sommamente sostenuto⁴⁵. E a questi rapporti si applica la scarna disciplina precedente a quella del lavoro a progetto.

⁴⁵ G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Angeli, Milano, p.66.

A mio avviso, come ho più volte sostenuto la nozione di coordinamento è assorbita dal potere direttivo e quindi non ha una propria rilevanza giuridica⁴⁶ ma tanto meno può essere paragonato alle istruzioni riconosciute al preponente nel contratto di agenzia.

Infatti l'art. 1746 c.c. stabilisce che l'agente deve compiere l'incarico affidatogli in conformità alle istruzioni ricevute. Ciò significa che le istruzioni sono impartite come in ogni contratto di lavoro autonomo, nel contratto, e non durante lo svolgimento del rapporto come nel lavoro subordinato, e quindi non sono idonee a modificare l'oggetto della prestazione ma a specificarlo⁴⁷.

Un discorso critico simile si può fare rispetto al potere organizzativo che secondo autorevoli dottrine⁴⁸ si distinguerebbe da quello direttivo sulla base dell'art. 2 comma 1 e darebbe luogo ad un *quartum genus* con il compito da parte del giudice di individuare la disciplina applicabile e cioè solo una parte della disciplina del lavoro subordinato.

D'altra parte a prescindere da ogni osservazione tecnica, lo sforzo di distinguere il potere di coordinamento o il potere organizzativo dal potere direttivo ha come scopo principale se non esclusivo il tentativo di individuare una fattispecie sulla quale costruire, allo stato ad opera del giudice, una disciplina meno favorevole per il lavoratore di quella del lavoro subordinato e quindi è il modo per favorire l'elusione di quest'ultima disciplina.

La prova di questa elusione è il lavoro a progetto che in certi casi ha consentito alle parti di applicare la propria disciplina, sicuramente meno favorevole di quella del lavoro subordinato, a rapporti di lavoro effettivamente subordinato ma denominati di lavoro a progetto anche a causa dell'ambiguità della nozione del potere di coordinamento o etero-organizzati in ragione del potere organizzativo.

Con queste affermazioni non si nega affatto che allo stato esistono diverse subordinazioni che hanno discipline diverse tanto che si potrebbe declinare al plurale la subordinazione nelle subordinazioni⁴⁹, come è avvenuto per la proprietà in un'opera celebre La proprietà di Salvatore Pugliatti.

⁴⁶ Contra Persiani, op. ult.cit.

⁴⁷ In questo senso Ghezzi, *Del contratto di agenzia in Commentario codice civile Scialoja e Branca, Zanchelli, 1970*, pp.108-109

⁴⁸ V. in questo senso Perulli, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente, Note al d.lgs.n. 81/2015 e di recente anche Maresca, Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate, in Ridl, 2020, 3, 3;id. La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate, in Dri, 2020, 146 e ss; precedentemente prima della modifica dell'art.2 comma 1 operata dal d.l. 101/2019; in senso critico v. M. Magnani, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina in Dri, 2020, 1**

⁴⁹ F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *ADL*, 2018, n. 4-5, 961 ss.

E tuttavia l'esistenza di questa pluralità di discipline induce una ulteriore riflessione e cioè che oggi bisognerebbe procedere ad una riforma della subordinazione, articolata in quattro punti:

- 1) Espungere dall'area del lavoro subordinato i veri dirigenti (come avviene in Francia) che sono alter ego del datore di lavoro. In altri termini non è sufficiente la nomina a dirigente ma è necessario essere titolari di effettivi poteri dirigenziali;
- 2) E tutti coloro che, avendo un'alta professionalità, in realtà svolgono la prestazione in modo autonomo anche se sono collegati funzionalmente all'azienda per la quale lavorano, e tuttavia non hanno bisogno di tutele legali simili a quelle dei veri lavoratori subordinati perché hanno un potere contrattuale pari se non superiore a quello del o dei loro committenti. E perché nella maggior parte dei casi sono rapporti contraddistinti da un autentico *intuitus personae*, ossia sono rapporti fiduciari. In altri termini a questi lavoratori non si addice l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ma del mandato;
- 3) Sono invece subordinati coloro che sono soggetti effettivamente al potere direttivo del datore di lavoro e anche coloro che svolgono la prestazione di lavoro mediante piattaforma la quale determina le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa come si verifica nei confronti dei riders se hanno un rapporto continuativo con la stessa. Per la proposta di direttiva invece non è necessaria la continuità del rapporto di lavoro;
- 4) E si applica l'intera disciplina del lavoro subordinato anche a coloro che, pur essendo funzionalmente collegati al datore di lavoro, non sono subordinati in senso tecnico ma risultano in **condizione di debolezza contrattuale rispetto alla controparte**. Dal codice civile è considerato contrattualmente debole colui che non ha il potere di modificare la proposta contrattuale della controparte (arg. 1341,1342 cc). E così anche in questo caso si scoraggerebbe il ricorso alla disciplina del lavoro autonomo.

A mio avviso il ricorso alla nozione di debolezza contrattuale del prestatore di lavoro non subordinato come presupposto per l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato evita l'inconveniente che invece determinava il supposto potere di coordinamento unilaterale del datore di lavoro. Come è noto questo potere implicava l'applicazione di una disciplina variegata, determinata in concreto dal giudice della singola controversia con grave pregiudizio della certezza del diritto. E soprattutto dava vita a falsi rapporti di lavoro autonomo. Ovviamente un discorso analogo si può fare per il potere organizzativo.

E infine anche la tesi del lavoro sans phrase e cioè le proposte di dottrine autorevoli di applicare una disciplina base a ogni forma di lavoro continuativo e prevedere una diversificazione delle tutele in ragione delle diverse modalità di esecuzione della prestazione lavorativa non risolve in modo esaustivo il problema perché non esonera il legislatore e l'interprete dal compito di individuare comunque criteri selettivi per applicare le diverse tutele⁵⁰.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

A. Todoli Signes, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo espanol que considera a los Riders empleados laborales in LLI,2020,2VI, p. 4.

Aloisi, De Stefano, Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano, Laterza 2020; Gaudio, Algorithmic Management, Poteri datoriali e onere della prova, alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo, in Labour& Law Issues vol. 6, n.2, 2020.

C. MORTATI, *Sub art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione: Principi Fondamentali: art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, p. 11.

Cass. S.U. 18 novembre 2008, n. 26972, *Guida al dir.*, 2008, 47, p. 18. Orientamento nuovamente ribadito da Cass. S.U. 22 luglio 2015, n. 15350, *Foro.it.*, 2015, I, c. 2682.

Così C. Mortati, op. cit., p. 12.

Così M. CARRIERI, *Introduzione, I lavoratori italiani tra insicurezze crescenti e riforme possibili*, in M. CARRIERI e C. DAMIANO (a cura di), *Il lavoro che cambia verso l'era digitale. Terza indagine sui lavoratori italiani*, Roma: Ediesse, 2019, pp. 53-54.

Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica con prefazione di P.Tullini*, Adapt 2019.

F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?* in *ADL*, 2018, n. 4-5, 961 ss.

F. SCARPELLI, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in P. CURZIO (a cura di), *Il diritto del lavoro contemporaneo*, Bari: Cacucci, 2019.

F. Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro* in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, 197-48 p.3, *Il diritto del lavoro*, 1948, p. 273 e in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, "voll. II, pp. 1069 e ss e in part. p.1071.

G. Santoro Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, 1979, Angeli, p. 64.

L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. d. lav.* 1998, 10 con riferimento a J. HABERMAS, *Teoria della Morale*, trad. it., Roma-Bari 1994; ID., *Fondata su lavoro: La Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, p. 47.

L. Valente, *La direttiva UE sui rider tra subordinazione e autonomia in Lavoce.info 16 dicembre 2021*.

⁵⁰ Si vd. le due proposte scientifiche di P. ALLEVA e M. D'ANTONA pubblicate in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo unico*. In particolare, P. ALLEVA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo unico*, Roma: Ediesse, 1996, pp. 187 ss. e M. D'ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo unico*, Roma: Ediesse, 1996, pp. 195 s

- L. Nogler *La Corte federale del lavoro tedesca risolve il rompicapo della qualificazione dei lavoratori delle piattaforme* in DLRI, 2021, p.4.
- M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, ADL, 5 (1), 2000, pp. 1-42.
- M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, RIDL, 38 (3), 2019, pp. 279-293.
- R.Santucci, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori tra libertà d'impresa e diritti della persona in L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro*, Giappichelli,2021 ,19 e ss e in part. 45-52
- V.A. POSO, *Ancora oggi in compagnia e a colloquio con il mio Maestro Virgilio Andrioli*. Intervista a Andrea PROTO PISANI”, Giustizia insieme, 7 novembre, disponibile alla URL <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme/1383-ancora-oggi-in-compagnia-e-a-colloquio-con-il-mio-maestro-virgilio-andrioli?hitcount=0>, 2020.
- V. sull'argomento V. Maio, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in ADL, 2018, 1414 ss.
- V. diversamente F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, in Labor, 2020, 583 e in part. 586, 58

A INFORMALIDADE CONTRATUAL DO TELETRABALHADOR DE PLATAFORMAS VIRTUAIS

Informal Hiring Of Teleworkers Via Virtual Platforms

Ângela Barbosa Franco¹

Resumo

Este estudo objetiva ressaltar que o teletrabalho prestado por meio de plataformas virtuais, muitas vezes, representa uma economia paralela, submersa ou informal, sem o reconhecimento do vínculo de emprego. Nesse cenário, é paradoxal a caracterização de um labor autônomo, diante da prerrogativa que a empresa-plataforma tem para fiscalizar o tempo à disposição do trabalhador, determinar o valor do serviço, bem como definir as tarefas a serem executadas, vez que são prerrogativas naturais do poder empresarial. Perante a era digital e a flexibilidade das relações laborais existem trabalhadores com horários maleáveis, mas não se pode simplesmente presumir, ainda que relativamente, a ausência de controle da jornada, como equivocadamente preceitua a lei brasileira. Afinal, os mecanismos para controle e fiscalização ofertados pela telemática são tão intrusivos e precisos que admitem aferir a jornada de trabalho, embora não seja o intuito primordial da plataforma virtual fazê-lo. Ante a essas incoerências do teletrabalho, via plataformas digitais, a investigação pauta-se em uma interpretação sistemática, lógica e dedutiva, para ressaltar a necessidade do reconhecimento do vínculo empregatício do teletrabalhador que presta serviços intermediados por plataformas digitais e para evidenciar as antinomias das normas do teletrabalho e de algumas decisões judiciais, no Brasil, na presença de um labor controlado por algoritmos.

Palavras-chave: teletrabalho por meio de plataformas digitais; relação de emprego; antinomias; controle por algoritmos.

Abstract

This study seeks to point out that telework performed through virtual platforms, many times, represents a parallel economy, hidden (invisible) or informal, without the recognition of employment ties. In that scenario, it is paradoxical its characterization as autonomous labor, considering the prerogative that the platform-company has to control the work hours available to the worker, to determine the value of the service, as well as to define the tasks to be performed, as they are natural prerogatives under the company's power. Taking into account the digital era and the flexibility of labor relations, there are workers with malleable schedules; however, one cannot simply presume, even relatively, the absence of control of a workday, as wrongly (mistakenly) required by Brazilian law. As known, the mechanisms for control and supervision offered in teleworking are so intrusive and precise, thus permitting the verification of the workday, although it is not the main intention of virtual platforms to do so. Considering these controversies regarding teleworking through virtual platforms, this research follows a systematic, logic and deductive interpretation to emphasize the need to recognize the labor ties of the teleworker who performs services through virtual platforms and to evidence the legal telework antinomies and some judicial decisions, in Brazil, regarding labor controlled by algorithms.

Keywords: antinomies; control by algorithms; telework through digital platforms; work relations.

¹ Doutora pela Universidade do Minho/Portugal (2021). Professora do curso de Direito do Centro Universitário Univiçosa/Brasil. Advogada. E-mail: catfranco20@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

As diversas formas de labor apresentadas pela *gig economy* necessitam da proteção do Direito do Trabalho e têm relação estreita com o teletrabalho, ou seja, aquele que depende da utilização dos meios telemáticos de informação e comunicação para o desempenho do labor. O uso dessas tecnologias possibilita a muitos trabalhadores o cumprimento de tarefas laborativas em qualquer lugar ou horário, com presteza e fora da fiscalização direta ou física de quem detém o empreendimento digital. Nesse contexto, a subordinação do trabalhador às empresas-plataforma está adstrita à figura do teletrabalhador dependente.¹

A combinação dos elementos geográfico e tecnológico desvela um caráter multifacetado do teletrabalhador, tanto em seu espaço de trabalho como na utilização dos meios telemáticos, já que o labor pode ser prestado em domicílio, em um telecentro ou em qualquer outro lugar, por uma diversidade de instrumentos portáteis e tecnológicos. Em virtude disso, alguns teletrabalhadores estão no liame entre trabalho subordinado e trabalho autônomo, pois no plano jurídico-formal, eles são independentes, mas no plano econômico-material, dependentes.

Com espeque nessa problemática, este estudo objetiva ressaltar que, no Brasil, mesmo diante de dispositivos legais regulamentadores do teletrabalho, o trabalhador encontra-se desprotegido. Isso é notável devido ao fato de o trabalho, muitas vezes, decorrer de uma economia paralela, submersa ou informal, sem o reconhecimento do vínculo de emprego, como ocorre no trabalho prestado por meio de plataformas virtuais. Ademais, é paradoxal a caracterização de um labor autônomo, diante da prerrogativa que a empresa-plataforma tem para fiscalizar o tempo à disposição do trabalhador, determinar o valor do serviço, bem como definir as tarefas a serem executadas, vez que são prerrogativas naturais do poder intraempresarial. Além disso, durante o período em que o trabalhador está logado à plataforma digital, ele desconhece até que ponto é remotamente espreitado. Essa conduta afronta a intimidade e a vida privada de quem presta serviços por meio das plataformas virtuais. Também reforça a hipossuficiência do teletrabalhador que sequer tem meios para se preservar dessa exposição ou está ciente que remotamente é observado.

Outra questão relevante é que perante a era digital e a flexibilidade das relações laborais existem trabalhadores com horários maleáveis, mas não se pode simplesmente presumir, ainda que relativamente, a ausência de controle da jornada, como equivocadamente preceitua a lei brasileira. Afinal, os mecanismos para controle e fiscalização ofertados pela telemática são tão intrusivos e precisos que admitem aferir a jornada de trabalho, embora não seja o intuito primordial da plataforma virtual fazê-lo.

Ante a essas incoerências do teletrabalho, via plataformas digitais, utiliza-se uma interpretação sistemática, lógica e dedutiva, para ressaltar a necessidade do reconhecimento do vínculo empregatício do teletrabalhador que presta serviços intermediados por plataformas digitais e para evidenciar as antinomias das regras sobre o teletrabalho na presença de um labor controlado por algoritmos.

1. OS TRABALHOS *ON-LINE* E *OFF-LINE* NECESSITAM DA TUTELA DO DIREITO DO TRABALHO

A princípio, pode-se considerar que as empresas mantenedoras das plataformas digitais, que ofertam variados tipos de trabalho *on-line*, não detêm controle sobre os prestadores de serviços e “atuam como uma agência de recolocação que fornece mão de obra a terceiros”². *Amazon Turk*, *Microtask*, *Clickwork*, *TaskRabbit* e *Fild Agent* são exemplos de plataformas *on-line*, de atividades genéricas, que “funcionam mais como um quadro de anúncios, onde qualquer atividade pode ser divulgada e onde a reputação da empresa não depende de como é realizada essa atividade”³.

Em contrapartida, as plataformas, especializadas em uma atividade *off-line*, são empreendimentos que necessitam supervisionar os serviços para resguardarem sua marca e credibilidade no mercado. Plataformas como a *Uber* (especializada em transporte), *Sandeman* (especializada em guias turísticos), *Fly Cleaners* (especializada em lavanderia pessoal) ou *Helpling* (especializada em limpeza doméstica) “devem fornecer um bom serviço e assegurar que seus trabalhadores/microempresários assim o façam”⁴. Dessa forma, são plataformas que ao controlarem sua organização e funcionamento ensejam a existência de um labor subordinado.

Mesmo diante dessa distinção, no *crowdsourcing on-line* e genérico, há, de certa forma, um domínio das plataformas sobre os trabalhadores por causa das instruções que lhes são impostas. Signes cita como exemplo os “Turkers” que são trabalhadores vinculados à plataforma *Amazon Mechanical Turk*, porém, contratualmente nomeados autônomos e, para conseguirem aderir à plataforma, afiançam não ter qualquer vínculo laboral com a empresa virtual ou com os solicitantes do serviço⁵. Além disso, sujeitam-se às condições que a

² SIGNES, Adrián Todolí. O mercado de trabalho no século XXI: On demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2017, p. 32.

³ Ibidem, p. 32.

⁴ Ibidem, p. 31-32.

⁵ SIGNES, Adrián Todolí. O mercado de trabalho no século XXI: On demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, Ana Carolina

plataforma oferta aos clientes, como a cláusula de satisfação. Esta permite ao solicitante, se não agrada do serviço prestado, rejeitar a tarefa, deixar de realizar o pagamento, bem como não devolver a tarefa executada. O motivo da rejeição sequer precisa ser revelado pelo solicitante. Outro ponto de desequilíbrio nessa relação de labor é a avaliação unilateral: o trabalhador pode ter seu atendimento julgado pelo solicitante e não o contrário. Inclusive, essa avaliação é acessível aos demais solicitantes, mas não ao trabalhador. Mais uma questão a ser observada é que a *Amazon* pode retirar o trabalhador da plataforma e impedir seu regresso. Assim, para atrair clientes, a plataforma oferece a eles regras confortáveis, todavia, limita a liberdade do prestador de serviços colocando-o em situação de desigualdade ou hipossuficiência perante os demais sujeitos da relação⁶. Em razão dessas peculiaridades, é questionável “se os trabalhadores que prestam serviços por meio dessas plataformas virtuais são realmente independentes ou, se pelo contrário, somente estamos diante de um novo tipo de dependência”⁷. Contudo, independente da condição de microempresários ou de empregados, o que os prestadores de serviços necessitam é proteção. Para Signes, o importante é a tutela do Direito do Trabalho não se limitar à existência de uma relação jurídica subordinada⁸.

Ao se fazer um comparativo entre as condições de trabalho do início do século XIX e o trabalho intermediado por plataformas digitais do século XXI, as seguintes similitudes se evidenciam: prestações de serviços pagas por tarefas, ausência de estabilidade e indenização por dispensa imotivada, oferta de trabalho para aqueles dispostos a receber menor pagamento, jornadas extenuantes devido à flexibilidade de horário de trabalho e ao pagamento por tarefa e assunção dos riscos pelo prestador de serviços. Nesse contexto, não importa o *status* empregado ou trabalhador independente. Ambos não têm condições de estabilizar sua renda ante as variações do mercado, não têm facilidade de crédito como as grandes empresas, não têm investimentos ou, se os têm, não conseguem diversificá-los para reduzir os riscos do mercado como fazem os reais empresários. É por isso que, sob uma perspectiva econômica, “os “microempresários” e os trabalhadores tradicionais pertencem à mesma realidade e requerem também proteção legislativa frente ao desequilíbrio existente entre as partes”⁹. A assimetria existente entre os contratantes, decorrente da desigualdade de

Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 34.

⁶ Ibidem, p. 34-35.

⁷ Ibidem, p. 36.

⁸ Ibidem, p. 42.

⁹ SIGNES, Adrián Todolí. O mercado de trabalho no século XXI: On demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, Ana Carolina

poder de negociação, e a falta de uma verdadeira autonomia da vontade, no momento de aceitar as condições de trabalho, justificam a proteção do trabalhador. Nos contratos firmados com as plataformas virtuais, se a independência é mitigada, o trabalhador não é um prestador de serviços autônomos¹⁰.

Diante desse cenário, percebe-se uma incerteza, no âmbito justralhista e a nível global, de como o trabalhador pode se classificar perante os institutos jurídicos já existentes, dominados pelo império diretivo das plataformas.

2. TELETRABALHADOR

Um fator de desassossego para as plataformas virtuais envolvidas com a prestação de serviços humanos é a possibilidade de enquadramento jurídico com o teletrabalho.

As variantes apresentadas pela *gig economy* necessitam da proteção do Direito do Trabalho e têm relação estreita com o teletrabalho, ou seja, aquele que depende da utilização dos meios telemáticos de informação e comunicação para o desempenho do labor.

O uso dessas tecnologias possibilita ao trabalhador o cumprimento de tarefas laborativas em qualquer lugar ou horário, com presteza e fora da fiscalização direta ou imediata de quem detém o empreendimento. Nesse contexto, Barbosa Júnior ressalta que a subordinação do trabalhador na *gig economy* se adere, em muitos casos, à figura do teletrabalhador dependente¹¹.

Explica Amado que a combinação dos elementos geográfico e tecnológico desvela um caráter multifacetado do teletrabalhador, tanto em seu espaço de trabalho como na utilização dos meios telemáticos, já que o labor pode ser prestado em domicílio, em um telecentro ou em qualquer outro lugar, por uma diversidade de instrumentos portáteis e tecnológicos¹². Em virtude disso, alguns teletrabalhadores estão no liame entre trabalho subordinado e trabalho autônomo, pois no plano jurídico-formal, eles são independentes, mas no plano econômico-material, dependentes. Mesmo diante de uma norma regulamentadora do teletrabalho, sua insuficiente efetividade é percebida devido ao fato de o trabalho, muitas vezes, decorrer de uma economia paralela, submersa ou informal, que

Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 39.

¹⁰ FRANCO, Ângela Barbosa. **O controle algorítmico das plataformas digitais sobre o destino laborativo do trabalhador**. Belo Horizonte: Arraes, 2022.

¹¹ Isso pode ser verificado nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil. Cf. BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis. *Gig economy e contrato de emprego: A aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia* São Paulo: LTr, 2019, p. 49-50.

¹² AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho: Noções básicas*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 121.

dificulta, sobremaneira, seu controle e fiscalização pelo governo¹³, como ocorre no trabalho *gig*.

Uma peculiaridade do regime de teletrabalho é a presunção de que há ausência de controle do empregador. Identificada a relação de emprego, independente de como o contrato esteja formalizado, o intérprete deve se atentar para os meios telemáticos utilizados pelas partes na dinâmica laboral. Precisa, também, averiguar se o empregador tem efetiva noção do tempo à disposição do empregado para o trabalho, bem como se existem intervenções ou determinações de quando o labor deve ser prestado. Nesse contexto, é preocupante a fiscalização por parte do tomador de serviços que transcenda às prerrogativas naturais do poder intraempresarial, por permitir o conhecimento de características pessoais do trabalhador. Quando o empregador remotamente investiga os *sites* visitados pelo teletrabalhador, suas pesquisas e opções na *web*, ou tem acesso aos seus perfis, ele passa a conhecer as opções políticas, religiosas, sexuais e o ambiente familiar do empregado. De acordo com Moreira, essa conduta desvela total afronta à intimidade e à vida privada do trabalhador¹⁴. Ademais, reforça a hipossuficiência do trabalhador que sequer tem meios para se preservar dessa exposição ou está ciente que remotamente é espreitado. Perante a era digital e a flexibilidade das relações laborais, existem trabalhadores com horários maleáveis, mas não se pode simplesmente presumir, ainda que relativamente, a ausência de controle da jornada. Afinal, os mecanismos para controle e fiscalização ofertados pela telemática são tão intrusivos e precisos que admitem aferir a jornada de trabalho, embora não seja o intuito primordial do empregador fazê-lo¹⁵.

Diante dessa conjuntura, nota-se a identidade do trabalho *gig* com o teletrabalho, bem como a viabilidade de se aplicar as especificidades e enquadramentos normativos deste para reger a dinâmica laboral daquele.

3. INDÍCIOS ORIENTATIVOS DE UMA RELAÇÃO DE EMPREGO

Os elementos caracterizadores da relação de emprego firmada com as plataformas digitais não necessitam ser legislados ou amparados em novos conceitos. A dificuldade dos juristas, para identificar a natureza das atividades, parece estar relacionada à variedade dos

¹³ *Ibidem*, p. 125-127.

¹⁴ Cf. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da Internet. In: Estudos de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2016.

¹⁵ FRANCO, Ângela Barbosa. A intrusão telemática do poder empregatício no teletrabalho. In: PIMENTA, Raquel Betty de Castro; MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura; MATINA, Pablani Cristina Santos Gontijo (Coord.). As transformações do direito do trabalho e do processo do trabalho pelas tecnologias. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito. Belo Horizonte: Recaj, 2017, p. 12-19.

arranjos contratuais, em constante mutação, firmados entre os trabalhadores com as empresas digitais. Estas, ao se despontarem no mercado sob o manto da economia gig, apresentam-se como plataformas da sociedade da informação que servem de interface entre os prestadores de serviços e os utilizadores. No entanto, muitas ostentam a gestão e a organização dos prestadores de serviços, sem admitir a condição de empregadoras, pautando-se no discurso que o modelo empresarial adotado não contempla os elementos tradicionais de uma relação de emprego¹⁶.

O que na prática se vislumbra é não ser necessária uma estratégia progressista para se definir a figura do empregado. A adaptabilidade do conceito de trabalho subordinado nas plataformas se pauta nos preceitos tradicionais da doutrina para inserir os recursos tecnológicos como mais uma forma de controle. Isso não significa que, essencialmente, a prestação de serviços está sob o domínio da plataforma, mas, quando estiver, não é a flexibilidade da jornada, a tecnologia empregada ou as cláusulas contratuais que, primeiramente, irão definir a relação pactuada entre os sujeitos envolvidos.

A identificação de uma relação de emprego deve ser apurada em base casuística, visto que vários elementos de fato e de direito precisam ser ponderados para se chegar a uma definição. O nível de controle exercido pelas plataformas digitais sobre o prestador de serviços é um fator elementar e pode ser aferido se estiverem sob o domínio das plataformas: a fixação do preço final do serviço; a definição dos termos e condições do contrato; a propriedade dos principais ativos do empreendimento¹⁷.

Steinberger sugere a análise de cinco indícios para classificar o trabalhador como empregado¹⁸. O primeiro é a subordinação e se refere ao controle que a empresa exerce nos detalhes do trabalho. O segundo e o terceiro indícios estão adstritos à dependência econômica e à onerosidade. Verifica-se se o produto do trabalho é a principal ou única fonte de renda do prestador de serviços e se a empresa depende dos trabalhadores para gerar suas receitas. O quarto indício perscruta se o tomador de serviços normalmente opera uma atividade que, tradicionalmente, utiliza empregados ou contratados independentes e, o quinto, se há um contrato de adesão ajustado com uma parte hipossuficiente. Esses preceitos

¹⁶ FRANCO, Ângela Barbosa. O controle algorítmico das plataformas digitais sobre o destino laborativo do trabalhador. Belo Horizonte: Arraes, 2022.

¹⁷ Esse é o posicionamento da Comissão Europeia que, em 2016, apresenta uma comunicação com o intuito de dirimir algumas questões controvertidas relacionadas à economia *gig* COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. Bruxelas, 02/06/2016, p. 07.

¹⁸ STEINBERGER, Ben Z. Redefining employee in the gig economy: Shielding workers from Uber Model. Fordham Journal of Corporate & Financial Law, v. 23, 2018, p. 590.

são propostos como um teste para definir as relações entre empregado e empregador na economia *gig*.

Para explicar suas proposições, Steinberger faz alusão à empresa ícone da economia *gig*: a *Uber*. O doutrinador considera que apesar de os motoristas terem a liberdade para determinar as horas de trabalho e as rotas, não precisarem utilizar uniforme, fazerem uso de seus próprios veículos sem a sinalização da marca identificadora da plataforma e, ainda, poderem trabalhar para os concorrentes, há fortes sinais de efetivo controle nos detalhes do trabalho¹⁹. Os motoristas não têm acesso aos passageiros na plataforma sem antes passarem por um processo de integração. A empresa virtual analisa os antecedentes criminais dos motoristas e o nível de conhecimento dos trajetos da cidade que têm e agenda uma entrevista pessoal. Superada essa etapa, a plataforma dispõe de um *software*, de sua propriedade, com os termos e as condições que os motoristas precisam aceitar para, finalmente, terem acesso aos passageiros. Quem determina as tarifas e paga os motoristas é a *Uber*. Esta também monitora, disciplina e desativa, da plataforma, os motoristas que não atendem aos seus padrões de exigência. Dessa maneira, o primeiro indício, controle do trabalho, indica que os motoristas estão subordinados²⁰.

O *marketing* da *Uber* enfatiza o quanto os motoristas podem ganhar com o trabalho e isso atrai pessoas capazes de abrir mão do seu emprego tradicional pela comodidade de auferir renda com uma jornada flexível²¹. A partir da confiança que os motoristas depositam nos anúncios da plataforma, o trabalho intermediado pelo aplicativo torna-se a principal ou a única fonte de renda do trabalhador. Mesmo que possam trabalhar para as empresas concorrentes, a prerrogativa de organizar passeios, pessoalmente, com os clientes é cerceada, porque a *Uber* proíbe o ajuste direto com os usuários cadastrados na plataforma. Outrossim, é preciso considerar que a liberdade para definir quando e quanto laborar não é plena. Se o *software* identificar a recusa por parte do motorista a três corridas consecutivas, deixará o trabalhador indisponível, ou seja, sanciona o trabalhador que se nega a fazer o serviço. Essa possibilidade é estranha a uma relação autônoma²².

Como a *Uber* pode se tornar a principal fonte de renda do trabalhador, em um contexto que ele não é o proprietário ou não atua como empreendedor, pois vende sua força de trabalho para o empregador, o prestador de serviços torna-se, consequentemente,

¹⁹ *Ibidem*, p. 590-591.

²⁰ *Ibidem*, p. 591.

²¹ *Ibidem*, p. 590-591.

²² STEINBERGER, Ben Z. Redefining employee in the gig economy: Shielding workers from Uber Model. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 23, 2018, p. 590-591.

economicamente dependente do tomador de serviços, despontando a qualidade de empregado. Aliás, vale atentar para o fato que, mesmo se a atividade desempenhada para a *Uber* não seja a única fonte de renda do trabalhador, não há a descaracterização da condição de empregado, se ele não tem a propriedade dos frutos do labor desempenhado e apenas almeja vender a força de trabalho em troca de uma contraprestação pecuniária.

A *Uber* não vende, nem licencia seu *software*. Ela necessita dos trabalhadores, coletivamente, para sua existência. Por isso, a confiança depositada neles para a geração de sua principal fonte de receita, conforme sugere Steinberger, é adstrita à relação empregador e empregado²³. Ademais, se ela administra o capital e tem como obrigação principal, perante os motoristas, o repasse de uma retribuição, proporcional às atividades prestadas, o elemento onerosidade se faz presente. A relação sóciojurídica é firmada em decorrência do *animus contrahendi* do trabalhador de auferir um ganho econômico pelo trabalho prestado.

Muitas das empresas plataformas são entidades novas que operam com trabalhos que normalmente eram ajustados como relações de emprego. Quando uma corporação atua em setor que comumente contrata empregados para o serviço em que um novo indivíduo está a ser admitido, este deve ser considerado empregado, independentemente do nome dado pelos contratantes ao relacionamento. Se assim não o for, tem-se um tratamento discriminatório e deve ser repudiado pelo universo jurídico. Esse é mais um fator a ser considerado para evitar que o trabalho adstrito às novidades da era digital seja presumivelmente autônomo²⁴. Apesar de a *Uber* ofertar um serviço de transporte inovador, intermediado via plataforma digital, com regime de trabalho flexível, ajusta com o trabalhador uma relação de emprego. Neste aspecto, independente da atividade, se o tipo de negócio do empreendimento, tradicionalmente, contrata empregados, vez que se encaixa em um contexto de trabalho subordinado, caso ele venha a se transformar em plataforma digital, não se eximirá das obrigações determinadas pelo Direito do Trabalho.

Vale ainda ressaltar que, normalmente, os contratos de adesão são elaborados pelas empresas plataformas e não são lidos ou compreendidos pelo trabalhador. Além disso, são revisados ao alvedrio da plataforma e precisam ser efetivamente aceitos para que os trabalhadores possam executar os serviços. No caso da *Uber*, os motoristas precisam concordar para ter acesso aos chamados dos passageiros²⁵. Por conseguinte, o contrato de adesão não permite ao prestador de serviço ajustar a forma como o labor é desempenhado.

²³ *Ibidem*, p. 592.

²⁴ *Ibidem*, p. 593.

²⁵ STEINBERGER, Ben Z. Redefining employee in the gig economy: Shielding workers from Uber Model. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 23, 2018, p. 593.

Quanto ao contrato de adesão, cabe aos tribunais considerarem os fatos e as circunstâncias que cercam a negociação para identificarem se as partes chegaram a um acordo, conscientes e sem coerções. Nestes contratos, o que se nota é a presença de partes díspares, em que o contratado não é representado por um advogado ou não é totalmente informado sobre as distinções e ramificações legais entre um contratado independente e um empregado²⁶.

Todos os indícios, por ora citados, são orientativos. Não há a identificação de novos elementos e sim a necessidade de uma revisitação de conceitos que envolvem a ideia de subordinação, de potencialidade do poder empregatício, da assunção dos riscos e da autonomia da vontade dos contratantes para corroborar a existência de um trabalho subordinado ou não. Esses indícios não devem ser avaliados de forma atomística. Precisam ser interpretados, conjuntamente, para satisfazerem a existência, ou não, de uma relação de emprego entre o trabalhador e a plataforma a quem presta serviços.

Entende-se que o elemento subordinação é adaptável ao contexto atual e dispensa uma normatização própria para se delimitar a relação de emprego digital. Isso ocorre porque a noção de subordinação não se perfilha inflexível. Ela possui dinamicidade para não perder contato com a realidade social. É remodelável em função da possibilidade de atuação da vontade do empregador de imprimir, quando entender necessário, a direção na atividade do empregado. Em vista disso, ainda que o trabalhador tenha autonomia e iniciativa na execução do contrato, inclusive no exercício de atividades de natureza intelectual, mantém o *status* de empregado.

A classificação da relação de emprego depende da análise de elementos de fato e de direito de uma circunstância concreta. Como a qualificação do contrato de trabalho envolve um conjunto de indícios adaptáveis à realidade e à mutabilidade dos arranjos tecnológicos, compete aos juristas averiguarem a mais adequada classificação, primando pela preservação de direitos, de liberdades e de garantias, para os trabalhadores, consagrados por diplomas internacionais do trabalho e extensíveis a quaisquer formas de labor.

4. O TELETRABALHO NO BRASIL E O CONTROLE PELOS ALGORITMOS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 6º, preceitua que: “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os

²⁶ Segundo Steinberger: “*Undue coercion shall include, but is not limited to, a form contract between disparate parties where the hire is not represented by legal counsel or is not fully informed of distinctions and legal ramifications between an independent contractor and employee*”. Ibidem, p. 596.

pressupostos da relação de emprego.” Ou seja, reconhece como relação de emprego o trabalho a distância ou remoto, concretizado pelo teletrabalho. Também regulamenta o teletrabalho nos artigos 75-A a 75-E, contudo, no artigo 62, III, exclui o teletrabalhador, que presta serviço por produção ou tarefa, das regras relativas a duração do trabalho²⁷. Essa presunção relativa que o teletrabalho não sofre controle de jornada, além de ser um contrassenso, devido à facilidade para se aferir jornada por meios tecnológicos precisos e intrusivos, dá margens para interpretações equivocadas de inexistência de trabalho subordinado.

No Brasil, a maior parte das decisões de instância máxima, em matéria trabalhista, não reconhece o vínculo de emprego entre motorista de aplicativo e a plataforma virtual, pois apresentam uma exegese peculiar sobre o controle algoritmo exercido pelas plataformas digitais.

Em 02/03/2021, a 4ª Turma do TST apreciou recurso de trabalhador de aplicativo de transporte e negou, por unanimidade, o provimento ao apelo. A decisão reconheceu estar o trabalhador sujeito à observância de cláusulas contratuais e às penalidades pelo descumprimento destas. Porém, o relator entendeu que, “valores a serem cobrados, código de conduta, instruções de comportamento, avaliação do motorista pelos clientes”²⁸ não decorrem do poder diretivo do empregador, nem caracterizam subordinação jurídica. Também considerou que esses procedimentos utilizados pela empresa-plataforma servem para preservar a confiabilidade dos usuários e a manutenção do aplicativo no mercado concorrencial e são harmônicos com os princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência, que garantem o desenvolvimento econômico-produtivo livre. A fixação dos percentuais, apesar de singularmente estabelecidos pela Uber, foram admitidos “como suficientes a caracterizar a relação de parceria entre os envolvidos, não sendo condizente com o liame empregatício as altas alíquotas recebidas pelos profissionais”²⁹. Como a decisão se pauta na autonomia dos serviços prestados, preceitua estar a categoria de motorista de aplicativo independente, “no rol de atividades permitidas para inscrição como

²⁷ Medida Provisória 1.108 de 2022.

²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-10555-54.2019.5.03.0179**. Recorrente: Neder Henriques Gomes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Decisão em 02 de março de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 5 mar. 2021. Disponível em: <<http://celioneto.adv.br/wp-content/uploads/2021/03/Voto-UBER-RR-10555-54.2019.5.03.0179-6223090.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-10555-54.2019.5.03.0179**. Recorrente: Neder Henriques Gomes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Decisão em 02 de março de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 5 mar. 2021, p. 9. Disponível em: <<http://celioneto.adv.br/wp-content/uploads/2021/03/Voto-UBER-RR-10555-54.2019.5.03.0179-6223090.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Microempreendedor Individual”³⁰. Pelo teor do julgado, o papel da plataforma cinge-se ao encontro do condutor com o cliente, sendo o serviço prestado de motorista apenas um desdobramento disso e não um labor indispensável aos fins da atividade empresarial.

A interpretação dada pela 4ª Turma do TST, anteriormente citada, já era previsível tendo em vista à precedente decisão, da mesma Turma, que, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, em Recurso de Revista, interposto por motorista da Uber contra acórdão do TRT da 3ª Região, Minas Gerais, em 09/09/2020. Nos fundamentos do acórdão, é destacado que a relação estabelecida entre motorista de aplicativo e a empresa-plataforma deve ser regida pela Lei nº 11.442/2007, do transportador autônomo, assim configurado como aquele que é proprietário do veículo e tem relação de natureza comercial³¹. Considerou-se que, no caso, os elementos configuradores da relação de emprego não foram evidenciados, especialmente a subordinação jurídica. Ou seja, o controle algoritmo não é contemplado como um mecanismo de poder diretivo, fiscalizatório e punitivo da empresa-plataforma.

A primeira decisão do Tribunal Superior do Trabalho sobre o vínculo entre motorista e a plataforma Uber foi, em 05/02/2020, proferida pela 5ª Turma. Por unanimidade, os ministros reformaram decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, que havia reconhecido a relação de emprego. Foi pontuado que a autodeterminação da rotina de trabalho, pelo motorista, comprometeu a configuração da subordinação jurídica e, conseqüentemente, a concretização de uma relação de emprego. O percentual que o trabalhador auferia, equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, foi considerado alto e evidenciador de uma relação de parceria entre o motorista e a plataforma³².

Apesar dessa sequência de fundamentos que negam a relação de emprego, em 14/04/2022, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o vínculo de emprego entre um motorista de aplicativo e a empresa Uber. De acordo com o voto da maioria dos ministros da 3ª Turma, os elementos integrantes da relação de emprego estavam presentes, especialmente a subordinação. Nos termos do julgado, a subordinação algorítmica,

³⁰ *Ibidem*, p. 10.

³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº AIRR-10575-88.2019.5.03.0003**. Agravante: Ricardo Ramos de Sá. Agravada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Decisão em 9 de setembro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 11 set. 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&submit=Consultar>. Acesso em: 2 fev. 2021.

³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº RR-1000123-89.2017.5.02.0038**. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Recorrido: Márcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Decisão em 5 de fevereiro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 07 fev. 2020, p. 20-21. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/807016681/recurso-de-revista-rr-0001238920175020038/inteiro-teor-807016787>. Acesso em: 2 fev. 2021.

a partir de um “sistema sofisticado de arregimentação, gestão, supervisão, avaliação e controle de mão de obra intensiva”, desvela-se no “poder de controle empresarial minucioso sobre o modo de organização e de prestação dos serviços de transportes justificadores da existência e da lucratividade da empresa reclamada”³³. Dessa forma, com fulcro no parágrafo único, do art. 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho, se “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”, restou acertado o vínculo entre a empresa-plataforma e o motorista.

Vale atentar para o fato que se a tecnologia permite às empresas-plataformas o controle da prestação de serviços para tutelar seu direito de propriedade e da livre iniciativa, torna-se cada vez concretizável a relação de emprego. Afinal, as normas sobre o teletrabalho não foram inseridas no ordenamento jurídico para permitirem a emergência do poder econômico em detrimento do reconhecimento das relações de emprego e dos direitos que lhes são inerentes.

O que se constata nos modelos de trabalho *gig*, especialmente as atividades *off-line*, é que a tecnologia dos aplicativos de serviços não pressupõe rompimento da relação de emprego. Simplesmente apresenta, ao cenário juslaborativo, uma subordinação com a mesma essência dos contratos de trabalho tradicionais. Ao analisar o caso concreto, é preciso atentar para a figura patronal representada pelo controle algorítmico, com arrimo no direito da empresa-plataforma exercer os poderes empregatícios. A investigação da natureza jurídica dos contratos entre trabalhador e plataforma necessita considerar os conceitos funcionais adstritos ao empregador e os tradicionais que caracterizam a relação de emprego. Se o empreendimento virtual tem a prerrogativa de fazer uso dos poderes diretivos e disciplinar, de maneira que os trabalhadores estejam sujeitos a uma subordinação por algoritmos, é provável a existência de uma relação de emprego. Afinal, o forçoso enaltecimento da autonomia nos contratos virtuais confronta-se com a realidade de um trabalho submetido a um sofisticado controle exercido por algoritmos³⁴.

³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Decisão em 11 de abril de 2022. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 07 fev. 2020, p. 52. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar>. Acesso em: 3 maio 2022.

³⁴ Cf. FRANCO, Ângela Barbosa. **O controle algorítmico das plataformas digitais sobre o destino laborativo do trabalhador**. Belo Horizonte: Arraes, 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos firmados entre trabalhadores e plataformas virtuais necessitam da proteção do Direito do Trabalho e têm relação estreita com o teletrabalho, ou seja, aquele que depende da utilização dos meios telemáticos de informação e comunicação para o desempenho do labor.

Uma peculiaridade do regime de teletrabalho é a presunção de que há ausência de controle da jornada. Identificada a relação de emprego, independente de como o contrato esteja formalizado, é preciso atentar para os meios telemáticos utilizados pelas partes na dinâmica laboral. Faz-se necessário, também, averiguar se o empregador tem efetiva noção do tempo à disposição do empregado para o trabalho, bem como se existem intervenções ou determinações de quando o labor deve ser prestado, realizada por algoritmos. Perante a era digital e a flexibilidade das relações laborais, existem trabalhadores com horários maleáveis, mas não se pode simplesmente presumir, ainda que relativamente, a ausência de controle da jornada. Afinal, os mecanismos para controle e fiscalização ofertados pela telemática são tão intrusivos e precisos que admitem aferir a jornada de trabalho, embora não seja o intuito primordial do empregador fazê-lo.

Nos contratos firmados com as plataformas virtuais deve ser realizada uma revisitação de conceitos que envolvem a ideia de subordinação, de potencialidade do poder empregatício, da assunção dos riscos e da autonomia da vontade dos contratantes para corroborar a existência de uma relação de emprego. Esses indícios não devem ser avaliados de forma atomística. Precisam ser interpretados, conjuntamente, para satisfazerem a existência, ou não, de uma relação de emprego entre o trabalhador e a plataforma a quem presta serviços.

Para identificar a natureza jurídica dos contratos entre trabalhador e plataforma também é preciso considerar os conceitos funcionais adstritos ao empregador. Se o empreendimento virtual tem a prerrogativa de fazer uso dos poderes diretivos e disciplinar de maneira que os trabalhadores estejam sujeitos a uma subordinação por algoritmos é provável a existência de uma relação de emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMADO, João Leal. Contrato de trabalho: Noções básicas. Coimbra: Almedina, 2016.
- BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis. **Gig economy e contrato de emprego: A aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia** São Paulo: LTr, 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº AIRR-10575-88.2019.5.03.0003**. Agravante: Ricardo Ramos de Sá. Agravada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Decisão em 9 de setembro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 11 set. 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&submit=Consultar>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº RR-1000123-89.2017.5.02.0038**. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Recorrido: Márcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Decisão em 5 de fevereiro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 07 fev. 2020, p. 20-21. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/807016681/recurso-de-revista-rr-0001238920175020038/inteiro-teor-807016787>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº RR-1000123-89.2017.5.02.0038**. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Recorrido: Márcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. Decisão em 5 de fevereiro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 07 fev. 2020, p. 20-21. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/807016681/recurso-de-revista-rr-0001238920175020038/inteiro-teor-807016787>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066**. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Decisão em 11 de abril de 2022. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 07 fev. 2020, p. 52. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=100353&digitoTst=02&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=01&varaTst=0066&submit=Consultar>. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-10555-54.2019.5.03.0179**. Recorrente: Neder Henriques Gomes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Decisão em 02 de março de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 5 mar. 2021. Disponível em: <http://celioneto.adv.br/wp-content/uploads/2021/03/Voto-UBER-RR-10555-54.2019.5.03.0179-6223090.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões**. Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. Bruxelas, 02/06/2016.

FRANCO, Ângela Barbosa. A intrusão telemática do poder empregatício no teletrabalho. In: PIMENTA, Raquel Betty de Castro; MONTEIRO, Thiago Loures Machado Moura; MATINA, Pablani Cristina Santos Gontijo (Coord.). **As transformações do direito do trabalho e do processo do trabalho pelas tecnologias**. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito. Belo Horizonte: Recej, 2017.

FRANCO, Ângela Barbosa. **O controle algorítmico das plataformas digitais sobre o destino laborativo do trabalhador**. Belo Horizonte: Arraes, 2022.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da Internet. In: **Estudos de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2016.

SIGNES, Adrián Todolí. O mercado de trabalho no século XXI: On demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de

trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

STEINBERGER, Ben Z. Redefining employee in the gig economy: Shielding workers from Uber Model. **Fordham Journal of Corporate & Financial Law**, v. 23, 2018.

O TELETRABALHO E A DURAÇÃO DO TRABALHO

Telework And Working Time

Carlos Alberto Pereira e Castro¹

Maria Raquel Duarte²

"Nous marchons vers une nouvelle ère ou pouvoir travailler à distance grâce aux technologies de l'information va modifier en profondeur notre manière d'appréhender nos conditions de vie" (PLANTEROSE, Philippe. *Télétravail Travailler en Vivant Mieux*. Paris: Eyrolles, 2014)³

Resumo

Em face do cada vez mais fácil acesso a dispositivos móveis tem se permitido que as pessoas exerçam suas atividades laborativas sem a necessidade de ocupar um ambiente específico, organizado pelo empregador, razão pela qual o modelo de trabalho convencional vem perdendo espaço para o teletrabalho. É sobre o teletrabalho que este estudo trata e tenta contribuir para a compreensão desse regime de trabalho e a questão ligada ao tempo destinado ao exercício do labor pelo empregado nesta condição, notadamente ao comparar os ordenamentos jurídicos português – este modificado em janeiro de 2022 – e brasileiro – alterado em 2017, no que tange à existência (ou não) de limites para a duração do trabalho. Após o presente estudo comparativo, temos por conclusão que o ordenamento português melhor se coaduna às características únicas do teletrabalho, protegendo de forma mais adequada o trabalhador em seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: teletrabalho; duração do trabalho; direitos fundamentais; direito comparado.

Abstract

Due to each more easy access to mobile devices, people have been allowed to carry out their work activities without the need to occupy a specific environment, organized by the employer, which is why the conventional work model has been losing ground to telework. Is about teleworking that this study deals with and try to contribute to the understanding of this work regime and the issue related to the time allocated to the exercise of work by the employee in this condition, notably comparing Portuguese legal systems - this one was modified in January 2022 - and Brazilian – amended in 2017, regarding the existence (or not) of limits on the duration of work. After the present comparative study, we conclude that the Portuguese legal system is better in line with the unique characteristics of telework, protecting workers in their fundamental rights more adequately.

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Ciências Jurídicas E Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Juiz do Trabalho titular da 7ª Vara de Florianópolis, do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. Professor de Direito do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 12ª Região (SC). É co-autor das obras *Manual de Direito Previdenciário*, atualmente na 25. ed. (2022), e *Prática Processual Previdenciária*, atualmente na 14. ed. (2022). E-mail: capcastro@hotmail.com.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidad de Alicante - Espanha/ES (2013). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2003), Especialista em Direito Previdenciário pelo CESUSC (2007), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - UNIDERP/LFG (2010). Advogada e Professora em Cursos de Graduação em Direito e Cursos de Especialização em Direito Previdenciário e Medicina e Segurança do trabalho. E-mail: mrduarte.adv@gmail.com.

³ “Caminhamos em direção a uma nova era em que poderemos trabalhar à distância graças às tecnologias da informação, o que vai modificar profundamente nossa maneira de aprender e nossas condições de vida” – tradução livre dos autores.

Keywords: Telecommuting; Duration of Work; Fundamental Rights; Comparative Law

INTRODUÇÃO

Estamos na era da Transformação digital, que se refere à “velocidade exponencial e às mudanças disruptivas que estão ocorrendo na sociedade, impulsionadas pela rápida adoção de tecnologia”⁴.

Os fenômenos ligados à tecnologia de informação também impactam a forma como o trabalho é realizado. Assim, dada a crescente informatização de todas as atividades em âmbito global, nasce um novo mundo do trabalho, em que a utilização da rede mundial de computadores e das infraestruturas tecnológicas vem impactando profundamente nas relações de trabalho.

Enfim, é sobre o teletrabalho que este estudo trata, no afã de contribuir para a compreensão desse regime de trabalho e, em específico, a questão ligada ao tempo destinado ao exercício do labor pelo empregado nesta condição, notadamente ao comparar os ordenamentos jurídicos português – este modificado em janeiro de 2022 – e brasileiro – alterado em 2017, no tópico referente à existência (ou não) de limites para a duração do trabalho.

1. ORIGENS HISTÓRICAS, CONCEITO E DETALHAMENTOS DE TELETRABALHO

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que a sociedade atravessa um complexo período de mudanças ditadas pelo uso intensivo de tecnologia da informação. Contudo, esse não foi um cenário alcançado da noite para o dia, ou sem resistências⁵.

Em um passado relativamente recente, uma série de inventos permitiu a evolução da sociedade em seus aspectos econômicos e sociais. A chamada revolução digital trouxe, entre outros, a produção em larga escala dos computadores, que passaram a ser de uso pessoal (personal computers), a criação da internet e o desenvolvimento e popularização de equipamentos eletrônicos ligados à rede mundial.

Nesse cenário temos o teletrabalho sedimentado e compreendido como o fenômeno construído no espaço entre a administração de empresas e a tecnologia da informação, cuja

⁴ SILVA, Nelson. **Transformação Digital, a 4ª Revolução Industrial**. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opiniao_-_transformacao_digital.pdf. Acesso em 1 mar. 2022.

⁵ RODRIGUES, BECHARA, GRUBBA, op. cit.

origem histórica confunde-se com as interações entre tecnologia e trabalho ao longo da evolução da humanidade⁶.

Fincato define teletrabalho como qualquer forma de substituição da necessidade dos deslocamentos do empregado ao trabalho por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação – TICs, tais como os telefones e computadores. A autora ainda refere que o trabalho em domicílio é espécie do gênero teletrabalho, enquanto este é espécie do gênero trabalho a distância. E conclui que não é correto utilizar como sinônimo de teletrabalho quer a expressão “trabalho a distância”, quer “trabalho em domicílio” (e sua variante *home office*)⁷.

Betiatto remete a terminologia “teletrabalho” à correspondente utilizada na Itália: *telexlavoro*. Assevera que outras expressões - tanto no direito brasileiro quanto no direito italiano - são utilizadas para definir esse regime laboral, quais sejam: trabalho remoto; trabalho à distância e *lavoro agile*. Enfatiza que a expressão “lavoro agile” foi a escolhida para ser utilizada na lei italiana promulgada acerca do tema e que, segundo entendimento no direito italiano, trata o trabalho fora da empresa de forma mais ampla - não apenas o trabalho em domicílio, mas em qualquer outra localização, sem um lugar físico pré-determinado, proporcionando maior mobilidade ao trabalhador⁸.

Na mesma toada é a definição de teletrabalho constante no Código do Trabalho de Portugal, positivado no artigo 165.º - que dispõe sobre a noção de teletrabalho e âmbito do regime: “Considera-se teletrabalho a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”.

O Código do Trabalho português deixa claro que o teletrabalho, tal como o trabalho presencial, se dá por relação de subordinação jurídica, e, no tocante ao serviço prestado “habitualmente” na empresa, abriu margem para que esta forma de serviço pudesse ser realizada de maneira eventual na sede do estabelecimento empresarial, sem que houvesse descaracterização do regime. Conforme será visto adiante, a legislação brasileira também estampa tal situação no conceito descrito no artigo 75-B da CLT.⁹

⁶ FINCATO, Denise. Teletrabalho na Reforma Trabalhista. In: AZEVEDO, André Jobim de (Organizador). **Reforma Trabalhista: desafio nacional**. Porto Alegre: LexMagister, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152290/2019_fincato_denise_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 1 mar. 2022.

⁷ FINCATO, **Teletrabalho...** cit.

⁸ BETIATTO, Ricardo. **Teletrabalho: a reforma trabalhista em contraponto com as perspectivas europeia e italiana**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116282/2017_betiatto_ricardo_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 2 mar. 2022.

⁹ LIMA FILHO, José Sarto Fulgêncio de; BRASIL, Ana Larissa da Silva. O conceito legal de teletrabalho e suas repercussões nos direitos do empregado. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 4, n. 1, p.111-126, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/

No Brasil, o teletrabalho foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou o caput do artigo 6º, igualando o tratamento dispensado ao trabalho presencial ao trabalho realizado à distância. A norma em comento amplia o espectro de normatividade do artigo 6º da CLT, equiparando os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos, configurando aqueles como forma de subordinação.¹⁰

Contudo, somente com a Lei 13.467, de 2017, intitulada como “Reforma Trabalhista” foi o teletrabalho regulamentado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Foram acrescentados os arts. 75-B, 75-C, 75-D e 75-E. O art. 75-B trouxe a definição de teletrabalho: “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.” Em seu parágrafo único o referido dispositivo indica que “o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho”.

2. TELETRABALHO E PANDEMIA

Impõe-se, ato contínuo, identificar a correlação entre o avanço da pandemia e o aumento substancial do teletrabalho.

A pandemia do *coronavírus*, ou *Covid-19* e o seu enfrentamento levou à necessidade do distanciamento social como forma de evitar a propagação do vírus. Diante desse quadro de urgência sanitária, empresas no mundo todo que puderam adotar o trabalho remoto passaram a fazê-lo.

Dificuldades foram enfrentadas de plano, dada a necessidade de adaptação ao trabalho emergencial remoto. Não obstante, o teletrabalho apresentou-se como a solução para se enfrentar as questões da urgência sanitária.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), no Relatório sobre o impacto do Teletrabalho durante a pandemia e além, alerta que, para um segmento significativo da população trabalhadora, a pandemia levou a um aumento repentino na carga de trabalho,

doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.4_n.1.08.pdf. Acesso em 2 mar. 2022.

¹⁰ ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74935>. Acesso em 2 mar. 2022.

bem como grandes mudanças nos arranjos de trabalho e condições de trabalho, como teletrabalho ou trabalho a tempo reduzido.¹¹

Parece certo que essa forma de prestação de serviços traz benefícios não só aos sujeitos envolvidos na relação empregatícia, mas a toda a sociedade, tendo em vista que o teletrabalho é uma alternativa sustentável ecologicamente por impactar na redução de consumo de combustível e energia; diminuição dos congestionamentos nas grandes cidades; redução da poluição ambiental, devido a diminuição do deslocamento e consumo dos teletrabalhadores.¹²

Embora a mudança seja fator intrínseco à própria vida em sociedade, acrescente-se o fenômeno provocado pela pandemia da Covid-19, que mudou o cotidiano de todo o planeta pelo isolamento social e intensificou os níveis de incertezas e instabilidades no mundo do trabalho.

Ante a eclosão da pandemia causada pela Covid-19, houve a necessidade de adoção de várias medidas de caráter econômico, sanitário, administrativo, fiscal e trabalhista com o fito de mitigar os impactos negativos causados pela crise sanitária. Nessa adaptação, houve a intensificação do teletrabalho, que permitiu a continuidade de muitas atividades produtivas. Contudo, essa intensificação do teletrabalho também potencializou uma jornada laboral excessiva por parte do trabalhador, colocando em risco seu direito à desconexão.¹³

3. TELETRABALHO E DURAÇÃO DO TRABALHO

A interação entre o trabalho e a vida pessoal fez emergir outro debate importante: o relativo ao direito ao tempo livre e ao descanso, pois estar à disposição ou, estar sob monitoramento ilimitado, acarreta sérios danos à integridade física e psíquica do trabalhador, podendo inclusive levá-lo à exaustão e ao esgotamento. Esses pontos ganharam ainda mais atenção na conjuntura trazida pela eclosão da pandemia causada pela Covid-19.¹⁴

Essa intensificação do teletrabalho também potencializou uma jornada laboral excessiva por parte do trabalhador, colocando em risco seu direito à desconexão. No Brasil, o direito à desconexão ainda não se encontra expressamente positivado, considerado um

¹¹ **Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond.** Geneva: International Labour Office, July 2020 - ISBN 978-92-2-032404-2 (print) ISBN 978-92-2-032405-9 (web PDF). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---edprotect/---protrav/---travail/documents/instructionalmaterial/wcms_751232.pdf. Acesso em 1 mar. 2022. Tradução livre dos Autores.

¹² SILVEIRA, SEOANE e GOMBAR, op. cit.

¹³ CORONA, Clara Alita; FONSECA, Gabriel Alves. A intensificação do teletrabalho em tempos de pandemia e o risco de lesão ao direito à desconexão. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 5, n. 2, Porto Alegre, p. 168-193, dez. 2020.

¹⁴ CORONA, Clara Alita; FONSECA, Gabriel Alves, op. cit.

direito fundamental implícito no ordenamento jurídico, que deriva do direito à privacidade e ao lazer, e do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como fim a preservação do direito à saúde, à segurança, ao lazer e à vida privada, bem como da cidadania.

No entanto, seria o teletrabalho uma forma de exercício do labor que impossibilitaria, em termos fáticos, saber a duração do trabalho (working hours) cumprido pelo empregado nesta condição? Ou ainda, tais características seriam suficientes para liberar o empregador de remunerar o trabalho realizado em jornadas excessivas, se comparado com o trabalhador que atua presencialmente, na mesma atividade, em estabelecimento ditado pelo empregador, mas fora de sua fiscalização, como nas situações de terceirização?

O tema “duração do trabalho” é daqueles que sempre constam do núcleo essencial das normas de Direito do Trabalho, e constituiu um dos pilares das reivindicações dos trabalhadores desde seus primórdios. Não por outra razão, na primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1919, a OIT adotou seis convenções, e a primeira delas dispunha sobre a limitação do trabalho a 8 horas diárias e 48 horas semanais.

Indubitavelmente, a construção do arcabouço normativo a respeito dos limites fixados para a quantidade de horas de trabalho, até o surgimento de tecnologia apta a permitir o teletrabalho - incrementada pelas necessidades trazidas com a pandemia de Covid-19 - não teria como prever e regular essa forma de prestação laboral.

Ademais, há de se concordar que

a pesquisa científica do Direito deve ser complexa, fundada nas conexões e intersecções dos campos que perfazem o Direito, por meio de um método dialógico. Significa que, mesmo a pesquisa sobre a positividade do Direito deve abarcar a sua relação com o mundo concreto – a sociedade, a política, a economia, etc. –, ou seja, com o contexto que lhe permitiu surgimento e permanência (...).¹⁵

Justamente por esta razão é importante a reflexão sobre os impactos das tecnologias da informação e da comunicação no mundo do trabalho e novos ambientes de prestação laboral - home office, coworking offices, etc. - bem como concordar, a esse respeito, que “o desafio consiste em equilibrar suas vantagens com o limite da segurança deste novo meio ambiente de trabalho para a saúde do teletrabalhador.”

A regulação do tempo dedicado ao trabalho, em verdade, visa assegurar o direito, pelo empregado, aos períodos de descanso suficientes para manter sua higidez física e mental.

¹⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. **Direito, Holismo e Complexidade**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea9fb58caa31b811>. Acesso em 25 fev. 2022.

Assim é que, embora alguns países já tenham produzido alguma regulamentação do teletrabalho, trabalhamos com a hipótese de que esse conjunto regulatório nem sempre cumprirá adequadamente o papel da norma positivada, de dispor sobre todas as situações no plano das relações intersubjetivas, já que a construção da ordem jurídica é obra humana, logo, passível de falhas.

Carelli, ao sintetizar as recomendações da OIT sobre o tema, frisa que “deve-se atentar para os tipos de teletrabalho e eliminar suas consequências danosas, para que somente os efeitos positivos do trabalho à distância permaneçam”.¹⁶

Vejamos, a seguir, uma análise, em Direito Comparado, entre a normatização produzida em Portugal e no Brasil sobre teletrabalho, ambas de recentes e significativas alterações.

4. A LEGISLAÇÃO DO TELETRABALHO EM PORTUGAL E NO BRASIL

Em Portugal, o artigo 169º do Código do Trabalho, desde 2009, estabelece sobre a regulação do teletrabalho que

“O trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores da empresa com a mesma categoria ou com função idêntica, nomeadamente no que se refere a formação, promoção na carreira, limites da duração do trabalho, períodos de descanso, incluindo férias pagas, proteção da saúde e segurança no trabalho...”.

Interessante pontuar que “constitui contraordenação grave a violação do disposto neste artigo” (parágrafo 4 do artigo 169º do Código do Trabalho de Portugal).

O referido diploma passou a conter um artigo 169º-A, inserido pelo artigo 3.º da Lei n.º 83/2021, em vigor desde 1º de janeiro de 2022, a versar sobre “organização, direção e controlo do trabalho”. No parágrafo 5 do referido artigo passa a haver disposição segundo a qual

“O controlo da prestação de trabalho, por parte do empregador, deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da transparência, sendo proibido impor a conexão permanente, durante a jornada de trabalho, por meio de imagem ou som”.

Também foi inserido no Código o artigo 169º-B, com vigência a partir do ano de 2022, a fixar “deveres especiais” ligados ao teletrabalho. Em seu parágrafo 1, o texto legal preceitua que sem prejuízo dos deveres gerais consagrados neste Código, o regime de

¹⁶ CARELLI, Rodrigo. O teletrabalho. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coord.). **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhistas**. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 334.

teletrabalho implica, para o empregador, “abster-se de contactar o trabalhador no período de descanso” (alínea b).

Adiante, no artigo 170º, versa o diploma luso sobre a “privacidade de trabalhador em regime de teletrabalho”.

Nota-se, portanto, que Portugal não discrimina, em matéria de duração do trabalho, o empregado que exerce atividade no estabelecimento do empregador daquele que o faz em regime de teletrabalho, de tal modo que fixa duras penalidades em caso de eventual violação do direito ao lazer - pela limitação das horas de trabalho diárias e semanais, previsão de dias de repouso e de respeito ao convívio familiar.

No Brasil, uma primeira tentativa de ajuste da legislação trabalhista no tema do teletrabalho adveio da redação do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conferida pela Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, segundo o qual não se distingue “entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”, e completa, em seu parágrafo único, que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Em seguida, a Lei 13.467, de 2017, alterando a CLT, passou a estabelecer regras específicas sobre o teletrabalho nos artigos 75-A a 75-E, e excluiu a aplicação do disposto no Título “Duração do Trabalho” à hipótese (artigo 62, inciso III), sem que houvesse uma justificativa para tanto no texto.

Carrion, partindo da premissa de que o trabalho será exercido, na maior parte do tempo, fora das dependências do empregador, conclui que “desta forma não existe como mensurar o tempo gasto no trabalho”.¹⁷

Em sentido oposto, Vólia Bomfim Cassar sustenta que:

“O texto partiu da premissa que esse tipo de trabalho não é controlado e, por isso, se equipara ao trabalho externo”, mas o fato é que “com as novas tecnologias é perfeitamente possível o controle, a fiscalização e a mensuração do trabalho executado”. Concordamos, pois, com a conclusão de que “cada vez mais o teletrabalhador é controlado pelos meios tecnológicos, como

¹⁷ CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas. Atual. Eduardo Carrion. 45. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 166.

login/logout, chat, número de toques e/ou atendimento, GPS, telefones, rádios, web câmeras, intranet etc.”¹⁸

No mesmo sentido que a magistrada do Rio de Janeiro, Lisbôa e Munhoz aduzem, quanto à inserção do teletrabalho na hipótese de exceção do art. 62 da CLT, que tal medida afronta, ainda, o disposto no art. 6º, também da CLT, na medida em que o uso de tecnologia de informação e a atuação do trabalhador à distância, por si só, não inviabilizam o controle, pelo empregador, do tempo de efetivo labor ou à disposição deste: “O fato de não atuar dentro da sede da empresa não tem o condão de tornar a atividade impossível de ser controlada”.¹⁹

Em que pese a notória vontade expressa do legislador ordinário brasileiro em excluir da tutela jurídico-legal da limitação dos períodos de labor efetivo o empregado em teletrabalho, pela redação da Lei n. 13.467/2017, há que se perquirir se tal manifestação do Poder Legislativo encontra alicerce na Constituição brasileira.

Nessa linha de raciocínio, convém apontar que a Constituição brasileira vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, dispõe em seu artigo 7º, inciso XIII, ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, sem prejuízo de outros que visem a melhoria de sua condição social, a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”, no inciso IX do mesmo artigo, “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno” e no inciso XV, o “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”.

É de se indagar se tais disposições constitucionais, formuladoras de direitos fundamentais, poderiam ceder espaço à excludente inserida no artigo 62 da CLT, em seu inciso III, já citado, inserido pela Lei nº 13.467 de 2017, intitulada “Reforma Trabalhista”. Entendemos que não.

Inicialmente, a inclusão do empregado em regime de teletrabalho nas hipóteses de não aplicação das regras de proteção legal no tocante aos aspectos ligados à duração do trabalho e lapsos de descanso deve ser analisada à luz do princípio da isonomia.

Christopher Wolfe pontifica que a isonomia, antes idealizada como aplicação da mesma regra jurídica a todo e qualquer indivíduo sem distinção, hoje é vista como igualdade

¹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. **Revista Eletrônica da OAB/RJ**. Rio de Janeiro. ISSN 2526-1223. No mesmo sentido: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Estudos de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 37-54.

¹⁹ LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio (org.). **Reforma Trabalhista Comentada por Juízes do Trabalho: artigo por artigo**. São Paulo: LTr, 2018, p. 97-98.

razoável, de modo que a igualdade de tratamento pela ordem jurídica deve prevalecer, salvo se existirem motivos razoáveis para se tratar desigualmente pessoas em similar situação.²⁰

A respeito da incidência deste princípio basilar, Bandeira de Mello nos ensina que:

“Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrimen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.”²¹

Evidentemente, o princípio da igualdade, ou da isonomia, não impede o tratamento diferenciado de situações quando houver um discrimen razoável, justificado por aspectos que admitam tal providência por parte do legislador. Extraí-se de julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

“O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária, e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade.”²²

A Lei brasileira nº 13.467, desde a sua tramitação como projeto de lei, não indica, em qualquer das fases do processo legislativo de sua aprovação, tampouco no ato de sanção presidencial e posterior publicação, qualquer fundamento que possa justificar a exclusão da incidência das regras constitucionais e legais sobre a tutela da duração do trabalho e descanso do teletrabalhador.

Garcia pontifica a respeito que “uma vez presente o vínculo de emprego, a forma diferenciada de exercício do labor, como ocorre no teletrabalho, não afasta a incidência dos direitos trabalhistas”²³, é dizer, não há fundamento para a exclusão pela única razão de o

²⁰ WOLFE, Christofer. **La transformación de la interpretación constitucional**. Madri: Civitas, 1991, p. 193.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequparações Proibidas e Desequparações Permitidas, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1/1993, p. 81/82.

²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Coletânea temática de jurisprudência [recurso eletrônico]: controle de constitucionalidade** / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. 151 p.

²³ GARCIA, op. cit.

trabalho ser realizado nessa modalidade. Novamente, há de se concordar com Lisbôa e Munhoz, para quem o direito à limitação da jornada e demais direitos consagrados aos trabalhadores no artigo 7º da Constituição brasileira no tocante à duração do trabalho não comportam exceção, aplicando-se à modalidade de teletrabalho: “Neste particular, a Reforma Trabalhista incorreu em flagrante inconstitucionalidade”.²⁴

Acrescentamos a esses aspectos puramente jurídicos que, por conta da compreensão de que, ao não impor qualquer limite temporal para o trabalho ser executado, a tendência é que a carga horária destinada ao labor se estenda, e não o contrário. Pesquisas sobre teletrabalho mostraram que os empregados que trabalham em *home office* tendem a trabalhar mais horas do que quando estão trabalhando nas instalações do empregador, em parte porque o tempo de deslocamento para o local de trabalho é substituído por atividades de trabalho, e também devido a mudanças no trabalho - rotinas - e a indefinição das fronteiras entre trabalho remunerado e vida pessoal. O teletrabalho, em geral, pode levar a jornadas de trabalho mais longas e também a trabalhar mais durante a noite e em fins de semana.²⁵

É preciso ressaltar que tal cenário não deve ser visto como uma justificativa para legitimar o retrocesso dos direitos trabalhistas. Deve ser assegurado ao empregado o direito fundamental de se desconectar, a fim de usufruir os períodos de descanso garantidos constitucionalmente.²⁶

A sujeição do trabalhador ao trabalho contínuo e ininterrupto pode e deve ser considerada como desumana, uma vez que o trabalho excessivo resulta na progressiva degradação da saúde física e mental do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o presente estudo comparativo, temos por conclusão que o ordenamento português melhor se coaduna às características únicas do teletrabalho, protegendo de forma mais adequada o trabalhador em seus direitos fundamentais.

A modalidade de teletrabalho deixou de ser uma ocorrência isolada para ser o “novo normal” e não são incomuns relatos de trabalhadores que tiveram a jornada intensificada pelo teletrabalho, e ainda precisavam dar conta de trabalho doméstico e cuidado de filhos.

²⁴ LISBÔA e MUNHOZ, op. cit., p. 98.

²⁵ Cf. EUROFUND. **Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work.** Luxembourg and Geneva: Publications Office of the European Union and ILO.

²⁶ CORONA, Clara Alita; FONSECA, Gabriel Alves, op. cit.

De outra vertente, a normatização legal brasileira quanto ao teletrabalho padece de vícios de inconstitucionalidade, por estabelecer tratamento discriminatório negativo ao empregado submetido a este regime de labor, sem que haja fundamento de razoabilidade.

Como visto, esta modalidade de trabalho, cuja principal característica é a prestação laboral à distância, em outro ambiente que não o estabelecimento do empregador, admite a mensuração do tempo de efetivo trabalho. Observou-se, ademais, que no ordenamento português existe regra a vedar a “conexão permanente” do empregado em regime de teletrabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria de Lourdes C. de; ALMEIDA, Maria Cristina C. de; CARVALHO, Maria Helena de. O Meio Ambiente do Teletrabalho e as Doenças do Teletrabalhador. **Revista Internacional Consinter de Direito. Ano IV – Número VI. 2018.** ISSN: 2183-6396. DOI: 10.19135/revista.consinter.00006.19.

AZEVEDO, André Jobim de (Organizador). **Reforma Trabalhista: desafio nacional.** Porto Alegre: LexMagister, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152290/2019_fincato_denise_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 1 mar. 2022.

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (coord.). **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BETIATTO, Ricardo. **Teletrabalho: a reforma trabalhista em contraponto com as perspectivas europeia e italiana.** Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116282/2017_betiatto_ricardo_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 2 mar. 2022.

BIESDORF, Solange Inês; SANTIAGO, Suely. **Reflexões contemporâneas de direito do trabalho.** Curitiba: Rosea Nígra, 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Coletânea temática de jurisprudência [recurso eletrônico]: controle de constitucionalidade /** Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019.

BRIDI, Maria Aparecida; BOHLER, Fernanda. ZANONI, Alexandre. **Relatório técnico-científico da pesquisa (parte 1): o trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia Covid-19 [recurso eletrônico].** Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Grupo de Estudos Trabalho e Sociedade, 2020.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas.** Atual. Eduardo Carrion. 45. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho.** Aracaju: Evocati, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. Reforma Trabalhista: Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. **Revista Eletrônica da OAB/RJ.** Rio de Janeiro. ISSN 2526-1223.

CORONA, Clara Alita; FONSECA, Gabriel Alves. A intensificação do teletrabalho em tempos de pandemia e o risco de lesão ao direito à desconexão. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 5, n. 2, Porto Alegre, p. 168-193, dez. 2020.

FINCATO, Deíse. **Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152290/2019_fincato_denise_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 2 mar. 2022.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Estudos de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond**. Geneva: International Labour Office, July 2020 - ISBN 978-92-2-032404-2 (print) ISBN 978-92-2-032405-9 (web PDF). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---trav

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA FILHO, José Sarto Fulgêncio de; BRASIL, Ana Larissa da Silva. O conceito legal de teletrabalho e suas repercussões nos direitos do empregado. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 4, n. 1, p.111-126, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.4_n.1.08.pdf. Acesso em 2 mar. 2022.

LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio (org.). **Reforma Trabalhista Comentada por Juízes do Trabalho: artigo por artigo**. São Paulo: LTr, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1/1993.

MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NILES, Jack. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade**. São Paulo: Futura, 1997.

PLANTEROSE, Philippe. **Télétravail. Travailler en Vivant Mieux**. Paris: Eyrolles, 2014.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74935>. Acesso em 2 mar. 2022.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; BECHARA, Gabriela Natacha; GRUBBA, Leilane Serratine. Era Digital e Controle da Informação. **Revista Em Tempo**. [S.l.], v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3268>. Acesso em: 02 mar. 2022.

SILVA, Nelson. **Transformação Digital, a 4ª Revolução Industrial**. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opiniao_-_transformacao_digital.pdf. Acesso em 1 mar. 2022.

WOLFE, Christofer. **La transformación de la interpretación constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

CONTRATO DE TRABALHO ATÍPICO E ECONOMIA DIGITAL: PERSPECTIVAS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL

Atypical Employment Contract And Digital Economy: Perspectives Of Collective Bargaining In Brazil

Eliana dos Santos Alves Nogueira¹

Resumo: O contrato de trabalho a tempo parcial e o contrato de trabalho intermitente correspondem à formas de contratação laboral atípica no direito brasileiro. Tais modalidades foram inseridas com o objetivo de proporcionar a formalização das relações de trabalho e dar maior flexibilidade contratual, do ponto de vista do uso tempo do trabalho do trabalhador, por seu empregador. Tais contratos, contudo, possuem baixa utilização no cenário nacional. Os contratos de trabalho atípicos ainda não encontraram, na economia digital, campo de disseminação, observando-se que, também neste novo modelo, impera a informalidade ou a contratação de trabalhadores “por conta própria”. As negociações coletivas, via de regra, não tem avançado no sentido de ampliar a utilização dos contratos de trabalho atípicos, seja na economia tradicional, seja na economia digital. Análise das negociações coletivas realizadas pós Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) indicam que a contratação atípica, quando levada à mesa de negociação, tem sido limitada para além das hipóteses legais, vez que a contratação nestes moldes reduz a remuneração do trabalhador, em razão do pouco tempo em que lhe é destinado trabalho ou atua para permitir substituição de postos de trabalho a tempo pleno por postos de trabalho a tempo parcial ou intermitentes. A ausência de modelos adequados para utilização da mão de obra permanecem alijando o trabalhador brasileiro da proteção social.

Palavras chave: Contrato de Trabalho Atípico. Economia Digital. Negociação Coletiva.

Abstract: The part-time work contract and the intermittent work contract correspond to atypical forms of labor contracting in Brazilian law. Such modalities were inserted with the objective of providing the formalization of labor relations and providing greater contractual flexibility, from the point of view of the worker's use of work time, by his employer. Such contracts, however, have low use in the national scenario. Atypical employment contracts have not yet found, in the digital economy, a field of dissemination, noting that, also in this new model, informality or the hiring of “self-employed” prevails. Collective bargaining, as a rule, has not advanced in the sense of expanding the use of atypical employment contracts, either in the traditional economy or in the digital economy. Analysis of collective bargaining carried out after the Labor Reform (Law 13.467/2017) indicates that atypical hiring, when brought to the negotiation table, has been limited beyond legal hypotheses, since hiring in this way reduces the worker's remuneration, due to the short time in which they are allocated work or work to allow replacement of full-time jobs by part-time or intermittent jobs. The absence of adequate models for the use of labor continues to exclude Brazilian workers from social protection.

Keywords: Atypical Employment Contract. Digital Economy. Collective Bargaining.

¹ Doutora em Direito do Trabalho e Previdência Social pela *Sapienza Facoltà* em Roma/Italia. Professora Assistente Doutora no Departamento de Direito Privado, de Processo Civil e do Trabalho da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – FCHS – UNESP/SP. Juíza do Trabalho, titular da 2ª Vara do Trabalho de Franca/SP/Brasil. E-mail esanogueira@gmail.com

INTRODUÇÃO

A legislação trabalhista brasileira, do ponto de vista dos contratos típicos de trabalho, não guarda semelhança com os modelos contratuais trabalhistas da maioria dos países europeus. Notadamente quanto à extinção dos contratos de trabalho, o Brasil adota a regra da ampla possibilidade de dispensa sem justo motivo, justa causa ou qualquer motivação por parte do empregador. Há ampla margem de discricionariedade do empregador, que pode rescindir o contrato de trabalho sem que haja qualquer motivação para tal.

Um outro elemento que merece destaque é o grande número de trabalhadores que trabalha sem qualquer formalização de vínculo de emprego, conhecidos como “trabalhadores informais”. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), apresentados pela PNAD Contínua, referente ao período de março a maio de 2022, indicam que a taxa de informalidade no país é de 40,1% do total dos trabalhadores, o que corresponde a cerca de 39,1 milhões de trabalhadores.²

Estes dois elementos são importantes para que se possa compreender, em melhores condições, o mercado de trabalho brasileiro sob a perspectiva da adoção dos contratos de trabalho atípicos.

Serão analisados, no presente estudo, dois contratos de trabalho atípicos, a saber: o contrato a tempo parcial e o contrato de trabalho intermitente.

É fato que existem outras formas “atípicas” de organização do trabalho, mas elas podem ser adotadas em contratos típicos e atípicos de trabalho, a exemplo do teletrabalho, home office ou trabalho a distância, por exemplo. Elas não serão objeto do presente estudo.

O presente estudo visa analisar as duas formas contratuais atípicas por excelência, bem como em que medida elas tem sido objeto de negociação coletiva. Ao final, será analisada, brevemente, a economia digital e quais seus impactos sobre o mercado de trabalho brasileiro, quanto à contratação de mão de obra. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo.

1. CONTRATO DE TRABALHO A TEMPO PARCIAL E ASPECTOS NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O contrato a tempo parcial foi introduzido na legislação brasileira em 2001, através da Medida Provisória 2.164-41/2001, que inseriu o artigo 58-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Na época, por força da Emenda Constitucional 32, as medidas provisórias

² Dados disponíveis no site do IBGE, acessível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/34176-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-9-8-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-21-8-no-trimestre-encerrado-em-maio>

que não foram convertidas em lei mantiveram seus efeitos até que o Congresso Nacional legisle a respeito ou as torne sem efeito. No caso, a norma permaneceu em vigor indefinidamente.

Em sua redação original, o artigo 58-A previa a possibilidade de contrato a tempo parcial para uma carga semanal máxima de 25 horas. Previa a possibilidade do empregado contratado a tempo pleno ter seu contrato alterado para tempo parcial.

A Lei 13.467/2017, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, introduziu profundas alterações na legislação laboral brasileira e, dentre elas, alterou o contrato a tempo parcial.

A finalidade da Lei 13.467/2017 foi contrastar o imenso grau de informalidade do mercado de trabalho brasileiro e, segundo o legislador, as alterações tiveram o escopo de criar novas oportunidades de trabalho.

O contrato de trabalho a tempo parcial, após a Lei 13.467/2017, permite que o empregado seja contratado para trabalhar até 30 horas semanais, sem possibilidade de trabalho extraordinário. Permite, alternativamente, a contratação por até 26 horas semanais, com a possibilidade máxima de 06 horas extras por semana.

A legislação prevê a retribuição proporcional ao horário de trabalho e o parâmetro utilizado é a retribuição de quem desenvolve a mesma função a tempo pleno (que no Brasil é de 44 horas semanais).

Não há previsão de pagamento do salário mínimo nacional, observando-se que, no Brasil, há fixação de salário mínimo nacionalmente unificado, conforme expressa previsão da Constituição Federal.

O empregado pode optar por passar do contrato a tempo pleno a contrato a tempo parcial, mediante opção junto à empresa, cuja forma deve ser prevista em negociação coletiva.

A lei não exige autorização da contratação coletiva para que a empresa possa contratar empregados a tempo parcial.

No tocante à possibilidade de negociação coletiva quanto ao contrato a tempo parcial, é importante frisar que, no modelo brasileiro, essa forma de contratação tem pouca aceitação por parte dos atores sociais.

Para as empresas, a contratação a tempo parcial não traz outros benefícios além da redução da jornada do trabalhador, não existindo benefícios fiscais para utilização desta modalidade de contratação. Para os empregados, a utilização do contrato a tempo parcial, em razão dos baixos salários, deixa de ser interessante e, no mais, pode significar maior precarização das condições de trabalho.

Há, no caso brasileiro, baixa adesão das empresas à contratação por tempo parcial. Por outro lado, há também, por parte de alguns sindicatos, a vedação ao uso da tipologia contratual.

Tal constatação pode ser obtida pela análise das convenções e dos contratos coletivos de trabalho registrados na base de dados do Ministério do Trabalho e Previdência. Pesquisa efetuada em tal data base, limitada ao período pós Reforma Trabalhista, no período de 2018 a 2021, localizou algumas cláusulas nas contratações coletivas que vedavam o uso do contrato a tempo parcial para algumas categorias. Outras cláusulas mencionam a necessidade de negociação coletiva via acordos coletivos (de proximidade) para que haja possibilidade de contratação de trabalhadores a tempo parcial, evitando-se que tal instrumento substitua contratos a tempo pleno ou reduza os índices salariais da categoria.³

Na mesma linha, pesquisa realizada pelo Centro de Estudos Sociais e de Economia do Trabalho (CESIT), vinculado à Faculdade de Economia da UNICAMP/SP, evidencia que no período de 2016 a 2019, evidenciam que várias cláusulas coletivas mantiveram, mesmo em 2019, o limite de 25 horas semanais para os contratos a tempo parcial, vedando a realização de horas extras. Outras cláusulas negociadas tem mantido a jornada de 30 horas, mas vedando-se a realização de horas extras. Tais indícios, segundo a pesquisa, apontam para a limitação da flexibilidade do contrato a tempo parcial, bem como para limitação do uso do contrato em alguns setores. Tais cláusulas visam impedir a realização de horas extras, bem como o uso de banco de horas, visto primordialmente como precarizador das relações de trabalho.⁴

Observa-se, assim, que a negociação coletiva levada a efeito, por parte do movimento sindical, visa restringir o uso do contrato a tempo parcial, e o objetivo é, indubitavelmente, o de limitar a redução salarial e a substituição de trabalhadores em contratos a tempo pleno (típicos) por contratos a tempo parcial (atípicos).

2. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E ASPECTOS NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

³ Link disponível para consultas em <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo>.

⁴ Pesquisa disponível em [file:///C:/Users/eliananogueira/Downloads/VOL2_Negociacoes-coletivas_21.06.21%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/eliananogueira/Downloads/VOL2_Negociacoes-coletivas_21.06.21%20(1).pdf).

O projeto de lei original (PL 6363/2005⁵), que propôs a adoção desta modalidade contratual, apontava para a necessidade de modernizar a legislação trabalhista com a finalidade de acompanhar as alterações no mundo do trabalho.

Fundava-se na existência de trabalhadores que não possuíam interesse em trabalhar a semana toda, seja para obter outros ganhos financeiros, seja para preparação intelectual ou profissional em outras áreas, bem como na existência de atividades econômicas que não demandariam um número fixo de empregados em tempo integral.

A ideia do legislador seria coordenar ambos interesses. Pontuava, também, a necessidade de validar contratos de trabalho atípicos firmados para atividades descontínuas. O projeto citava, ainda, os modelos legais de Portugal e da Itália, como paradigmas de regulamentação desta espécie contratual.

Em que pesem as alterações no texto original, que deram origem ao texto aprovado, objeto de análise, é importante resgatar a origem do processo legislativo, e não apenas por um interesse meramente histórico, mas porque desta justificativa deve também partir o intérprete a fim de verificar se a regulamentação proposta seria hábil a atingir o fim a que se destina.

Tratando-se de novidade no direito brasileiro, passa-se à análise dos elementos de tal contrato atípico.

A primeira questão a ser analisada refere-se ao significado do termo intermitência.

Segundo o dicionário Novo Aurelio, intermitente é o *que apresenta interrupções ou suspensões; não contínuo*.⁶

Pois bem.

O texto legal aprovado traz a permissão legal para utilização do contrato intermitente no artigo 443 da CLT, ao prever que:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

Já a definição do que pode ser considerado trabalho intermitente veio inserida no parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal, a saber:

§ 3º Considera-se como **intermitente** o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é

⁵ Integra do Projeto disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=987012. Apensado ao Projeto que foi aprovado, ao final, dando origem à Lei 13.467/2017. Acesso em 01/08/2017.

⁶ FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 3º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação específica.

Constata-se de imediato que se trata de contrato por prazo indeterminado, já que o contrato por prazo determinado, como exceção à regra, precisa de autorização específica para sua formalização que, no caso, não foi prevista pelo legislador.

A primeira questão se que levanta, a partir da definição legal, é a respeito de que tipo de contrato de trabalho intermitente o legislador desejou inserir na legislação brasileira.

Isto porque o contrato de trabalho intermitente deve ser considerado o gênero do qual derivam inicialmente duas modalidades contratuais: o contrato de tempo alternado (que deve distinguir períodos de prestação laborativa e períodos de inatividade) e o contrato a chamada (no qual cabe ao empregador, unicamente, a gestão do tempo de trabalho de acordo com as necessidades empresariais).

Embora o § 3º do artigo 443 da CLT traga previsão da existência de períodos alternados de trabalho e disponibilidade (contrato de tempo alternado), o artigo 452-A, §1º da CLT estabelece que o empregador convocará o empregado para o trabalho, por qualquer meio de comunicação eficaz, informando qual será a jornada, com pelo menos 3 dias de antecedência (contrato a chamada).

Desta distinção evidencia-se uma relevante questão jurídica.

Isto porque, quando o legislador brasileiro estabelece como característica do contrato intermitente a alternância entre trabalho e inatividade, não se pode pensar em um contrato de zero hora, ou seja, um contrato no qual o trabalhador jamais seja acionado ao trabalho.

Como definir, então, os períodos de trabalho e de inatividade? Aqui teríamos, em princípio, duas opções.

A primeira seria celebrar o contrato de trabalho intermitente de tempo alternado, no qual o empregador deve estabelecer os períodos de prestação de trabalho e os de inatividade no ato da contratação. A situação seria possível em atividades intermitentes nas quais o empregador sabe, antecipadamente, quando a atividade será desenvolvida, a exemplo das atividades de hotelaria ou restaurantes que são exercidas apenas em determinados períodos anuais.

A segunda opção seria celebrar o contrato de trabalho intermitente a chamada, no qual o empregador, embora não saiba de antemão quando o trabalhador poderá ser acionado, deve trazer uma previsão mínima e máxima de ativação do trabalhador (mínima no sentido

de obrigar-se à convocação daquele empregado para o trabalho e máxima no sentido de evitar o desvirtuamento da norma que exige, na sua origem, a intermitência).

O artigo 443, § 3º da CLT estabelece que o contrato de trabalho intermitente pode ser utilizado independentemente do tipo de atividade do empregado ou do empregador, excetuando-se apenas os aeronautas, regidos por legislação específica.

O artigo 452-A determina que o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e especificar o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, seja em contrato intermitente ou não.

Prevê também que o empregador deve efetuar a convocação do trabalhador para prestação dos serviços por qualquer meio eficaz, informando qual a jornada com antecedência de pelo menos 03 (três) dias (§ 1º), bem como o prazo de um dia útil para que o empregado responda ao chamado, presumindo-se, do silêncio, a recusa (§ 2º). Referida recusa, contudo, não descaracteriza a subordinação, para este específico tipo de contrato de trabalho (§ 3º).

Caso o trabalhador manifeste aceitação pela oferta de trabalho, qualquer das partes que a descumprir, sem justo motivo, deve pagar à outra parte, em 30 dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo (§ 4º).

Por fim, estabelece que o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o empregado prestar serviços a outros contratantes (§ 5º).

Quanto à necessidade da forma escrita para o contrato de trabalho intermitente, observa-se que tal exigência constitui requisito formal para sua validade, ou seja, onde o trabalhador não tenha firmado o contrato escrito com os requisitos legais, restará caracterizado contrato de trabalho *standard*, ou seja, contrato de trabalho subordinado por prazo indeterminado e a tempo integral.

A lei não estabelece períodos mínimos ou máximos de trabalho a cada chamado e, por isso, em tese, poderia o empregador efetuar o chamado sem qualquer limitação. O problema da mínima jornada está relacionada à remuneração mínima diária do trabalhador e, quanto ao máximo, à possibilidade de desvirtuação do contrato intermitente (caso o mesmo se estenda por grandes períodos temporais).

Por fim, a lei estabelece que o período de inatividade não será considerado como período à disposição do empregador, já que neste o empregado pode prestar serviços a outros contratantes.

Quanto à negociação coletiva sobre os contratos de trabalho intermitentes, o artigo 611-A, trazido pela Lei 13.467/2017, estabelece que a convenção coletiva e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei quando dispuserem, dentre outros, sobre o trabalho intermitente (inciso VIII).

Desta disposição legal observa-se que o legislador reservou à negociação coletiva importante papel no que diz respeito à nova figura contratual. Pela negociação coletiva pode-se pensar em suprir várias das lacunas legais, dentre elas a limitação da celebração de contratos de trabalho intermitentes a apenas algumas atividades dentro de determinada categoria, podendo chegar até a sua proibição, dependendo do ramo de atividade.

Outra questão que poderia ser regulada pela negociação coletiva seria a limitação subjetiva quanto ao uso de tal contrato, limitando-se sua celebração apenas àqueles trabalhadores que possuem dificuldades de inserção no mercado de trabalho, como jovens, trabalhadores acima de determinada idade ou aposentados, mantendo-se protegido o mercado de trabalho para os trabalhadores em plena idade produtiva.

O direito ao pagamento do trabalho extraordinário também fica garantido, restando à contratação coletiva ou individual estabelecer, sob os novos critérios da reforma trabalhista, o limite da jornada diária do trabalhador.

O direito às licenças paternidade e maternidade restam intocáveis pela negociação coletiva, motivo pelo qual este gozo deve ser garantido pelo empregador intermitente, acrescida da estabilidade decorrente da licença maternidade, obviamente.

Do mesmo modo, o trabalhador intermitente que laborar em atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito ao adicional respectivo, sem qualquer possibilidade de negociação coletiva a respeito, bem como fica garantido o dever do empregador de manter o seguro contra acidentes de trabalho, a seu cargo.

Quanto à utilização do contrato de trabalho intermitente no modelo brasileiro, dados do DIEESE (2020) evidenciam que os contratos de trabalho intermitente representaram 0,13% do estoque dos empregos formais em 2018, chegando a 0,29% no ano de 2019. Contudo, cerca de 11% dos contratados nesta modalidade não desenvolveram nenhuma atividade e não receberam nenhum tipo de remuneração.⁷

⁷ Informações disponíveis no estudo do DIEESE, acessível em file:///C:/Users/eliananogueira Downloads/VOL2_Negociacoes-coletivas_21.06.21%20(1).pdf

No tocante à negociação coletiva quanto ao contrato de trabalho intermitente, na prática, pesquisa realizada pelo CESIT evidencia que a nova modalidade contratual esteve presente em poucas negociações coletivas, algumas condicionando sua utilização à prévia negociação sindical (condição não prevista na lei) e outras indicando benefícios adicionais para os contratados a partir desta modalidade contratual ou vedando-os para este tipo de contratação. No setor do comércio, que mais tem se utilizado desta modalidade de contratação, observa-se uma participação relevante de cláusulas que vedam sua utilização (17,5% das convenções analisadas na pesquisa), e, dentre as que autorizam sua utilização, algumas a subordinam à negociação coletiva (12% do total).⁸

Observa-se que, não obstante a legislação preveja amplo espaço para negociação coletiva em matéria de contrato de trabalho intermitente, poucas cláusulas contratuais tem se ocupado da questão. No entanto, é sintomático perceber que, da análise dos instrumentos normativos, uma parcela da negociação tem seguido no sentido de limitar o uso deste tipo de contratação.

3. A ECONOMIA DIGITAL NO BRASIL E UTILIZAÇÃO DE CONTRATOS DE TRABALHO ATÍPICOS

Em que pese o atual estágio de desenvolvimento do mercado de trabalho, as inovações tecnológicas trazidas pela 4ª Revolução Industrial e seus novos modos de organização⁹, a centralidade do trabalho assalariado persiste para a grande massa dos trabalhadores brasileiros.

A forma tradicional de trabalho subordinado, a tempo pleno e por prazo indeterminado (contrato *standard*), foi, por muito tempo, considerada o único meio adequado para garantir, minimamente, alguma estabilidade econômica para o trabalhador e, ao mesmo tempo, sua permanência contínua no ambiente de trabalho era vista como forma adequada para aquisição de competências e habilidades que pudessem acompanhar, em tempo real, as transformações introduzidas nos processos produtivos.

A ideia dos contratos atípicos rompe a lógica contratual sedimentada no modelo jurídico nacional. Sua adoção permite que, mantido o vínculo de subordinação típico da

⁸ Dados disponíveis em [file:///C:/Users/eliananogueira/Downloads/VOL2_Negociacoes-coletivas_21.06.21%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/eliananogueira/Downloads/VOL2_Negociacoes-coletivas_21.06.21%20(1).pdf)

⁹ Tenhamos em mente a *gig economy* e o modelo *crowdwork*, ou seja, o de plataformas digitais criadas para “desintermediação” no mundo do trabalho, do qual o exemplo mais conhecido é o da plataforma de transporte conhecida como UBER (do qual deriva o vocabulo uberização, utilizado em diversos contextos). Existem hoje várias plataformas digitais utilizadas para “desintemediação” de prestação de serviços dos mais diversos tipos. Cite-se, como exemplo, a plataforma *helpling*, na área de limpeza residencial em varios países, a saber: nos Emirados Arabes, Autralia, Alemanha, França, Países Baixos, Italia, Singapura, Reino Unido e Irlanda.

contratação standard, o tempo de trabalho do trabalhador seja utilizado de modo reduzido (contrato a tempo parcial) ou de modo descontínuo (contrato de trabalho intermitente), com reflexos diretos na sua organização do tempo e, também, diretamente na sua remuneração, que passa a ser reduzida em face da utilização apenas parcial de sua força de trabalho.

A primeira justificativa para a quebra do paradigma do contrato de trabalho *standard* encontra-se no impacto das sucessivas crises econômicas nos processos produtivos, que, em busca de maior efetividade e competitividade, organizam de modo diverso o tempo de trabalho através de contratos de trabalho atípicos com o objetivo imediato de reduzir os custos de produção e adaptar o tempo de trabalho à flexibilização dos modos de produção.

Quanto à questão da utilização diferencial do tempo de trabalho do empregado subordinado, o advento da tecnologia e a larga utilização da comunicação em rede com conexão automática e instantânea, otimizaram a utilização do teletrabalho e do *smart work*, que, como modalidades atípicas de execução do contrato de trabalho subordinado, serviram para ultrapassar a barreira do confinamento do trabalhador a um único local físico comandado pelo empregador. Quanto ao *smart work*¹⁰ revela-se a possibilidade de uma nova organização do trabalho, entregando-se ao trabalhador a plena gestão do lugar e do tempo de trabalho. Tais modalidades atípicas de execução do contrato de trabalho caminham, lado a lado, com as novas formas de contratação atípicas do trabalhador.

Essas novas formas de organização do tempo de trabalho e as contratações atípicas podem servir para auxiliar o trabalhador a administrar a tênue fronteira de conciliação entre tempo de trabalho e tempo dedicado à sua vida pessoal (sem deixar de lado a problemática do direito à desconexão).

Em princípio, parece haver equivalência entre os contratos de trabalho atípicos e a economia digital.

Entende-se economia digital aquela na qual há a incorporação de tecnologias de produção, comercialização e distribuição de bens e serviços. Tais bases tecnológicas podem ser exemplificadas pelo incremento do comércio através do e-commerce, com o desenvolvimento de alternativas que ampliaram acesso ao comércio e ganharam notoriedade durante o período da pandemia COVID-19. A digitalização dos processos de comércio e prestação de serviços impactou profundamente o mercado de trabalho, restando evidenciado o interesse por trabalhadores flexíveis e altamente adaptáveis às oscilações da demanda e oferta.

¹⁰ Referência à Lei n. 81/2017 de 22 de maio de 2017 que regulamentou, no modelo italiano, o *smart work* ou *lavoro agile*.

No que diz respeito à economia digital, ela representa 25% do PIB (Produto Interno Bruto) nacional¹¹. No ano de 2020 houve crescimento de 600% da demanda por mão de obra no setor de tecnologia no país. Houve inequívoco aumento da demanda por tecnologia nos setores do e-commerce e de serviços, principalmente em razão da necessidade de readequação das áreas de comércio e serviços decorrentes das restrições oriundas da pandemia COVID-19. Uma dificuldade apontada por ambos setores foi a da ausência de profissionais qualificados.

É importante assinalar que, ao lado da ausência de profissionais qualificados, o setor da economia digital não contribuiu para a contratação formal dos trabalhadores. Via de regra as contratações se constituem através de “*empreendedores individuais*” ou são mantidas no campo da informalidade, não impactando o mercado de trabalho formal.

O Relatório da OIT intitulado “O emprego atípico no mundo”, constata que muitas empresas nessa nova economia (*à chamada* – referência aos contratos de trabalho intermitentes, ou *gig* – referência às plataformas digitais), tem optado por contratar seus trabalhadores como “independentes”¹².

A baixa utilização dos contratos de trabalho atípicos no caso brasileiro é decorrência, como já se pontuou, sobretudo da larga margem de flexibilidade outorgada pela lei aos contratos de trabalho típicos, notadamente na fase de dispensa dos trabalhadores.

Além da ampla flexibilidade contratual existente nos contratos de trabalho típicos, a questão estrutural da informalidade do mercado de trabalho brasileiro não conseguiu ser alterada pela adoção das formas contratuais atípicas de contratos de trabalho.

A intenção do legislador reformista de 2017, com a Lei 13.467/2017, de criar empregos e de atuar em prol da formalização das relações de trabalho, com adequação do contrato a tempo parcial e com a inserção do contrato de trabalho intermitente, não surtiu o efeito desejado.

Observa-se, no caso brasileiro, que sequer a contratação coletiva seguiu no sentido de validar ou ampliar o uso de tais figuras contratuais.

As negociações coletivas que se seguiram à reforma trabalhista não tiveram a possibilidade de aprofundar ou alargar o uso dos contratos atípicos. O que se vê, das pesquisas levadas a efeito, é que a negociação coletiva permaneceu na retaguarda, ou, quando trouxe o tema à mesa de negociação, houve maior preocupação em limitar o uso de tais contratos do que ampliar sua utilização.

¹¹ Disponível em [gci_digital_spillover.pdf](#) (huawei.com)

¹² Relatório disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_626383.pdf.

A primeira constatação é a de que, em um mercado de trabalho no qual impera a informalidade e onde os baixos salários tem sido a regra, a utilização de formas atípicas de contratação, com redução do tempo de trabalho e, por consequência, da remuneração paga ao trabalhador, não tem se mostrado atrativa a ponto de ganhar adeptos, seja do lado dos empregados, seja do lado dos empregadores.

Por outro lado, na economia digital, em plena ascensão, até o presente momento, as contratações atípicas não se apresentaram como modelo adequado e/ou eficaz para ocupação da mão de obra. Persiste, também neste setor, o alto nível de informalidade ou de contratações efetuadas fora das hipóteses contratuais trabalhistas, típicas ou atípicas e, por vezes, na qualidade de trabalhaores “independentes”.

Observa-se que, no caso brasileiro, os contratos atípicos não respondem, de forma adequada, aos desafios impostos pelo mercado de trabalho, seja ele afeta à economia tradicional, seja à economia digital. O desafio que persiste consiste em buscar novos arranjos contratuais laborais, que possam garantir a todos os trabalhadores, independentemente de seu status, o acesso à proteção social que lhe garanta trabalho digno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil as formas de contratos atípicos de trabalho, enquanto modalidades contratuais, são o contrato a tempo parcial e o contrato de trabalho intermitente.

Ambas foram introduzidas pelo legislador com a finalidade de servir como alternativas para contratação de empregados como opção aos contratos de trabalho típicos, eis que poderiam se amoldar às necessidades de mão de obra fora do trabalho em tempo integral e/ou de períodos fixos e pré-determinados de prestação de serviço. Outra justificativa encontrada está na tentativa de fazer frente à informalidade, buscando a formalização da contratação dos trabalhadores que trabalham sem vínculos contratuais e, com isso, restam alijados da proteção social que lhes seria adequada.

As novas formas de trabalho oriundas da economia digital ganharam relevo nos últimos anos, notadamente do ponto de vista da reestruturação de ambientes laborais, que migraram para prestação de serviços ou comércio de bens através de plataformas digitais. Além disso, a economia digital representa, atualmente, a possibilidade mais promissora de desenvolvimento econômico para grandes setores empresariais.

É de se indagar se, nesta nova economia digital, os contratos de trabalho atípicos teriam aceitação e poderiam ser amplamente utilizados, a fim de unir a ampla flexibilidade desta nova economia e a necessidade de trabalho e proteção social por parte dos

trabalhadores. Ao mesmo tempo, considerando-se a ampla volatilidade das relações de trabalho, releva pesquisar em que medida a negociação coletiva poderia contribuir para ajustar os contratos atípicos ao novo mundo da economia digital.

O que se observa, contudo, do presente estudo, é que os contratos atípicos, no caso brasileiro, possuem tímida utilização na economia tradicional, situação que se reflete na economia digital.

As negociações coletivas realizadas pós Reforma Trabalhista (2017), quando levaram o tema para as mesas de negociações, caminharam no sentido de ampliar a limitação do uso dos contratos atípicos, e a motivação central está na dificuldade de tais contratos significarem avanços para a proteção social dos trabalhadores. A jornada reduzida dos contratos a tempo parcial e a limitação do uso do tempo de trabalho do trabalhador por meio dos contratos de trabalho intermitente, não significam melhorias para a classe trabalhadora. Ao contrário, os dados estatísticos apontados demonstram que houve maior distanciamento do nível salarial destes trabalhadores quanto aos demais, ampliando as dificuldades que os trabalhadores brasileiros possuem de garantir sua sobrevivência por meio do trabalho.

A recente reforma trabalhista no Brasil não caminhou para cumprir as promessas do legislador. O que se observa é que não houve criação de empregos, não houve redução da informalidade e, no momento atual, sequer a economia digital tem conseguido ampliar as formas de acesso dos trabalhadores ao mercado de trabalho de modo digno e com a remuneração adequada.

Os modelos legais dos contratos de trabalho atípicos, no caso brasileiro, possuem apenas aplicação residual e não tem conseguido ocupar o espaço que lhes foi planejado pelo legislador.

A negociação coletiva, nesta seara, não conseguiu encontrar terreno fértil para novas conquistas laborais e, deste ponto de vista, as relações industriais no país não tem conseguido, pela via negocial, ampliar e adequar os interesses entre capital e trabalho, seja na economia tradicional, seja na economia digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6363/2005**. Integra do Projeto disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=987012. Acesso em 01/08/2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 3º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

IBGE. **PNAD Contínua Março a Maio de 2022**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de->

noticias/releases/34176-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-9-8-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-21-8-no-trimestre-encerrado-em-maioMinistério do Trabalho e Previdência. Consulta. Disponível em <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/ConsultarInstColetivo>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O emprego atípico no mundo: desafios e perspectivas**. Genebra, 2016.

KREIN, José Dari, org (et al). **Negociações Coletivas Pós-Reforma Trabalhista 2017**. Org. José Dari Krein (et al). São Paulo. CESIT, 2021. Vol 1 e 2. PDF.

I LAVORI DELLE PIATTAFORME DIGITALI: IPOTESI DI INTERVENTO IN OTTICA DI UNA SEMPLIFICAZIONE DEI MODELLI

The Work of Digital Platforms: Hypothesis of Intervention With A View To Simplification of Models

Federico Pisani¹

CONSIDERAZIONI SISTEMATICHE

Il presente contributo affronta il problema della collocazione dei nuovi modelli di lavoro svolto mediante piattaforme digitali, tentando di offrire soluzioni su scenari futuri e possibili ipotesi di intervento nell'ordinamento italiano, alla luce dei recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali a livello nazionale ed internazionale.

Il tema dovrà necessariamente prendere le mosse da alcune considerazioni di carattere sistematico sulla principale peculiarità del nostro sistema giuridico nazionale, caratterizzato dal noto formalismo che ha inevitabilmente portato alla produzione di un numero eccessivo di forme contrattuali con conseguenti difficoltà di inquadramento dei rapporti, produzione di un costo rilevante per le imprese in termini di complessità gestionale ed affievolimento delle tutele da destinare ai lavoratori interessati.²

Nonostante i tentativi di limitare lo sviluppo smisurato delle collaborazioni coordinate e continuative³, la legislazione dell'inizio del nuovo secolo ha infatti favorito la nascita di numerose fattispecie di lavoro che hanno determinato un "ingorgo" difficile da districare.

Più in particolare, a seguito del d.lgs. n. 81 del 2015 – e delle modifiche ad esso apportate con il D.L. n. 101 del 2019 – tra i due poli del lavoro subordinato e del contratto d'opera regolato dagli artt. 2222 e segg., si collocano ora una serie di fattispecie "intermedie" che danno rilievo, ciascuna, a diversi elementi compatibili con i due fondanti poli originari: dalle collaborazioni organizzate di cui al primo comma dell'art. 2, a quelle di cui al secondo comma dello stesso articolo; dal lavoro di consegna dei riders svolto "attraverso piattaforme anche digitali" di cui agli artt. 47-bis e segg., del d. lgs. n. 81 del 2015, alle "redivive" collaborazioni coordinate e continuative.⁴

Tutto ciò genera due ordini di problemi.

¹ Assegnista di ricerca Università degli Studi di Roma Tre, Dottore di ricerca Università degli Studi di Padova.

² Ciò in evidente controtendenza rispetto alla semplificazione "geometrica" dello schema binario adottato dal Codice civile del 1942 che aveva rintracciato una alternativa "secca" tra i due poli della subordinazione e della autonomia, non riservando in realtà una specifica disciplina per il lavoro autonomo continuativo (Si veda, in particolare, SANTORO PASSARELLI, G., *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979).

³ Fattispecie troppo spesso usate per eludere l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato, prima con il nuovo tipo contrattuale del "lavoro a progetto" (sottoposto a rigorosi vincoli di forma e di sostanza, progressivamente rafforzati) e poi con la disciplina delle "collaborazioni organizzate" (con la correlata modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., disposta dall'art. 15 della legge n. 81 del 2017).

⁴ Da considerare, inoltre, anche il "lavoro autonomo continuativo" (art. 3, comma 1, e art. 14, comma 1, della legge n. 81 del 2017).

Il primo è, inevitabilmente, quello della moltiplicazione dei dubbi e delle incertezze legati ai procedimenti di qualificazione⁵, che rendono il quadro normativo sempre più complesso e da cui deriva anche il rischio di disposizioni prive di coordinamento, tali da costringere gli interpreti a ricostruzioni sempre più ardue per recuperare una coerenza complessiva.

Emblematici, al riguardo, sono proprio i più recenti interventi sollecitati dalla vicenda dei riders, nell'ambito dei quali il legislatore, per individuare il campo di applicazione dei "livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che – "attraverso piattaforme anche digitali – svolgono attività di consegna di beni per conto altrui in ambito urbano"⁶, ha previsto debbano considerarsi "piattaforme digitali" quei programmi e quelle procedure informatiche utilizzati dal committente che "sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione". Tale disposizione, invero, se – per un verso – conferma che la determinazione da parte del committente delle modalità di esecuzione della prestazione è compatibile con il lavoro autonomo, rende improba, per l'altro verso, l'individuazione dell'elemento discrezionale rispetto alla disciplina delle collaborazioni organizzate.⁷

Il secondo ordine di problemi, collegato a quello della tecnica normativa, è sostanziale. Ci si chiede, infatti, se la moltiplicazione delle fattispecie legali, così come realizzata, sia idonea (nel complesso e nelle sue singole articolazioni) a fungere da razionale strumento di distribuzione delle tutele.

In linea di principio, se è doveroso il processo in atto di introduzione di tutele a favore di tutte le forme ed applicazioni di lavoro (secondo l'indicazione dell'art. 35, comma 1, Cost.)

⁵ Già, di per sé, messi a dura prova dai continui mutamenti delle caratteristiche morfologiche che i rapporti di lavoro assumono nella realtà economica e produttiva.

⁶ E "con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'art. 47, comma 2, lett. a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 289" (art. 47-bis, comma 1, del neointrodotta capo V-bis del d. lgs. n. 81 del 2015).

⁷ Non pare, infatti, seriamente sostenibile l'ipotesi di individuare la differenza nel fatto che le "modalità di esecuzione" delle prestazioni, nell'art. 2, comma 1, sono "organizzate" mediante "piattaforme anche digitali", mentre, ai sensi del combinato disposto dei primi due commi dell'art. 47-bis, sono "determinate" mediante "piattaforme digitali".

Apprezzabile è il tentativo di Perulli, A., La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente, ecc. RIDL, 2019, 163 ss., di ricercare una soluzione al rebus interpretativo individuando il campo di applicazione dell'art. 47-bis nelle sole collaborazioni organizzate di cui all'art. 2, comma. Ma, ove si potesse condividere tale ipotesi, la tecnica normativa utilizzata risulterebbe, a dir poco, cervellotica (lo stesso effetto, infatti, sarebbe stato raggiungibile semplicemente, e più chiaramente, stabilendo che alle collaborazioni organizzate dei ciclofattorini, ove intervenga la contrattazione collettiva di cui all'art. 2, comma 2, si applicano i "livelli minimi di tutela" previsti dal neo-introdotta capo V-bis).

Secondo un'ulteriore tesi, anch'essa verosimile, le tutele di cui agli artt. 47-bis e segg. "non presuppongono la continuità del rapporto di lavoro, a differenza di quanto accade nell'ipotesi prevista dall'art. 2, comma 1, che contempla espressamente i rapporti continuativi" (così SANTORO PASSARELLI, G., *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2000*, MGL, 2020). Ma è pur vero che il contenuto dei "livelli minimi di tutela" previsti dal nuovo Capo V-bis del d.lgs. n. 81 del 2015 danno rilievo essenzialmente al profilo dello svolgimento del rapporto, considerando anzi irrilevante il profilo dell'adempimento istantaneo tipico della prestazione d'opera (cfr., in particolare, l'art. 47-quater, commi 1 e 2).

e, in special modo, a favore del lavoro autonomo continuativamente svolto al servizio dello stesso committente, tale processo dovrebbe essere governato dalla applicazione di un principio di proporzionalità e sulla base di criteri ordinatori coerenti che tengano conto delle diverse situazioni soggettive (art. 3, comma 2, Cost.).

Al riguardo, il nostro legislatore si mostra diffidente rispetto all'adozione di nuove categorie di classificazione del lavoro, come quella del lavoro economicamente dipendente, basata su precisi indicatori quantitativi⁸; ed infatti continua a privilegiare il ricorso a fattispecie che attribuiscono rilievo esclusivamente alla qualificazione del vincolo giuridico tra le parti e delle modalità di esecuzione della prestazione.

Senonché, la nuova fattispecie delle “collaborazioni organizzate” appare pensata più per contrastare il fenomeno della elusione della disciplina del lavoro subordinato, che per costruire, intorno ad essa, uno specifico ed appropriato regime protettivo.

In particolare, la scelta relativa all'estensione tendenzialmente integrale delle tutele del lavoro subordinato, oltre a scoraggiare e sanzionare il lavoro autonomo fittizio, colpisce il vero lavoro autonomo, che, quando è svolto personalmente, in modo continuativo e coordinato, presenta inevitabilmente elementi in comune con il lavoro subordinato, ma per definizione è diverso da esso.

Cosicché, al posto di una equiparazione di tutele, sarebbe più ragionevole e coerente con i principi costituzionali, operare in una prospettiva di applicazione modulare, gradualistica e selettiva⁹, tanto più ove si consideri che l'eliminazione del riferimento nelle “collaborazioni organizzate” alla esclusiva personalità della prestazione ed alla organizzazione dei “tempi” e del “luogo” di lavoro ha comportato il venire meno di due condizioni che, più di altre, sarebbero state coerenti con un disegno di assimilazione di trattamento con la posizione del lavoratore subordinato¹⁰.

Pertanto, le incertezze e i dubbi evidenziati rendono auspicabili un nuovo intervento da parte del legislatore, rispetto al quale assume un particolare rilievo la recente proposta di direttiva europea per la tutela del lavoro svolto mediante le piattaforme digitali.

⁸ Come quelli che hanno fatto una breve apparizione con l'art. 1, commi 23-26, della legge n. 92 del 2012. Al riguardo, ICHINO, P., *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella Gig economy*, in *RIDL*, 2018, II, 294.

⁹ Cfr. PERSIANI, M., *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate* in *ADL*, 2015, 1257 ss.

¹⁰ In particolare, mettono in rilievo la difficile conciliabilità della solo prevalente personalità della prestazione con l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, PISANI, C., *Le nuove collaborazioni etero-organizzate, il lavoro tramite piattaforme digitali e gli indici presuntivi della subordinazione*, in *ADL*, 2019, 1202; PERULLI, A., *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente, ecc.*, *cit.*

1. GLI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI: UN QUADRO COMPARATO

L'inquadramento normativo proposto da alcuni sistemi giuridici, sia nei paesi di common law sia in quelli di civil law, è stato in alcune occasioni preceduto dalla giurisprudenza, che a più riprese ha tentato di superare le difficoltà interpretative che l'impalcatura normativa presentava e tutt'ora presenta, al fine di garantire una adeguata tutela alle nuove caratteristiche del lavoro implicate dal collegamento alle piattaforme.

Come già ribadito, l'elemento di fondo delle tendenze evolutive in atto è sempre rappresentato dal "nodo" della qualificazione giuridica di tali forme di lavoro, poste di fronte alla tradizionale alternativa della riconduzione nel lavoro subordinato o nel lavoro autonomo e che sono collocate all'interno di un'area "grigia" che si posiziona, a seconda dei casi, nell'uno o nell'altro polo, ovvero è ricondotta ad un tertium genus variamente denominato e regolato.

In tale contesto, la giurisprudenza ha rivestito e riveste un ruolo importante come laboratorio di idee, sia nel caso di riforme specificamente destinate ai lavoratori operanti tramite piattaforme sia, più in generale, per regolare i criteri di accertamento del lavoro subordinato a livello sistematico.

In base al quadro complessivo delineato, non è tuttavia agevole trarre conclusioni generali sugli orientamenti della giurisprudenza internazionale in relazione alle tipologie di contenzioso più diffuse, soprattutto considerando l'eterogeneità delle piattaforme, il costante susseguirsi di interventi riformatori sulle strutture di tali modelli di lavoro, la scarsità di contenzioso in merito ad alcune tipologie di piattaforme (scarsità riferibile non solo ai modelli c.d. online-based, ma anche agli stessi modelli location-based, al di fuori dei settori del trasporto e delle consegne), nonché la disomogeneità della valutazione della stessa giurisprudenza, anche nell'ambito della medesima giurisdizione.

Si tenterà dunque, in primo luogo, di porre in rilievo alcune tematiche emerse nei casi oggetto delle pronunce dei giudici nazionali, in relazione a peculiarità tipiche del Paese di riferimento.

Per esempio, in Regno Unito¹¹, differenza di altri Paesi, la giurisprudenza esistente sui riders nel settore delle consegne attribuisce un ruolo decisivo alla clausola di sostituzione come barriera insormontabile per la classificazione dei lavoratori come employee; in

¹¹ Employment Tribunal, Leeds 30 April, 1, 2 and 3 May 2018, Case Nos. 1800575/2017, 1800594/1800599/2017, 1801037-1801039/2017, 1801166-1801169/2017, 1801320/2017, E Leyland and others v. Hermes Parcelnet Ltd; Central London Employment Tribunal 5 January 2017, Case No. 2202512/2016, Dewhurst v. Citysprint UK Ltd.; Central Arbitration Committee 14 November 2017, Case No. TUR1/985(2016), IWGB v. RooFoods Limited T/A Deliveroo; High Court of Justice 5 December 2018, Case No. CO/810/2018, IWGB v. Central Arbitration Committee.

Germania¹², invece, le pronunce di merito sul caso *Roamler* evidenziano sinora un approccio molto rigido sull'obbligo di lavorare per un orario minimo; in Spagna, invece, secondo la Corte Suprema¹³, un elemento centrale per il riconoscimento dello status di lavoratore subordinato sembra essere stato attribuito alla qualificazione del rapporto di lavoro come mezzo principale di produzione (elemento che in altri Paesi costituisce un fattore di minore rilevanza).

Tra i modelli che sembrano assumere un maggiore rilievo in modo uniforme per i Paesi presi in considerazione, si potrebbero evidenziare i seguenti:

- Una minor rilevanza attribuita alle formalizzazioni contrattuali in termini "lavoro autonomo";
- Una minore insistenza sul requisito della prestazione di lavoro resa in modo esclusivamente personale e, conseguentemente, sulla sua formalizzazione contrattuale;
- Un approccio più estensivo del concetto di "indipendenza imprenditoriale" in relazione all'obbligo di prestare il servizio (in altre parole, si pone l'accento sulla presenza di eventuali previsioni contrattuali che consentano al prestatore di accettare effettivamente incentivi o altre aspettative, invece di rigidi obblighi, rivalutando in questo ultimo caso il ruolo di tale criterio come indicatore di indipendenza imprenditoriale);
- Una interpretazione più ampia del potere direttivo, di controllo e disciplinare;
- Una più marcata rilevanza sui criteri e sui fattori che determinano la c.d. "integrazione organizzativa" del lavoratore, in contrapposizione allo stringente requisito della indipendenza/imprenditorialità in senso stretto.

Al riguardo, solo un numero limitato di pronunce pone l'accento sul parametro della "dipendenza economica" come criterio significativo rilevatore dello status di datore di lavoro o committente.

La panoramica comparativa permette inoltre di trarre alcune conclusioni sui fattori comuni e sulle macro-tendenze che sembrano essere emerse sino ad oggi.

Per quanto riguarda la introduzione di un *tertium genus* come ipotetica categoria ibrida e intermedia tra il rapporto di lavoro subordinato e autonomo, l'esame della giurisprudenza nel Regno Unito¹⁴ (analogamente a quanto è accaduto in Italia) suggerisce che l'introduzione di una terza categoria con diritti limitati abbia facilitato una riclassificazione da parte dei giudici nazionali, ma tale teorizzazione si è anche sviluppata parallelamente ad un approccio

¹² *Bundesarbeitsgericht*, 1° dicembre 2020 – 9 AZR 102/20.

¹³ Tribunale supremo, sentenza n. 805 del 25 settembre 2020.

¹⁴ *Uber BV v Aslam* [2021] UKSC 5, 19 febbraio 2021.

relativamente rigido sul concetto di subordinazione. Questa impostazione potrebbe costituire un indice rilevatore dell'esigenza, avvertita da parte dei giudici nazionali, di riconsiderare l'ambito di estensione dell'area del lavoro subordinato, specialmente nei Paesi in cui si mantiene la classica e semplice distinzione binaria tra le due forme di lavoro, al fine di evitare la completa esclusione dei lavoratori delle piattaforme dalla gamma completa dei diritti del lavoro subordinato; al contrario, la giurisprudenza in Spagna¹⁵ sembra sinora orientarsi nel senso di “promuovere” i lavoratori operanti tramite piattaforme digitali, dalla fattispecie del c.d. TRADE¹⁶ a quella del lavoro subordinato vero e proprio; analoga tendenza sembra aver assunto la giurisprudenza francese¹⁷ (inclusa la Corte Suprema), pronunciandosi a favore del riconoscimento dello status di lavoratore dipendente per gli operatori delle piattaforme, anche a seguito dell'introduzione da parte dell'ordinamento francese di speciali diritti per questi ultimi come lavoratori autonomi; per ciò che concerne la Germania¹⁸, la scarsità di dati forniti dalla giurisprudenza non permette di trarre conclusioni sulla attuale o potenziale rilevanza di un ipotetico *tertium genus*.

Il meccanismo delle presunzioni legali per il riconoscimento dello status di *employee* a favore dei lavoratori delle piattaforme digitali sembra assumere una estrema rilevanza nella giurisprudenza belga¹⁹ (anche se sarà necessario attendere gli esiti del giudizio sulla valutazione espressa dalla *Commission administrative de règlement de la relation de travail* sul caso *Uber e Deliveroo*). Analoga considerazione vale per il meccanismo presuntivo spagnolo²⁰, con il suo riferimento generico al lavoro svolto “per conto e nell'ambito dell'organizzazione” del committente, richiamato in numerose pronunce che hanno riqualificato i lavoratori delle piattaforme, compresa quella della Corte suprema. Al contrario, il meccanismo presuntivo francese²¹ teso al riconoscimento dell'attività resa in forma autonoma, in caso di iscrizione in un registro delle imprese, è stato regolarmente richiamato nelle decisioni che hanno rigettato

¹⁵ Tribunale supremo, sentenza n. 805 del 25 settembre 2020.

¹⁶ Juzgado de lo Social n. 39 de Madrid, 3 settembre 2018, Roj: SJSO 3042/2018 -ECLI: ES: JSO:2018:3042. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 19 settembre 2019, Roj: STSJ M 5944/2019 -ECLI: ES: TSJM:2019:5944.

¹⁷ Cass. Soc. n. 2020 – 374 del 4 marzo 2020; Cour d'appel de Paris, Pole 6 -Chambre2, 10 gennaio 2019 n. 18-08357.

¹⁸ *Bundesarbeitsgericht*, 1 dicembre 2020 – 9 AZR 102/20.

¹⁹ Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles du 16 janvier 2019, Case No. A/18/02920.

²⁰ Tribunale supremo, sentenza n. 805 del 25 settembre 2020.

²¹ *Conseil de Prud'Hommes de Paris*, 29 gennaio 2018, n. F16/11460, *Menard v Sas Uber France*; *Cour d'Appel de Paris*, 29 gennaio 2018, n. S16/12875; *Cour d'Appel de Paris*, 9 novembre 2017, n. 16/12875; in merito all'altra piattaforma di consegna di Takeateasy, nello stesso senso, *Cour d'Appel de Paris*, 20 aprile 2017, n. 17/0051; *Cour d' Appel de Paris*, 14 dicembre 2017, n. 17/04607; *Cour d'appel de Lyon du 15 janvier 2021*, Case No. 9/08056.

le rivendicazioni dei lavoratori e sembra aver giocato un ruolo significativo nella resistenza iniziale da parte giudici nella riqualificazione di tali rapporti di lavoro²².

Per ciò che concerne la valutazione sulla pluralità dei rapporti di lavoro regolati dalle piattaforme digitali, in primo luogo si è osservato che la stragrande maggioranza delle sentenze riguarda fattispecie relative al settore del trasporto e della consegna, in cui il servizio reso al cliente è standardizzato, di tal che la materia oggetto del contendere sinora si è limitata esclusivamente all'analisi della relazione bilaterale tra la piattaforma e i suoi lavoratori. Ed infatti, la giurisprudenza sulle piattaforme in cui il cliente ha un ruolo più significativo nella determinazione del servizio è ancora molto limitata. Le sentenze esistenti hanno qualificato lo svolgimento delle c.d. microtasks on-location (per es. piattaforme che offrono servizi di pulizia) come un "semplice" rapporto di lavoro tra piattaforma e lavoratore, mentre in altri casi, si è assistito, al limite, ad una riclassificazione delle piattaforme come agenzie di lavoro.

Al contrario, la distinzione tra i soggetti coinvolti nel rapporto trilaterale, non ha ricevuto molta attenzione nelle sentenze francesi²³ e britanniche²⁴, che tendono a classificare i lavoratori come dipendenti. Si è rivelata molto interessante la decisione della *Commission administrative de règlement de la relation de travail* belga²⁵, laddove ha individuato sia Uber che l'associazione belga Platform Rider (per mezzo della quale gli autisti concludevano il contratto per lavorare per Uber) entrambi come datori di lavoro.

In considerazione della rapida evoluzione dei modelli economici e lavorativi delle piattaforme, alcuni passaggi delle motivazioni della giurisprudenza esaminata potrebbero perdere rilevanza nel tempo. Questo è senz'altro riscontrabile per gli elementi che evidenziano l'esistenza di un potere direttivo e di controllo sulla base dei tradizionali test per l'accertamento della subordinazione. A tal proposito, si può far riferimento alla recente sentenza della Corte d'Appello di Amsterdam²⁶, che tiene in considerazione i vari cambiamenti introdotti da Deliveroo dopo la sentenza di primo grado (ad esempio l'abolizione dei turni e di conseguenza l'influenza della piattaforma nell'assegnazione delle priorità per la prenotazione dei turni o l'applicazione di determinate limitazioni in caso di

²² Tribunale civile di Amsterdam del luglio 2019 che ha rigettato il ricorso di alcuni addetti alle pulizie della piattaforma Helpling che reclamavano l'accertamento della subordinazione; Ispettorato del lavoro con provvedimento del febbraio 2021 sulla piattaforma di Temper.

²³ Cass. Soc. n. 2020 – 374 del 4 marzo 2020; Cour d'appel de Paris, Pole 6 -Chambre2, 10 gennaio 2019 n. 18-08357.

²⁴ *Uber BV v Aslam* [2021] UKSC 5, 19 febbraio 2021.

²⁵ Commission Administrative de règlement de la relation de travail del 26 ottobre 2020, Case No. 187 – FR – 20200707.

²⁶ Corte d'appello di Amsterdam in una decisione del febbraio 2021.

mancata presentazione, così come altri elementi penalizzanti che trovavano applicazione in conseguenza di determinate condotte).

In effetti, la direzione generale di Uber ha consapevolmente introdotto nel corso del tempo determinati cambiamenti, che hanno ridotto alcuni elementi restrittivi e punitivi, a cui è stata attribuita una significativa rilevanza nel contenzioso esaminato (ad esempio la consapevole omissione di informazioni sulle destinazioni o le sanzioni per il ripetuto rifiuto di accettare le corse).

A livello fattuale, il dato che emerge sembra mostrare una tendenza alla attenuazione dei poteri di ingerenza da parte della piattaforma in senso direttamente proporzionale all'incremento dell'attività dei lavoratori. In altre parole, tali modelli economici consentono alle piattaforme di esercitare con minor intensità i poteri direttivi, di controllo e disciplinare (ivi inclusa la previsione di sistemi incentivanti) in relazione alla maggiore domanda di lavoro; infatti, potendo le imprese beneficiare dell'apporto di maggiore forza lavoro, si riduce anche la probabilità di disservizio in caso di impossibilità o rifiuto degli operatori di prestare la propria attività in determinati turni e, conseguentemente, l'esigenza di prevedere nei contratti (e/o esercitare nei fatti) una maggiore "compressione" della autonomia/libertà nei confronti dei lavoratori coinvolti.

Alla luce di ciò, la rilevanza del criterio sulla "integrazione organizzativa" potrebbe giocare un ruolo cruciale per la giurisprudenza, in ordine all'accertamento della subordinazione in quei casi in cui lavoro e retribuzione sono effettivamente determinati "unilateralmente" dalla piattaforma. Per le tipologie di piattaforme che non esercitano tale potere contrattuale, la riclassificazione del committente come datore di lavoro potrebbe richiedere un accertamento ancora più incisivo sui punti focali della giurisprudenza tradizionale. Ciò sembrerebbe dimostrato da alcune pronunce (poche per adesso, poiché la stragrande maggioranza riguarda le prestazioni rese nei settori del trasporto e delle consegne), per esempio nei Paesi Bassi, in cui i test tradizionali non sono sufficienti per tutelare gruppi di lavoratori con qualifiche non elevate e un grado di vulnerabilità sostanziale.

2. IL RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Il fenomeno del lavoro digitale e il tema della sua collocazione e inquadramento nell'ordinamento italiano, oltre ad essere oggetto di interventi a livello normativo e giurisprudenziale, da qualche anno ha visto anche dei tentativi di regolamentazione da parte della contrattazione collettiva, che ha tentato di ridurre la distanza tra la varietà dei modelli che caratterizzano l'attuale sistema produttivo.

Alla luce delle recenti esperienze, la contrattazione collettiva si presenta in effetti come strumento dalle rilevanti potenzialità, potendo garantire alle aziende quella flessibilità organizzativa necessaria ad offrire determinati servizi, valorizzando il modello del lavoro subordinato aderente alle esigenze del lavoratore e semplificando in questo modo la disciplina destinata agli operatori comunemente coinvolti nella *gig economy*, vale a dire i lavoratori saltuari e occasionali.

Dal punto di vista normativo, lo spazio per la contrattazione collettiva è stato concesso dal legislatore che, con la legge n. 128/2019 (che ha convertito il decreto-legge n. 101/2019), ha introdotto una tutela specifica per i *riders* (capo V *bis*), mediante la tecnica della regolamentazione tramite rinvio alla contrattazione collettiva dei sindacati comparativamente più rappresentativi.

La legge ha imposto, altresì, alla contrattazione collettiva tempi stretti di intervento con il secondo comma dell'art. 47-*quater* in materia di determinazione del compenso complessivo dei ciclofattorini, secondo cui, in mancanza di una definizione dei criteri da parte della contrattazione collettiva, si applica il contratto affine dei lavoratori subordinati.

Il primo intervento, teso a regolare i rapporti di lavoro dei ciclofattorini impegnati nella consegna di cibo a domicilio, è avvenuto con il contratto collettivo Assodelivery-Ugl, stipulato il 15 settembre 2020 tra UGL Riders (prima Anar, Associazione Nazionale autonoma dei Riders, soggetto favorevole alla classificazione autonoma del rapporto di lavoro²⁷) e Assodelivery, associazione che rappresenta l'industria italiana del food-delivery, cui aderivano le piattaforme multinazionali Deliveroo, Glovo, Just Eat, Social Food e Uber Eats.

L'ambito di applicazione include sia i contratti d'opera che i co.co.co²⁸, insistendo sul carattere genuinamente autonomo dei rapporti contrattuali tra i ciclofattorini e le piattaforme.

Inoltre, secondo tale regolamentazione, non sono riconosciuti ai lavoratori straordinari, mensilità aggiuntive, ferie e indennità di fine rapporto, mentre la retribuzione è a cottimo²⁹, con uno standard retributivo orario minimo di 10 euro e, se basata sul numero di consegne, proporzionata al tempo necessario per eseguirle, in modo da non violare il minimo orario.

²⁷ Come è stato sostenuto, ciò potrebbe svuotare l'idea stessa di azione sindacale e di contrattazione collettiva trattandosi di un processo in cui le parti contraenti si sono scelte per consonanza di interessi. Cfr. QUONDAMATTEO, N., *Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery*, in LLI, Vol. 7 n. 1, p. 105.

²⁸ BARBIERI, M., *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in LLI, 2020, 2, 61-92;

²⁹ QUONDAMATTEO, N., *Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery*, in LLI, Vol. 7 N.1, p. 105.

In aggiunta, oltre a prevedere un'assicurazione antinfortunistica e alcune protezioni contro discriminazioni, il contratto riconosce determinate maggiorazioni in relazione a lavoro notturno, maltempo ed altre particolari circostanze.

Come è noto, tuttavia, tale contratto collettivo è apparso molto fragile, essendo contestato apertamente dai sindacati confederali e dallo stesso Ministero del Lavoro a causa della dubbia rappresentatività di Ugl e sottoposto altresì alla maxi-inchiesta della Procura di Milano³⁰. Dopo appena due mesi dalla sua entrata in vigore, l'accordo ha subito la fuoriuscita di Just Eat da Assodelivery, la quale si è fusa con la concorrente olandese Takeaway, procedendo all'assunzione dei riders come lavoratori subordinati.

Non sono però mancate voci in dottrina in senso favorevole all'utilità del suddetto contratto, come quella di chi, non condividendo l'asserita natura "pirata" dell'accordo (cui si allude nella nota ministeriale in ragione della qualità dei soggetti contraenti e dei contenuti, soprattutto con riferimento alla remunerazione minima) ha ritenuto tale contratto come "atto di nascita" di una nuova categoria sindacale, nuova in quanto si distaccava dal settore finora coperto (almeno per i lavoratori subordinati) dal Ccnl logistica-trasporto merci-spedizioni³¹.

Ancora, è stato sostenuto che pur non configurandosi come un modello standard europeo, esso rappresentava comunque un punto di partenza, seppur da migliorare, "in una logica negoziale pluralista" soprattutto se si assume che nella regolamentazione del lavoro su piattaforme l'unica via è quella sperimentale.³²

Ulteriore e distinto intervento della contrattazione collettiva nell'ambito della disciplina dei lavori su piattaforma è stato il contratto collettivo aziendale stipulato tra la piattaforma di Just Eat e le federazioni di categoria di Cgil, Cisl, Uil del 29 marzo 2021.³³

Proprio la scelta di Just Eat di recedere, nel novembre 2020, da Assodelivery disapplicando il precedente contratto collettivo e di riorganizzare, a partire dall'aprile 2021, il servizio di consegna con lavoratori assunti come subordinati inquadrati nel C.c.n.l. logistica,

³⁰ Si allude alla maxi-indagine della Procura di Milano sul food delivery all'esito della quale sono state sottoposte a sanzione le piattaforme di Just Eat, Glovo-Foodinho, Uber Eats e Deliveroo per 733 milioni di euro ed è stata intimata loro l'assunzione di 60.000 riders.

³¹ ICHINO, P., *Contratto per i rider: è davvero pirata?*, reperibile su <https://www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata/>; In senso opposto, vi è chi ha ravvisato in realtà un'alternativa, la quale consiste, secondo il dettato normativo, nell'applicazione di una disciplina legale e contrattual-collettiva, e cioè nel CCNL Logistica Trasporto merci e Spedizioni, ben più organico e robusto, in tutto e per tutto analogo alla disciplina spettante ai prestatori di lavoro subordinato in caso di collaborazioni etero organizzate, o conforme agli standard minimi e inderogabili fissati nel capo V-bis in caso di collaborazioni con continuative, cfr. F. Martelloni, CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider, consultabile su <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ccnl-assodelivery-ugl-una-buca-sulla-strada-dei-diritti-dei-rider>.

³² CARUSO, B., *Contratto dei rider, un primo passo*, reperibile su <https://www.lavoce.info/archives/69620/contrato-dei-rider-un-primo-passo/>

³³ FALASCA, G., *I diritti e la gig economy possono convivere se funzionano le relazioni industriali*, in *LLL*, vol. 7, n. 1/2021, p. 89-91.

trasporto merci e spedizione, è stata considerata una prova evidente della piena aderenza e adattabilità della subordinazione ai modelli organizzativi delle piattaforme digitali nel settore del *food delivery*³⁴. L'accordo avrebbe in tal senso il merito di aver mostrato la plasticità della nozione di subordinazione, anche con riferimento ai cambiamenti organizzativi dell'impresa, definita come una "pregnante indicazione di politica del diritto".³⁵

Dal punto di vista del salario, l'aspetto più rilevante che segna il passaggio alla disciplina del lavoro subordinato è rappresentato dal superamento della retribuzione a "cottimo", basata cioè sulle consegne effettuate e dall'adozione della retribuzione oraria che serve a remunerare anche i periodi di disponibilità del lavoratore.³⁶

Proprio la retribuzione oraria, disciplinata all'art. 14 del contratto collettivo, ha rappresentato uno dei punti più controversi della trattativa, dal momento che Just Eat avrebbe voluto applicare il C.c.n.l. Multiservizi alla luce dei vantaggi che sarebbero derivati all'azienda sul piano salariale, senonché alla fine è stata concordata l'adozione della categoria della logistica. Inoltre, dal punto di vista della sicurezza del lavoratore, per scoraggiare l'introduzione di meccanismi di incentivazione del rischio, e a differenza del primo contratto esaminato, il contratto collettivo prevede un rimborso spese chilometrico (art. 17) ed un premio di risultato (art. 18); infine, il punto su cui le parti sindacali hanno sicuramente offerto il loro maggior apporto in sede di contrattazione collettiva è rappresentato dall'art. 23, nell'ambito del quale è stato introdotto un diritto di precedenza per quei riders che hanno svolto la loro prestazione tra il 1° agosto 2019 e il 30 marzo 2021, i quali hanno quindi diritto di essere assunti con contratto a tempo indeterminato con un monte ore simile a quello rispettato in precedenza mentre chi, nello stesso periodo, ha lavorato per almeno 60 singole giornate, non è assoggettato al periodo di prova.³⁷

3. SCENARI FUTURI E POSSIBILI IPOTESI DI INTERVENTO

In questo scenario, un ruolo chiave è senza dubbio rivestito dalla recentissima proposta di direttiva europea relativa al miglioramento delle condizioni nel lavoro mediante piattaforme digitali, che avrà un impatto notevole all'interno del sistema normativo italiano, dato che si proporrà di superare il sistema di regole legato ad un modello di organizzazione del lavoro caratterizzato da un'eccessiva rigidità.

³⁴ FORLIVESI, M., *Retribuzione e inquadramento: nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat*, in *LLI*, vol. 7, n. 1, 2021, p. 178-179.

³⁵ BARBIERI, M., *La ragione di un commento a un accordo aziendale importante*, in *LLI*, vol. 7, n. 1, 2021, p. 78.

³⁶ FORLIVESI, M., *Retribuzione e inquadramento: nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat*, cit. p. 179.

³⁷ QUONDAMATTEO, N., *Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery*, in *LLI*, Vol. 7 n.1, 2021, p. 108-109.

In particolare, nell'ambito della proposta di direttiva possono individuarsi tre linee direttrici: in primo luogo, essa prende posizione sul tema della qualificazione del rapporto introducendo una presunzione di subordinazione, ancorata ad una serie di indici sintomatici del controllo che la piattaforma esercita sul lavoratore digitale, al fine di agevolare l'accesso dei platform workers alle tutele in materia di lavoro e di protezione sociale; in secondo luogo, essa limita il potere delle piattaforme, volendo assicurare tutele minime di fronte all'insidioso management algoritmico; infine, richiede una trasparenza generale al mercato digitale, al fine di agevolare l'attività delle autorità competenti (autorità nazionali, enti previdenziali, ispettori del lavoro, articolazioni dei ministeri).

È altresì opportuno evidenziare la rilevante portata della proposta di direttiva che non è circoscritta al solo lavoro dei riders (che evidentemente rappresentano solo la "punta dell'iceberg" di un fenomeno ben più vasto), ma è suscettibile di interessare l'intero variegato fenomeno della trasformazione digitale e tecnologica del lavoro. Fenomeno che implica, da un lato, una profonda revisione dell'organizzazione dell'impresa (c.d. quarta rivoluzione industriale), dall'altro lato, prelude alla ulteriore diffusione delle piattaforme che attraverso l'uso degli algoritmi mettono in relazione un'ampia offerta di servizi con la corrispondente domanda.

Assumendo dunque come ipotesi di studio che la proposta di direttiva venga approvata, gli scenari ipotizzabili sono, nella sostanza, due.

Il primo scenario potrebbe vedere il legislatore nazionale, sollecitato dall'esigenza di dover recepire l'emananda direttiva, intervenire a livello generale, inserendo organicamente la disciplina dei lavoratori delle piattaforme in una complessiva risistemazione delle categorie fondanti il diritto del lavoro.

Seguendo questa opzione, sarebbe ragionevole ed opportuno che il legislatore provveda a riordinare e chiarire, anche in una logica di semplificazione, i "perimetri" della pluralità delle fattispecie esistenti, poiché queste, come si è visto, in base all'attuale disciplina vigente, sono tra loro difficilmente distinguibili o addirittura sovrapposte. E da ciò derivano non solo le patologiche incertezze che sono state già evidenziate, ma anche una scarsa efficacia da parte delle attuali definizioni legali (così come "modellate") a rappresentare idonei criteri di selezione per una razionale ed equa distribuzione delle tutele spettanti alle diverse categorie social-tipiche di lavoratori.

Tuttavia, non si può omettere di considerare che un'opera di riassetto complessivo delle fattispecie esistenti potrebbe porre difficoltà sia di natura politica (essendo più difficile trovare la necessaria coesione delle forze parlamentari su temi così delicati e aventi variegati

effetti di natura economico-sociale), sia di natura tecnica, in quanto la revisione di categorie tradizionalmente consolidate (come sono quelle del lavoro autonomo e del lavoro subordinato) implica la necessità di una elaborazione teorica molto raffinata (e sulla quale, com'è detto, nemmeno la dottrina e la giurisprudenza hanno saputo esprimere opinioni condivise).

A ciò va aggiunto che un riassetto delle categorie fondanti del diritto del lavoro, effettuato al solo scopo di rimettere ordine alla pluralità di fattispecie esistenti, potrebbe condurre alla tentazione di semplificare non solo le fattispecie stesse ma anche le tutele applicabili. Il che potrebbe, a sua volta, generare la riproposizione di una concezione del lavoro subordinato che, muovendo dal presupposto della unitarietà della definizione qualificatoria, ne faccia derivare anche la indistinta generalità dell'applicazione delle medesime forme di tutela, così trascurando di considerare la obiettiva diversificazione dei modelli di lavoro emersi e emergenti nella realtà.

Il secondo scenario è, invece, quello rappresentato dall'ipotesi che il legislatore nazionale intraprenda la strada (non della riforma organica, bensì) dell'intervento limitato al semplice recepimento della direttiva europea, e quindi diretto a creare una specifica disciplina *ad hoc* per i lavoratori delle piattaforme (ancorché non limitata ai soli ciclofattorini).

Questa seconda ipotesi, oltre a ridurre le difficoltà di natura politica e tecnica poc'anzi evidenziate, avrebbe il vantaggio di poter meglio modulare la disciplina delle nuove forme di lavoro tenendo puntualmente conto delle caratteristiche e delle esigenze specifiche del lavoro nelle piattaforme. Ciò consentirebbe di realizzare una mirata "graduazione" delle tutele e di "alleggerire" il rigido dualismo del nostro mercato del lavoro³⁸, dando anche ascolto al monito di quella dottrina che suggerisce di evitare il ricorso a "schemi normativi generali", i quali generano eccessiva uniformazione di trattamenti e oscurano le differenze, pur significative, dei rapporti economico-sociali.³⁹

Una tale disciplina speciale dovrebbe essere individuata, ovviamente, nel rispetto degli obblighi di recepimento previsti dalla direttiva europea e nel rispetto dei principi costituzionali che tutelano il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.) e con ragionevole distribuzione delle tutele stesse ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost.

³⁸ PROIA, G., *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, 2, 499 ss.

³⁹ Cfr. VALLEBONA, A., *Istituzioni di diritto del lavoro. II – Il rapporto di lavoro*, XII edizione, 2021, p. 1048; VALLEBONA, A., *Alla ricerca della certezza perduta*, in *Giur. It.*, 2000, p. 6. VALLEBONA, A., *Efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Bollettino Adapt* 3 Ottobre 2011, n. 23, www.adapt.it, p. 4-5.

In particolare, per quanto riguarda la definizione della subordinazione nel lavoro delle piattaforme il riferimento non potrà che essere operato agli elementi presuntivi individuati dalla direttiva stessa.⁴⁰

Del resto, gli indici individuati dalla proposta di direttiva europea sono, almeno in parte, molto precisi e al tempo stesso rigorosi, cosicché sembrerebbe anche inopportuno che un intervento nazionale decida di integrarli o modificarli, anche per evitare di provocare dubbi di compatibilità con la disciplina europea stessa.

Infine, va anche considerato che il nostro ordinamento lavoristico già conosce articolazioni interne al lavoro subordinato, che si differenziano per determinate caratteristiche dal modello base, anche in termini di tutele. Gli esempi classici sono quelli del lavoro a domicilio, del lavoro sportivo e del lavoro nautico, oggetto di disciplina speciale.

Tale ultima soluzione sembrerebbe preferibile rispetto alla prima, non solo per evitare le criticità sopra rilevate, ma anche per consentire quella “graduazione” di tutele all’interno della stessa categoria del lavoro operanti tramite piattaforme. Le maggiori difficoltà che incontrerebbe questa seconda soluzione sarebbero infatti proprio legate all’adattamento dell’impalcatura protettiva in relazione al grado di ingerenza che la piattaforma digitale esercita nei confronti dei lavoratori.

Come è noto, oltre l’universo del lavoro digitale prestato nella dimensione fisica (es. Ciclofattorini, autisti, ecc.), esiste un mondo apparentemente “invisibile” (o per meglio dire “intangibile”) di lavoratori/creatori di contenuti digitali, che potrebbero astrattamente essere i destinatari della nuova direttiva europea.

La sfida in tale senso sarà quella di riuscire a modellare le tutele in base ad una classificazione di tali tipologie di lavoro che consenta di identificare chiaramente le categorie meritevoli di tutela ed alleggerire il rigido dualismo del nostro mercato del lavoro, con l’obiettivo di ripensare e ricollegare i diritti e le tutele direttamente alla persona che entra nel mercato del lavoro digitale.

Tale obiettivo potrà essere ulteriormente valorizzato dall’intervento integrativo della contrattazione collettiva, che in questo quadro avrà il compito di plasmare ulteriormente le tutele, garantendo al contempo quella flessibilità organizzativa necessaria per l’offerta di

⁴⁰ Nella proposta di direttiva tali indici sono i seguenti: “a) determinazione effettiva del livello della retribuzione o fissazione dei limiti massimi per tale livello;b) obbligo, per la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali, di rispettare regole vincolanti specifiche per quanto riguarda l’aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l’esecuzione del lavoro;c) supervisione dell’esecuzione del lavoro o verifica della qualità dei risultati del lavoro, anche con mezzi elettronici;d) effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l’orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti;e) effettiva limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi.”

determinati servizi in un'ottica di modernizzazione del mercato del lavoro che prescinde dagli orientamenti giurisprudenziali.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Barbieri, M., Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders, in LLI, 2020, 2, 61-92.

Barbieri, M., La ragione di un commento a un accordo aziendale importante, in LLI, vol. 7, n. 1, 2021, p. 78.

Cass. Soc. n. 2020 – 374 del 4 marzo 2020; Cour d'appel de Paris, Pole 6 -Chambre2, 10 gennaio 2019 n. 18-08357.

Conseil de Prud'Hommes de Paris, 29 gennaio 2018, n. F16/11460, Menard v Sas Uber France; Cour d'Appeal de Paris, 29 gennaio 2018, n. S16/12875; Cour d'Appel de Paris, 9 novembre 2017, n. 16/12875; in merito all'altra piattaforma di consegna di Takeateasy, nello stesso senso, Cour d'Appel de Paris, 20 aprile 2017, n. 17/0051; Cour d' Appel de Paris, 14 dicembre 2017, n. 17/04607. Cour d'appel de Lyon du 15 janvier 2021, Case No. 9/08056.

Cass. Soc. n. 2020 – 374 del 4 marzo 2020; Cour d'appel de Paris, Pole 6 -Chambre2, 10 gennaio 2019 n. 18-08357.

Commission Administrative de règlement de la relation de travail del 26 ottobre 2020, Case No. 187 – FR – 20200707.

Come è stato sostenuto, ciò potrebbe svuotare l'idea stessa di azione sindacale e di contrattazione collettiva trattandosi di un processo in cui le parti contraenti si sono scelte per consonanza di interessi. Cfr. Quondamatteo, N., Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery, in LLI, Vol. 7 n. 1, p. 105.

Cfr. Vallebona, A., Istituzioni di diritto del lavoro. II – Il rapporto di lavoro. XII edizione, 2021, p. 1048. Vallebona, A., Alla ricerca della certezza perduta, in Giur. It., 2000, p. 6. Vallebona, A., Efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva, in Bollettino Adapt 3 Ottobre 2011, n. 23, www.adapt.it, p. 4-5.

Employment Tribunal, Leeds 30 April, 1, 2 and 3 May 2018, Case Nos. 1800575/2017, 1800594/1800599/2017, 1801037-1801039/2017, 1801166-1801169/2017, 1801320/2017, E Leyland and others v. Hermes Parcelnet Ltd; Central London Employment Tribunal 5 January 2017, Case No. 2202512/2016, Dewhurst v. Citysprint UK Ltd. Central Arbitration Committee 14 November 2017, Case No. TUR1/985(2016), IWGB v. RooFoods Limited T/A Deliveroo; High Court of Justice 5 December 2018, Case No. CO/810/2018, IWGB v. Central Arbitration Committee.

Falasca, G., I diritti e la gig economy possono convivere se funzionano le relazioni industriali, in LLI, vol. 7, n. 1/2021, p. 89-91.

Forlivesi, M., Retribuzione e inquadramento: nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat, in LLI, vol. 7, n. 1, 2021, p. 178-179.

Forlivesi, M., Retribuzione e inquadramento: nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat, cit. p. 179

Quondamatteo, N., Il difficile cammino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery, in LLI, Vol. 7 n.1, 2021, p. 108-109.

Ichino, P., Contratto per i rider: è davvero pirata?, reperibile su <https://www.lavoce.info/archives/69553/contratto-per-i-rider-e-davvero-pirata/>; In senso

opposto, vi è chi ha ravvisato in realtà un'alternativa, la quale consiste, secondo il dettato normativo, nell'applicazione di una disciplina legale e contrattual-collettiva, e cioè nel CCNL Logistica Trasporto merci e Spedizioni, ben più organico e robusto, in tutto e per tutto analogo alla disciplina spettante ai prestatori di lavoro subordinato in caso di collaborazioni etero organizzate, o conforme agli standard minimi e inderogabili fissati nel capo V-bis in caso di collaborazioni con continuative, cfr. F. Martelloni, CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider, consultabile su <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ccnl-assodelivery-ugl-una-buca-sulla-strada-dei-diritti-dei-rider>.

Juzgado de lo Social n. 39 de Madrid, 3 settembre 2018, Roj: SJSO 3042/2018 -ECLI: ES:JSO:2018:3042. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 19 settembre 2019, Roj: STSJ M 5944/2019 -ECLI: ES:TSJM:2019:5944.

Proia, G., Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)”, in DRI, 2020, 2, 499 ss.

Tribunale supremo, sentenza n. 805 del 25 settembre 2020.

Tribunale civile di Amsterdam del luglio 2019 che ha rigettato il ricorso di alcuni addetti alle pulizie della piattaforma Helpling che reclamavano l'accertamento della subordinazione; Ispettorato del lavoro con provvedimento del febbraio 2021 sulla piattaforma di Temper.

Uber BV v Aslam [2021] UKSC 5, 19 febbraio 2021.

Si allude alla maxi-indagine della Procura di Milano sul food delivery all'esito della quale sono state sottoposte a sanzione le piattaforme di Just Eat, Glovo-Foodinho, Uber Eats e Deliveroo per 733 milioni di euro ed è stata intimata loro l'assunzione di 60.000 riders.

UBERIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: ANÁLISE DA REALIDADE FÁTICO-JURÍDICA BRASILEIRA FRENTE AO TRABALHO POR MEIO DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS¹

*Uberization And Precariousness Of The Labor-Environment: Analysis Of The Brazilian Factual And
Legal Reality In Relation To Work Through Disruptive Technologies*

Gabriel Chiusoli Ruscito²
Victor Hugo de Almeida³

RESUMO

A legislação trabalhista brasileira não acompanhou (ou tardou a acompanhar) as adaptações do trabalho e do meio ambiente do trabalho. Assim, observam-se lacunas legislativas quanto ao trabalho executado por meio de plataformas digitais, em especial, das *crowdsourcing* específicas, processo que ficou conhecido como uberização do trabalho humano. Sem regulamentação, a discussão sobre os direitos e as condições laborais desses trabalhadores, até então, resume-se ao Judiciário, cujas decisões são esparsas e controversas. O objetivo do estudo é analisar a uberização e precarização do meio ambiente do trabalho a partir da realidade fático-jurídica brasileira quanto às formas de trabalho exploradas por meio de tecnologias disruptivas, rompendo com qualquer perspectiva fragmentada de proteção jurídica do trabalhador quando da inserção dos algoritmos ao meio ambiente do trabalho. Confronta-se a clássica concepção do trabalho com o processo de “algoritmização” do labor e revisita-se o conceito de “relação de emprego”. Ainda, examina-se a possibilidade de se harmonizar os interesses sociais e econômicos dessa realidade. O trabalho tem natureza exploratória e descritiva e adota, como método de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados. Propõe-se, ainda, uma revisão multidisciplinar, de maneira não exauriente, nos campos do Direito Material do Trabalho; do Direito Ambiental do Trabalho; e da Saúde do Trabalhador. Reuniram-se dois métodos de abordagem: na pesquisa bibliográfica, o método dedutivo, e, na pesquisa jurisprudencial, o indutivo, buscando demonstrar que: (i) a partir da interpretação gramatical, lógico-sistêmica e teleológica da norma trabalhista, a **natureza** jurídica da relação estabelecida entre as empresas moderadoras de *crowdsourcing* específicas e os trabalhadores cadastrados não é de clássica relação de empregado; (ii) por não serem empregados, esses trabalhadores estão excluídos do sistema de proteção da Consolidação das Leis do Trabalho, em um ambiente laboral extremamente desequilibrado; (iii) a realidade apresentada faz colidir interesses trabalhistas e empresariais, ambos consubstanciados como direitos fundamentais; e (iv) há, portanto, que lhes fazer valer em maior grau possível, sendo, então, necessária a união de esforços das mais variadas ciências para a regulamentação efetiva do tema, assegurando aos trabalhadores um mínimo existencial que lhes garanta dignidade, e, de mesma sorte, por meio de diretrizes de concessões mútuas (Estado e empresa), observados os princípios da propriedade privada e sua função social, projetando uma condição sólida no mercado interno brasileiros para que as empresas desse ramo da atividade possam nele permanecer.

Palavras-chave: Direto do Trabalho; meio ambiente do trabalho; plataformas digitais; uberização.

¹ Este artigo tem origem em pesquisa desenvolvida pelos autores em sede de Iniciação Científica (PIBIC/Unesp – Edital 04/2019), no período de 2019 a 2021, intitulada “A institucionalização da informalidade no meio ambiente do trabalho brasileiro por meio de tecnologias disruptivas na modernidade líquida pós crise de 2008”.

² Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP campus de Franca. E-mail: gabriel.ruscito@unesp.br.

³ Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Docente; Vice-Chefe do Departamento de Direito Privado, de Processo Civil e do Trabalho; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado | Doutorado) da UNESP – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (FCHS/UNESP. E-mail: vh.almeida@unesp.br.

ABSTRACT

Brazilian labor legislation did not follow (or it was slow to follow) the adaptations of work and the labor-environment. As a result, there are legislative gaps regarding the work performed through digital platforms, in particular, specific crowdsourcing, a process that has become known as uberization of human work. Without regulation, the discussion about the rights and working conditions of these workers, until then, comes down to the Judiciary, whose decisions are sparse and controversial. The aim of this paper is to analyze the uberization and precariousness of the labor-environment from the factual and legal reality in Brazil regarding the forms of work explored through disruptive technologies, breaking with any fragmented perspective of legal protection for workers when the algorithms are inserted into the labor-environment. The classic conception of work is confronted with the process of “algorithmization” of work and the concept of “employment relationship”. Still, the possibility of harmonizing the social and economic interests of this reality is examined. This work has an exploratory and descriptive nature and adopts, as a method of procedure, the technique of bibliographic research in published materials. It is also proposed a multidisciplinary review, especially, in a non-exhaustive way, Labor Law; Environmental Labor Law; and Workers' Health. Two methods of approach were used: in the bibliographic research, the deductive, in the jurisprudential research, the inductive, seeking to demonstrate that: (i) from the grammatical, logical-systemic and teleological interpretation of the labor norm, the legal nature of the relationship established between specific crowdsourcing moderating companies and registered workers is not a classic employment relationship; (ii) as they are not employees, these workers are excluded from the protection system of the Consolidation of Labor Laws, in an extremely unbalanced labor-environment; (iii) the reality presented causes labor and business interests to collide, both embodied as fundamental rights; and (iv) these rights must be granted to the greatest possible degree, being, therefore, necessary the union of efforts of the most varied fields of science for the effective regulation of the subject, assuring to the workers an existential minimum that guarantees them dignity, and, likewise, through mutual concession guidelines (State and company), observing the principles of private property and its social function, projecting a solid condition in the Brazilian domestic market so that companies in this branch of activity can remain in it.

Keywords: digital platforms; Labor-environment; Labor Law; uberization.

INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA

Atualmente, nota-se uma tardia onda neoliberal avançar pelo país⁴, a qual se somam a globalização e a Revolução Tecnológica, intensificando o afastamento pessoal e liquidez das relações intersociais. Por um lado, esse movimento “[...] possibilitou modificar o conteúdo organizacional do trabalho, criando novas demandas, novas regras de produção, sociabilidade e sobrevivência, por outro, criou novas formas de agir, de pensar e de viver”⁵.

Surge, então, uma inédita forma de trabalho, aquela realizada por meio de plataformas digitais. Esse processo de atomização do trabalho humano pelo uso de *crowdsourcing*

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

⁵ ALMEIDA, Victor Hugo de. Os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação no direito e no processo do trabalho. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 779-807, maio/ago. 2016, p. 782.

específicas⁶ é referenciado na doutrina e na jurisprudência de diferentes maneiras, como plataformização da economia, *gig economy* e *on demand economy*. Neste trabalho, adota-se a o termo “uberização”, pois, dentre todos, é o mais popular e difundido.

O que se pretende é a demonstração de que, mesmo excluídos da proteção celetista, esses trabalhadores titularizam direitos fundamentais. A essa percepção, soma-se a necessidade de preservar o empreendimento das moderadoras de aplicativos.

Reuniram-se, assim, dois métodos de abordagem: na pesquisa bibliográfica utiliza-se o método dedutivo, na pesquisa jurisprudencial, o indutivo.

Em relação aos procedimentos, utilizou-se, predominantemente, a técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados. Propõe-se, ainda, uma revisão multidisciplinar, de maneira não exauriente, a partir dos campos do Direito Material do Trabalho; do Direito Ambiental do Trabalho; e da Saúde do Trabalhador.

No tocante à pesquisa jurisprudencial, procedeu-se à análise de marcadores comuns e tendências em sentenças proferidas em Ações Cíveis Públicas (ACPs) ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) junto ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região em desfavor de empresas que se utilizam dessa modalidade de trabalho – decisões paradigmáticas escolhidas pelo vasto conteúdo probatório, fruto da reunião de diversos inquéritos civis por todo o país, juntado aos autos – e todas as decisões meritórias proferidas pelas Cortes Superiores nacionais e que, efetivamente, enfrentaram o mérito acerca da natureza jurídica da relação entre trabalhador e aplicativo até o marco temporal fixado em 15 de março de 2021, a fim de se examinar a possibilidade de se harmonizar os interesses sociais (laborais) e econômicos (patronais/empresariais) dessa realidade.

Para tanto, na pesquisa dos julgados, seguiram-se as técnicas: (i) análise da natureza dos pronunciamentos judiciais analisados, excluindo as decisões não meritórias; (ii) busca em repertórios oficiais de jurisprudência⁷; e (iii) leitura dinâmica e seleção de julgados. Dos procedimentos apresentados, chegou-se à seguinte lista de processos, cujas decisões meritórias mais recentes (e de maior hierarquia) foram analisadas:

- a) Sentença proferida na Ação Cível Pública Civil nº 1001058-88.2018.5.02.0008 (TRT da 2ª Região, 8ª Vara do Trabalho de São Paulo);

⁶ Paradigma referenciado por Rodrigo Monteiro Pessoa, em palestra proferida no “IV Seminário Internacional de Pesquisa (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo: o Futuro do Trabalho”, em 29 de agosto de 2019, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, que leva em consideração o interesse do usuário-consumidor pelas atividades desempenhadas pelo usuário-prestador.

⁷ Repertório oficial do TRT da 2ª Região: <https://juris.trt2.jus.br/jurisprudencia/> Repertório oficial do TST: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/> Repertório oficial do STJ: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Repertório oficial do Supremo Tribunal Federal (STF): <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>.

- b) Sentença proferida na Ação Civil Pública Civil nº 1000100-78.2019.5.02.0037 (TRT da 2ª Região, 37ª Vara do Trabalho de São Paulo);
- c) Acórdão em Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038 (TST, 5ª Turma);
- d) Acórdão em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10575-88.2019.5.03.0003 (TST, 4ª Turma);
- e) Acórdão em Recurso de Revista nº 10555-54.2019.5.03.0179 (TST, 4ª Turma); e
- f) Conflito de Competência nº 164544/MG, número único 0079952-10.2019.3.00.0000 (STJ, 2ª Seção).

Trata-se de tema pouco explorado, tornando-se difícil, portanto, formular hipóteses precisas. Procurou-se, então, qualitativamente, a partir de um enfoque interpretativista, proporcionar uma visão geral do trabalho intermediado por *crowdsourcing* específicas.

Descrevendo suas características, apontado seus riscos e elencando os desafios regulatórios, em última instância, investigou-se a necessidade de medidas que visem à efetivação do equilíbrio labor-ambiental. Assume, assim, em níveis de pesquisa, natureza exploratória e descritiva⁸.

1. DA NATUREZA JURÍDICA DOS TRABALHOS POR APLICATIVOS

A princípio, faz-se necessário um estudo mais aprofundado e comparativo entre a clássica concepção de “vínculo empregatício” e a relação havida entre trabalhadores cadastrados em *crowdsourcing* específicas e moderadoras de aplicativos.

Para tanto, vale-se da consolidada doutrina trabalhista, que elenca os cinco requisitos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam: (i) pessoa física; (ii) pessoalidade; (iii) não eventualidade; (iv) onerosidade; e (v) subordinação.

1.1 Dos requisitos da relação de emprego

Os dois primeiros (pessoa física e pessoalidade) estabelecem que podem figurar como empregados tão somente pessoas físicas (naturais), as quais são escolhidas pelo empregador por suas qualidades, atribuições, talentos e virtudes pessoais, de tal forma que o contrato de trabalho, sob o ponto de vista da escolha do empregador, é eminentemente personalíssimo.

⁸ GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 9788597020991. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020991/>. Acesso em: 09 set. 2021.

Como explica Henrique Correia⁹, “O contrato de trabalho é de trato sucessivo, ou seja, há continuidade no tempo. Logo, haverá expectativa de que o empregado retorne ao local de trabalho”, eis a definição do requisito da não eventualidade.

Ainda, a relação de emprego é espécie de trabalho incompatível com a voluntariedade do empregado, percebendo, este, contraprestação pelo seu trabalho.

Por fim, cabe ressaltar que o empregador é quem corre o risco do empreendimento (alteridade), motivo pelo qual é ele o legitimado a determinar os rumos de seu negócio (poder diretivo). Do poder/dever de direção, o qual é decorrência jurídica do contrato de trabalho, abstrai-se a superioridade hierárquica entre empregador e empregado, estando este submetido, dependente às determinações do primeiro em relação às atividades contratadas. Eis o clássico conceito de subordinação jurídica.

1.2 Das decisões meritórias paradigmáticas sobre o tema

A partir da análise do inteiro teor das decisões selecionadas, conforme tópico 1 deste trabalho, inicialmente, tem-se que são as demandas sobre uberização, sendo, ainda, a maioria delas contra uma mesma empresa¹⁰. A similaridade fática que consubstanciou cada uma das decisões é visível, não havendo que se falar em *distinguishing*.

⁹ CORREIA, Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 174.

¹⁰ Acórdão em Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038 (TST, 5ª Turma); Acórdão em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10575-88.2019.5.03.0003 (TST, 4ª Turma); Acórdão em Recurso de Revista nº 10555-54.2019.5.03.0179 (TST, 4ª Turma); e Conflito de Competência nº 164544/MG, número único 0079952-10.2019.3.00.0000 (STJ, 2ª Seção) – processos cujo polo passivo é integrado pela empresa Uber do Brasil Tecnologia LTDA.

Das seis decisões analisadas, cinco¹¹ são desfavoráveis à configuração da relação de emprego, enquanto apenas uma¹² entende por sua caracterização.

A recência da temática não permite conclusões precipitadas acerca de uma suposta jurisprudência das Cortes Superiores, em especial da trabalhista que conta – no marco temporal proposto (15 de março de 2021) – com três decisões colegiadas contra a configuração do vínculo de emprego. Das três decisões colacionadas, duas¹³ foram prolatadas pela 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, exarando, pois, um entendimento cameral e não da Corte como um todo.

¹¹ BRASIL. ACPCiv 1000100-78.2019.5.02.0037. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Rapiddo Agencia de Serviços de Entrega Rápida S.A. e iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. Relatora: Shirley Aparecida de Souza Lobo Escoba. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, 27 jan. 2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10001007820195020037>. Acesso em: 27 jan. 2020; BRASIL. Conflito de Competência nº 164.544 - MG (2019/0079952-0). Suscitante: Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Poços de Caldas - MG. Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Poços de Caldas - MG. Interessados: Denis Alexandre Barbosa e Uber do Brasil Teconologia LTDA. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 04 set. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=CC%20164544>. Acesso em: 20 out. 2021; BRASIL. TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003. Agravante: Ricardo Ramos de Sa. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 11 set. 2020c. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=qO1w9VpArd9eZPzJB17BiOhX0qGgfBQh3Zx24FCz.consultaprocessual-14-5256f?conscsjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 out. 2021; BRASIL. TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e Outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 07 fev. 2020b. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=242502&anoInt=2019>. Acesso em: 07 fev. 2020; e BRASIL. TST-RR-10555-54.2019.5.03.0179. Recorrente: Neder Henrique Gomes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 05 março. 2021. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=qO1w9VpArd9eZPzJB17BiOhX0qGgfBQh3Zx24FCz.consultaprocessual-14-5256f?conscsjt=&numeroTst=10555&digitoTst=54&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0179&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹² BRASIL. ACPCiv 1001058-88.2018.5.02.0008. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Loggi Tecnologia LTDA. e L4B Logística LTDA. Relatora: Láva Lacerda Menendez. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, 06 dez. 2019b. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaProcessual/detalhe-processo/10010588820185020008>. Acesso em: 06 dez. 2019

¹³ BRASIL. TST-RR-10555-54.2019.5.03.0179. Recorrente: Neder Henrique Gomes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 05 março. 2021. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=qO1w9VpArd9eZPzJB17BiOhX0qGgfBQh3Zx24FCz.consultaprocessual-14-5256f?conscsjt=&numeroTst=10555&digitoTst=54&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0179&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 out. 2021 e BRASIL. TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e Outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 07 fev. 2020b. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=242502&anoInt=2019>. Acesso em: 07 fev. 2020.

Na primeira instância, todavia, uma mesma estrutura empresarial e, portanto, uma mesma relação jurídica foi interpretada ora como relação de emprego¹⁴, ora como trabalho autônomo¹⁵ – pela falta de previsão legal ou denominação mais adequada.

Fato é que “[...] a tendência jurisprudencial brasileira no que tange aos trabalhadores que prestam serviços por aplicativos, tem sido no sentido de não reconhecer o vínculo de emprego, classificando a relação como efetivamente autônoma¹⁶”. Como bem apontado pelos autores, trata-se de tendência, não de certeza e a falta de certeza não serve nem ao empresário nem ao trabalhador.

Diante da *inertia deliberandi*, resta aos interessados a judicialização. A jurisdição, contudo, não lhes provê suficiente robustez e, em alguns casos, até mesmo decisões conflitantes que minam a segurança, valor tão caro ao à atividade empresarial.

Nada obstante, reconhecem-se direitos a parcela dos trabalhadores cadastrados, enquanto outros são lançados à própria sorte, aceção diametralmente oposta à perseguida igualdade. Esse descompasso exige uma análise técnica e metódica do tema, a qual se segue.

1.3 Da interpretação da norma trabalhista

Para a análise da realidade fática apresentada por meio das decisões expostas, concluindo, pois, se as diretrizes estabelecidas pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) alcançam a uberização do trabalho, adotar-se-ão os métodos de interpretação gramatical, lógico, sistemático e teleológico do Direito.

Das cabeças dos artigos 2º e 3º da CLT (interpretação gramatical), abstraem-se as definições, respectivamente, de empregador e empregado. É a partir da interpretação analítica da literalidade da norma que se compreendem os elementos caracterizadores da relação de emprego. Contudo, como já alertado, o direito posto não acompanha, ou tarda a acompanhar, as mudanças na volátil sociedade pós-moderna, sendo, pois, insuficiente a interpretação gramatical do texto da lei para a real percepção de seu alcance. Desse método

¹⁴ BRASIL. ACPCiv 1000100-78.2019.5.02.0037. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Rapiddo Agencia de Serviços de Entrega Rápida S.A. e iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. Relatora: Shirley Aparecida de Souza Lobo Escoba. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, 27 jan. 2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10001007820195020037>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁵ BRASIL. ACPCiv 1001058-88.2018.5.02.0008. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Loggi Tecnologia LTDA. e L4B Logística LTDA. Relatora: Látia Lacerda Menendez. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, 06 dez. 2019b. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10010588820185020008>. Acesso em: 06 dez. 2019.

¹⁶ GARCIA, Ivan Simões; SILVEIRA, Carolina Monteiro de Castro. Subordinação algorítmica e a intensificação do debate acerca das condições de trabalho dos entregadores de aplicativos. *In*: MEIRELES, Edilton. (Coord.). **Direito e processo do trabalho**: entre reformas, indústria 4.0, negociação e Salvador: Página, 2021. p. 844.

se aproveitam os requisitos já especificados, partindo-se para os próximos modelos interpretativos, os quais, por sinal, não devem ser tidos isoladamente¹⁷.

A interpretação lógico-sistêmica e teleológica da relação de empregado remete ao pensamento contido na concepção de relação de emprego, portanto, a proteção daquele que cujo trabalho para outrem se dê dentro dos moldes elucidados no item 2.1, ou seja, o trabalho que preencha simultaneamente todos os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício. Aliás, não só a espécie emprego, mas o gênero trabalho é tido, hoje, como um direito fundamental, instrumento indispensável à autodeterminação dos homens e à condição de cidadão, ou seja, elemento mínimo garantidor da dignidade.

Eis que, quando da criação da CLT, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) ou mesmo há poucos anos não poderia o mais visionário dos legisladores vislumbrar uma relação tão diferente quanto a existente entre trabalhadores que se ativam por *crowdsourcing* específicas e as respectivas moderadoras. Como observado nas decisões colacionadas, as premissas fáticas não se encaixam perfeitamente às prescrições legais, sendo, muitas vezes, diametralmente opostas às qualificadoras do emprego.

No tocante à personalidade, não há a essência personalíssima em relação ao interesse da moderadora pelo trabalhador. Qualquer pessoa que cumpra os requisitos mínimos de capacidade pode iniciar sua ativação por meio do aplicativo.

A possibilidade de o trabalho se dar de maneira eventual é visível. Há certa liberdade de descontinuidade da prestação laboral. Os trabalhadores podem ser donos do seu tempo, ativando-se quando querem (quando necessitam). Basta não ativarem o aplicativo.

Quanto à onerosidade, as empresas argumentam que não remuneram os trabalhadores, mas apenas recolhem os pagamentos feitos pelos clientes e deles descontam somente uma taxa pelos serviços de agenciamento, repassando o restante ao trabalhador por aplicativo. Ainda que se entenda pelo repasse por parte da moderadora, como observado pela 5ª Turma do TST, essa contraprestação é percentualmente maior que o observado na relação de emprego¹⁸.

Alguns elementos presentes nessa relação *sui generis* apontam para resquícios subordinatórios, sendo, pois, a prestação de serviços, o *modus operandi* e o valor do frete ou

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

¹⁸ BRASIL. TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003. Agravante: Ricardo Ramos de Sa. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 11 set. 2020c. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=qO1w9VpArd9eZPzJBI7BiOhX0qGgfBQh3Zx24FCz.consultaprocessual-14-5256f?conscsjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 out. 2021.

da corrida, por exemplo, definidos em “contrato de adesão” pelo empresariado. De outra sorte, a ausência obrigatória de ativação, a possibilidade de recusa do chamado empresarial ou até mesmo a alteridade transferida ao trabalhador fazem prova cabal de que, ainda que não amoldado nos contornos da autonomia, também não se presta conformada à subordinação exigida e inerente à relação de emprego.

Nesse sentido, evidencia-se que as peculiaridades fáticas da espécie de trabalho em comento o afastam da incidência da relação de emprego, visto que nenhum dos requisitos elencados pela Lei é suficiente e satisfatoriamente preenchido.

Por não serem empregados, esses trabalhadores estão excluídos do sistema de proteção da CLT. Excluídos do amparo empresarial e estatal, esses trabalhadores veem-se em um ambiente laboral extremamente desequilibrado. Por serem seres humanos, esses trabalhadores são dignos de um mínimo existencial. Dignos, portanto, a esses trabalhadores deve-se assegurar um meio ambiente do trabalho equilibrado, sadio, higiênico e seguro. Soma-se a isto o previsto na CRFB. Ela não restringe o direito ao meio ambiente do trabalho apenas aos celetistas; Ela fala em trabalhadores¹⁹ – gênero.

2. DOS IMPACTOS E DO PAPEL DA UBERIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A logística de negócios na uberização submete os trabalhadores a jornadas exaustivas desde sua concepção. Em reportagem veiculada em maio de 2019 pela BBC News Brasil²⁰, constatou-se que o expressivo número de trabalhadores na plataforma, associado à baixa e inegociável remuneração, faz com que tenham que trabalhar jornadas exaustivas para uma contraprestação minimamente digna.

Autônomos como são até então, não têm direito ao repouso semanal remunerado e feriados, intervalos intrajornada e interjornada, percepção de horas extras e férias, aviso prévio, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), adicional de periculosidade devido, entre outros, todos direitos assegurados àqueles que desempenham as mesmas atividades no regime celetista. Isso os coloca em extrema condição de vulnerabilidade.

Em oposição à lógica do emprego, nessa relação *sui generis* é o trabalhador quem corre os riscos do empreendimento das moderadoras, tendo de arcar com todos os meios

¹⁹ Conforme art. 7º; art. 225 c/c art. 200, inciso VIII; entre outros.

²⁰ BBC NEWS BRASIL. Dormir na rua, pedalar 30 km e trabalhar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos. *Época negócios*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/05/dormir-na-rua-pedalar-30-km-trabalhar-12-horas-por-dia-rotina-dos-entregadores-de-aplicativos.html>. Acesso em: 02 set. 2020.

necessários a sua ativação, como o combustível, a manutenção do veículo, a integralidade dos recolhimentos previdenciários – se é que são regularmente recolhidos – etc.

No desenvolvimento da pesquisa, eis que um novo paradigma se impõe: a pandemia global de COVID-19, momento no qual se observou aumento de trabalhadores cadastrados nas plataformas. Nesse sentido²¹

No Brasil, isso foi expresso no aumento de *downloads* de aplicativos de entregas no período compreendido entre 20 de fevereiro e 16 de março de 2020, no importe de 24%, quando comparado com o mesmo período do ano passado; o pico de 126% foi no dia 06 de março, quando o Ministério da Saúde anunciou a ocorrência da transmissão comunitária do vírus no país.

Com um maior número de trabalhadores cadastrados, em São Paulo, por exemplo, o número de motociclistas mortos em acidentes, entre os meses de março e abril de 2020, teve um salto de 50% se comparado com o mesmo período do ano anterior²². Esses acidentados e seus familiares – no caso de óbito – veem-se desamparados por qualquer reação trabalhista ou previdenciária.

As percepções empíricas assinaladas pela imprensa são confirmadas por trabalho científico divulgado pela Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano em edição especial sobre a COVID-19, o qual reúne dados de quase 300 (trezentos) questionários respondidos pela via *on-line* por trabalhadores de aplicativos em 29 cidades do país. Após o cruzamento dos dados obtidos com os formulários, em especial, sobre o tempo de trabalho e a remuneração dos trabalhadores, os pesquisadores chegaram à conclusão de que:²³

Os resultados revelados não deixam margem a dúvidas sobre um movimento de manutenção de longos tempos de trabalho, associado à queda da remuneração desses trabalhadores, que arriscam sua saúde e a vida no desempenho de um serviço essencial para a população brasileira, ao contribuírem para a implementação e a manutenção do isolamento social durante a pandemia. Isso é, ainda, acompanhado pelo aumento do risco de contágio, o que

²¹ BÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paulo Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, Edição Especial – Dossiê COVID-19, p. 1-21, 2020. p. 4.

²² HENRIQUE, Alfredo. Morte de motociclistas cresce durante período de quarentena em SP. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/saopaulo/2020/05/morte-de-motociclistas-cresce-durante-periodo-de-quarentena-emsp.shtml?origin=folha>. Acesso em: 02 set. 2020.

²³ ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paulo Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, Edição Especial – Dossiê COVID-19, p. 1-21, 2020. p. 15.

intensificou as condições de trabalho precárias e inseguras dos entregadores.

Nessa mesma linha e tomando-se como paradigma a COVID-19, esses trabalhadores foram (e ainda estão) diretamente expostos aos riscos infecto-sanitários pandêmicos. Impossibilitados de permanecerem em casa conforme a orientação das autoridades da saúde, aqueles que se ativam por essa espécie de trabalho não gozam da rede de apoio empresarial que é conferida – por determinação legal – aos empregados.

Antes, durante e, seguramente, após a pandemia, fato é que a posição cinzenta do processo de uberização – ocasionada pela falta de regulamentação específica – impacta sobremaneira o meio ambiente laboral desses trabalhadores, expondo-os a situações subumanas. Entendidos como não empregados, são tratados como indignos de direitos.

3. DA ANTINOMIA IMPRÓPRIA: LIVRE INICIATIVA E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O direito humano ao equilíbrio labor-ambiental ganha *status* de direito fundamental com a promulgação do Texto de Agosto, quando prescreve que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e de toda a coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações²⁴.

Nada obstante, consubstanciam o rol aberto de direitos e garantias fundamentais a propriedade privada e a livre iniciativa, que figura como fundamentos da República²⁵, explicitando a importância conferida pelo Constituinte à atividade empresarial.

Ressalta-se que o fundamento da livre iniciativa foi alçado ao Texto Maior ao lado de outro, e não por acaso, o valor social do trabalho, demonstrando a clareza do Legislador originário no sentido de que a ordem econômica deva ser fundada na valorização do trabalho humano²⁶, sendo, portanto, necessária a compatibilização desses direitos fundamentais. Apesar de sua intenção, a realidade fática engendrada pelo sistema capitalista, intensificada pela globalização da economia e pela atomização do trabalho, bem como pelos processos de distanciamento social pré e durante a pandemia de COVID-19 têm mostrado que os interesses obreiros e empresariais são quase inconciliáveis.

Todavia, dada sua fundamentalidade e importância, a esses direitos (meio ambiente do trabalho equilibrado e ao desembaraçado desenvolvimento empresarial) deve ser

²⁴ Conforme art. 225 da CRFB.

²⁵ Conforme art. 1º, IV, CRFB.

²⁶ Conforme art. 170, CRFB.

reconhecida eficácia imediata²⁷. A melhor técnica hermenêutica das normas de direitos fundamentais, a partir concepção de princípios como mandamentos de otimização, orienta que essa antinomia imprópria “[...] deve ser solucionada pela ponderação, cujo resultado (lei de colisão) produzirá uma medida estruturada como regra (norma de direito fundamental atribuída), passível de ter sua validade jurídica aferida pela máxima da proporcionalidade.”²⁸.

Questiona-se, porém, como fazer essa compatibilização. Por demandar um plano de ação e envolver muitos interesses, a estruturação de soluções que intencionem satisfazer o dilema posto precisa ser mais aberta à população. Não se pode, de um lado, garantir um meio ambiente equilibrado sem antes conhecer seus elementos, tampouco se pode assegurar a sobrevivência empresarial sem grandes aprofundamentos sobre a atividade. Ninguém melhor que os próprios agentes sociais imersos protagonistas dessa relação para expor suas peculiaridades. Assim, é preciso incentivar a pauta pública para desencadear o debate e contribuir com o processo de mudança social.

Em seguida, devem-se considerar as variadas áreas do conhecimento – Direito, Engenharia, Economia, Saúde etc. É preciso que se tenha a consciência de que somente a comunhão de ideias poderá externar uma norma materialmente significativa. Contudo, é possível pontuar algumas questões macro sem as quais não se pode almejar uma existência digna do trabalhador, nem a sobrevivência do empreendimento no capitalismo:

- i)* Há de se assegurar a esses trabalhadores direitos mínimos há tempos conferidos a outras categorias de trabalho, como, por exemplo, garantia de percepção do salário mínimo/hora, limitação da jornada diária de trabalho, respeito aos intervalos inter e intrajornada e descanso semanal remunerado;
- ii)* Deve-se conferir atenção especial às disposições de cunho não pecuniário, como as normas relativas à saúde, segurança e higiene do trabalho, restando a cargo das moderadoras, por exemplo, a elaboração de estudos e planos de prevenção e precaução de riscos, por meio da concessão dos equipamentos de proteção individual e treinamentos; e
- iii)* Há de se regular os encargos trabalhistas e as normas previdenciárias e tributárias que incidirão nas atividades das moderadoras. Nesse ponto, devem-se assegurar condições mínimas às moderadoras para a

²⁷ Conforme art. 5, parágrafo 1º, da CRFB.

²⁸ BELTRAMELLI NETO, Silvio. Aplicação dos direitos fundamentais sociais: apontamentos metodológicos. *In*: CORREIA, Henrique; MIESSA, Elisson. (Coord.). **Estudos aprofundados do MPT**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 131.

manutenção do empreendimento no mercado nacional. Contudo, as concessões a serem feitas para a garantia dessas “condições mínimas” não podem partir dos trabalhadores, mas sim da comunhão de esforços empresarial e estatal. Apesar da importância social das *crowdsourcing* específicas, é certo que a elas não se pode prometer o mundo e, aos trabalhadores e Estado, nada. De mesma banda que à sociedade interessa a manutenção delas no país, a elas interessa a permanência aqui.

A realidade fática faz colidir interesses dos trabalhadores e do empresariado, consubstanciados como direitos fundamentais. Há, assim, que fazer-lhes valer em maior grau possível, sendo necessária a união de esforços das variadas ciências para a regulamentação efetiva. Destaca-se, ainda, que se deve assegurar aos trabalhadores um mínimo existencial que lhes garantam dignidade e, por meio de concessões mútuas (Estado e empresa), observados os princípios da propriedade privada e sua função social, projetar uma condição econômica sólida aos conglomerados para que aqui permaneçam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, chegou-se à conclusão de que:

- (i) A partir da interpretação gramatical, lógico-sistêmica e teleológica da norma trabalhista, tem-se que a natureza jurídica da relação estabelecida entre as empresas moderadoras de *crowdsourcing* específicas e os trabalhadores cadastrados não é de clássica relação de empregado (artigos 2º e 3º da CLT);
- (ii) A posição cinzenta da relação *sui generis* daqueles que se ativam por *crowdsourcing* específicas – ocasionada pela falta de regulamentação específica – impacta sobremaneira o meio ambiente laboral desses trabalhadores, expondo-os a jornadas exaustivas de trabalho, baixa faixa remuneratória, riscos inerentes aos ambientes de trabalho aos quais estão imersos, como acidentes automobilísticos e riscos infecto-sanitários; isto é, a situações subumanas. Entendidos como não empregados, são tratados como indignos de direitos; e
- (iii) A realidade fática faz colidir interesses dos trabalhadores e do empresariado, consubstanciados como direitos fundamentais. Há, assim, que fazer-lhes valer em maior grau possível, sendo necessária a união de esforços das variadas ciências para a regulamentação efetiva. Destaca-se, ainda, que se deve assegurar aos trabalhadores um mínimo existencial que lhes garantam

dignidade e, por meio de concessões mútuas (Estado e empresa), observados os princípios da propriedade privada e sua função social, projetar uma condição econômica sólida aos conglomerados para que aqui permaneçam.

Resume-se este trabalho com uma releitura da célebre frase de Jean Baptiste Henri Dominique Lacordaire: nas relações entre a *crowdsourcing* específica e o trabalhador, entre o rico e o pobre, a liberdade escraviza e a lei liberta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paulo Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Cláudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, Edição Especial – Dossiê COVID-19, p. 1-21, 2020.

ALMEIDA, Victor Hugo de. Os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação no direito e no processo do trabalho. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 779-807, maio/ago. 2016.

BBC NEWS BRASIL. Dormir na rua, pedalar 30 km e trabalhar 12 horas por dia: a rotina dos entregadores de aplicativos. **Época negócios**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/05/dormir-na-rua-pedalar-30-km-e-trabalhar-12-horas-por-dia-rotina-dos-entregadores-de-aplicativos.html>. Acesso em: 02 set. 2020.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Aplicação dos direitos fundamentais sociais: apontamentos metodológicos. *In*: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. (Coord.). **Estudos aprofundados do MPT**. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. ACPCiv 1000100-78.2019.5.02.0037. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Rapiddo Agencia de Serviços de Entrega Rápida S.A. e iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. Relatora: Shirley Aparecida de Souza Lobo Escoba. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, 27 jan. 2020b. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10001007820195020037>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. ACPCiv 1001058-88.2018.5.02.0008. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réus: Loggi Tecnologia LTDA. e L4B Logística LTDA. Relatora: Látia Lacerda Menendez. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, 06 dez 2019. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10010588820185020008>. Acesso em: 06 dez. 2019.

BRASIL. Conflito de Competência nº 164.544 - MG (2019/0079952-0). Suscitante: Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Poços de Caldas - MG. Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Poços de Caldas - MG. Interessados: Denis Alexandre Barbosa e Uber do Brasil Teconologia LTDA. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 04 set. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=CC%20164544>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. TST-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003. Agravante: Ricardo Ramos de Sa. Agravado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. **Tribunal**

Superior do Trabalho, Brasília, 11 set. 2020c. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=qO1w9VpArd9eZPzJB17BiOhX0qGgfBQh3Zx24FCz.consultaprocessual-14-5256f?conscsjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. TST-RR-1000123-89.2017.5.02.0038. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e Outros. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 07 fev. 2020c. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=242502&anoInt=2019>. Acesso em: 07 fev. 2020.

BRASIL. TST-RR-10555-54.2019.5.03.0179. Recorrente: Neder Henrique Gomes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 05 março. 2021. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do;jsessionid=qO1w9VpArd9eZPzJB17BiOhX0qGgfBQh3Zx24FCz.consultaprocessual-14-5256f?conscsjt=&numeroTst=10555&digitoTst=54&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0179&consulta=Consultar>. Acesso em: 20 out. 2021.

CORREIA, Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GARCIA, Ivan Simões; SILVEIRA, Carolina Monteiro de Castro. Subordinação algorítmica e a intensificação do debate acerca das condições de trabalho dos entregadores de aplicativos. In: MEIRELES, Edilton. (Cord.). **Direito e processo do trabalho**: entre reformas, indústria 4.0, negociação e Salvador: Paginæ, 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 9788597020991. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020991/>. Acesso em: 09 set. 2021.

HENRIQUE, Alfredo. Morte de motociclistas cresce durante período de quarentena em SP. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2020/05/morte-de-motociclistas-cresce-durante-periodo-de-quarentena-em-sp.shtml?origin=folha>. Acesso em: 02 set. 2020.

UMA ANÁLISE SOBRE A NORMATIZAÇÃO DO TRANSPORTADOR AUTÔNOMO DE CARGAS (TAC)

An Analysis On The Standardization Of The Autonomous Cargo Carrier (Tac)

Gabriel Cipriano Nicolau Siqueira¹

Resumo:

Este presente artigo tem como objetivo analisar a normatização do transportador autônomo de cargas (TAC), através de um estudo sobre o texto normativo 11.442/07. Após isso, será feito, um relatório sobre como foi recepcionado inicialmente esta lei, e expor como foi formulado os pedidos de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Constitucionalidade, bem como o relatório do julgamento do Superior Tribunal Federal. Em seguida, será feita uma investigação teórica sobre as cláusulas pétreas, bem como ao meio ambiente de trabalho, sobre os direitos fundamentais dos TAC, e dessa forma, discorrer sobre as contrariedades e lacunas deixadas pela tese firmada.

Palavras-chave: Motorista Carreteiro Autônomo; Terceirização, Princípio da Proteção do Trabalhador; Lei 13.442/2007; Direito do Trabalho.

Abstract:

This article aims to analyze the regulation of the autonomous cargo carrier (TAC), through a study on the normative text 11.442/07. After that, a report will be made on how this law was initially received, and how the requests for Declaratory Action of Unconstitutionality and Constitutionality were formulated, as well as the report of the judgment of the Federal Superior Court. Then, a theoretical investigation will be carried out on the stony clauses, as well as the work environment, on the fundamental rights of the TAC, and in this way, discuss the setbacks and gaps left by the thesis signed.

Keywords: Autonomous Truck Driver; Outsourcing, Principle of Worker Protection; Law 13.442/2007; Labor Law.

INTRODUÇÃO

Em seu livro “O novo tempo do Mundo” o filósofo brasileiro Paulo Arantes argumenta que as relações de serviço advinda com a ascensão do capital, sob a exploração das populações confinadas na marginalidade, fez pautar o trabalho descomunal do proletariado de uma forma informal. Por isso, o poder soberano irá se utilizar da pobreza destas populações, que dependente dos empregos, para os interesses que vierem no decorrer de todo o ciclo longo que principia pelas guerras bárbaras permanentes e culmina na emergência econômica na nova dependência financeira de hoje².

Nesse respeito, quando se arrola a proposição do capital acima mencionada com a atual estrutura laborativa global, tem-se que ressaltar a tamanha relação de interdependência

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas, da UFES, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. E-mail: gabrieladvnicolau@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/9814534319356674>

² ARANTES, Paulo. O Novo Tempo do Mundo. ed. 1º. O novo tempo do mundo [recurso eletrônico]: e outros estudos sobre a era da emergência / Paulo Arantes. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2014. p. 367.

a conjuntura da atuação dos motoristas carreteiros na economia nacional. No entanto, por ser uma categoria laboral executada pelo proletariado, os carreteiros nunca receberam uma valorização dentro da comunidade brasileira e global. Apesar do contrassenso criado por estereótipos e mitos, estes obreiros foram notórios para a distribuição e crescimento dos condimentos para a indústria nacional.

Nada obstante, é ainda intrigante que por mais que o caminhoneiro esteja inserido na cultura brasileira; em alusão é inquestionável presença como nas mais famosas músicas sertanejas, como "Sonho de Caminhoneiro" por Milionário e Jose Rico, "Voando sem asas" por Zezé Di Camargo e Luciano, "Frete" por Chitãozinho e Xororó e "Caminhoneiro" por Roberto Carlos; a mesma lógica não se seguiu na promulgação de legislações específicas para eles, ou na proteção jurídica, alias a primeira lei que citasse diversas particularidades sobre a subcategoria foi somente apenas em 2012.

Isto posto, encontra-se uma linha tênue entre a intensificação dos grupos laborativos de extrema importância para o crescimento econômico, onde o incremento deste impactaria em reflexos para todos os outros setores, e a imposição normativa estatal em impor requisitos mínimos de vivência. Assim sendo, a ponderação equivocada de qualquer um dos lados geraria ricochetes bem particulares, visto que a atividade do motorista profissional de cargas é carregada de complexidades peculiares, sendo isso comum ao todo globo.

Dessa maneira, elenca-se como problemática a devida ponderação que possibilite o crescimento dessa categoria e a garantia dos direitos fundamentais dentro âmbito brasileiro, algo que se variou devido a omissão de muito tempo da ação estatal, e mesmo depois da formulação legislativa, está se resultou complicada e obscura, possibilitando interpretações retrógradas.

A hipótese a ser testada será a de que na atual conjuntura jurídica o Estado não está garantindo os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, de modo que a categoria dos motoristas carreteiros fica a mercê da interpretação que condiciona ao alongamento da jornada, diminuição da remuneração e o afastamento da negociação sindical, afim de beneficiar o interesse empresarial.

Desse modo, vem a apresentar o contexto normativo histórico desse específico tipo de trabalho, com os marcos Legislativo Lei nº 13.103/2015 e dos julgamentos das ADI 3961 e ADC 48, destrinchando os argumentos ali expostos. Logo após, irá se apresentar e aprofundar no conceito da proteção do trabalhador e sua relação com o instituto da terceirização Direito Brasileiro, dissertando sobre os seus limites constitucionais, com uma análise crítica e indutivas entre os âmbitos tópicos.

Será utilizada a metodologia qualitativa, na perspectiva dedutiva, consubstanciada na doutrina e na jurisprudência, vai ser relacionado horizontalmente ambos os assuntos, investigando e propondo como tese original desse artigo mais especificamente a interpretação constitucional sob a Lei nº 13.442/07 em seus arts. Art. 5º e 18º encarado sobre a afronta aos direitos fundamentais em prol da flexibilização das relações de trabalho, criando para isso a ficção jurídica da suposta equiparidade e igualdade entre o Motorista Carreteiro Autônomo (Transportador Autônomo de Cargas), em contraponto das decisões ADI 3961 e ADC 48.

Ressalta-se que o futuro artigo não pretende esgotar o tema, e sim trazer o debate sobre a garantia dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição dos motoristas carreteiros, e também sobre as complexas especificidades da jornada dos carreteiros.

1. DO TRABALHADOR AUTONOMO DE CARGAS (TAC)

A promulgação da Lei 11.442 de 2007 veio através do Projeto de Lei (PL) nº 11.442/2001, ao qual sua proposta originaria reservar a atividade do transporte de carga fixando competência a Justiça Comum aos contratos prestação de serviços que trabalha sem qualquer subordinação e com autonomia, inexistindo vínculo de emprego e sem controle de horário. Na visão do autor da PL, Féu Rosa, a promulgação desta lei seria um importante passo para os transportes de cargas e seus desdobramentos a serviço do contratante³. A redação final foi promulgada sem modificações do texto original em sua parte essencial

A Lei 11.442/07 estabelece os possíveis sujeitos da relação regulamentada em seu art. 2º, ao qual podem ser um Transportador Autônomo de Cargas - TAC, pessoa física que tenha um caminhão ou veículo (inciso I), Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas - ETC, pessoa jurídica e Cooperativa de Transporte Rodoviário de Cargas (CTC), sociedade cooperativa na forma da lei (inciso III). Para se comprovar a presença de TAC, basta provar que este é proprietário do veículo e que tenha 3 anos de experiência da profissão (vide parágrafo 1º).

Quanto a natureza da relação, ao qual vai ser mais tarde ponto de debate, no art. 5º indica que todas as relações seriam são sempre, *in verbes*, de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego, e por isso, a

³ BRASIL. Congresso. DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ata da 30a Sessão, Solene, Matutina, em 27 de março de 2001. p. 22. [13/06/22] Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR2001.pdf#page=19>.

Justiça do Trabalho não seria competente a julgar esses casos, ensejando assim o prazo prescricional de somente 1 ano (vide art. 18º).

Nota-se que desde que a sua formação no Projeto de Lei, até a sua promulgação como norma, o seu principal objetivo seria de afastar a competência da Justiça do Trabalho para julgar os casos de TAC. Nesse sentido, esta motivação está consubstanciada no art. 5º da referida lei, e isso fica ainda mais claro quando observa a presença de frases como “todas as relações” e “em nenhuma hipótese”.

Frente a isso, revela-se uma das problemática ao artigo, o embate do vetor normativo promulgado do legislativo que tentar impor uma vedação expressa, e quase desesperada, existência da relação empregatícia e a aplicação das normas trabalhistas.

Isso vai diretamente contra o princípio basilar do Direito do Trabalho: a primazia da realidade, conceituado pelo Carlos Henrique Bezerra Leite como sobreposição da realidade fática na execução do contrato prevalece sobre o aspecto formal das condições nele avençadas⁴, que nas palavras do Mauricio Godinho é poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real, verificando se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes⁵.

2. DAS ADI 3961 E ADC 48

Perante a problemática brevemente apresentada, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), juntamente com a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) propuseram ao Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3961) sobre os arts. 5º caput, paragrafo único, e 18º da referida lei em 2007, ou seja, imediatamente após ao *vacatio legis*.

Em contraponto, Confederação Nacional Do Transporte (CNT) entrou com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 48) para demonstrar que o regime jurídico da Lei nº 11.442/07 encontra fundamento na livre iniciativa, na liberdade do exercício profissional e não afasta as garantias próprias dos trabalhadores, e afastar definitivamente a competência da Justiça do Trabalho, em 2017.

Em 15/04/2020 ocorreu o julgamento, com o Ministro Luís Roberto Barroso como relator de ambas as ações, em sua visão o ponto principal da discussão seria a possibilidade das empresas utilizarem da terceirização não apenas como atividade-meio, mas como

⁴ LEITE, Carlos Henrique B. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edição). Editora Saraiva, 2021. p. 60.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019. p. 246

atividade fim⁶, e neste caso de contratação, o TAC se constituiria apenas como uma alternativa, que não frauda o contrato de emprego, sendo a relação de contratante e prestador uma “margem de conformação para o legislador ordinário”⁷. Então, fixou o relator o entendimento de que, uma vez preenchidos os requisitos da referida lei, estará configurada a relação comercial.

Na mesma linha compreendeu o Ministro Alexandre de Moraes sobre a plena constitucionalidade, que partiu do pressuposto de que não há relativização de direitos sociais na terceirização ou despolarização, tendo em vista que “somente pelo trabalho o homem garante sua subsistência e crescimento do país”⁸. Além disso, afirma que a proteção ao trabalho não engloba somente o trabalho subordinado tradicional, bem como os autônomos e terceirizados. No entanto, faz a ressalva quanto a intermediação ilícita de mão de obra, que neste caso deverá ser devidamente fiscalizada.

Por outro lado, o Ministro Edson Fachin abriu divergência ao atestar a inequívoca vedação no texto normativo para o reconhecimento de vínculos empregatícios, e a vista disso, deve-se ser estabelecida o vetor hermenêutico do princípio da primazia da realidade. Ante a isso, não pode a norma infraconstitucional de forma apriorística impor uma natureza comercial aprioristicamente ao regime de direitos p^étreos trabalhistas (vide art. 7^o CF)⁹. Por isso, entendeu pela inconstitucionalidade dos dispositivos art. 5^o e 18^o da Lei 11.442/07.

Em sintonia, a Ministra Rosa Weber entendeu a lei extrapola a mera regulamentação da relação jurídica e invade o conteúdo material da relação de emprego, e isto revela a pretensão reducionista ao classificar a priori o vínculo jurídico mantido entre contratante e contratado, implicando num menoscabo dos direitos fundamentais. Isto posto, o exercício do poder no cumprimento diário do contrato é elemento catalisador da intervenção do poder estatal, se diferindo assim a natureza da vontade entre o contrato civil e contrato de trabalho, no primeiro se compromete, no segundo se submete¹⁰.

Os demais Ministros decidiram em seguir o voto do relator que acabou por se tornar vencedor, firmando a seguinte tese de que há plena constitucionalidade dos dispositivos arts. 5^o e 18^o que afastaram a configuração de vínculo nesta hipótese de atividade, e uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei n^o 11.442/2007, estará configurada a relação

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3961. MC/DF. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. p. 18

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ibid. p. 21.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ibid. p. 32.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ibid. p. 44.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ibid. p. 54.

comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista, não havendo, portanto, competência trabalhista¹¹.

3. DAS LACUNAS E CONTRADIÇÕES

3.1. Do Meio Ambiente de Trabalho dos TAC's

Preliminarmente a adentrar aos direitos fundamentais que estão em questão neste julgamento das ADI 3961 e ADC 48, é imperioso discorrer sobre ao respeito da substancial unicidade de regime para os direitos fundamentais e a sua relação com o Direito Ambiental do Trabalho.

De acordo como leciona o jurista Ingo Wolfgang Sarlet o reconhecimento dos direitos fundamentais, previstos na Carta Magna, pressupõe um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional num seletivo rol de “clausulas pétreas”, blindado contra a supressões ou esvaziamentos arbitrários conveniando em uma dupla fundamentalidade formal e material¹².

Nessa seara, expõe-se o art. 5º, § 2º e o art. 7º, caput CF:

§ 2º 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.

¹¹ Direito do Trabalho. Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória da Constitucionalidade. Transporte rodoviário de cargas. Lei 11.442/2007, que previu a terceirização da atividade-fim. Vínculo meramente comercial. Não configuração de relação de emprego. 1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. 2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007, à luz do art. 7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial. 4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “1 – A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”. (STF - ADI: 3961 DF, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/06/2020).

¹² SARLET, Ingo, W. OS DIREITOS DOS TRABALHADORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988. In Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013. p. 10

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social¹³.

A partir de tais enunciados é preciso usar do instrumento do acoplamento por atração, isto é, um exercício comunicativo que cria a norma pelo envolvimento de mais de um texto, em que não se admite análise solteira¹⁴, nesses direitos pétreos há um caráter de cunho aberto e inclusivo, numa dinâmica não restritiva, pelo contrário, uma abertura a outros direitos fundamentais.

Dessa maneira, evidencia-se assim a cláusula especial aberta em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores, não havendo um rol taxativo no leque de direito dos trabalhadores¹⁵. Pelo contrário, mesmo que não seja explicitamente positivado, é previsto na Magna Carta a necessária atualização dos direitos fundamentais frente aos danos que põem em risco a da dignidade da pessoa humana e da personalidade no âmbito das relações de trabalho.

Partindo deste pressuposto, é preciso impor como vetor hermenêutico na análise da lei 11.442/07 que os direitos fundamentais constitucionais em questão não são taxativos e sim extensivos, tendo assim uma forma volátil a se adequar no caso concreto e também não apenas paliativa.

Buscando, assim, o equilíbrio do meio ambiente de trabalho, baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, tornando-se obrigatório a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho.

Nesta medida, quando se trata da tutela a este meio ambiente, o texto máximo do ordenamento é mandatório nos incisos II, III, IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da CF ao impor a esfera pública ações tanto de prevenções, quanto de precauções¹⁶.

Contudo, quando se analisa a resposta a resposta dada pelo Direito sobre a proteção da saúde do trabalhador, nota-se uma ausência de uma ação de caráter preventivo, a própria

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. **Vista do Notas sobre a litispendência no inventário causa mortis**. Stj.jus.br. Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/article/view/291/35>. Acesso em: 15 jun. 2022.

¹⁵ Sarlet, Ingo, W. Ibid. p. 12.

¹⁶ Respetivamente, o princípio de prevenção seria de adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto. Já o da precaução seria a aplicação e medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança, apontando para um comportamento cuidadoso, marcado pelo bom senso, de abrangência ampla. (ASTA, Aparecida; GEMIGNANI, Daniel. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: Precaução e prevenção. Revista CEJ. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1559>>. Acesso em: 15 jun. 2022.)

CLT se limitou a fixar normas de segurança e medicina, uma evidência disso é o adicional pago pelo empregador em casos de insalubridade, após liquidado a verba o empregador é desobrigado de propor medidas gerais de saneamento. Esta dinâmica de ação vai pelo lado contrário ao vetor hermenêutico em se adequar, e garantir, nas novas dinâmicas de trabalho.

Assim sendo, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta, ou na função reparatória da lesão já ocorrida. Frente a isso, os princípios de precaução e prevenção entram no ordenamento como reitores da edificação de um novo modelo de normatividade, pois tem o escopo de evitar que o dano ocorra.

Deste modo, é imprescindível para a interpretação dos direitos dos TAC's em questão partir do pressuposto do vetor hermenêutica da clausula aberta sobre os direitos fundamentais, e deste a garantia do equilíbrio do meio ambiente de trabalho do trabalhador se utilizando ações preventivas e de precaução.

Diante disso, algo que não foi comentado por nenhum dos Ministros foi que, particularmente no caso dos caminheiros, o meio ambiente de trabalho é as estradas e avenidas, das quais toda a população se utiliza.

Portanto, a negligencia e a relativização das regulações sobre a jornada (vide art. 7º, XIII, CF) e de normas de saúde, higiene e segurança (vide art. 7º, XXII, CF), iriam por em risco não só a dignidade humana do trabalhador, mas como também a segurança geral das rodovias do país, sendo a integridade destas questão de segurança pública (vide art. 144, paragrafo 10º, CF).

Isso porque a desvinculação da Competência da Justiça do Trabalho e a descaraterização do vínculo de emprego, que vai ser discorrida mais a frente, nas linhas da lei 11.442/07 esvazia os direitos péticos acima mencionados, deixando a fiscalização da jornada e das condições de labor nas mãos de ninguém.

Desse modo, não há qualquer caráter preventivo da segurança das rodovias, sendo as ações de fiscalização nas rodovias tem um mero caráter paliativo, deixando tanto os direitos individuais, quantos os direitos coletivos a mercê da relação disfuncional da suposta prestação de serviços.

3.2 Natureza da Relação Jurídica dos TAC's

No que se refere a relação jurídica, é imperioso destacar os posicionamentos do Ministro Edson Fachin e da Rosa Weber, que apesar por formarem voto vencido no

juízo da ADI 3961 e ADC 48, foram plenamente coerentes, e devem ser aqui reiterados e complementados, em contraponto com a tese firmada pelo voto vencedor.

Primeiramente, quanto à questão de que a norma infraconstitucional inverte a dinâmica do princípio da primazia da realidade ao impor uma natureza comercial aprioristicamente ao regime de direitos pécios trabalhistas, numa pretensão reducionista ao classificar a priori o vínculo jurídico mantido entre contratante e contratado.

Deste modo, não é cabível a norma infraconstitucional inverter a ordem da apreciação do magistrado, tendo em vista que a tese firmada foi de que bastante a comprovação dos requisitos da própria lei que afastaria o vínculo trabalhista. Ou seja, a relação prevista em plano originário se sobrepõe a cláusula pécua constitucional.

Além disso, não há como se equiparar os requisitos do vínculo empregatício, formado por conceitos específicos e consagrados doutrinariamente e que demandam uma profunda análise sobre o caso concreto, com os requisitos para a comprovação de TAC's, este previsto no art. 2º, parágrafo 1º composta por elementos puramente materiais (propriedade de um veículo e experiência).

Por conseguinte, surge-se uma outra problemática, por ter sido a dinâmica processual de caracterização de emprego no caso dos TAC's invertida erroneamente, o ônus agora do fato modificativo de direito de provar alguma fraude fica na parte mais vulnerável.

Nesta alusão, é oportuno complementar a citação certa feita pela Ministra Rosa Weber, do autor Alain Supiot, ao qual leciona que a força vinculante do contrato pode muito bem se desvanecer em favor da empregadora, o direito do empregado ao cumprimento de suas cláusulas degenerando em dever de aceitar modificações secundárias que a empregadora pretende trazer para ele. A exigência de consentimento livre e informado às vezes dão lugar a um consentimento fictício, ou mesmo a formalismos como fonte de obrigações¹⁷.

Desta forma, a consideração e a legitimidade deste consentimento fictício entre a relação entorpecida entre contratante, estas empresas de logísticas e transportadoras que contratam autônomos que tem um caminhão afasta por consequência a competência da Justiça do Trabalho.

Referente a isso, o jurista Carlos Henrique Bezerra Leite notório ao afirmar que este entendimento é teratológico, uma vez que esvazia por completo a competência especial e constitucional trabalhista, para processar e julgar ações que tenham como causa de pedir a afirmação autoral da existência fático-jurídica de relação empregatícia em decorrência de

¹⁷ SUPIOR, Alain. *Critique du droit du Cravail 1994*. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <<http://pombo.free.fr/supiot19940.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

fraude à aplicação da legislação trabalhista e pedidos tipicamente decorrentes dessa relação empregatícia, e por fim pergunta retoricamente, seria juiz de direito da Justiça comum que julgará o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício e os demais pedidos dele decorrentes?¹⁸.

Por fim, cumpre ressaltar quanto ao prazo prescricional de 1 ano, visto que no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007. Nesse caso, além das contradições acima mencionadas, é imprescindível resguardar o direito adquirido (vide art 7º XXXVI) daqueles que estavam abrangidos pela competência trabalhista que previa o prazo quinquenal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, espera-se que fique claro para o leitor sobre o grau de complexidade que há dentro da ponderação entre a profissional do motorista carreteiro, que por mais tenham imensa relevância no campo econômico e cultural, a categoria dos motoristas carreteiros fica a mercê da interpretação que condiciona ao alongamento da jornada, diminuição da remuneração e o afastamento da negociação sindical, afim de beneficiar o interesse empresarial.

Nesse sentido, antes de se analisar concretamente a lei e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o argumento acima exposto sobre o caráter imprescindível é da interpretação dos direitos dos TAC's em questão partir do pressuposto do vetor hermenêutica da clausula aberta sobre os direitos fundamentais, e deste a garantia do equilíbrio do meio ambiente de trabalho do trabalhador se utilizando ações preventivas e de precaução.

Não obstante, atesta-se a negligencia do Supremo Tribunal Federal ao não comentar sobre o meio ambiente de trabalho dos caminhoneiro, ao qual a negligencia e a relativização das regulações sobre a jornada (vide art. 7º, XIII, CF) e de normas de saúde, higiene e segurança (vide art. 7º, XXII, CF), iriam pôr em risco não só a dignidade humana do trabalhador, mas como também a segurança geral das rodovias do país, sendo a integridade destas questão de segurança pública (vide art. 144, parágrafo 10º, CF).

Ademais, assevera outra contrariedade sobre a inversão da dinâmica do principio da primazia da realidade ao impor uma natureza comercial aprioristicamente ao regime de

¹⁸ LEITE, Carlos Henrique B. Curso de Direito Processual do Trabalho. Disponível em: Minha Biblioteca, (20th edição). Editora Saraiva, 2022. p. 291.

direitos pétreos trabalhistas, numa pretensão reducionista ao classificar a priori o vínculo jurídico mantido entre contratante e contratado.

Nessa seara, esse entendimento teratológico, uma vez que esvazia por completo a competência especial e constitucional trabalhista, para processar e julgar a es que tenham como causa de pedir a afirma o autoral da existência fático-jurídica de rela o empregatícia.

Por fim, ressalta-se a omissão do julgamento quanto ao resguarde dos direitos adquiridos (vide art 7  XXXVI) daqueles que estavam abrangidos pela competência trabalhista que previa o prazo quinquenal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Paulo. **O Novo Tempo do Mundo**. ed. 1 . O novo tempo do mundo [recurso eletr nico]: e outros estudos sobre a era da emergência / Paulo Arantes. - 1. ed. - São Paulo Boitempo, 2014.

ASTA, Aparecida; GEMIGNANI, Daniel. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: Precau o e preven o. **Revista CEJ**. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1559>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Congresso. **DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Ata da 30a Sessão, Solene, Matutina, em 27 de março de 2001. p. 22. [13/06/22] Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR2001.pdf#page=19>.

_____. Constitui o (1988). Constitui o da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 3961. MC/DF**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. p. 18.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inova es normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

LEITE, Carlos Henrique B. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edi o). Editora Saraiva, 2021.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Disponível em: Minha Biblioteca, (20th edi o). Editora Saraiva, 2022.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Vista do Notas sobre a litispendência no inventário causa mortis**. Stj.jus.br. Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/article/view/291/35>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SARLET, Ingo, W. **Os Direitos Dos Trabalhadores Como Direitos Fundamentais Na Constitui o Federal Brasileira De 1988**. In Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013. p. 10.

SUPIOR, Alain. **Critique du droit du Cravail 1994**. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <<http://pombo.free.fr/supiot19940.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2022.s.

CAMINHAR SOBRE CACOS DE VIDROS: A VIOLAÇÃO À DIVERSIDADE NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO ENTRE PESSOAS EM SITUAÇÕES DE MIGRAÇÕES FORÇADAS

*Walking On Shreds Of Glass: The Violation Of Diversity In The Precarization Of Work Among People
In Situations Of Forced Migration*

Guilherme Vieira Barbosa¹

RESUMO

Em um mundo sob constante modernização e globalização há o conflito entre valores gerados por sistemas que pregam conceitos distintos, pois países desenvolvidos e potências mundiais visam uma universalização dos povos, suas culturas e seus princípios sob suas dogmáticas crescentes e inovadoras, contudo há uma minoria que está vulnerável e à mercê de quaisquer direitos efetivos, os refugiados, os apátridas e demais deslocados forçados, quais seja, toda e qualquer pessoa que se desloca forçadamente e são perseguidas em razão de motivos diversos, tais como raça, cor, política, religião, guerras, fenômenos ambientais, clima, etc. e que acabam se submetendo a condições de vida degradantes nos locais que, na verdade, buscavam amparo e socorro. Como consequência de uma generalização descontrolada e sem limites, sejam eles religiosos, políticos, culturais, étnicos ou sociais, e também na seara do “ganha pão” e direitos trabalhistas, há a grande centralização do poder de soberanos financeiros, grandes conglomerados e concentração da autoridade do Estado, e que perante um mundo baseado na pluralidade através imposição de valores, seja de forma aberta ou sutil, acabam por cometer atentados contra a diversidade e crimes contra toda a raça humana, seja através da banalização da própria mão de obra humana, seja através da precarização do meio ambiente laboral. Objetiva-se, desse modo, expor brevemente o meio ambiente de trabalho e sua relação com a diversidade, os interesses alheios, a política dos países e os planos traçados, ao longo da história, que subjugarão, e ainda o fazem, sobre a identidade existente entre os próprios indivíduos envolvidos na situação de migração forçada, e o suposto “risco” que eles representam no mercado de trabalho que ingressam sem escolha, abordando ainda de uma forma mais especial a questão do destrono à diversidade dos outros povos, dada a título de símbolo de harmonia e complemento, para um empecilho a metas e jogos de interesses, que visam unicamente o lucro, a prosperidade de pequenas parcelas e o desenvolvimento restrito. Assim, a partir de um levantamento bibliográfico e do método dedutivo, observar-se-á o panorama socioeconômico desses migrantes que fogem para sobreviver, mas em vez de encontrar respaldo e tutela nos países que os acolhe, acabam encarando entraves, como a dificuldade de se desenvolver e se inserir no contexto social pelo trabalho através de um meio ambiente de trabalho seguro e estável e de uma relação laboral digna e formal, como marcos de tolerância e respeito à diversidade e dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Migrações; Trabalho; Dignidade; Deslocados forçados; Informalidade.

ABSTRACT

In a world under constant modernization and globalization, there is a conflict between values generated by systems that preach different concepts, as developed countries and world powers aim at a universalization of peoples, their cultures and their principles under their growing and innovative dogmatics, however there is a minority that is vulnerable and at the

¹ Mestre e Doutorando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) sob orientação do Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault. Facilitador e Pós-graduando no programa de Formação Didático-Pedagógica para Cursos na Modalidade a Distância junto à Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP). É advogado. E-mail: guilhermevieirabarbosa@gmail.com.

mercy of any effective rights, refugees, stateless persons and other forced displaced persons, that is, any and all persons who are forcibly displaced and are persecuted for various reasons, such as race, color, politics, religion, wars, environmental phenomena, weather, etc. and who end up submitting to degrading living conditions in places that, in fact, were looking for support and help. As a consequence of an uncontrolled and unlimited generalization, whether religious, political, cultural, ethnic or social, and also in the field of “breadwinners” and labor rights, there is a great centralization of the power of financial sovereigns, large conglomerates and concentration of authority of the State, and that in the face of a world based on plurality through the imposition of values, whether openly or subtly, end up committing attacks against diversity and crimes against the entire human race, either through the trivialization of human labor itself, either through the precariousness of the working environment. The objective is, in this way, to briefly expose the work environment and its relationship with diversity, the interests of others, the politics of countries and the plans drawn, throughout history, that subjugated, and still do, on the identity between the individuals involved in the situation of forced migration, and the supposed “risk” they represent in the labor market who enter without choice, addressing in a more special way the issue of dethroning the diversity of other peoples, given as a from a symbol of harmony and complement, to an obstacle to goals and games of interests, which aim solely at profit, the prosperity of small plots and restricted development. Thus, based on a bibliographic survey and the deductive method, the socioeconomic panorama of these migrants who flee to survive will be observed, but instead of finding support and protection in the countries that host them, they end up facing obstacles, such as the difficulty of to develop and be inserted in the social context through work through a safe and stable work environment and a dignified and formal working relationship, as a framework of tolerance and respect for diversity and human dignity.

KEYWORDS: Migrations; Job; Dignity; Forced Displaced Persons; Informality.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da comunidade internacional e a intensificação das relações da sociedade de Estados que a compõe, tem gerado novos rumos que começam a ser traçados, novos benefícios e conquistas a serem almeçados e alcançados, mas também novos desafios e questões que precisam ser lidados sob uma óptica cada vez mais humanista, justa, coletiva e igualitária, e dentre os vários, um dos que mais se destaca é a proteção dos grupos vulneráveis de pessoas, que estão à mercê de qualquer amparo jurídico-social e político e às vezes, dentro de seu próprio país, possuem até seus bens jurídicos fundamentais e direitos inerentes ameaçados ou já lesados pela opressão avassaladora do homem sobre o próprio homem.

É sob esse prisma que se insere o estudo das migrações forçadas, em especial da mais conhecida delas: os deslocamentos dos refugiados pelo mundo e sua dificuldade de fixação dentro dos países que os acolhe, sobretudo no que cerne a oportunidades laborais e de trabalhos dignos e formais.

Os movimentos migratórios populacionais estão no cerne da humanidade desde seus primórdios e origem. São vários os motivos que levam o ser humano a migrar, dentre os

quais, os principais são por questões ou perseguições políticas, econômicas, religiosas, étnicas e sociais, bem como, sobretudo nos últimos anos, nota-se uma sedimentação e solidificação de fatores relacionados às mudanças climáticas e conflitos bélicos/civis onde há massivo crescimento de violações aos direitos humanos básicos e fundamentais, como a dignidade humana. A temática dos refugiados e seus movimentos migratórios constituem-se em um dos problemas sociais e culturais a ser enfrentado pela comunidade internacional, não permitindo o descaso, mas sim as garantias constitucionais e consuetudinárias dessas massas que não possuem senão nos Direitos Humanos onde se ancorar.

Por isso, diante de um quadro desanimador de extrema perseguição, diante de um vetor político e socioeconômico desfavoráveis, diante de uma perseguição descontrolada e que transcende todas as bases de essência do ser de uma pessoa, e perante uma ordem social injustamente imposta, mostra-se minimamente essencial e necessário que exista um processo de conscientização geral dos oprimidos e sobre os oprimidos, nesse caso, dos refugiados que buscam recomeçar suas vidas, visto que o maior anseio, que é o desejo de uma vida, se encontra respaldado além deles mesmos, passando pelas possibilidades e oportunidades oferecidas a eles. A quebra de tais grilhões pelos quais são submetidos esses migrantes forçados não ocorrerá e nem chegará pelo acaso, muito menos pelos seus flagelos em silêncio, pelo contrário, se dará pela prática de ações de intensa busca pelo conhecimento e reconhecimento das suas necessidades, das suas batalhas e na gana por vê-las superadas.

Dessa forma, através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, utilizando textos e publicações nacionais e do direito comparado, almeja-se aqui expor as graves infrações aos direitos à identidade, à diversidade e demais personalíssimos do ser humano, sobretudo no que tange aos panoramas a que são submetidos diariamente os refugiados que se arriscam a ingressar em novos países buscando amparo e socorro, fugindo para sobreviver, mas que ali apenas encontram péssimas preconceito, discriminação e violações aos primórdios basilares da essência humana lastreada no viés da igualdade. Assim, objetiva-se analisar brevemente a ausência de políticas públicas para combater as principais causas e dificuldades que impossibilitam a inserção adequada dos refugiados nos novos países que os recebem, seja em novos trabalhos, seja na própria sociedade em si, bem como o próprio fomento hostil e nada receptivo que, às vezes, o próprio povo e o Estado daquele país exercem sobre o estrangeiro migrante. Com isso, objetiva-se assim explanar e discutir brevemente a frágil efetividade e garantia dos direitos humanos aos refugiados em seu movimento migratório e acolhida por outro país, além das (ausência de) políticas e

campanhas para impedir o crescimento do preconceito no cerne da coletividade e do próprio Estado que se propõe a recebê-los.

1. MINORIAS VULNERÁVEIS: REFUGIADOS, QUEM SÃO OS PRINCIPAIS SUJEITOS ÀS MIGRAÇÕES FORÇADAS

Os institutos do refúgio e do asilo², dênticos do ponto de vista de seus objetivos e finalidades para a maioria da doutrina de direito internacional, contudo diferentes sob o aspecto prático, começaram a ganhar repercussão internacional e demonstrar sua relevância social com a intensificação da perseguição a indivíduos com determinadas características, principalmente na fase pós-Grandes Guerras, sobretudo, da Segunda Guerra Mundial; visto que até a Primeira Guerra, como ainda não havia instaurado e sido disseminados o refúgio entre as nações, a problemática se resolvia ora com a simples concessão de asilo aos perseguidos, ora com os processos de extradição, ora através do Direito Internacional Penal³.

Reconhece-se como conceito de asilo quem sofre perseguições por fatores políticos, e de refúgio e sua concessão, conforme tais documentos de 1951 e de 1967, a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem ou de residência habitual por motivos de raça, religião, opinião política, nacionalidade ou por simples participação a determinado grupo social, sendo a estes atribuídos a qualidade de motivos clássicos. Contudo há de se observar novos e predominantes fatores, como a guerra, que apesar de não se constatar como novidade, constitui-se como fator responsável pelos movimentos migratórios dos refugiados; e, além disso, os fenômenos ambientais e seus impactos na vida do ser humano, fato esse novo na óptica jurídica internacional, todavia que tem feito milhões de desabrigados ao redor do mundo, forçando a meras duas escolhas, ou ficar sem pátria (apátridas) ou a se refugiar, já que:

O instituto do refúgio [...] visa a proteção da pessoa humana, em face da sua falta no território de origem ou de residência do solicitante, a fim de assegurar e garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade⁴.

De forma geral, são atualmente, considerados motivos clássicos de obtenção do refúgio toda e qualquer perseguição que leve à migração forçada de um ser humano em razão de raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e a filiação a determinado grupo social⁵.

² Asilado constitui-se quem sofre perseguições somente por fatores políticos, e refugiados as pessoas cuja suas concessões estão reguladas e expressas, conforme a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967.

³ MENÉNDEZ, F. M. M. El Concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general. **REDI**, Madrid, v. 35, n.2, 1983. p. 339.

⁴ JUBILUT, Lílana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 43.

⁵ Ibid. p. 113.114.

Esses motivos foram apresentados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, e posteriormente pelo documento que a aperfeiçoou, o Protocolo de 1967. Ou seja, toda a fundamentação dos fatos e acontecimentos relacionados ao refúgio estão relacionadas com os princípios inerentes da pessoa humana, atualmente respaldados pelos Direitos Humanos; já que:

No plano internacional, a temática dos Direitos Humanos constitui um campo de ações de agências, organismos e organizações não-governamentais voltados para a proteção de estrangeiros imigrantes, especialmente, na condição de refugiados internacionais⁶.

Acrescenta-se a estes motivos clássicos, ainda dois “novos”: os conflitos bélicos e as mudanças climáticas. No que tange à guerra, tem-se que a criação do instituto do refúgio está diretamente relacionada com as principais guerras da história e seus resultados, sendo daí o alicerce da dignidade da pessoa humana, e na tentativa de evitar a repetição dos fatos ocorridos nos períodos bélicos, decorrentes de uma grande violação aos bens jurídicos fundamentais assegurados desde a Declaração do Bom Povo da Virgínia e da Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambos em 1776, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, acontecimento esse, responsável direto pela proteção aos refugiados, principalmente no que cerne às garantias individuais e metaindividuais, que posteriormente serão asseguradas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, documento responsável pelo atual respaldo jurídico em âmbito internacional das diferenças e desigualdades globais, visando à isonomia, à justiça e à equidade.

Diante disso, e da importância do instituto do refúgio na estabilidade global e na garantia da ordem jurídica internacional, observado que se constitui de “uma resultante da liberdade do homem e da necessidade de protegê-lo contra o arbítrio e a violência”⁷, o refúgio possui seus primórdios legais no art. 14, I⁸ da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cabendo atualmente a garantia e prevalência de seus princípios e direitos pela ACNUR, juntamente com a ONU e a colaboração legal de seus países, associados ou não, partindo destes o pioneirismo de redigir documentos e cartas legais que legitimem, prevaleçam e inovem a concessão a tal fundamento internacional; como o Brasil com sua Lei

⁶ BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (Org.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 449.

⁷ CAHALI, Y. S. **Estatuto do estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 147.

⁸ Art. 14, I, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, *in verbis*: "Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países."

9.474/1997, a Lei dos Refugiados, primazia no assunto e revolucionária na abordagem da matéria, na classificação e na concessão do direito aos refugiados.

Já em caráter diplomático, além dos organismos temporários criados pela Liga das Nações em 1939, e além do surgimento da própria ONU, destaca-se a criação diplomática de dois órgãos em matéria de refugiados, também ligados a ONU, a Organização Internacional dos Refugiados (OIR), de 1946 e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR - Sigla traduzida de *UNHCR* ou *United Nations High Commissioner for Refugees*). A primeira caracteriza-se pela reação imediata pós-guerra frente aos efeitos do contínuo movimento migratório para longe das zonas que até então estavam em guerra; porém foi marcado por incessantes vertentes e discussões políticas e usado para conveniência de interesses de determinadas nações, apesar de promover ajuda humanitária a contingentes numerosos de pessoas; contudo não solucionou e nem amenizou o problema do refúgio, sobretudo na Europa.

E o ACNUR, estabelecido em 1950, é um dos órgãos subsidiários⁹ da Organização das Nações Unidas, que atuando independentemente dela, é responsável pela tutela internacional aos direitos dos refugiados, cujas funções primordiais são “providenciar proteção internacional e buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados”¹⁰. Sua atuação está relacionada com a aplicação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e posteriormente o Protocolo de 1967, que o aperfeiçoou, sendo um diploma e documento legal afirmado pela ONU e assinado pelos Estados signatários, que apesar de defender os princípios inerentes dos refugiados constitui em “um dispositivo internacional cuja eficácia depende da vontade política dos Estados signatários, posto que a ONU não conta com órgãos sancionadores fortes para descumprimento dos tratados que patrocina”¹¹. Assim:

Com o escopo de realizar plenamente o seu mandato, o ACNUR procura encorajar os Estados a criar condições adequadas para a proteção dos direitos humanos e para a solução pacífica dos conflitos, ou seja, procura não apenas apresentar soluções para os refugiados, mas também tem em vista eliminar as causas do êxodo dos refugiados¹².

Já no que diz à definição dos refugiados ambientais, propriamente dita, e cujo liame de pensamento tende a ser aceita pelas legislações nacionais, e inclusive em prol de um

⁹ A ONU possui três tipos ou formas de órgãos subsidiários: os fundos (Ex: UNICEF), os comissariados (Ex: ACNUR) e os programas (Ex: PNUD).

¹⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. op. cit., 2007. p. 151.

¹¹ Ibid. p. 159.

¹² JUBILUT, Liliana Lyra. op. cit., 2007. p. 155.

entendimento consensual internacional, tem-se como exemplo, o conceito proferido por Susana Pentinat:

Los refugiados ambientales se definen como aquellos individuos que se han visto forzados a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocados por la actividad humana, como accidentes industriales o que han provocado su desplazamiento permanente por grandes proyectos económicos de desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida¹³.

Ocorre que em matéria de refugiados ambientais, o tema tem surgido recentemente e só agora se começa a pensar em legislá-lo ou especificar algum tipo de tutela; contudo, a maior dificuldade se situa na sua não definição, o que limita os avanços jurídicos nacionais e impede uma cooperação internacional uníssona nesse assunto que se constitui em uma realidade em que todos veem, muitos possuem pretensão, porém poucos agem em sua defesa.

Cabe assim, a cada Estado aperfeiçoar e melhorar essa tutela aos migrantes forçados que adentram em seu território, como ocorre em âmbito brasileiro com a Lei 9.474/97 e a própria Constituição Federal de 1988, exemplos para outros ordenamentos no que se trata à tutela específica adequada às realidades locais e nacionais; sendo marcas quase que singulares do Direito brasileiro, visto que não se encontram muito no direito comparado legislações específicas que ajudem e possibilitem, informando e esclarecendo, o instituto do refúgio; além de inovar e expandir conceitos e características em determinados assuntos.

2. A DIVERSIDADE E AS MIGRAÇÕES EM UM MUNDO GLOBALIZADO

A diferença sempre esteve presente em todos os aspectos da vida dos indivíduos, seja nos termos sociais, econômicos ou de poder, e em todos os lugares do mundo, abrangendo povos, culturas, tradições, preceitos e sistemas. Contudo tal diferença esteve constantemente vinculada à desigualdade, propriamente dita, apesar de seus princípios e valores não possuírem laço algum de ligação, e de certo modo, em alguns deles mais precisamente, serem por essência adversos.

¹³ PENTINAT, Susana B. Refugiados ambientales: El nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente. **Revista de Derecho**, v. 19, n. 2, dez., 2006. p. 93. Tradução livre: “Os refugiados ambientais são definidos como aqueles indivíduos que foram forçados a abandonar seu *habitat* tradicional, temporária ou permanentemente, devido a uma condição ambiental, quer devido a catástrofes naturais e/ou causado pela atividade humana, tais como acidentes industriais ou dando origem ao deslocamento permanente de grandes projetos de desenvolvimento econômico, ou foram forçados a emigrar pelo mau armazenamento de resíduos tóxicos, colocando em perigo a sua existência e/ou afetando seriamente a sua qualidade de vida.”

No entanto a desvinculação de ambas as naturezas encontra barreiras no mundo moderno, frente a acordos econômicos e interesses financeiros, que subjagam limites e ideias de um povo, afirmando sua força com ações que ocasionam ou acentuam a desigualdade, por não compreender as diferenças existentes, e que são, ao ver do opressor, incompatíveis com a sua e por isso devem ser eliminadas ou omitidas. É nesse quadro de injustiças e incompatibilidade de valores e ideais que se encontra a diversidade como marca de esperança e dignidade.

Ao longo da história, as lutas de classe, os interesses alheios, a política dos países e os objetivos traçados subjagaram a diversidade existente entre os próprios indivíduos envolvidos na situação, e de uma forma mais especial ainda destronaram a diversidade dos outros povos de símbolo de harmonia e complemento, para um empecilho a metas e jogos de interesses, que visam unicamente o lucro, a prosperidade de pequenas parcelas e o desenvolvimento restrito.

Por isso, devem ser banidas de um convívio social em plenitude, pois todos possuem iguais deveres e seguros, conforme o artigo II da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, que afirma:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.¹⁴

Diante dessa situação, os Direitos Humanos, como evolução do pensamento filosófico, político e jurídico do homem, ganharam destaque nos povos que possuem suas diversidades como alvos constantes do absolutismo de soberanos com finalidades colonialistas e jogos políticos, além de sedentos por território, influência e poder, isso comprova o porquê de que tais direitos da humanidade têm se tornado

Um dos fatores de primazia resultante da apropriação por todos os povos oprimidos da Terra, [...] concluído que os Direitos Humanos não resultam de uma posição imperialista, [...] mas constituem traço cultural amplo dentro da Civilização Universal¹⁵.

¹⁴ CONSELHO ESTADUAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. **Direitos humanos: um novo caminho**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP, 1994. p. 16.

¹⁵ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 22-23.

Por não ser de todo unânime nas mais diferentes culturas, os direitos da humanidade encontram dificuldades de se afirmar e regular as relações internacionais e nacionais, pois o que se necessita é que haja a valorização de suas ideias, segundo Herkenhoff, já que não abordam somente o respeito às diversas formas de diretrizes, mas principalmente a dignidade inerente da natureza humana, conforme enunciado da Declaração: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento a liberdade, da justiça e da paz no mundo.”¹⁶

Em um mundo onde a qualidade encontra-se subjugada pela velocidade, admitir culturas e ideias consideradas “atrasadas”, sob o aspecto tecnológico e modernizante, constitui-se em um erro crasso, visto que muitas delas carregam consigo as marcas de revoluções nunca vistas em outras épocas senão essas tais, e em sua grande maioria possuem um acervo abundante e rico de preciosidades únicas e somente encontradas em sua área de ocorrência, fato que valoriza e demonstra o poder das diversidades e das marcas distintas perante um universo feito “em série”, e marcado por igualdades mergulhadas no mar da mesmice e constância, típicas de uma sociedade globalizada.

Os avanços no campo tecnológico e os esforços a fim de tornar populações distintas e valores conflitantes em uma grande aldeia global geram consequências irreversíveis em certos pontos, como a perda de princípios e primórdios essenciais de determinadas sociedades, o que reduz a vestígios o conhecimento amplo do homem e de suas origens, pois sua visão baseia-se no futuro e pelo futuro, esquecendo de valorizar o passado e, viver o presente e suas realidades, não parando para pensar se é mesmo o desejo de seus descendentes obterem tais conquistas e façanhas inovadoras e impressionantes, mas que acabam com o mais audacioso projeto da humanidade, o de conhecer sua fonte provedora, pois sucedido o homem que percorre o caminho do primórdio, pois é onde haverá as certezas e esperanças futuras.

Isso não significa dizer que se deve retroceder na evolução natural do homem e muito menos que toda forma de modernidade e tecnologia são ruins e corruptas, mas de que as consequências de uma busca insana pela plena estabilização e inovação acarretam em uma certa "igualdade indesejada geral" e em uma dependência desnecessária, pois “essa generalização do sistema [...] tem por acentuar antigas dependências e debilidades”¹⁷, essas já superadas pela humanidade.

¹⁶ CONSELHO ESTADUAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. op. cit. 1994. p. 15.

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Globalização e Hegemonia: Cenário para a Desconstrução do Primado do Trabalho e do Emprego no Capitalismo Contemporâneo. **Síntese Trabalhista Administrativa e Previdenciária**, [S.l.], n. 194, ago., 2005. p. 08-09.

Como consequência de uma generalização descontrolada e sem limites, sejam eles religiosos, políticos, culturais, étnicos ou sociais, há a grande centralização do poder de soberanos e concentração da autoridade do Estado, que perante um mundo baseado na pluralidade através imposição de valores, seja de forma aberta ou sutil, acabam por cometer atentados contra a diversidade e crimes contra toda a raça humana, o que acarreta em repúdio, revolta e instabilidade na harmonia e paz mundial.

3. O RISCO À IDENTIDADE DO ESTRANGEIRO MIGRANTE PELA AUSÊNCIA DA DEVIDA TUTELA E POLÍTICAS PÚBLICAS EM SEU NOVO PAÍS

Como dito e vislumbrado, em um mundo globalizado com metas e objetivos fundados na generalização do ser humano em desrespeito a suas crenças e diretrizes, encontra-se duas opções possíveis e viáveis: ou há o abandono de ideias pessoais e particulares a fim de aderir às gerais e globais, ou há extinção e redução de seguidores a um ponto que se não houver rendição, pela parte oprimida, esta é naturalmente liquidada e absorvida pelo sistema coletivo e em expansão.

Segundo afirma Natalino Irti, esse sistema se aplica a tudo que “*diretto o indiretto, o alle qualsiasi formazioni, che siano capaci di difendere e attuare um sistema di norme mercè l’ esercizio della forza*”¹⁸, visto que mesmo sabendo que suas intenções serão alcançadas, os Estados “globalizadores” usam ainda a força para reprimir e impor suas vontades, dogmas e paradigmas, quando acham necessário ou conveniente, o que diretamente vai de encontro ao propagado e difundido nos princípios e valores dos Direitos Humanos.

Assim, já que nessa luta se encontram uma generalização banal e igualitária de um lado, sem sobrepesar culturas, tradições e valores peculiares de um povo, língua, religião ou nação, e de outros a manutenção e valoração dessas especificidades e diferenças, basilar é compreender que os Direitos Humanos valorizam a todos como são por essência, juntamente com todo o seu aparato cultural, social, político e outros, e não pelo que deveriam ser conforme os moldes do mercado.

A situação de pessoas perseguidas ao redor do mundo demonstra um quadro deprimente de impossibilidade e ausência de tutela e assistência, seja nacional ou estrangeira, visto que na situação de tais indivíduos há “milhões que se acham nessa condição intermediária, que não é o escravo, mas também não é o cidadão”¹⁹; daí deve assegurar a

¹⁸ IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**, Roma, a. 48, n. 5, set.-out., 2002. P. 634. Tradução livre: “direta ou indiretamente, ou a quaisquer formações, que sejam capazes de defender e implementar um sistema de regras através do exercício da força”.

¹⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993. p. 35-36.

garantia dos direitos personalizados e inerentes da pessoa humana, sua efetivação e seu reconhecimento, sem que haja detrimento dos princípios dos Direitos Humanos, evitando que seja por motivo clássico, bélico ou ambiental, que as massas sujeitas aos fenômenos migratórios típicos do refúgio encontrem na ilegalidade e na clandestinidade a única solução à aversão social, jurídica, política, econômica e cultural do país receptor; já que todos são iguais e dignos de direitos e obrigações, pois os refugiados “sociologicamente, poderíamos então dizer que estão situação de ilegalidade, mas não de ilegitimidade”²⁰.

Por isso, a preocupação com a identidade e receptividade das pessoas sujeitas ao refúgio, pois caso contrário não há limites para medidas, ideias e procedimentos para tentar sanar o problema, já que esse método de não assistência e preocupação iniciais para posterior reparo são falhas grotescas a serem evitadas e erradicadas, visto que:

O conjunto dessas propostas não acompanha o cotidiano do cidadão imigrante em sua realidade existencial, quando os referenciais de memória e identidade cultural passam a sofrer interferências do ambiente local. Nesse sentido, os conceitos de “multiculturalismo”, “globalização” merecem uma reavaliação crítica, na medida em que a ideologia da segurança nacional emerge para fragilizar o fim dos valores como democracia, cidadania e liberdade, diante de [...] todas as formas de intolerância e de preconceito manifestados contra os imigrantes²¹.

Portanto, resta claro que a realidade sociojurídica de todos que são forçados a se deslocar, em especial dos refugiados, seja no Mundo e no Brasil, está diretamente, ainda que timidamente, relacionada com a própria questão social e econômica de tais pessoas nos países de destino das migrações. E isso atrela-se invariavelmente nas possibilidades de crescimento pessoal e laboral de cada.

Ora, a possibilidade de trabalho, de novas oportunidades, de crescimento e amadurecimento profissional/financeiro de cada migrante e refugiado no país que lhe recebe marcará e expressará o tom de receptividade com respeito à diversidade daquele país. Ou então se o viés adotado é de globalização e padronização sem observância das diferenças e peculiaridades típicas de cada ser humano.

Impossível não vincular tal discussão de novos movimentos migratórios constantes a um determinado país com eventual aumento das desigualdades naquela mesma nação, bem como possíveis resistências e dificuldades socioeconômicas que aquele migrante começa a

²⁰ SALES, Teresa. **Brasileiros longe de casa**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 147.

²¹ BOUCAULT, op. cit., 2009. p. 450.

deter. Ninguém migra para auferir uma vida pior. Na verdade, o faz visando melhorar sua situação. E no caso dos refugiados, para fugir de algo que queria lhes consumir.

Por isso, permitir a continuidade de opressões e desigualdades, ainda que sistêmicas ou implícitas, seja de ordem jurídica, política, econômica ou social, vinculadas às questões de oportunidades laborais e meio ambiente do trabalho para o estrangeiro, em detrimento de sua situação já fragilizada, como a observância de situações precárias de trabalho, informalidade extrema, ausência de direitos, baixos salários e baixa remuneração, dentre outros, só agravam ainda mais uma situação que já é muito delicada. Assim, especialmente versar sobre o trabalho do migrante forçado, em especial dos refugiados, no país que lhes recebe está intimamente relacionado com análise do respeito à diversidade ou então ao enquadramento de um modelo globalizado lastreado na produtividade em detrimento de valores e princípios.

É vital observar qual o destino, expectativa e oportunidades que são conferidas aos refugiados nos países que os recebe, como por exemplo, se é permitido seu crescimento profissional e trabalhista, ou então se lhe é disponibilizado apenas atividades informais e consideradas “resto, quais sejam, as que não dependem de qualquer status quo e muito menos de conhecimentos/formações anteriores a sua chegada ao país, ou seja, típicas de mundo globalizado indiferente onde o que se procura é mão-de-obra barata, que não levam em respeito à individualização e valores de cada ser humano, não realçam suas virtudes, nem reconhecem seus méritos e que independem de qualquer aprofundamento teórico ou melhor nível de capacitação.

Assim, tem-se como primordial estabelecer igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, e, nesse viés, o trabalho pode ser considerado um meio para alcançar a recuperação da dignidade da pessoa humana que foi negada a esse indivíduo em situação de extrema vulnerabilidade. A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à possibilidade de o indivíduo conseguir prover os meios de subsistência. No sistema capitalista, a venda da força de trabalho é o método tido como mais legítimo para se obter inserção e ascensão social. Cabe ao Estado, por conseguinte, assegurar meios de inserção laboral digna ao refugiado acolhido²².

É necessário a compressão devida do fenômeno das migrações e seus partícipes. Não podem tais pessoas serem apenas números e dados sujeitos a se tornarem problemas sociais de um país que lhes recebe. Por isso, primordial é a distinção entre migrações e imigrações. Primeiramente deve-se citar a migração. O que caracterizaria as migrações é a transferência

²² SILVA, Renata Ferreira da; BENTO, Juliane Sant’Ana. Política migratória e direito ao trabalho: estudo de caso sobre a acolhida de imigrantes venezuelanos no Sul do Brasil. **Colômbia Internacional**, Bogotá, n. 106, abr.-jun., 2021. p. 167.

de indivíduos, “mesmo muitos, mas em medida irrelevante em relação à cepa original”²³ de um país para outro, destacando-se o seu caráter “incontrolável” e a possibilidade, bem como, certa “habilidade” de alterar a cultura e economia do território do destino, seja para “melhor”, seja para “pior”.

A migração não constitui um fenômeno de deslocamento específico, como os outros, mas sim o genérico de todos eles. Por isso, migração consiste nas mudanças humanas, devido aos mais variados fatores e finalidades, mas que necessariamente denotam a necessidade de estabelecimento permanente ou temporário em um outro lugar que não o de origem ou anterior. Divide-se basicamente em dois aspectos: as migrações livres e as migrações forçadas. Nas livres têm-se: a imigração e a emigração, que são internacionais porque a travessia de fronteiras de países, e a migração nacional, feita dentro de um mesmo país; e elas são assim denominadas, pois o fluxo migratório de uma ou mais pessoas é determinado pela sua própria autonomia de vontades, não ocorrendo a incidência de nenhum fator externo alheio a tal desejo e que forcem à mudança. Já as forçadas são o refúgio, o deslocamento interno forçado, a extradição, a expulsão e a deportação; e como o próprio nome diz, há fatores, motivos e outras vontades alheias ao intuito do próprio migrante que forcem direta ou indiretamente seu deslocamento, seja internacional ou dentro do próprio país, a fim de garantir sua sobrevivência ou não ter direitos e bens violados.

O sentido de migração está em trocar de região, país, estado ou até mesmo domicílio. É algo que já acontece há muito tempo atrás, desde o começo da história da humanidade. Migrar faz parte do direito de ir e vir, que consta na constituição. Porém essa questão da migração envolve muita polêmica, que gira em torno das condições em que ocorrem esses processos migratórios: se de um modo livre, que assim está se exercendo este direito ou se de modo obrigatório, que tende a realizar interesses políticos e econômicos desumanos, visando sempre o capital, sendo algumas vezes nacional e outras estrangeiro, marcando cada vez mais esse enorme abismo que existe entre o mundo da riqueza e o mundo da pobreza.²⁴

Já a imigração pode ser definida como o movimento de entrada em um determinado país de uma única pessoa ou de um grande número de grupos provenientes de outro país, quer seja com animo permanente ou temporário, com animo de residência ou de fins laborais, ou com outros fins econômicos, políticos ou acadêmicos. Além de ser mais desejável, e acarretar maior e melhor mobilidade através das fronteiras, os fenômenos de imigração, em

²³ ECO, Umberto. **Migração e intolerância**. Rio de Janeiro: Record, 2020. p. 21.

²⁴ VALIM, Ana. **Migrações: da perda da terra à exclusão social**. São Paulo: Atual, 1996. p. 12.

geral, podem “ser controlados politicamente, limitados, encorajados, programados ou aceitos”²⁵.

Todavia, apesar da imigração ser mais benéfica, e trazer um “tipo” de estrangeiro que os países, em geral, se interessam e sempre buscam, são as migrações do tipo forçadas que mais se destacam e vem crescendo nos últimos anos, em especial o refúgio. E a questão fica ainda mais séria, pois ainda que os Estados ao redor do mundo tentem e tracem estratégias, medidas ou elaborem procedimentos para melhor amparar e organizar a recepção de estrangeiros que entram em seus territórios, sejam por deslocamentos livres ou forçados, fato é que crescimento gerado por tal movimento populacional tem se tornado verdadeiro fato agravador de questões socioeconômicas nos países de destino desse “fluxo inextinguível” de pessoas, que vem tornando o planeta “um território de deslocamentos cruzados”²⁶.

Por isso, além da própria agressividade e lesividade em potencial que o ato em si de imigrar representa e pode representar ao migrante, já que constitui-se basicamente no abandono das pessoas às suas terras de origem e/ou nacionalidade visando sua instalação e habitação no estrangeiro, devido aos mais variados motivos, ao chegar nos países de destino, tais pessoas esperam com veemência obter melhores oportunidades, como conseguir um trabalho melhor do ponto de vista da dignidade e/ou com maior remuneração, e/ou a possibilidade de continuar ou realizar estudos em uma escola ou numa universidade daquele país, e que nem sempre são alcançados ou possibilitados a essas pessoas. Na verdade, às vezes, acabam elas encontrando uma situação igual ou até pior daquela que deixaram para trás e se deslocaram tentando fugir.

Somente a partir de tal contexto e compreensão, e de uma sociedade apta e condizente com ideais de respeito à diversidade, além de fundamentada sobre uma base democrática política e de direito, que se poderia imaginar a concessão ao refúgio e asilo, e à disposição social às novas culturas desses novos indivíduos, contribuindo para a integração social, política, jurídica e econômica deles, respeitando suas diferenças e interagindo nas semelhanças; visto que “a civilização implica coexistência de culturas que ofereçam entre si o máximo de diversidade, e consiste mesmo nessa própria coexistência”²⁷, pois:

A democracia reconhece a existência de diferenças entre os homens, mas considera todos possuidores dos mesmos inalienáveis

²⁵ ECO, Umberto., op. cit., p. 28.

²⁶ Ibid. p. 26-27.

²⁷ LÉVI-STRAUSS, C. Raça e cultura In: UNESCO. **Raça e ciência I**. São Paulo: Perspectivas, 1970. p. 265.

direitos e lhes procura garantir iguais oportunidades políticas, sociais e econômicas²⁸.

Daí a importância de um empenho conjunto na luta democrática, com respeito e tolerância, em prol do refúgio aos necessitados. Ora, a trágica substituição da expectativa dos migrantes de deslocamentos forçados, que visam um futuro seguro e promissor, para uma realidade e um panorama deplorável de flagelos e intensas angústias socioeconômicas motivadas pela informalidade, desemprego, baixos salários, péssimas condições de meio ambiente laboral, redução de chances pela baixa capacitação ou queda na renda, e pela fragilidade e impossibilidade de crescimento no status social, são abismo onde pontes devem ser edificadas pelo Direito. Cabe ao jurista desempenhar com presteza os mais diversos instrumentos que detém à sua disposição para encarar os desafios impostos pela diversidade em deslocamentos forçados, sob o risco de marginalização e proscricção²⁹ e sob ameaça de tornar os seres humanos incompetentes para um trabalho digno, ou então taxá-los como meros dados e números, em um mundo globalizado, sem qualquer valor e dignidade.

Por isso diante da ausência de um poder centralizador no campo do direito internacional, resta aos princípios inerentes deste e as regras de Direitos Humanos impedirem uma erradicação das diversidades em prol de uma globalização "desenfreada" e sem medir custos ou danos que visa uma padronização e o fim das diferenças que impedem, incomodam ou limitam o crescimento financeiro, político ou sociocultural de uma minoria de povos e nações.

Portanto, a constante cobiça ao terreno alheio não irá parar nem mesmo quando todos os seres humanos seguirem um modelo mundial, imposto por uma cultura determinada, em detrimento das outras; já que em um mundo fundamentado na quantidade e na lucratividade, a diferença e as diversidades existentes entre os povos, fator que os marca e os distingue de maneiras especiais colocando cada um com seu importante valor no conjunto como um todo, são corrompidas e alvos de destruição, desmerecendo e denegrindo processos formados em centenas, talvez milhares de anos, para recorrer a meios e projetos de outros tantos fabricados instantaneamente e produzidos na "grande linha de montagem global", em apenas "poucos minutos", ou melhor, em poucas gerações. Cabe aos Direitos Humanos e ao Direito Internacional usar suas armas nessa batalha que ainda não chegou ao

²⁸ COMAS, J. Os Mitos Raciais. In: UNESCO. **Raça e ciência I**. São Paulo: Perspectivas, 1970. p. 53.

²⁹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. Sintomas à procura de um objeto e um nome. In: GEISELBERGER, Heinrich (Org.). **A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrenta-los**. São Paulo: Estação Liberdade, 2019. p. 37-56.

fim, mas apenas ganha mais um capítulo com o instituto do refúgio e os movimentos migratórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos são entes e pessoas funcionais ao próprio sistema que os permeia, e nesse contexto, não foge uma análise do panorama de acolhimento dos refugiados nos novos países. O medo ao estrangeiro, o preconceito e a ausência de políticas públicas que evitem que grande parte de tais migrantes sejam inseridos nas margens e informalidades obscuras da sociedade que os acolhe, demonstram por si só aspectos relacionados com a precariedade das relações e condições de efetividade dos direitos internacionalmente estabelecidos naquele meio, ocorrendo a perpetuidade de discriminações e generalizações sistêmicas, riscos à identidade e verdadeira perseguição, ainda que indireta, ao plural, e que acabam por maquiar as fraquezas e entraves inescusáveis de uma sociedade, que um dia podem levar à sua consequente e inevitável queda e ruína. Perpetuar o preconceito, marginalização e fracasso sistêmico e inadiável é brincar com o futuro de todos, não apenas do estrangeiro. É brincar de roleta russa com balas próprias, sabendo que em algum momento, será sua vez de atirar.

A mera e simples proteção formal, sem ferramentas pragmáticas, aos direitos dos refugiados e demais migrantes estrangeiros em situação de vulnerabilidade não será jamais suficiente para resolver o problema de integração inadequada ao meio e à sociedade enfrentados pelos deslocados. Mostra-se necessário a conjunção de esforços na difusão dos mecanismos jurídico-sociais de amparo, resguardo e proteção dos deslocados refugiados, bem como a implementação de políticas e ações de conscientização pública para os próprios nacionais versando sobre a migração por ameaça de subsistência. Deve-se frisar o respeito à diferença, e principalmente, a importância e o grande valor de tal diversidade. É isso que nos faz humanos. Faz parte da própria essência humana, pura e digna.

Como dito, o primeiro passo no caminho para a integração dos refugiados migrantes à sociedade que os acolhe perpassa pela necessidade de acolhimento e inserção na sociedade em si, e aí incluído o respeito à sua identidade, a ausência de preconceitos/marginalização e seu reconhecimento propício no mercado laboral digno, pois este é a forma pela qual o estrangeiro conseguirá proporcionar meios de reconhecimento socioeconômico, fixar raízes e desenvolver muito mais que uma banal sobrevivência; desenvolverá subsistência digna.

A ausência de reconhecimento e valorização da mão-de-obra dos refugiados estrangeiros que ingressam cada vez mais nas fronteiras é brincar com um acaso que se sabe muito bem qual é o destino. Deslocados forçados não pode mais continuar a mercê e à

margem do processo de garantia dos direitos trabalhistas afirmados pelas legislações pátrias, não podem mais encontrar tamanhos entraves para ver suas garantias efetivadas, não podem enfrentar condições precárias de marginalização, discriminações e emprego por desinformação dos seus direitos somada ao receio do desemprego e da pobreza. Não se todos queremos ter um futuro. Todos, sem exceção. A batalha é a mesma: a intensa e incansável procura por plenas condições de inserção social e autossustento. E essa luta não é de um estrangeiro, mas do ser humano como ápice de sua diversidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. Sintomas à procura de um objeto e um nome. In: GEISELBERGER, Heinrich (Org.). **A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrenta-los**. São Paulo: Estação Liberdade, 2019.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (Org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAHALI, Y. S. **Estatuto do estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1983.

COMAS, J. Os Mitos Raciais. In: UNESCO. **Raça e ciência I**. São Paulo: Perspectivas, 1970.

CONSELHO ESTADUAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. **Direitos humanos: um novo caminho**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP, 1994.

DELGADO, Mauricio Godinho. Globalização e Hegemonia: Cenário para a Desconstrução do Primado do Trabalho e do Emprego no Capitalismo Contemporâneo. **Síntese Trabalhista Administrativa e Previdenciária**, [S.l.], n. 194, ago., 2005

ECO, Umberto. **Migração e intolerância**. Rio de Janeiro: Record, 2020.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**, Roma, a. 48, n. 5, set.-out., 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

LÉVI-STRAUSS, C. Raça e cultura In: UNESCO. **Raça e ciência I**. São Paulo: Perspectivas, 1970.

MENÉNDEZ, F. M. M. El Concepto de refugiado en un contexto de derecho internacional general. **REDI**, Madrid, v. 35, n.2, 1983.

PENTINAT, Susana B. Refugiados ambientales: El nuevo desafio del derecho internacional del médio ambiente. **Revista de Derecho**, p. 94-108, v. 19, n. 2, dez., 2006.

SALES, Teresa. **Brasileiros longe de casa**. São Paulo: Cortez, 1999.

SILVA, Renata Ferreira da; BENTO, Juliane Sant'Ana. Política migratória e direito ao trabalho: estudo de caso sobre a acolhida de imigrantes venezuelanos no Sul do Brasil. **Colômbia Internacional**, Bogotá, n. 106, abr.-jun., 2021.

VALIM, Ana. **Migrações: da perda da terra à exclusão social**. São Paulo: Atual, 1996.

FUGIR, MAS PARA SOBREVIVER, E NÃO VIVER: A INFORMALIDADE LABORAL A PARTIR DE RETRATOS SOCIOJURÍDICOS SOBRE OS REFUGIADOS E SUAS PRINCIPAIS DIFICULDADES EM OBTER UM TRABALHO DIGNO

Escape, But To Survive, Not Live: Labor Informality From Socio-Legal Portraits About Refugees And Their Main Difficulties In Getting Decent Work

Guilherme Vieira Barbosa¹

RESUMO

O desenvolvimento da comunidade internacional e a intensificação das relações da sociedade de Estados que a compõe, tem gerado novos rumos que começam a ser traçados e também novos desafios e questões que precisam ser lidados sob uma óptica cada vez mais humanista, justa e igualitária, e um dos que mais se destaca é a proteção dos grupos vulneráveis de pessoas, que estão à mercê de qualquer amparo jurídico-social e político e às vezes, dentro de seu próprio país, possuem até seus bens jurídicos fundamentais e direitos inerentes ameaçados ou já lesados pela opressão avassaladora do homem sobre o próprio homem. É sob esse prisma que se insere o estudo das migrações forçadas, em especial da mais conhecida delas: os deslocamentos dos refugiados pelo mundo e sua dificuldade de fixação dentro dos países que os acolhe, sobretudo no que cerne a oportunidades laborais e de trabalhos dignos e formais. Assim, a partir de um levantamento bibliográfico e do método dedutivo, observar-se-á o panorama socioeconômico desses migrantes que fogem para sobreviver, mas em vez de encontrar respaldo e tutela nos países que os acolhe, acabam encarando entraves e barreiras, como a dificuldade de se desenvolver e se inserir no contexto social pelo trabalho através de um meio ambiente de trabalho seguro e estável e de uma relação laboral digna e formal, como marcos de tolerância e respeito à diversidade e dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados; Meio ambiente laboral; Migrações; Trabalho; Informalidade.

ABSTRACT

The development of the international community and the intensification of the relations of the society of States that compose it, have generated new directions that are beginning to be traced and also new challenges and issues that need to be dealt with from an increasingly humanist, fair and egalitarian perspective, and one of the most outstanding is the protection of vulnerable groups of people, who are at the mercy of any legal, social and political support and sometimes, within their own country, even have their fundamental legal interests and inherent rights threatened or already harmed. by the overwhelming oppression of man over man himself. It is from this point of view that the study of forced migrations is inserted, especially the best known of them: the displacement of refugees around the world and their difficulty in settling within the countries that host them, especially with regard to job opportunities and decent work and formal. Thus, from a bibliographic survey and the deductive method, the socioeconomic panorama of these migrants who flee to survive, but instead of finding support and protection in the countries that welcome them, end up facing obstacles and barriers, such as difficulty in developing and inserting oneself in the social context through work through a safe and stable work environment and a dignified and formal

¹ Mestre e Doutorando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) sob orientação do Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault. Facilitador e Pós-graduando no programa de Formação Didático-Pedagógica para Cursos na Modalidade a Distância junto à Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP). É advogado. E-mail: guilhermevieirabarbosa@gmail.com.

working relationship, as a framework of tolerance and respect for diversity and human dignity.

KEYWORDS: Refugees; Public policy; Migrations; Work; Informality.

INTRODUÇÃO

Dia após dia, enormes contingentes de refugiados acolhidos pelos mais variados países ao redor do globo necessitam de amparo e suporte humanitário, jurídico, educacional, de saúde e também laboral no país que os acolhem e onde buscam socorro. Para o migrante é uma nova história, é preciso recomeçar, e para isso, para fixar raízes, mostra-se necessário oportunizar trabalhos e empregos dignos que atestem a possibilidade desse recomeço.

Todavia, essa não é a realidade simples encarada pelos refugiados, pois ainda que adentrem legalmente como refugiados nos países, acabam sofrendo percalços, discriminações e entraves que dificultam sua estadia, permanência e desenvolvimento como ser humano ali em território estrangeiro. São inúmeros os grandes obstáculos enfrentados por esses migrantes forçados para reestruturarem suas novas vidas, como a falta de moradia e emprego, ou então, a dificuldade de obtê-los de forma digna e humana, já que quando conseguem inserir-se no mercado de trabalho, por exemplo, são submetidos a condições degradantes e genéricas que jamais atendem suas reais necessidades. Apenas postergam o problema para outro plano. É uma situação extremamente delicada, pois no geral, o melhor que os refugiados terão é a informalidade e o mínimo para sua subsistência.

Dessa forma, através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, utilizando textos e publicações nacionais e do direito comparado, almeja-se aqui expor as graves infrações aos direitos trabalhistas e personalíssimos a que são submetidos diariamente os refugiados que se arriscam a ingressar no país, fugindo para sobreviver, mas que ali apenas encontram péssimas oportunidades laborais, extrema informalidade, terríveis condições de trabalho e salários insatisfatórios incondizentes muitas vezes com sua formação e qualificação. Assim, objetiva-se analisar brevemente quais são as principais causas e dificuldades que impossibilitam a inserção adequada dos refugiados no mercado de trabalho dos países que os recebem, bem como a sua inserção em um panorama laboral que se mostra hostil e nada receptivo a essa mão-de-obra estrangeira. Com isso, objetiva-se aqui explicar e discutir a frágil efetividade e garantia dos direitos humanos ao trabalho decente de refugiados e seus impactos na coletividade e Estado que se propõe a recebê-los.

1. REFUGIADOS: QUEM SÃO?

Pode-se afirmar que o surgimento do contexto e das discussões acerca da tutela dos refugiados se deram com a Liga das Nações², após 1921, com a criação de organismos temporários em janeiro de 1939, o Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados e o Comitê Intergovernamental para os Refugiados.

Esses acontecimentos, ou seja, os enfoques ao instituto do refúgio, só foram possíveis mediante os fatos ocorridos durante e posteriormente a Primeira Guerra Mundial, sendo a Segunda Guerra Mundial³ responsável pela consolidação do refúgio internacionalmente e pela criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR); cabendo as guerras civis atuais, sobretudo as africanas e os confrontos orientais serem responsáveis por manter os refugiados na mídia, demonstrando que o tema ainda tem muito a ser descoberto e abordado, alavancando para uma atenção contemporânea para o assunto nas legislações nacionais.

Foi intensificada e com maior abrangência somente depois do surgimento da ONU, e atualmente regulamentados e geridos pelo ACNUR e seu Estatuto dos Refugiados elaborado na Convenção de 1951, que recebe seu nome, e aperfeiçoado pelo Protocolo de 1967. Em suma:

O fim da Segunda Guerra Mundial e as convulsões verificadas no mundo, a guerra fria e os movimentos de libertação nacional provocaram o deslocamento de milhares de pessoas em busca de um país onde o regime político-econômico lhes fosse favorável. Uma das consequências da confrontação entre a Europa Ocidental e a Europa Oriental foi precisamente a adoção pelos países do Ocidente de legislações destinadas a proteger os cidadãos do leste que conseguissem emigrar. Esta política liberal acabou por provocar uma onda de emigrantes, muitos vindos das antigas possessões africanas ou asiáticas, criando inúmeros problemas sociais⁴.

De forma breve e sucinta, tem-se como os motivos clássicos, que constituem em características próprias, pessoais e inerentes dos refugiados, e que acarretam o fluxo de refúgio e a intensificação da concessão de asilo a indivíduos oriundos dos fenômenos migratórios são: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e a filiação a determinado grupo social⁵. Esses motivos foram apresentados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos

² ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito internacional dos refugiados: Evolução Histórica (1921 – 1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 20.

³ Durante tal conflito, a atuação dos órgãos especializados foi impedida devido ao intenso fluxo migratório, e só havia a possibilidade de mudança para os países ditos neutros do entrave armado, que eram Suécia, Suíça, Espanha e Portugal.

⁴ ARAUJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.). **O Direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12.

⁵ Cf. JUBILUT, Lílíana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 113-114.

Refugiados de 1951, e posteriormente pelo documento que a aperfeiçoou, o Protocolo de 1967; sendo assim, considerados fatos louváveis, por apresentar uma definição abrangente e qualificada do status de refugiado, até então inexistente. Tais motivos clássicos têm por primazia de suas origens os princípios fundamentados e imortalizados pela Revolução Francesa de 1789: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Cabe destacar que essa conceituação do instituto do refúgio conforme a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, baseia-se no fundado medo de perseguição em virtude de motivos étnicos, religiosos ou políticos; e é estruturada em torno do princípio *non-refoulement*, ou seja, a impossibilidade de retorno forçado do refugiado a um país onde ele possa sofrer outras perseguições.

Em outros termos, os motivos clássicos, que constituem em características próprias, pessoais e inerentes dos refugiados, e que acarretam o fluxo de refúgio e a intensificação da concessão de asilo a indivíduos oriundos dos fenômenos migratórios são: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e a filiação a determinado grupo social; adiciona-se a essa lista as situações de guerra e os fenômenos ambientais. É nesse contexto que tem se inserido à tutela dos direitos e deveres de todos os milhões de refugiados em torno do mundo. De uma maneira mais técnica, tem-se a definição da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967⁶, apresentada por Flávia Piovesan, como refugiado sendo toda pessoa:

Devido ao fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, está fora do país de sua nacionalidade, e não pode ou, em razão de tais temores, não queira valer-se da proteção desse país; ou que, por carecer de nacionalidade e estar fora do país onde antes possuía residência habitual não possa ou, por causa de tais temores ou de razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira regressar a ele⁷.

⁶ Sobre o *status* de refugiado: art. 1º, §1º, c, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, *in verbis*: “Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” E art. 1º, §2º, do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, *in verbis*: “Para os efeitos do presente Protocolo, o termo refugiado deverá, excepto em relação à aplicação do parágrafo 3 deste artigo, significar qualquer pessoa que caiba na definição do artigo 1, como se fossem omitidas as palavras como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 e. e as palavras ... como resultado de tais acontecimentos, no artigo 1-A (2).”

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57

A chancela e amparo internacional aos refugiados é feita pelo ACNUR, estabelecido em 1950, que nada mais é que um dos órgãos subsidiários⁸ da Organização das Nações Unidas, embora atue independentemente dela, sendo responsável pela tutela internacional aos direitos dos refugiados, cujas funções primordiais são “providenciar proteção internacional e buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados”⁹. Sua atuação está relacionada com a aplicação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e posteriormente o Protocolo de 1967, que o aperfeiçoou, sendo um diploma e documento legal afirmado pela ONU e assinado pelos Estados signatários, que apesar de defender os princípios inerentes dos refugiados constitui em “um dispositivo internacional cuja eficácia depende da vontade política dos Estados signatários, posto que a ONU não conta com órgãos sancionadores fortes para descumprimento dos tratados que patrocina”¹⁰. Assim:

Com o escopo de realizar plenamente o seu mandato, o ACNUR procura encorajar os Estados a criar condições adequadas para a proteção dos direitos humanos e para a solução pacífica dos conflitos, ou seja, procura não apenas apresentar soluções para os refugiados, mas também tem em vista eliminar as causas do êxodo dos refugiados¹¹.

Os conceitos legais trazidos pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967 constituem, além de um enunciado oficial acerca das características do refúgio, são obrigações contratuais e convencionais para os seus Estados signatários, o que tecnicamente, deveria favorecer e estimular por si só o surgimento de políticas públicas voltadas para a defesa desses migrantes e sua vivência com dignidade nos países que os acolhe.

2. O DIREITO AO TRABALHO DIGNO E FORMAL NA MIGRAÇÃO DOS REFUGIADOS

É inquestionável a íntima relação entre o fenômeno da migração com a questão da inserção laboral e meio ambiente do trabalho a que é submetido o estrangeiro. Ora, todos os migrantes, sejam oriundos de deslocamentos livres ou forçados, almejam a inserção e fixação socioeconômica no país que os acolhe, e isso, tem início, justamente na procura por um trabalho que atenda a suas carências pessoais e as necessidades básicas de sua família.

⁸ A ONU possui três tipos ou formas de órgãos subsidiários: os fundos (Ex: UNICEF), os comissariados (Ex: ACNUR) e os programas (Ex: PNUD).

⁹ JUBILUT, Líliana Lyra. op. cit., 2007. p. 151.

¹⁰ Ibid. p. 159.

¹¹ Ibid. p. 155.

O direito ao trabalho, deve ser compreendido como extensão natural do Direito como Ciência Social Aplicada, ou seja, necessita ser vislumbrado como um direito balizador à diversidade, como um verdadeiro direito humano a ser exercido por todos os seres humanos, visto que é através do trabalho e das atividades laborais que homem dá significado para sua existência, contribui para sua coletividade que o cerca e adquire condições mínimas para possibilitar o uso e exercício efetivos dos demais direitos sociais e direitos inerentes à dignidade humana.

Ora, o trabalho digno e um meio ambiente laboral estável e sustentável, representa muito mais que o simples sustento e sobrevivência para o refugiado, mas também e principalmente constitui na possibilidade de crescimento e expectativa de uma vida sem perseguição, uma vida sem medo.

Por isso, possibilitar um trabalho sério e condizente com as reais qualificações e capacitações do migrante forçado é trazer-lhe condições que transcendem a obtenção de alimentação, moradia, vestuário, saúde e transporte para o refugiado e sua família, para alcançar um viés de melhores possibilidades de educação, lazer e futuro; ou seja, o migrante passa trabalhar para VIVER, e não mais para sobreviver. Poder recomeçar, indubitavelmente, é uma das características mais marcantes da resiliência do ser humano. Mas para isso, tal panorama deve constituir-se em real possibilidade para o estrangeiro refugiado que bate à porta de uma nação pedindo socorro.

Assim, o trabalho como rompedor da própria barreira da vulnerabilidade socioeconômica criada pelo deslocamento forçado do refugiado, já que insere tal indivíduo em uma coletividade nova que lhe diz através da atividade laboral “você agora faz parte de nós”. Ou seja, o trabalho exerce um significado muito mais profundo do que ganhar dinheiro, manter o estrangeiro ocupado ou poder alimentá-lo, pois passa a legitimar, primeiro para ele mesmo e depois para a sociedade em si, seus direitos civis e políticos dentro de uma nova nação.

A proposta do presente estudo não é alienar-se da realidade que nos abraça. Pelo contrário, sabe-se muito bem os prós e contras da inserção de migrantes forçados em massa em um contexto laboral nacional. Todavia, o que se pretende aqui é não fugir da questão, já que esta é uma realidade inconveniente que bate a nossa porta todos os dias. E que infelizmente não cessará ou mudará, na verdade só se agravará, enquanto a humanidade caminhar a passos largos para as escolhas que tem feito nas últimas décadas.

Sabe-se de igual forma que o meio ambiente laboral é afetado tanto pelas incertezas e incongruências geradas por um modelo de produção globalizado e de transformação

acelerada, que põe em risco a própria diversidade dos seres humanos, quanto pela grande e massiva oferta de mão de obra migrante, atualmente sobretudo de deslocamentos forçados, que apesar de constituir e representar uma possibilidade de reafirmação de valores dos direitos humanos e dignidade humana, acabam, por vezes, sendo utilizados como instrumentos para piorar ainda mais aquilo que já estava ruim, como quando migrantes são mobilizados para inflamar uma área de produção ou determinado local, a fim de gerar uma redução de direitos já sedimentados, como a diminuição de salários.

Mattoso¹² e Antunes¹³ destacam bem que há verdadeiro mundo de extremos no atual panorama de migrações forçadas e na recepção de tais migrantes pelo mundo, pois ao mesmo tempo em que há latente endurecimento e redução de vagas e postos de trabalhos para estrangeiros que a cada dia mais se tornam numerosos e indesejáveis em alguns países, contraditoriamente, tais refugiados e outros deslocados forçados são até “desejáveis”, pois são tratados como verdadeiros instrumentos para gerar diminuição/rebaixamento do valor da força de trabalho, e conseqüentemente, na piora das condições de trabalho, já que representam um excedente funcional, uma força de trabalho sobrando e um “estoque” de mão-de-obra a ser utilizado em situações emergenciais e/ou de crise, ou então, de conveniência caso os nacionais não aceitem as condições degradantes ali impostas, visto que lamentavelmente é praticamente retirado o direito de escolha dos estrangeiros, pois à deriva e na sarjeta das possibilidades laborais, eles aceitarão qualquer condição para sobreviver em uma terra forasteira.

3. AS PRINCIPAIS DIFICULDADES E BARREIRAS ENFRENTADAS PELOS REFUGIADOS NO SUCESSO LABORAL E NA CONQUISTA DE UM TRABALHO

São inúmeros e incontáveis os desafios enfrentados pelos refugiados e demais deslocados forçados que ingressam em um novo país buscando mais do que fugir de uma perseguição, buscando se fixar. Trata-se de uma realidade global que vem se desdobrando, sobretudo nos últimos anos, a partir de sistemas e políticas restritivas às migrações providas de países desenvolvidos e influentes¹⁴, dentre eles destacando o papel desempenhado pelos

¹² Cf. MATTOSO, J. e L. **A desordem no trabalho**. São Paulo: Scritta, 1995. p. 69-109.

¹³ Cf. ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 13-29.

¹⁴ Cf. LATOUR, Bruno. **Où atterrir?** Comment s’orienter en politique. Paris: La Découverte, 2017. p. 33-47.

Estados Unidos e sua política anti-migratória¹⁵, mas que tem sido repetido e refletivo em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, como o Brasil^{16,17}.

Dentre vários, vale destacar os principais fatores que acabam por dificultar ou impedir o ideal acesso ao mercado de trabalho pelo refugiado¹⁸. A nova perseguição e xenofobia encontrada no país e na sociedade que lhes acolhe, a burocracia daquele país, o novo idioma (na maioria das vezes, bem diferente do falado pelo migrante), falta de documentos em razão da fuga apressada, ausência de prestação ou acesso a serviços básicos (como saúde, moradia, educação, etc.), impossibilidade de utilizar os conhecimentos e capacitações adquiridos em seu país de origem, dentre outros.

A fim de melhor dimensionarmos o problema do acolhimento nas políticas migratórias brasileiras que trataremos na sequência, importa que nos apropriemos dessas categorias: a desintegração do consenso sobre migração, devido aos custos da proteção social, compreendidos como intoleráveis na conjuntura de “grande regressão”; a precarização da mão de obra migrante, a menos instrumentalizada para resistir a condições de trabalho lesivas à dignidade humana; a dissonância de status entre formação, ocupação e remuneração dos migrantes, que impõe um tempo no país de destino até que recuperem a posição social perdida na partida. Por exemplo, entre os refugiados, 89% deles estão em ocupações que não exigem o seu nível de formação, portanto são vítimas desse gargalo na promoção de integração laboral conforme a qualificação¹⁹.

Certo é que as condições de trabalho, seja mais ou menos, são consideradas insatisfatórias e indevidas para o migrante forçado, em especial, os refugiados em termos gerais, assim como as perspectivas laborais a eles possibilitadas, tais como as vagas de emprego oferecidas e os níveis salariais auferidos. Tudo sempre está muito aquém do ideal, e principalmente do que é praticado aos nacionais daquele país que acolhe o estrangeiro²⁰.

Pior, por vezes a própria origem nacional daquele estrangeiro acaba por gerar lamentável correlação com a posição na hierarquia social que ele deterá naquele novo Estado

¹⁵ Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. São Paulo: Zahar. 2017.

¹⁶ O Brasil, mesmo historicamente sendo reconhecido como país que abre suas fronteiras e recebe muito bem os migrantes dos mais diversos países do mundo, começa a adotar postura contrária no acolhimento de migrantes forçados, tipicamente conservadora e características dos países desenvolvidos, como por exemplo, os venezuelanos e haitianos que adentram o país nos últimos anos com a instabilidade política que assola aquela nação vizinha.

¹⁷ Cf. MAGALHÃES, Luís. A imigração haitiana em Santa Catarina: perfil sociodemográfico do fluxo, contradições da inserção laboral e dependência de remessas no Haiti, **Tese de Doutorado em Demografia**. Universidade de Campinas, Campinas, Brasil. 2017.

¹⁸ Cf. MASON, Paul. Vencendo o medo da liberdade. In: GEISELBERGER, Heinrich. (Org.) **A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los**. São Paulo: Estação Liberdade, 2019. p. 149-174.

¹⁹ SILVA, Renata Ferreira da; BENTO, Juliane Sant’Ana. Política migratória e direito ao trabalho: estudo de caso sobre a acolhida de imigrantes venezuelanos no Sul do Brasil. **Colômbia Internacional**, Bogotá, n. 106, abr.-jun., 2021. p. 173.

²⁰ Cf. STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 99-133.

que o recepciona²¹, o que reforça a desigualdade estigmatizante que assola a sociedade moderna, que permite que raças, etnias e credos repercutam e gerem diferenças salariais, diversidade nas oportunidades laborais e limites à mobilidade socioeconômica de parcelas de pessoas²², o que escancara a fragilidade e imperfeição de um sistema globalizado baseado apenas em produção e resultado, e a herança colonial e escravagista do ser humano como verdadeiro risco à diversidade²³.

É precário o acesso do deslocado forçado e refugiado a serviços públicos de qualidade, principalmente quando comparado ao que os nacionais daquele país fazem jus, e são raros os casos de reconhecimento e respeito da diversidade em si, bem como de capacitação do estrangeiro através de certificados e diplomas universitários por ele adquiridos em seu país de origem. Isso quando não ocorre de apenas uma simples terminologia designada para se referir ao estrangeiro deter o condão de poder modificar radicalmente as possibilidades daquele migrante.

A integração através do trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego em 2006 decidiu que na identificação da Carteira de Trabalho dos migrantes forçados conste “estrangeiros com base na Lei 9.474/97” ao invés do termo “refugiado”. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI). O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) tem oferecido cursos profissionalizantes apenas para os refugiados²⁴.

Por isso, decididamente não são poucos os problemas enfrentados pelos refugiados ao redor do mundo em seu ingresso e realocação no mercado de trabalho do país que os acolhe. Um dos maiores desafios, se não talvez o maior deles, encarados pelos refugiados que buscam melhorar suas condições de vida e perspectivas de futuro ao procurar um emprego digno continua sendo a discriminação, o preconceito e a xenofobia ao estrangeiro diferente do padrão “nacional” pré-constituído.

Os deslocados forçados, em especial os refugiados, ao ingressarem em uma nova nação, necessitam de oportunidades de emprego e trabalho para conseguirem recompor e reconstruir suas vidas no país que os recebe, mas nesse momento, infelizmente, com muita

²¹ Cf. VILELA, Elaine. Desigualdade e discriminação de imigrantes internacionais no mercado de trabalho brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, 2011. p. 89-128.

²² Cf. VILELA, Elaine; COLLARES, Ana; NORONHA, Cláudia. Migrações e trabalho no Brasil: fatores étnico-nacionais e raciais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 30, n. 87, 2015. p. 19-42.

²³ Cf. SILVA, Camila; BAENINGER, Rosana. Mudança de perfil dos imigrantes venezuelanos em São Paulo — perspectivas sobre a política de interiorização do governo federal. **Anais ABEP**. 2019. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/3166/3027>>. Acesso em 24 mai. 2021.

²⁴ BÓGUS, L. M. M.; RODRIGUES, Viviane Mozzine. Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: História e Perspectivas. **Dimensões**, Vitória, n. 27, 2011. p. 110.

frequência, acabam encontrando grande resistência, preconceitos e discriminações xenófobas. Mas a pergunta que fica é: por que? Por que perseguir alguém que chegou fugindo justamente de uma perseguição em seu país de origem? A verdade é que a resposta mais simples talvez seja a mais próxima da realidade, pois a ignorância e a própria falta de conhecimento pelo nacional que o recebe sobre o quadro migratório e sobre a própria temática do refúgio em si, bem como a ausência de vontade em se aprofundar sobre o verdadeiro panorama do deslocado forçado talvez seja uma das maiores causas propulsoras da discriminação ao estrangeiro migrante no Brasil e no mundo²⁵.

Apesar de parecer difícil acreditar, em pleno século XXI, no auge da era da globalização, o estigma do suposto “risco” e “ameaça do estrangeiro à segurança nacional e à ordem econômica de um país ainda se sustenta, e pior, ainda é difundida. O migrante, em muitos lugares, apesar de bem vindo pelo próprio governo ou por parcela da sociedade, ainda é identificado como “inimigo” ou uma figura “inferior” por grande gama da coletividade de muitos Estados, que acaba não apenas discriminando e impedindo a ascensão socioeconômica desses estrangeiros nesses países que os acolhe, como também acabam por gerar uma debandada de violência moral, física, emocional e psicológica sobre os refugiados e suas famílias²⁶, degradando sua diversidade e diminuindo suas perspectivas, que já eram, infelizmente, muito baixas, diante do contexto de perseguição que fugiram. E esse quadro piora ainda mais dependendo da origem desses migrantes e refugiados, pois se advindos de nações periféricas e pobres, tal estigma e preconceito ao estrangeiro é ainda mais acentuado e alarmante, beirando a tratar o ser humano como um animal.

Fato é que, seja no Brasil (considerado um país receptivo e tolerante até certo modo) ou no mundo, o medo e temor extremo ao estrangeiro migrante, sobretudo por um complexo de inferioridade que se expressa no receio dele tomar o lugar do nacional, o emprego do nacional e as chances/oportunidades do nacional ainda é muito difundido, sem qualquer razão ou fundamento. A substituição da mão de obra nacional pela estrangeira, com um iminente desemprego aos nacionais, ainda é um flagelo e ponto de tensão encarado pelos refugiados que entram no país que os acolhe pensando apenas em sobreviver e ser recebido, e não tomar o lugar dos que ali já vivem. Nesse sentido:

²⁵ Cf. PEREIRA, Gustavo; ABREU, Márcia. Transformando o ‘intruso’ em ‘incluso’: xenofobia e discriminação na acolhida de imigrantes no Brasil. In: GRUPO DE ASSESSORIA A IMIGRANTES E REFUGIADOS (GAIRE). (Org.). **Múltiplos olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária**. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016. p. 131-142.

²⁶ Cf. REIS, Andressa; VIEIRA, Miriam Steffen. Os novos imigrantes: construções discursivas sobre haitianos e senegaleses em um jornal do Sul do Brasil. **Ciências Sociais Unisinos**, Florianópolis, v. 55, n. 3, 2020. p. 387-396.

Ainda assim, a presente pesquisa demonstrou que a população brasileira tende a apresentar atitudes de preconceito e xenofobia, refletidas no âmbito do trabalho. Dos venezuelanos entrevistados, mais de 30% afirmaram ter sofrido discriminação para obter um emprego em razão de ser estrangeiro. Já quando indagados se haviam sofrido discriminação dentro do ambiente do trabalho, esse número diminuiu para 11 pessoas (17,5%). Ainda assim, esse número é devesas expressivo em face do vasto arcabouço jurídico de combate à discriminação, com destaque para a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e vigente desde 1966. Desse diploma normativo, pode-se extrair que a discriminação dos migrantes ultrapassa questões como nacionalidade, raça, sexo e crença. Portanto, a não discriminação deve englobar também as categorias de ocupação, profissão, oportunidade de trabalho e emprego e opinião política²⁷.

Mas nem só no aspecto discriminatório ou de tolerância social se encontram as dificuldades enfrentadas pelos refugiados, pois os óbices vão muito além e abarcam panoramas formais intrínsecos ao próprio movimento migratório do estrangeiro e aos fatores que o levou a migrar. Muitos são os fatores que dificultam a estadia e fixação do refugiado em terra estranha e ali poder trabalhar para conseguir se desenvolver e viver. Por exemplo, o acesso à documentação e a obtenção de determinados documentos, como documentos de identificação pessoal e laboral (carteira de trabalho ou recolhimento previdenciário, por exemplo) ainda se apresenta como grande dificuldade para a maioria dos refugiados que entram em território estrangeiro buscando amparo e socorro.

Ora para conseguir viver, mais do que sobreviver, o refugiado precisa de um trabalho digno, e isso não encontrará na informalidade. Mas para obter um registro de emprego formal, que lhe pague o que faz jus e merece, é necessários documentos, que no geral, o deslocado forçado não possui, sendo que não maioria das vezes não possui nem mesmo para se regularizar como próprio refugiado no país que os acolhe, já que teve que sair às pressas de seu país de origem, deixando tudo para trás, inclusive documentos.

Os documentos do migrante estrangeiro são peças imprescindíveis para a própria possibilidade de ser acolhido como refugiado, sem falar que são inafastáveis para a possibilidade desse refugiado obter o necessário para ser contratado em um emprego pelo regime formal de trabalho. Mas como tiveram que deixar tudo que tinham às pressas, de maneira abrupta e violenta, no seu país de origem, em razão da perseguição que os afligia, a eles não é dada escolha a não ser obter a vida que lhes permitam ter no novo país sem a documentação mínima necessária. E essa vida é geralmente taxada pela informalidade e desrespeito às condições laborais e ao meio ambiente do trabalho adequado. Sem

²⁷ SILVA, Renata Ferreira da; BENTO, Juliane Sant'Ana. op. cit., 2021. p. 186.

documentos pessoais, o refugiado não consegue nem sua própria regularização, impedindo sua fixação correta na nação que os acolhe, e conseqüentemente, não obterão (ou terão imensa dificuldade e morosidade) a expedição de documentos novos ali em terra estranha que lhe propiciariam uma possibilidade de recomeço, como a própria CTPS (no Brasil).

Esse é o caso de muitos refugiados haitianos e venezuelanos que adentram o Brasil, pois a “[...] *the majority of people seeking refuge are Venezuelans and this situation usually compels them to leave their country without enough time to prepare. A life in a new country without the necessary documents is unconceivable*”²⁸.

Ao chegar em terra estrangeira, o migrante forçado que foge de perseguição geralmente já solicita o refúgio, pois este é indubitavelmente o instituto que impede logo de cara dele ser devolvido ao seu país de origem, bem como se mostra o meio menos custoso de permanecer naquele novo país com real oportunidade e possibilidade de inserção no mercado laboral, já que em poucos dias é possível se expedir documentos necessário para que aquele novo refugiado possa trabalhar, como carteira trabalho e emprego (CTPS, no Brasil). Todavia, uma das condições para que esse novo refugiado obtenha tamanho regularização e tais documentos de forma mais célere e ágil é que detenha em sua posse documentos pessoais que atestem sua capacidade e possibilidade para uma nova vida ali naquela nova nação, além de que comprove que o estrangeiro é capacitado ao labor²⁹. E é aí que reside e se inicia mais um problema para o refugiado, e que fugiu sem trazer nada consigo a não ser o fôlego de vida³⁰.

²⁸ RAFFOUL, Jacqueline. Crisis in Venezuela: The Brazilian response to the Massive Flow of Venezuelans in Roraima. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, 2018. p. 19-20. Tradução livre: “[...] A maioria das pessoas que buscam refúgio são venezuelanos e essa situação geralmente os obriga a deixar seu país sem tempo suficiente para se preparar. Uma vida em um novo país sem os documentos necessários é inconcebível.”.

²⁹ A migração sem a documentação devidamente habilitada acaba por gerar e alimentar a informalidade do trabalho no país que recebe o estrangeiro, já que não podendo trabalhar formalmente, o refugiado procurará qualquer condição ou situação que lhe pague algo para conseguir sobreviver. Assim, a discussão sobre condições do meio ambiente de trabalho adequado fica para segundo ou terceiro plano nas preocupações do estrangeiro. Ele simplesmente precisa sobreviver, e para isso, precisa trabalhar. E isso acaba por agravar um outro panorama, já que não encontrando respaldo ou oportunidades na informalidade, é certo que tal estrangeiro irá acabar indo ou acentuando a questão da criminalidade, que por sua vez, não escolhe rosto, raça ou cor, ante a necessidade de pessoas para suas práticas. E isso acaba por convergir no mesmo ponto: o aumento da pobreza, desigualdade social e fatores socioeconômicos entre os estrangeiros naquele novo país. Assim, a ausência de documentação pelo estrangeiro migrante acaba por impactar direta ou indiretamente o próprio mercado de trabalho em si, pois migrantes sem documentos criam situações de maior vulnerabilidade no sistema e expõe os graves riscos e problemas à exploração da mão de obra por empregadores oportunistas, sem atendimento aos seus direitos trabalhistas. A falta de documentação está entre os principais motivos que fazem com que os imigrantes se sujeitem à informalidade, ficando à mercê dos traficantes de mão de obra, de empregadores de fachada, de trabalho análogo à escravidão, da servidão por dívidas e outras degradantes formas de trabalho.

³⁰ Cf. ANONNI, Danielle; SILVA, Joana. Os direitos trabalhistas dos refugiados no Brasil: desafios para a aplicação da norma mais favorável na era da terceirização. **Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Monções, v. 4, n. 8, p. 63-79, 2015

Além disso, um determinado país ao abrir suas fronteiras para receber contingentes de refugiados faz verdadeiro compromisso com reafirmação à dignidade humana e também com a própria comunidade internacional em proporcionar àquele migrante a possibilidade de interagir e integrar-se com sua sociedade, seja através de políticas públicas, seja por meio de oportunidades ao mercado de trabalho. E é aí que também reside uma outra dificuldade do estrangeiro migrante, pois nem sempre as oportunidades laborais a ele oferecidas no novo país que os acolhe são condizentes ou compatíveis com o nível de escolaridade que o refugiado possui. E isso é grave, pois um trabalho ou ocupação laboral incompatível com o nível de instrução e capacitação já possuído pelo estrangeiro afeta muito mais do que apenas no salário a ser percebido por ele, pois acaba por minar e atentar contra a própria dignidade daquele refugiado, que acaba vendo toda sua trajetória profissional e história sendo jogada no lixo. Há degradação da dignidade humana nesse sentido.

Se destrincharmos os principais panoramas de refúgio pelo mundo, ver-se-á que um número significativo de refugiados que detém qualificação profissional e até formação universitária específica está trabalhando em áreas totalmente diversas e diferentes daquelas as quais são habilitados, capacitados ou possuem formação para tal. Na verdade, nem mesmo próximo estarão trabalhando. Na verdade, a chance de nos depararmos com um refugiado diplomado e devidamente capacitado e habilitado exercendo atividade informal ou um emprego considerado “resto” e desprestigiado é imensa.

Com acesso restrito a empregos que ofereçam melhores salários e condições de trabalho, esses imigrantes — possuindo ou não um título universitário e/ou experiências de trabalho consideradas qualificadas — estão em relação direta com atividades laborais de baixa remuneração (geralmente de um a dois salários-mínimos), muitas vezes informais e desprotegidas legalmente, em particular intensas em horas e sobrecarga de trabalho³¹.

É extremamente comum, e chega a ser até rotineiro, encontrar refugiados com consideráveis experiências profissionais e significativa formação universitária atuando na informalidade ou em empregos periféricos “indesejáveis” pelos nacionais daquele país. A adversidade extrema do refugiado conseguir se inserir em sua área de trabalho e formação no novo país que os recebe, aliada a necessidade que aquele estrangeiro tem de comer e sobreviver (recomeçar), faz com que o migrante forçado abandone sua carreira e formação, e acabe por recorrer àquilo que se encontra palpável e acessível a ele, tal qual empregos que

³¹ VILLEN, Patrícia. O estigma da ameaça ao emprego pelos periféricos na periferia: crise e imigração no Brasil. **RUA**, v. 21, n. 12, 2015. p. 260.

exigem menos qualificação ou mesmo a informalidade³². Por exemplo, é muito comum, dentro dos movimentos migratórios de refugiados, observar advogados e engenheiros devidamente formados e habilitados em seu país de origem laborarem no trabalho informal, como garçom, atendentes de restaurantes e bares, caixas de supermercado, etc. Tudo em razão da dificuldade de comprovação e efetivação de suas formações no país que os acolhe.

Even though many of them have higher education degrees, the circumstances led some to accept jobs they would never think of. It is not uncommon to know that Venezuelans accept job positions paid illegally less than a minimum wage. Such situation creates even more hostility towards some Brazilians, who feel that foreigners are stealing their jobs³³.

Essa batalha do estrangeiro para obter um emprego digno, formal e devidamente condizente com sua capacitação e competência não se mostra apenas pela falta de oportunidade, mas também em decorrência da própria dificuldade que o refugiado detém de comprovar sua formação, sua qualificação profissional e sua habilitação laboral específica, em razão da dificuldade de convalidação de diplomas e reconhecimento de formações no novo país que os acolhe.

Os imbrólios e entraves burocráticos no reconhecimento e revalidação dos diplomas constitui em outra grande dificuldade encarada pelos refugiados em seu recomeço e nas condições laborais a que tem que se submeter. A própria burocracia, que por si só já é bem diferente nos mais diversos países ao redor do mundo, acaba por impedir ou dificultar demais o processo de revalidação de diplomas e formações dos refugiados no exterior e em seu país de origem, e isso acaba impedindo ou impossibilitando o profissional estrangeiro refugiado continue sua carreira esforçadamente conquistada ali no país que os acolhe, o que faz com que agrave ainda mais sua situação. Pois, além de baixa renda, péssimo emprego, aumento da informalidade, há ainda degradação da dignidade e humana com a insatisfação profissional e pessoal daquele estrangeiro, já que utilizemos o exemplo citado acima, o que um advogado refugiado tem de conhecimento sobre construção civil ou manufatura de roupas para pode atuar no ramo informal dessas áreas no país que os acolhe? Isso seria perpetuar a perseguição velada a que aquele estrangeiro migrou para fugir. É continuar

³² Cf. MIRANDA, Ana. Direitos humanos e o direito ao trabalho dos migrantes indocumentados. In: ANONNI, Danielle (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018. p. 171-193

³³ RAFFOUL, Jacqueline, op. cit., 2018. p. 19. Tradução livre: “Embora muitos deles tenham formação superior, as circunstâncias levaram alguns a aceitar empregos em que nunca pensariam. Não é incomum saber que os venezuelanos aceitam postos de trabalho que pagam ilegalmente menos que um salário-mínimo. Tal situação cria ainda mais hostilidade para alguns brasileiros, que sentem que os estrangeiros estão roubando seus empregos.”

limitando sua vida a sobreviver, enquanto o que ele mais deseja é recomeçar, poder se desenvolver, poder, enfim, viver! E por isso é inaceitável.

Alguns fatores dificultam a desejada inserção no mercado de trabalho desta população: falta de qualificação, quando qualificados a necessidade de revalidação de diplomas no país e a ausência do domínio da língua local. Nem sempre a condição migratória permite espera e os imigrantes acabam por se sujeitar a condições laborais inadequadas³⁴.

Todavia, isso acaba sendo ruim até mesmo para o próprio país que acolhe o refugiado, pois além de ver seus números de problemas sociais e informalidade labora crescerem, acabam por não aproveitando o potencial profissional desses migrantes em seu território³⁵.

São inúmeros e variados os óbices ao reconhecimento da formação e diplomação dos refugiados, como por exemplo: a necessidade de reconhecimento consular de tal documentação; a exigência de planos de ensino e ementa das disciplinas cursadas; a perda do diploma ou documento equiparado em razão da fuga repentina e das condições que assolam o país de origem (por exemplo, guerras que destruíram as casas e tudo que havia nelas); até mesmo o risco da universidade, faculdade ou instituto nem mais existir no país de origem do refugiado, por variados motivos, como extinção, fechamento por perseguição política ou até mesmo destruição por causa de guerra e conflito armado civil; dentre outros. A verdade é que seja de ordem grave ou mais ameno, formal ou intangível, esses entraves tornam muitas vezes impossível o acesso a condições de trabalho e oportunidades profissionais melhores pelos refugiados, e isso acaba por inviabilizar o próprio processo de fixação do estrangeiro na nova terra que lhe acolheu, remontando aos problemas acima elencados novamente: exploração laboral do estrangeiro, crescimento da informalidade e salários menores do que sua formação/capacitação:

Os principais direitos trabalhistas e previdenciários violados são decorrentes da formalização do contrato e do desvio de função intensificado por problemas relativos à validação do diploma. Neste contexto, o refugiado é contratado para exercer uma função de

³⁴ BOAS, Marina Vilas; DANIELE, Anna; PAMPLONA, Danielle. Direito humano ao trabalho: políticas públicas para a inserção dos imigrantes, refugiados e apátridas no mercado de trabalho na região sul do país. In: ANONNI, Danielle. (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018. p. 237.

³⁵ Cf. COMPASSIVA. Refugiar: revalidação de diplomas. **Compassiva**. 2019. Disponível em: <<http://compassiva.org.br/refugilar-revalidacao-de-diplomas/>>. Acesso em 25 mai. 2021.

menor hierarquia com um salário mais baixo, mas, de fato, exerce função de maior hierarquia compatível com sua qualificação³⁶.

E por fim, há ainda mais uma grande barreira, muitas vezes esquecida, encarada pelo refugiado para se estabelecer e se inserir no mercado de trabalho que é idioma. A diferença de línguas entre a que o estrangeiro refugiado fala e aquela do país que o acolhe é ainda tido como, quiçá, o maior entrave enfrentado pelo migrante forçado ao redor do mundo, até porque em razão de fugirem na maioria das vezes às pressas de seu Estado de origem, os refugiados acabam não escolhendo exatamente para onde irem; pelo contrário, o que buscam naquele momento é sobreviver, seja onde for. E os destinos acabam sendo variados, com idiomas variados e bem diferentes do falado pelo estrangeiro. Assim, sem o domínio da língua do país que os acolhe, os refugiados começam a deter imensa e incalculável dificuldade para se inserir no mercado de trabalho, e com isso agravam todo já exposto aqui, em especial a informalidade, baixos salários e lesões sérias a direitos trabalhistas, visto que acabam por serem reduzidas as possibilidades e oportunidades de trabalho a ele conferidas que podem ignorar tal premissa linguística.

O idioma aparece nesse aspecto mais uma vez, pois o desconhecimento do mesmo pela população refugiada tem sido usado como “vantagem” para que diversos empregadores neguem direitos trabalhistas aos refugiados, que se submetem a um emprego informal e sem CTPS assinada, já que necessitam sobreviver³⁷.

Ora, o próprio conhecimento e a noção aprofundada sobre os direitos trabalhistas que uma pessoa detém em determinado país está atrelado e vinculado na capacidade que ele tem de compreender o idioma em que as leis e tais direitos estão afirmados. E qual a consequência disso? Exploração do estrangeiro como mão-de-obra barata e descartável, já que não será possível empossá-lo em cargos, empregos e funções que exijam qualquer tipo de comunicação com o público ou compreensão do idioma. E o que sobra? Trabalhos informais, trabalhos subvalorizados, trabalhos desprezados, como ajudante de cozinha, em obras, limpeza, etc., que por muitas vezes é exercido por refugiados com formação profissional, diplomados e habilitados para empregos técnicos e bem remunerados. O

³⁶ GETIRANA, Larissa; LIMA, Fernanda. O papel da sociedade civil no acolhimento e integração dos solicitantes de refúgio. In: ANONNI, Danielle. (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018. p. 425.

³⁷ JUBILUT, Liliãna; LOPES, Rachel; SILVA, Joanna. O acesso ao direito do trabalho para refugiados no Brasil. In: ANONNI, Danielle. (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018. p. 147.

entrave linguístico acaba por minar o próprio migrante em si e se torna mais um verdadeiro obstáculo ao estrangeiro se inserir devidamente no mercado de trabalho.

Todas essas dificuldades e empecilhos encarados diariamente pelos refugiados em território estrangeiro demonstram nitidamente a exploração sofrida por eles no campo laboral, e que acabam por impedir o acesso deles a melhores condições de inserção no mercado trabalho, e isso é um fator a ser levado em consideração pelas mais variadas nações ao redor do mundo. Não basta apenas receber. É necessário tutelar e conceder condições mínimas para que aquele migrante possa se desenvolver e viver, possa ali criar raízes e se integrar, e não apenas sobreviver precariamente.

Todos se beneficiam: o estrangeiro que adquirem a possibilidade de reconstruírem suas vidas, e o país que os acolhe com recebimento de mão-de-obra diversificada que pode aumentar sua produção de riquezas e enriquecer sua cultura. Nesse viés, toda relação empregatícia tem almejar alcançar também sua função social ao estrangeiro, ou seja, proporcionar àquele trabalhador migrante a proteção à sua dignidade humana, honra, vida privada, imagem, e expectativas, bem como sua integridade física e psíquica, tudo partir de condições mínimas e dignas de formalidade, reconhecimento e remuneração na relação laboral, assim como, também o fornecimento de um meio ambiente de trabalho equilibrado, sadio e adequado, para o bom desempenho do trabalho por uma pessoa que largou tudo para fugir e recomeçar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo contemporâneo globalizado é marcado por contrastes, lastreado de um lado na expectativa humana de crescimento e desenvolvimento pessoal a partir do trabalho, e de outro lado com perspectivas que visam apenas fugir e sobreviver. Negligenciar essas nuances, e pior, não as fazer se encontrar a fim de que a primeira englobe a segunda, coloca em risco a própria diversidade do homem, e acaba por ocasionar em verdadeiro atentado à dignidade humana, já que o trabalho digno e formal, devidamente reconhecido e exercido em um meio ambiente de trabalho seguro e equilibrado é direito de todos, independente de língua, nação, religião, cor, credo, raça, etc.

Assim, o trabalho como expressão social vivenciada na coletividade, envolve não apenas as relações laborais e meio ambiente de trabalho, mas também e principalmente a oportunidade e possibilidade do ser humano se fixar, crescer e se desenvolver, independentemente de onde ele veio ou quem ele seja. Por isso, mostra-se como medida necessária o reforço pelo fim da alienação e da precariedade dos espaços de trabalho, bem

como da informalidade e das ofertas de emprego abaixo da qualificação e com pouca remuneração, não apenas visando a minimização e erradicação da insegurança aos trabalhadores, sejam nacionais ou principalmente estrangeiros, mas sobretudo no respeito à diversidade e igualdade entre seres humanos na concorrência de mercado.

Nesse contexto a garantia de direitos e deveres a sujeitos estrangeiros, que migraram e fugiram a força, sem escolha, de seus países, e que foram obrigados a abdicar de sua cultura, seus espaços de trabalho, suas raízes, sua vida, por vezes vários deles já sedimentados e consolidados, mostra-se como mais do que uma necessidade, passando a se tornar um grito que aflora no âmago de todo ser humano. Não há lastro ou viés para justificar a ausência de políticas públicas eficazes que melhorem a condição do estrangeiro migrante em seu processo de acolhimento; e mais, não há margem para tolerância de qualquer ideologia de discriminação ou óbices ao refugiado e sua possibilidade de crescimento no país que os acolhe, ainda que proveniente da sociedade ou do próprio Estado, pois limitar o acesso aos espaços de trabalho formal e digno, ou quando acessíveis, remunerá-los de forma inadequada e incondizente com as qualificações e capacitações do estrangeiro, se tornam verdadeiras violações não apenas àquela pessoa, mas sim aos próprios direitos humanos em si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito internacional dos refugiados: Evolução Histórica (1921 – 1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ANONNI, Danielle; SILVA, Joana. Os direitos trabalhistas dos refugiados no Brasil: desafios para a aplicação da norma mais favorável na era da terceirização. **Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Monções, v. 4, n. 8, p. 63-79, 2015.
- ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.). **O Direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. São Paulo: Zahar, 2017.
- BOAS, Marina Vilas; DANIELE, Anna; PAMPLONA, Danielle. Direito humano ao trabalho: políticas públicas para a inserção dos imigrantes, refugiados e apátridas no mercado de trabalho na região sul do país. In: ANONNI, Danielle. (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.
- BÓGUS, L. M. M.; RODRIGUES, Viviane Mozine. Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: História e Perspectivas. **Dimensões**, Vitória, n. 27, 2011.
- COMPASSIVA. Refugiar: revalidação de diplomas. **Compassiva**. 2019. Disponível em: <<http://compassiva.org.br/refugilar-revalidacao-de-diplomas/>>. Acesso em 25 mai. 2021.
- GETIRANA, Larissa; LIMA, Fernanda. O papel da sociedade civil no acolhimento e integração dos solicitantes de refúgio. In: ANONNI, Danielle. (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.

- JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.
- JUBILUT, Liliana; LOPES, Rachel; SILVA, Joanna. O acesso ao direito do trabalho para refugiados no Brasil. In: ANONNI, Danielle. (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.
- LATOURE, Bruno. **Où atterrir?** Comment s'orienter en politique. Paris: La Découverte, 2017.
- MAGALHÃES, Luís. A imigração haitiana em Santa Catarina: perfil sociodemográfico do fluxo, contradições da inserção laboral e dependência de remessas no Haiti, **Tese de Doutorado em Demografia**. Universidade de Campinas, Campinas, Brasil. 2017.
- MASON, Paul. Vencendo o medo da liberdade. In: GEISELBERGER, Heinrich. (Org.) **A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los**. São Paulo: Estação Liberdade, 2019.
- MATTOSO, J. e L. **A desordem no trabalho**. São Paulo: Scritta, 1995.
- MIRANDA, Ana. Direitos humanos e o direito ao trabalho dos migrantes indocumentados. In: ANONNI, Danielle (Org.). **Direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.
- PEREIRA, Gustavo; ABREU, Márcia. Transformando o 'intruso' em 'incluso': xenofobia e discriminação na acolhida de imigrantes no Brasil. In: GRUPO DE ASSESSORIA A IMIGRANTES E REFUGIADOS (GAIRE). (Org.). **Múltiplos olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária**. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAFFOUL, Jacqueline. Crisis in Venezuela: The Brazilian response to the Massive Flow of Venezuelans in Roraima. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, 2018.
- REIS, Andressa; VIEIRA, Miriam Steffen. Os novos imigrantes: construções discursivas sobre haitianos e senegaleses em um jornal do Sul do Brasil. **Ciências Sociais Unisinos**, Florianópolis, v. 55, n. 3, p. 387-396, 2020.
- STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.
- SILVA, Camila; BAENINGER, Rosana. Mudança de perfil dos imigrantes venezuelanos em São Paulo — perspectivas sobre a política de interiorização do governo federal. **Anais ABEP**. 2019. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/3166/3027>>. Acesso em 24 mai. 2021.
- SILVA, Renata Ferreira da; BENTO, Juliane Sant'Ana. Política migratória e direito ao trabalho: estudo de caso sobre a acolhida de imigrantes venezuelanos no Sul do Brasil. **Colômbia Internacional**, Bogotá, n. 106, abr.-jun., p. 165-198, 2021.
- VILELA, Elaine. Desigualdade e discriminação de imigrantes internacionais no mercado de trabalho brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, 2011. p. 89-128.
- VILELA, Elaine; COLLARES, Ana; NORONHA, Cláudia. Migrações e trabalho no Brasil: fatores étnico-nacionais e raciais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 30, n. 87, 2015. p. 19-42.
- VILLEN, Patrícia. O estigma da ameaça ao emprego pelos periféricos na periferia: crise e imigração no Brasil. **RUA**, v. 21, n. 12, 2015.

EL GOBIERNO BRASILEÑO IMPLEMENTA LAS MEJORES PRÁCTICAS Internacionales En Decisiones De Política Pública?

Does The Brazilian Government Implement The Best International Practices In Policy Decision?

James Batista Vieira¹

Abstract: This article aims to assess the policy rulemaking process within the Brazilian federal executive branch of government in comparison with the international better regulation framework. The policy rulemaking best practices (better regulation, deregulation, smart regulation, etc.) became part of the developed countries' policy agenda from the 1970s onwards when new practices were recommended to improve the quality of countries' economic, social, and administrative policy regulations. However, are underdevelopment countries, such as Brazil, actually implementing these administrative procedures to improve their policies? In order to give an answer to this research question, this research assessed 128 Decrees, that institutionalize public policies, issued between 2009 and 2018, and used complementary empirical data to explain it. It assesses whether the Presidential Decrees comply with the established criteria of better policy regulation, set out in Annex I of Decree 4,176/02, and analyzes them in the light of their current practices. The results highlight the low compliance with the better policy regulation practices within the federal government, despite the recent attempts of legal reforms. Current observed administrative practices and personnel values create an obstacle to implement better regulatory practices and impose a barrier to reach the overall objectives of the better regulation reforms in Brazil.

Keywords: Rulemaking; Better regulation; Public Law; Public Policy.

Resumo: Este artículo tiene como objetivo evaluar el proceso de elaboración de normas de política dentro del poder ejecutivo federal brasileño en comparación con el marco internacional de mejora de la regulación. Las mejores prácticas de elaboración de normas de política (mejor regulación, desregulación, regulación inteligente, etc.) se convirtieron en parte de la agenda política de los países desarrollados a partir de la década de 1970, cuando se recomendaron nuevas prácticas para mejorar la calidad de las regulaciones de política económica, social y administrativa de los países. Sin embargo, ¿los países subdesarrollados, como Brasil, están realmente implementando estos procedimientos administrativos para mejorar sus políticas? Para dar respuesta a esta pregunta de investigación, esta investigación evaluó 128 Decretos que institucionalizan políticas públicas, emitidos entre 2009 y 2018, y utilizó los datos empíricos adicionales para explicarlo. Evalúa si los Decretos Presidenciales cumplen con los criterios establecidos de mejor regulación política, establecidos en el Anexo I del Decreto 4.176/02, y los analiza a la luz de sus prácticas actuales. Los resultados destacan el bajo cumplimiento de las mejores prácticas de regulación de políticas dentro del gobierno federal, a pesar de los recientes intentos de reformas legales. Las prácticas administrativas observadas actualmente y los valores del personal crean un obstáculo para implementar mejores prácticas regulatorias e imponen una barrera para alcanzar los objetivos generales de las reformas para mejorar la regulación en Brasil.

Palavras-clave: Legística; Mejor Regulación; Derecho Público; Políticas Públicas.

¹ Doctor in Political Science by the State University of Rio de Janeiro. Professor at the Federal University of Paraíba. E-mail: james@ccsa.ufpb.br.

1. POLICY RULEMAKING INTERNATIONAL FRAMEWORK

The international literature dedicated to policy rulemaking is rich in analysis about how bureaucratic procedures can impact on policy performance (West, 2009; Bolton, Poter; Thrower, 2016; Potter, 2019). The Regulatory Impact Assessment (RIA) is a method of policy analysis, which is intended to assist the policymakers in the design, implementation, and monitoring of improvements to regulatory systems, by providing a tool for assessing the likely consequences of the proposed regulation and actual consequences of existing ones (Kirkpatrick; David, 2007). RIA is an instrument for public management reform that strengthens evidence-based policymaking. Its procedures boost a rational approach for policy formulation by assessing both regulation's process (principles of good governance) and outcomes (*ex-ante* or *ex-post* evaluation of policy goals). In democratic regimes, RIA is a tool for increasing transparency, accountability, and rationality in the decision-making process improving the overall regulatory quality.

As the regulatory role of the government has grown in recent years, better policy regulation has become an object of great interest in our time (Moran, 2002). Since 1995, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has been disseminating and promoting guiding principles for regulatory quality and performance. The OECD Recommendations established that good regulation should: i) clearly identified policy goals, and be effective in achieving those goals; ii) have a sound legal and empirical basis; iii) produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental and social effects into account; iv) minimize costs and market distortions; v) promote innovation through market incentives and goal-based approaches; vi) be clear, simple, and practical for users; vii) be consistent with other regulations and policies; and viii) be compatible with market competition, trade and investment facilitating principles at domestic and international levels (OECD, 1995).

Its recommendations were the first international instrument to address regulatory policy, management, and governance as a whole-of-government activity that should be addressed by sectoral ministries, regulatory and competition agencies. The OECD principles and guidelines for promoting better policy regulation are well established in an increasing number of publications (OECD, 1995; 1997; 2004; 2008a; 2009; 2012; 2015; 2020).

Policy rulemaking became part of the developed countries' policy agenda from the 1970s onwards. The creation of the European Union strengthened Europe's need for a rational public administration grounded on planning, with the adoption of governmental measures of efficiency that improve the Welfare State. In the liberal Anglo-Saxon tradition,

such as the United Kingdom, the United States, and Canada the better regulation practices developed mainly as a tool for the promotion of economic efficiency. For both, new practices served to improve the quality of their economic, social, and administrative policy regulations (OECD, 2008a).

The United States was the pioneer of the Regulatory Impact Analysis (RIA). Since the adoption of the Executive Order n° 12.291/81, all U.S. government agencies submit the most important policy rules to a cost-benefit evaluation before its approval. The aim is to reduce the burden of regulation, increase accountability, promote better agency performance, and improve the overall quality of policy decisions. According to Executive Order n° 12.866/93, the Office of Management and Budget (OMB) is responsible for assessing and reviewing the assessments carried out by governmental agencies.

In the United Kingdom, RIA started with Thatcher's government to cut the regulatory burden on business. In 1997, the deregulation approach gave way to better regulation initiatives that emphasized the improvement of the regulation quality for the whole society. The 2001 reform required that all regulatory agencies, as well as specialized government departments, should conduct RIA. In 2005, this decentralized structure was replaced by a centralized unit located in the Prime Minister's Office (Better Regulation Executive). Another key body in this arrangement is the National Audit Office (NAO) which plays a key role in assessing the quality of the regulatory activity. Since 2007, the United Kingdom's experience has been a paradigm, showing the importance of constant investment in learning and institutional development. Since 2007, all policy decision-making is conducted according to the RIA procedures.

In 2001, the European Union created a High-Level Consultative Group to formulate a strategy for improving the quality of regulation - legislation and regulation at the community and local level - called the Mandelkern Group. At the time a report was prepared to propose measures for a good regulation: a) adoption of the impact assessment (ex-ante and ex-post); b) analysis and evaluation of alternatives to public policies; c) public consultations; d) simplification of the policy formulation process; e) publicizing access to legislation and regulation; f) establishment of an effective regulatory structure that includes a quality control unit (Mandelkern Group, 2001). In the European Union, policies and programs about environmental, economic, or social issues are preceded by an RIA, as well as spending programs and international negotiations. The body responsible for conducting RIAs is the Impact Assessment Board (IAB), which is directly linked to the President of the European

Commission. The Lisbon agenda has openly supported the adoption of RIA initiatives as an essential tool for recovering the competitiveness of the European economy.

Recently, international efforts to improve the quality of the general rulemaking process have crossed borders and its principles and practices have reached development countries like Brazil (Peci& Sobral, 2011). Since then, a rich literature has evolved to explain the diffusion of RIA around the globe (Radaelli, 2005; Rodrigo, 2005).

2. BRAZILIAN POLICY RULEMAKING FRAMEWORK

Recently, studies about better regulation practices in the regulatory agencies have gained the growing attention of academics and professionals in Brazil (Castro, 2014; Peci, 2016). In 1991, the first edition of the Presidency of the Republic's Writing Manual started to establish formal procedures for improving the quality of legal acts. The second part of this manual provides notes on the legislative techniques for executive branch normative acts. In 1992, Decree n. 468/92 was enacted (1992). Then, for the first time, standards were formally established for the draft of legal acts within the executive branch and guidelines provided for the processing of legal acts subject to the presidential approval. In 1996, an updated version of this document was enacted by Decree 1,937/96. Finally, in 1998, the National Congress issued the Complementary Law n. 95/98, to regulate the topic in accordance with the sole paragraph of art. 59 of the Federal Constitution (Pires, 2009).

In 2002, new rulemaking standards were approved by Decree n. 4.176/02. That new framework established principles and rules set out in the Complementary Law, describing aspects of legal and substantive policy regulation that should be observed for rule-makers inside the Brazilian federal executive branch of government. An analytical checklist was added at its Annex. These orientations were slightly changed in 2017, by Decree 9.191/17, which altered the rules and guidelines for drafting, amending, consolidating, and sending proposals of policy rulemaking for presidential approval. This new orientation was accompanied by Decree 9.203/17, which established general principles for public governance, underlining the importance of continuous policy rulemaking quality and improvement (2017b).

For enhancing the rulemaking capacities of Brazilian regulatory agencies, the federal government created the Program for Strengthening Institutional Capacity for Management in Regulation (PRO-REG), enacted through Decree n. 6,062/07, amended by Decree n. 8,760/16 (2007; 2016). The goal of PRO-REG was to improve the quality of regulation within the Brazilian regulatory agencies by strengthening its regulatory systems, to facilitate

the full exercise of functions by all actors and to improve coordination among participating institutions, mechanisms of accountability, participation, and monitoring by civil society (2018).

In 2018, the Brazilian federal government published, within the PRO-REG initiative, the General Guidelines and Guidance for the preparation of Regulatory Impact Analysis – RIA. These documents were formulated by the Sub-office of Government Policies Analysis and Monitoring of the Presidency (SAG/CC) in partnership with federal regulatory agencies. In the begging, it is said that the main objective of the guidelines is to improve regulatory agencies' capacities, but they can “be perfectly applied by any other institution that acts with the potential to change rights or create obligations to third parties”. Recently, Law n. 13,874/2019 (Declaration of Economic Freedom Rights) and Law n. 13,848/2019 (On the management, decision-making, and social control of regulatory agencies) established that proposals for editing and alteration of legal acts of interest by economic agents or the public services user's will be preceded by an RIA. This record evidence that every newly elected presidency enacted a legal reform on the policy rulemaking process. Therefore, to the following research question: what was the improvement of the policy rulemaking after the establishment of this better regulation framework? The indicators used to assess the opinions are those officially established by Annex I of Decree 4,176/02. This analytical framework address 9 categories, encompassing a total of 131 items.

3. RESEARCH DESIGN

To better assess the results of this policy rulemaking framework, research adopted a quali-quantitative mix-method strategy. Firstly, a sample of 128 Presidential Decrees, enacted between 2009 and 2018, with substantive policy content (related to decision making of public policies or governmental programs) were analyzed. Those Decrees were assessed according to the good rulemaking criteria established by Annex I, of Decree n°4,176/02, in effect until February 1st, 2018. The construction of the sample began with a search for Presidential Decrees on the website (*Portal da Legislação*). The purpose of this procedure was to identify all enacted decrees that regulated public policies or governmental programs between 2009 and 2018. Once identified, legal and merit opinions issued by SAG/CC (Sub-office of Government Policies Analysis and Monitoring of the Presidency) and SAJ/CC (Sub-office of Legal Affairs of the Presidency), besides the original ministerial opinion, were requested through the federal government information access system.

This procedure resulted in a sample of 139 Decrees, enacted between 2008 and 2018, with substantive policy content. This sample should have resulted in 384 documents (one legal and one merit, and one ministerial opinion for each of the 128 decrees in the sample). However, only 112 ministerial opinions (87% of the total), 90 merit opinions (70% of the total), and 112 legal opinions (87% of the total) were made available by the Civil Office, either because there was no answer from the administration or because these opinions have not been written.

To assess the rulemaking quality of the sampled Decrees, the content of each ministerial (EM), merit (SAG), and legal (SAJ) opinion were checked with these items (indicators). The procedure consisted by a simple verification of compliance without any in-deep judgment on the quality of the analysis performed by the public manager or lawyers. Then, verification results were quantified (0 to non-occurrence of the item and 1 to the occurrence). This quantification made comparative analysis straightforward.

4. RESULTS

The results evidence that, on average, the opinions are considering on average 8,7% of the items of better policy rulemaking required by Decree 4,176/2002. Although there is an occurrence of 53,5% in the category of "Situational Identification and Analysis of the Problem" (category A), the analysis of the content and legal risk of the regulation is around 6,4% and 2,5% (categories D and E), except for an analysis of the legal risk on fundamental rights (legal certainty, rights of freedom and equality), with an average rate of 1%.

The average occurrence of the categories related to the Regulatory Impact Analysis (RIA) is at or below 2% (categories G, H, I). The analysis has also shown that all the opinions described the objectives sought with the policy regulation (100%), and the great majority also described: a. the reasons for the initiative (89%); b. the duty of the Union to take action (81%); c. the fact that the matter is subject to a Decree and not another legal act (70%); d. the body that must assume responsibility for the issue (65%).

However, results show that 53 (fifty-three) out of the 131 (one hundred and thirty-one) items assessed have not been addressed in any of the sampled opinions. This represents 40% of the total number of items aimed at ensuring the adoption of better regulatory practices within the federal executive branch of government. Among the neglected items are elementary legal aspects: a) efficacy (precision, degree of probability of attainment of the intended goal); b) effects on the legal order and targets already established; c) possibility of challenge in the Judiciary; d) imposition of fines and penalties; e) the conflicts of interest one

can predict that the executor of the measures will be confronted with. Indeed, out of the 37 Decrees, only 2 presented an explanation of the possible costs and benefits of the policy regulation, and 3 discussed possible alternatives to deal with the public problem addressed by the policy regulation. In only one Decree opinion a possible legal risk (basic unity for legal risk analysis) was even mentioned.

Evidence supports a claim that the Brazilian federal government policy regulation process is lacking relevant technical information (policy evidence-based inputs produced by ex-ante/ex-post evaluation) needed to reach a better policy regulatory result. Therefore, due to the recent improvement in the national legislation, failures in the policy rulemaking process cannot properly be attributed to the absence of legal standards for implementation.

It is also important to mention that these results are convergent with previous studies that emphasized the political and administrative limits of the Brazilian regulatory reform (OECD, 2008b; Peci& Sobral, 2011). Apparently, similar limitations on advancing the quality of regulation and policy rulemaking seem to occur both in regulatory agencies and the ministerial structure. Above all, these adverse practices have proved to be not only detrimental to policy rulemaking improvement but extremely rooted in the perception of high-ranked Brazilian bureaucrats.

CONCLUSION

The results show that despite a recent improvement in the legal framework, responsible for authorizing public managers to adopt most of the international policy rulemaking best practices, adversarial managerial practices, and cultural values are imposing difficulties for its advancement. Hence, this lack of legal enforcement gave to the federal executive branch a great discretionary power over policy regulation. However, even under this new legal framework, evidence highlight that there is little hope that a real change would occur in the policy rulemaking process due to managerial and cultural customary institutional trajectories. Much managerial efforts are still needed to turn the law into a tangible result for improving the Brazilian policy rulemaking decision-making process within the federal executive branch of government.

REFERENCES

BOLTON, A.; POTTER, R. THROWER, S. (2016). Organizational Capacity, Regulatory Review, and the Limits of Political Control. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 32(2), 242–271.

- CASTRO, C. (2014). Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil. *Revista de Administração Pública*, 48 (2), 323-342.
- KIRKPATRICK C.; PARKER D. (2007). *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- LASSANCE, A. (2015). *Governança presidencial, políticas públicas e desenvolvimento*. Textos para Discussão 2090. Brasília: IPEA.
- MADER, L. (2001). Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. *Statute Law Review*, 22, 119-131.
- MANDELKERN GROUP. (2001). Final Report. Available at: http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/report.pdf.
- MORAN, M. (2002). Understanding the Regulatory State. *British Journal of Political Science*. 32 (2), pp. 391-413.
- OECD. Organization for Economic Co-operation and Development. (2020). *Best Practice Principles for Regulatory Policy: Regulatory Impact Assessment*. Paris: OECD.
- (2015). *Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris: OECD.
- (2012). *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*. Available at: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2012-recommendation.htm>.
- (2009). *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*. Paris: OECD.
- (2008a). *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis*. Paris: OECD.
- (2008b). *Brasil: Fortalecendo a Governança Regulatória. Relatório Sobre Reforma Regulatória*. Brasília: OCDE.
- (2004). *Regulatory performance: ex post evaluation of regulatory tools and institutions. Working party on regulatory management and reform. Report by the Secretariat*. Paris: OECD.
- (1997). *Regulatory Impact Analysis – Best Practices in OECD Countries*. Paris: OECD.
- (1995) *Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris: OECD.
- PIRES, M. (2009). *Diálogos e conflitos no processo de elaboração das leis*. In: *Congresso Internacional de Legística*. Belo Horizonte: ALMG.
- PECI, A. (2016). *Regulatory reform and the better regulation agenda: traveling from center to periphery*. In Thomas Klassen, Denita Cepiku, T. J. Lah. *The Routledge Handbook of Global Public Policy and Administration*. Abingdon: Routledge.
- PECI, A.; SOBRAL, F. (2011). *Regulatory Impact Assessment: How political and organizational forces influence its diffusion in a developing country*. *Regulation & Governance*, 5, 204–220.
- POTTER, R. (2019). *Bending the rules: procedural politicking in the bureaucracy*. Chicago: University of Chicago Press.
- RADAELLI C. (2005). *Diffusion Without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment*. *Journal of European Public Policy*, 12(5), 924–843.

RODRIGO D. (2005) Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for Developing Countries. OECD, Paris.

WEST, W. (2009), Inside the black box: The development of Proposed Rules and the Limits of procedural controls. *Administration and Society*, 41(5), 57

LE SFIDE DEL MERCATO DEL LAVORO CINESE E LA TENDENZA ALLA RIDEFINIZIONE VERSO I RAPPORTI DI LAVORO

The Challenges of the Chinese Labor Market and the Trend towards a Redefinition of Employment Relationships

Jianbo Xu¹

CURRICULUM: Nei nostri giorni, ci sono tanti nuovi tipi di lavoro che non sono riconducibili né al lavoro subordinato, né al lavoro autonomo. La realtà rileva chiaramente la crisi della subordinazione e la dicotomia del rapporto di lavoro. Nel presente studio si è voluto verificare e riflettere sul se la dicotomia dei rapporti di lavoro non riesca più a cogliere la complessità delle forme di lavoro attuali e come regolare quei contratti né del tutto subordinati né del tutto autonomi. In tale contesto, si procederà ad un'analisi dogmatica sul diritto del lavoro cinese. Visto che La Legge sul lavoro e la Legge sul contratto di lavoro non prevedono la connotazione del rapporto di lavoro subordinato, neanche non prevede niente sul contatto d'opera, è difficile ad individuare fra i rapporti del *laowu* e *laodong*. Benché la *Circolare* ha previsto tre punti per confermare l'esistenza del rapporto del lavoro. Tuttavia, da un lato, la nozione della subordinazione prevista dalla Circolare non è molto utile né precisi nella nuova economia, in particolare nell'era dell'Industria 4.0. Dall'altro, la dicotomia riferita al lavoro in Cina è più stretta e rigorosa di quella italiana, il che blocca l'applicazione della flessibilità nel mercato del lavoro e danneggia gli interessi dei prestatori di lavoro che meritano di godere di una tutela sociale. L'insufficiente legislazione sul lavoro ed i caratteri dello svolgimento del lavoro risulta un dibattito sulla legislazione dei rapporti di lavoro, in particolare sul tema come l'applicazione delle norme del diritto civile sui rapporti di lavoro, l'introdotta il contratto d'opera per aggiungere la tutela lavorativo, ecc.

Parole chiave: il contratto di lavoro; subordinazione; il codice civile.

ABSTRACT: In our day and age, there are many new types of work that can be attributed neither to subordinate employment nor to self-employment. Reality clearly reveals the crisis of subordination and the dichotomy of the employment relationship. In the present study, we wanted to verify and reflect on whether the dichotomy of employment relationships can no longer capture the complexity of current forms of work and how to regulate those contracts that are neither fully subordinate nor fully autonomous. In this context, a dogmatic analysis of Chinese labor law will be undertaken. Since the Labor Law and the Labor Contract Law do not provide for the connotation of subordinate employment relationship, neither does it provide anything about work contact, it is difficult to identify between the relationships of *laowu* and *laodong*. Although the Circular provided three points to confirm the existence of the labor relationship. However, on the one hand, the notion of subordination provided by the Circular is not very useful or accurate in the new economy, especially in the era of Industry 4.0. On the other hand, the dichotomy referred to labor in China is narrower and stricter than that in Italy, which blocks the application of flexibility in the labor market and harms the interests of workers who deserve to enjoy social protection. The inadequate labor legislation and the characters of the performance of work results in a debate on the legislation of labor relations, especially on the issue such as the application of the rules of civil law on labor relations, the introduction of the work contract to add labor protection, etc.

Keywords: the employment contract; subordination; the civil code.

1. L'INQUADRAMENTO GIURIDICO DEI RAPPORTI DI LAVORO

¹ Università della Cina di scienza politiche e giurisprudenza, ricercatrice, email: xujianbo0579@sina.com.

1.1. La classificazione dei rapporti di lavoro per l'applicazione del diritto del lavoro: la dicotomia tra il *laodong* (劳动) e il *laowu* (劳务)

In senso lato, in cinese il termine *laodong* (劳动) indica il lavoro subordinato, il lavoro autonomo, e delle altre forme della prestazione lavorativa, però, in senso stretto, per quanto riguarda la legislazione cinese sul lavoro, esso indica puramente e solamente il lavoro subordinato. Il lavoro non subordinato, nel diritto del lavoro cinese, è chiamato *laowu* (劳务), e le forme come lavoro autonomo, appalto, contratto di trasporto, mandato, mediazione, deposito, ecc, tutte sono previste nell'ambito del *laowu*².

Secondo questa dicotomia, quando si dice il rapporto di lavoro (劳动关系) nel contesto del diritto del lavoro cinese, è propriamente il rapporto di lavoro subordinato, e il rapporto giuridico del *laowu*, è chiamato il rapporto del *laowu* (劳务关系). Inoltre, due tipi del rapporto del *laowu*, quel rapporto come appalto, mediazione, agenzia, ecc, sono previsti nel libro sul contratto del Codice Civile Cinese come contratti tipici³, e quello rapporto del lavoro autonomo è riconducibile alle regole dettate nel Codice in materia di contratti atipici. In altri termini, l'identità giuridica del contratto del lavoro autonomo come un contratto d'opera non è confermata dal sistema giuridico cinese. In caso di un contratto atipico, per il lavoro autonomo vengono applicati solamente i principi generali di Contratto nel Codice Civile Cinese, ma non gode un'estensione completa delle tutele del lavoro subordinato.

La lacuna del riconoscimento è rispecchiata anche nel lato della previdenza sociale. In Cina, l'indennità di malattia, maternità, vecchiaia, infortunio, disoccupazione e il fondo previdenziale per la casa sono previsti solo per i lavoratori subordinati, e i datori di lavoro e il governo hanno l'obbligo di pagarli. I lavoratori autonomi, i disoccupati e le persone che cercano un lavoro, invece, godono solamente dell'indennità di malattia e vecchiaia. Quindi, la dicotomia del lavoro non solo decide una diversa legislazione di due tipologie del lavoro, ma anche una tutela previdenziale disuguale.

Però, per evitare una confusione, in questa tesi, il termine di “rapporto del lavoro subordinato” indica il rapporto giuridico del lavoro subordinato, e quello di “rapporto di lavoro” indica ancora il rapporto giuridico in materia dello scambio della forza del lavoro e il corrispettivo, come l'uso nel diritto del lavoro italiano.

² J. GUO, Y. FENG, S. ZHENG, D. XIE, *Laodong faxue*, Beijing, 2014, p. 23.

³ Nella Legge sui Contratti, il XV capitolo regola l'appalto, il XVI capitolo le costruzioni, il XVII capitolo il trasporto, il XVIII capitolo i contratti sulla tecnologia, il XIX capitolo il deposito, il XX capitolo il deposito nei magazzini, il XXI capitolo il mandato, il XXII capitolo l'agenzia, il XXIII capitolo l'intermediazione.

1.2. Il criterio della subordinazione

Le due più importanti leggi sul lavoro, la Legge sul lavoro e la Legge sul contratto di lavoro, non hanno previsto specificazioni del concetto del rapporto del lavoro subordinato. L'unica disposizione ufficiale in materia della qualificazione del rapporto del lavoro subordinato, è la *Circolare in materia dell'istituzione del rapporto del lavoro subordinato* (《有关确立劳动关系有关事项的通知》), promulgato dall'ex Ministro del lavoro e della previdenza sociale nel 2005. Per regolare il caso in cui il datore di lavoro non firma un contratto di lavoro con i suoi lavoratori al fine di sottrarsi alla responsabilità del lavoro subordinato. Questa Circolare ha previsto tre punti per confermare l'esistenza del rapporto del lavoro⁴. Questi tre punti sono: primo, il datore di lavoro e il lavoratore sono i soggetti qualificati secondo le leggi; secondo, il lavoratore rispetta i regolamenti sul lavoro, ed è sotto la gestione del datore di lavoro, e presta il lavoro indicato dal datore di lavoro verso il corrispettivo. Terzo, il lavoro prestato dal lavoratore è una parte di quanto relativo all'unità (ente/entità) che impiega la persona, *yongren danwei* (用人单位) ”.

In generale, questi tre punti sono usati per identificare un lavoro subordinato, in cui il primo punto indica la qualificazione dell'identità del soggetto, e gli altri due sono dei criteri volti a verificare la sussistenza della subordinazione⁵.

La subordinazione è sempre un criterio fondamentale per distinguere tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato, e la Cina condivide tale visione con gli altri Paesi⁶. In generale, i contraenti nel lavoro autonomo sono uguali e indipendenti, al contrario, c'è un vincolo di subordinazione tra le due parti nel lavoro subordinato. Perciò, la subordinazione è un fattore immancabile di un rapporto di lavoro subordinato⁷.

In generale, i contraenti nel lavoro autonomo sono uguali e indipendenti, al contrario, c'è un vincolo di subordinazione tra le due parti nel lavoro subordinato⁸. Perciò, la subordinazione è un fattore immancabile di un rapporto di lavoro subordinato. I maggiori

⁴ Il testo dell'articolo è il seguente: 一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

⁵ S. TIAN, *Gongye 4.0 shidai de congsbu laodong lun*, in *Faxue pinglun*, 1(2019), p. 82.

⁶ S. TIAN, *Cong fengbi dao kaifang: qiye zuzhi shichanghua de laodongfa suiqin*, in *Zhongguo zhengfa daxue xuebao*, 6(2014), p.61.

⁷ S. TIAN, *Gongye 4.0 shidai de congsbu laodong lun*, cit., p.79.

⁸ S. TIAN, *Gongye 4.0 shidai de congsbu laodong lun*, cit., p.79.

giuslavoristi cinesi confermano l'esistenza della subordinazione secondo due punti⁹: uno è quello della subordinazione personale, l'altro è quello della subordinazione economica.

Il primo punto si riferisce quindi al fatto che il lavoratore rinunci alla propria autonomia. Nella fase della prestazione del lavoro, il lavoratore sacrifica una parte dell'autonomia per ottenere in cambio il corrispettivo, come ad esempio in relazione al fatto che il lavoratore deve rispettare le norme del lavoro, le indicazioni e le ispezioni dal datore del lavoro, ed essere potenzialmente sottoposto a delle sanzioni le azioni sbagliate¹⁰. Questo sacrificio della sua autonomia è considerato come elemento per verificare la sussistenza della subordinazione personale. Il secondo punto, in generale, attiene agli aspetti relativi all'organizzazione economica: il lavoratore non usa i propri strumenti produttivi per svolgere il lavoro, neanche decide liberamente o da solo il contenuto del lavoro¹¹. In altri termini, il lavoratore non lavora per il proprio profitto economico, ed il frutto del lavoro è del datore del lavoro. Tale carattere nel rapporto di lavoro è considerato come elemento per verificare la sussistenza di una subordinazione economica.

Come si è già visto, la *Circolare in materia dell'istituzione del rapporto del lavoro subordinato* ha definito tre criteri concreti con riferimento al lavoro subordinato, oltre al criterio sulla qualificazione del soggetto, gli altri due criteri prendono in considerazione la qualificazione della subordinazione. Nella Circolare, il secondo criterio è quello per cui “le norme del lavoro presso una *yongren danwei* si applicano al lavoratore, e questo ultimo presta il lavoro per ottenere il corrispettivo, sotto il controllo del lavoro da parte della *yongren danwei?*”, il che corrisponde in sostanza a quanto relativo alla subordinazione personale di cui sopra, ossia richiama gli elementi dei sacrifici del lavoratore per quanto riguarda il rispetto delle norme ed il sottoporsi al controllo del proprio lavoro per ottenere il corrispettivo. Il terzo criterio previsto dalla Circolare, ossia quello per cui “il lavoro prestato dal lavoratore è una parte delle cose della *yongren danwei?*”, ovviamente, corrisponde al punto della subordinazione economica sopra richiamato.

Praticamente, la *Circolare in materia dell'istituzione del rapporto del lavoro subordinato* del 2005 ha anche previsto alcuni spunti interpretativi che possono aiutare ad individuare un lavoro

⁹ Oltre a questa dicotomia della subordinazione, c'è una tripartizione: la subordinazione personale, la subordinazione economica, e la subordinazione tecnologica; oppure la subordinazione della persona, economica e nell'organizzazione. Inoltre, c'è anche una quadripartizione: la subordinazione personale, la subordinazione nell'organizzazione, la subordinazione economica, la subordinazione di classe. Vedi Y. HUANG, *Laodongfa xinlun*, Beijing, 2003, p.94; TAIWAN LAODONG FAXUEHUI (a cura di), *Laodong jizhunjia shiyi—shixing ershi nian zhi huigu yu zhanwang*, Taiwan, 2005, pp.54-57.

¹⁰ Y. HUANG, *Laodongfa xinlun*, cit., p.95.

¹¹ Y. HUANG, *Laodongfa xinlun*, cit., p.95.

subordinato: il salario, il pagamento della previdenza sociale, la carta identificativa del lavoratore, la verifica della presenza del lavoratore, ecc¹².

2. LA CRISI DELLA TEORIA DELLA SUBORDINAZIONE

Grazie all'introduzione delle tecnologie, le nuove modalità di organizzazione del lavoro e di gestione delle risorse umane sono state sostituite e si stanno ancora sostituendo con quelle nuove. Perciò, nei nostri giorni, ci sono tanti nuovi tipi di lavoro che non sono riconducibili né al lavoro subordinato, né al lavoro autonomo. La realtà rileva chiaramente la crisi della subordinazione e la dicotomia del rapporto di lavoro. Quindi, la nozione della subordinazione prevista dalla Circolare non è molto utile né precisa nella nuova economia, in particolare nell'era dell'Industria 4.0¹³.

Per esempio, negli ultimi anni, i giuslavoristi cinesi hanno discusso fortemente l'identità del rapporto giuridico tra gli *influencers* e l'impresa di *Multi-Channel Network* (MCN). In tali giudizi, per quanto riguarda l'identità del rapporto giuridico tra l'*influencer* e MCN, i giudici prevalentemente negano che si tratti di lavoro subordinato. Tali giudizi occupano più o meno il 70% del totale¹⁴. Ma a ben vedere, prescindendo da alcuni casi che sono certamente inquadrabili nel lavoro autonomo ovvero si tratta di cooperazione commerciale e civile, ci sono degli altri casi che sono al confine tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato, e l'esclusione assoluta dalla tutela del lavoro subordinato non sembra essere corretta.

Vediamo un caso tra l'*influencer* Wang Zhijie e l'impresa MCN Shanghai Wenshi rapporto per conoscere questo conflitto.

Secondo la sentenza, l'*influencer* non sarebbe stato obbligato a recarsi negli uffici della MCN nei giorni lavorativi, lui si sarebbe recato lì per necessità di cooperazione con la società, come ad esempio per discutere dei contenuti sull'*account* e invitare coloro che avrebbero pagato per la pubblicità ecc. Anzi, la pianificazione e la conclusione del suo lavoro non corrisponderebbero neanche a delle obbligazioni del lavoro, ma rientrerebbero nello svolgimento di una cooperazione. Perciò nella sentenza si è sostenuto che la subordinazione personale non sia stata forte tra le due parti.

¹² Il testo dell'articolo è il seguente: 用人单位未与劳动者签订劳动合同·认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;(二)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件;(三)劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”,“报名表”等招用记录;(四)考勤记录;(五)其他劳动者的证言等.

¹³ La nozione di Industria 4.0 proviene dalla Hannover Messe 2011, ove è stata indicata una quarta rivoluzione industriale caratterizzata da una produzione intellettuale, quindi essa è anche chiamata Rivoluzione intellettuale.

¹⁴ *Cong Chizi laozhijiefenan kan zhubo yu MCN jigou zhijian de falyguanxi*, 21 novembre 2020, reperibile in <https://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2020-05-13/doc-iircuyvi2855908.shtml>.

Inoltre, sulla base dei compensi già pagati, secondo il giudizio, il salario minimo versato all'*influencer*, sarebbe un corrispettivo per la gestione dell'account social. Nel contratto era previsto che se questo *influencer* avesse gestito completamente da solo il suo account, la MCN gli avrebbe pagato una somma di denaro mensile, se lo avesse gestito in modalità part-time, la MCN non avrebbe pagato. Quindi, questo corrispettivo non sarebbe un salario minimo. Di fatto però, durante la cooperazione, MCN non ha pagato mai un corrispettivo per la gestione dell'account all'*influencer*. Per quanto riguarda i bonus, esso è calcolato secondo i profitti commerciali, il che è diverso da quello previsto nel lavoro subordinato. Sembra che il bonus previsto sia più simile ad una commissione in casi di cooperazione commerciale. A questo punto anche la subordinazione economica riscontrata è debole. In sostanza, citando la nozione di subordinazione dettata sempre nella Circolare sopra richiamata, nella sentenza si è sostenuto che non sia esistito un vincolo della subordinazione tra le due parti.

In base alla legislazione attuale, tale giudizio è ragionevole, perché esso dovrebbe rispettare le norme attualmente dettate dal diritto cinese. Ma, prescindendo dal diritto attuale, è necessario riflettere sul se tale rapporto davvero non abbia assolutamente il carattere della subordinazione, e se la nozione della subordinazione nel diritto del lavoro cinese sia adeguata a tali nuove tipologie di lavoro.

Se vediamo con attenzione i contenuti della cooperazione tra le due parti, possiamo vedere sia dei contenuti di subordinazione sia dei contenuti di autonomia messi insieme in tale rapporto. Da un lato, nello svolgimento della cooperazione, l'*influencer* gode di autonomia nella scelta delle modalità di adempimento della prestazione, nel senso che il tempo di lavoro e le modalità di svolgimento del suo account sono riconducibili alla sfera di autonomia dell'*influencer*. Del resto, la MCN non esercita un controllo organizzativo sull'*influencer*, ed egli è escluso dal suo inserimento strutturale nell'organizzazione gerarchica dell'impresa. Perciò, questo *influencer* avrebbe avuto un'autonomia maggiore rispetto ad un lavoratore subordinato per quanto concernente il suo lavoro. Da un lato, dalla parte del MCN, essa dava comunque delle direttive all'*influencer* e lavorava all'elaborazione della pianificazione del suo account insieme a lui al fine di migliorare il valore commerciale del suo account. Dall'altro, l'*influencer* doveva adattare le proprie attività alle esigenze dell'impresa, come, ad esempio rispettare le indicazioni sul account date dalla MCN e discutere e organizzare il piano del proprio lavoro insieme alla MCN. Perciò, l'*influencer* dovrebbe sacrificare una certa autonomia nel proprio lavoro per rafforzare tale coordinamento e cooperazione.

Se si insiste sulla nozione classica della subordinazione, fondata dalla produzione industriale, la subordinazione che è meno forte e chiara di quella nel lavoro subordinato

tradizionale, in questa tipologia di rapporti di cooperazione sarebbe ignorata, perché la vecchia nozione della subordinazione si fonda su dei criteri che si riferiscono ad un inserimento e una disponibilità del lavoratore nell'organizzazione del datore di lavoro. Però, con l'ausilio delle tecnologie avanzate, i costi della produzione e gli oneri del rapporto del lavoro subordinato sono ridotti, e le modalità di organizzazione e la gestione delle risorse umane sono anche perfezionate. In altre parole, il vecchio vincolo della subordinazione non è così stretto nei nuovi rapporti del lavoro, oppure si può ritenere che alcuni tipi di lavoro autonomo hanno anche un carattere di subordinazione.

“Per tale via, il concetto di subordinazione non è stato più in grado di spiegare interamente la fenomenologia dei rapporti di lavoro né di svolgere appieno il ruolo di spartiacque nell'assegnazione delle tutele e nella indicazione dei criteri per individuare le tipologie contrattuali meglio attinenti alle volontà individuali dei contraenti e la loro genuina applicazione¹⁵”. La nozione della subordinazione è interrogata e sarà interrogata costantemente di fronte alla nuova economia. Quindi, una “riconduzione della sua nozione nell'area gravitazionale del contratto di lavoro subordinato” è un impegno per il legislatore e i giuslavoristi.

3. LE NUOVE PROPOSTE SULLA LEGISLAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO

3.1. Il codice civile come contenitore per i diversi rapporti di lavoro

L'avvicinamento e l'integrazione tra il diritto del lavoro e il diritto civile è la base di questa proposta, ed il codice civile è il fondamento che assorbe i rapporti di lavoro nel suo ambito. Per quanto riguarda la crisi della tutela ai rapporti di lavoro, dalla prospettiva di questa proposta, sembra ci si allinei alle osservazioni del giurista tedesco Gierke che ammoniva che “al codice civile si dovrebbe aggiungere qualche goccia d'olio sociale¹⁶”. In altri termini, per regolare i diversi rapporti di lavoro, in particolare quelli nuovi, il codice civile dovrebbe aggiungere dei contenuti sociali.

Secondo i sostenitori di questa proposta, i rapporti di lavoro potrebbero trovare una via d'uscita dalla crisi della tutela attraverso la riforma sociale del diritto civile. I consigli concreti ruotano intorno al come estrarre le norme generali sul contratto nel codice civile, ossia dei criteri generali per il contratto d'opera, il contratto del lavoro, la locazione, il contratto d'agenzia, mandato, e degli altri tipi del contratto¹⁷. In particolare, rispetto all'olio sociale, oltre

¹⁵ F. VALERIA, *Il lavoro subordinato quale unico parametro di riferimento per i “nuovi lavori”?* cit., p.12.

¹⁶ J. SHEN, *Laodongfa zuowei tebie sifa*, cit., p.1521.

¹⁷ J. SHEN, *Laodongfa zuowei tebie sifa*, cit., p.1521.

alle norme generali del contratto, si dovrebbero aggiungere le norme a favore del contratto continuativo e quelle norme sociali nel codice civile. “Senza questa modificazione...il diritto civile cinese...potrebbe essere solamente un diritto speciale, non un diritto generale per il diritto privato¹⁸”.

Nella base delle norme generali sul contratto, il contratto d’opera dovrebbe essere incluso come un contratto tipico nel codice civile, per provvedere una tutela esclusiva al lavoro autonomo¹⁹. Rispetto al contratto di lavoro, mentre rimangono le norme speciali come sul contratto collettivo e sul diritto sindacale previste dalle leggi singole, le norme sul contratto di lavoro potrebbero essere incluse nel codice civile ed al contratto di lavoro potrebbe applicarsi le norme generali del contratto nel codice civile senza dubbio. In tale modo, da un lato, si può bilanciare la reazione logica tra le leggi speciali sul lavoro e il codice civile²⁰, dall’altro, il diritto civile diventerà veramente un diritto generale per i rapporti tra privati e il diritto del lavoro sarebbe una parte speciale del diritto privato.

Secondo i sostenitori di questa teoria, “per il diritto del lavoro, ritornare all’ambito del diritto privato non è un atto conservatore. Anzi, il diritto del lavoro potrebbe funzionare come un motore dello sviluppo del diritto privato, riformando sostanzialmente la legislazione privatistica²¹. Quindi per loro, tale proposta costituisce non tanto una sfida dell’autonomia del diritto del lavoro, ma quanto una promozione del perfezionamento del sistema giuridico²²”.

3.2. La proposta che conferma la funzione esclusiva del diritto del lavoro verso il lavoro e una tutela estesa al lavoro autonomo

La tutela esclusivamente orientata verso il lavoro subordinato è l’oggetto della critica a questa proposta poiché alcuni studiosi ritengono invece che il lavoro autonomo debba essere riconosciuto e protetto dal diritto del lavoro cinese.

Questa proposta sottolinea la funzione del diritto del lavoro per i rapporti di lavoro. Come un rappresentante di questo orientamento, il giurista Dong Baohua affermava che si deve abbandonare la fantasia che il diritto civile possa includere tutti i rapporti di lavoro. Lui mette in evidenza che se si introduce il contratto di lavoro nel codice civile, sarebbe difficile trovare un posto per mettere dei contenuti più marcatamente pubblicistici sul diritto del

¹⁸ J. SHEN, *Laodongfa zuowei tebie sifa*, cit., p.1521.

¹⁹ Y. SONG XIA, X. LI, *Minfadian bianzuan yu gongyong hetong ji laodong hetong de guifanhua—jiyu deguo he yidali minfadian de shijiao*, in *Zhongguo laodong*, 12(2016), pp.10-11.

²⁰ J. SHEN, *Laodongfa zuowei tebie sifa*, cit., p.1521.

²¹ T. MAYER MALY, *Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung*, in *JZ*, 1961, p.206; J. SHEN, *Laodongfa zuowei tebie sifa*, cit., p.1521.

²² V. RIEBLE, *Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit*, cit., p.21; J. SHEN, *Laodongfa zuowei tebie sifa*, cit., pp.1521-1522.

lavoro ed inoltre se quei contenuti fossero mantenuti solo nell'ambito del diritto pubblico, non sarebbe facile applicarli²³. Del resto, il professor Dong indica che si deve abbandonare l'ideologia tradizionale secondo cui il codice civile ha un effetto soltanto sui rapporti inclusi nel suo sistema, infatti, le sue norme generali sul contratto e lo spirito del diritto privato hanno sempre un effetto sui diversi tipi del contratto²⁴.

Per questa proposta, la *social law* è la base teorica per la legislazione dei rapporti di lavoro, perché l'autonomia privata e il controllo pubblico, due caratteri principali dei rapporti del lavoro, corrispondono proprio alla *social law* che ha insieme un fattore privato e uno pubblico²⁵. La *social law*, oppure più precisamente il diritto del lavoro, è un contenitore per la legislazione sul lavoro. In altri termini, il diritto del lavoro ha un'autonomia assoluta sul tema del lavoro, ossia i diversi rapporti del lavoro.

Partendo da questa base teorica, si devono elaborare le norme sul lavoro autonomo nel diritto del lavoro cinese. A causa dell'imaturità del sistema giudico e delle tecniche legislative, il diritto del lavoro cinese degli anni '90 non riuscì a regolare il contratto d'opera, il che lasciò un'opportunità alla Legge sul contratto di lavoro di assorbirlo²⁶, adesso, secondo il professor Dong, il diritto del lavoro cinese è già abbastanza maturo per prevedere il contratto d'opera²⁷. In sostanza, il sistema del diritto del lavoro non può solamente avere un oggetto come il lavoro subordinato, e il lavoro autonomo ha bisogno delle norme speciali e della tutela lavorativa.

Perciò, l'attuale diritto del lavoro cinese contrassegnato da una tutela assoluta, formale, ed amministrativa, dovrebbe essere abbandonato, e in sostituzione, ci vorrebbe un diritto del lavoro flessibile e pratico. Per quanto riguarda la tutela al lavoro autonomo, secondo questa proposta, si sostiene di estendere l'applicazione parziale della tutela del lavoro subordinato a quello autonomo, con un modo concreto e graduale²⁸. Quindi, il diritto del lavoro cinese dovrebbe trovare un bilanciamento giusto tra l'autonomia contrattuale e un criterio minimo della tutela lavorativa.

3.3. Un compromesso: il lavoro subordinato nel diritto del lavoro ed il contratto d'opera riconosciuto come contratto tipico nel codice civile

²³ B. DONG, *Guyong laodong lifa*, cit., pp.17-18.

²⁴ Z. XIE, *Minfadian bianzuan*, cit., p.101.

²⁵ E. HOSHINO, *Sifa zhong de ren*, C. WANG (traduttore), in H. LIANG (a cura di), *Minshangfa conglun*, vol.8, Beijing, 1997, p.186.

²⁶ B. DONG, *Guyong laodong lifa*, cit., p.22.

²⁷ B. DONG, *Guyong laodong lifa*, cit., p.20.

²⁸ B. DONG, *Guyong laodong lifa*, cit., pp.22-23.

Come compromesso tra le due proposte suddette, una parte dei giuslavoristi sostiene chiaramente la necessità di una cooperazione tra il diritto del lavoro e il diritto civile, per rafforzare un equilibrio tra l'autonomia dell'individuo ed il controllo del governo, ed un'armonizzazione tra la flessibilità e la sicurezza²⁹.

Da un lato, secondo i sostenitori di questa teoria, le norme del contratto d'opera hanno il proprio valore e la fonte teorica³⁰, il codice civile dovrebbe riempire la tutela vuota verso il contratto d'opera e regolare il rapporto di *laowu* attraverso tale contratto³¹. In particolare, a causa della deficienza della legislazione cinese in materia di lavoro autonomo, sia la dottrina sia la pratica hanno una difficoltà ad identificare e proteggere il lavoro autonomo, quindi si dovrebbero sottolineare gli obblighi del datore di lavoro e prevedere una tutela minima per i lavoratori autonomi³². Inoltre, poiché il contratto d'opera potrebbe reagire più presto del contratto di lavoro subordinato di fronte alle nuove forme di lavoro, si potrebbero usare le norme sul contratto d'opera per regolare il lavoro parasubordinato e dargli una certa tutela³³.

Dall'altro lato, per quanto riguarda il contratto di lavoro, secondo il giurista Xie Zengyi, se esso sia inserito nella parte del contratto del codice civile come contratto tipico, sarebbe difficile bilanciare insieme le norme che hanno le diverse nature e caratteri in un solo codice. Benché il contratto di lavoro condivide dei contenuti comuni con il contratto civile in generale, ci sono comunque alcune norme di carattere pubblicistico³⁴ che non corrispondono al carattere privato e autonomo degli ordinamenti civilistici. In tale contesto, chiarire la logica giuridica del codice civile sarebbe un impegno difficile³⁵, e non è realistico cambiare sostanzialmente un diritto maturo per mettere delle teorie con una natura diversa nel suo sistema³⁶.

In tale contesto, per collegare il contratto di lavoro ed il diritto civile e chiarire il dubbio sull'applicazione, il codice civile dovrebbe chiaramente precisare che al contratto di lavoro si possono applicare le norme generali sul contratto, e dare le indicazioni sul modo dell'applicazione. Praticamente, da un punto di vista del sistema giuridico, nessuna branca del diritto è indipendente³⁷. Attraverso le conferme in sede di applicazione, si possono

²⁹ S. TIAN, *Laodong guanxi feidianxing hua de yanbian ji falv huiying*, in *Faxue*, 6(2017), p.61.

³⁰ S. ZHENG, *Minfadian*, cit., pp.67-69.

³¹ D. ZHAN, *Minfadian bianzhuan shiye xia de wufu hetong lifa—riben lifa jingyan jiqi jianjie*, in *Fashang yanjiu*, 2(2017), p.81.

³² Z. XIE, *Minfadian bianzhuan*, cit., p.109.

³³ D. ZHAN, *Minfadian bianzhuan*, cit., p.81.

³⁴ Z. XIE, *Minfadian bianzhuan*, cit., pp. 105-106; D. XIE, *Minfa fadianhua yu laodong hetongfa de lifa guanxi*, in *Zhongguo laodong*, 5(2015), p.79.

³⁵ Z. XIE, *Minfadian bianzhuan*, cit., p.106.

³⁶ B. DONG, *Guyong laodong lifa*, cit., p.15.

³⁷ S. LIU, *Laodong hetongfa yu minfa shiyong guanxi*, cit., p.154.

chiarire i termini oggetto del dibattito sulla possibilità dell'applicazione delle norme di diritto civile generale al contratto di lavoro. Nel frattempo, la pratica giudiziale potrebbe infatti funzionare come un bilancino per inquadrare e regolare le nuove tipologie di lavoro, attraverso l'applicazione di norme flessibili. Nel senso che quando mancano le norme relative nel diritto del lavoro, ed è iniquo applicare in modo diretto le norme civili, i giudici possono comunque dare una tutela più equa al conflitto del lavoro³⁸.

4. ALCUNE OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SULLA LEGISLAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO NEL CONTESTO DELLA CODIFICAZIONE

Finora non esiste una dottrina prevalente sul come regolare i rapporti del lavoro, né la Cina risponde al dibattito della dottrina giuslavoristica. Come un Paese controllato dal governo e dal Partito Comunista Cinese, sin dall'inizio dalla fondazione della PRC, nella costruzione del sistema giuridico per il socialismo cinese, il diritto del lavoro è stato sempre indipendente dal diritto civile ed è considerato una parte della social law che è uno dei sette settori del sistema giuridico socialista cinese³⁹. Possiamo dire che questo sia un risultato della storia⁴⁰.

La posizione del governo continua nel lavoro della codificazione. Nel primo ottobre 2017, la parte generale del codice civile è entrata in vigore, in cui l'art.11 contempla "se un'altra legge abbia le norme speciali in materia del rapporto civile, le seguirebbero queste norme". Secondo il chiarimento di un professore che partecipa al lavoro della codificazione, "un'altra legge" non include il diritto del lavoro⁴¹. Poi, nel nuovo codice civile cinese che è in vigore dal 01/01/2021, né il tipo del contratto del lavoro né quello del contratto d'opera non è previsto. Pertanto, il governo ha espresso di nuovo la sua posizione: almeno in questa fase, la Cina continua con la divisione dei sette settori giuridici, ed il diritto del lavoro non è una parte del diritto civile, ma una parte della *social law*.

Secondo chi scrive, la proposta sul compromesso della legislazione è una buona scelta: rispettare la posizione autonoma del diritto del lavoro e il controllo del diritto civile al contratto d'opera. In fondo, la legislazione sul lavoro è una macchina che condiziona la vita sociale, si deve identificare la direzione della scelta storica, e prestare attenzione ai caratteri dello sviluppo sociale⁴².

³⁸ Z. XIE, *Minfadian bianzhuan*, cit., p.109.

³⁹ D. ZHAN, H. HU, *Gaige kaifang sishinian*, cit., p. 309.

⁴⁰ B. DONG, *Guyong laodong lifa*, cit., p.14.

⁴¹ L. YANG, *Zhonghua renming gongheguo minfa zongze yaoyi yu anli jiedu*, Beijing, 2017, p.71.

⁴² B. DONG, *Guyong laodong lifa*, cit., p.15.

Perciò, dapprima, in Cina, la riforma del lavoro potrebbe rispettare la scelta della storia e la posizione del governo, nel senso che il contratto del lavoro subordinato potrebbe rimanere nella Legge sul contratto di lavoro. Del resto, non possiamo negare che il diritto civile possa offrire una base fondamentale per il contratto d'opera⁴³. In sostanza, dal punto di vista dell'oggetto del contratto, il contratto d'opera si riferisce ad un rapporto giuridico civile, perciò non si può discutere di una legislazione sul contratto d'opera al di fuori del diritto civile. Infine, anche se il lavoro autonomo fosse previsto nel codice civile, secondo l'esperienza legislativa di altri Paesi, il rinforzo della tutela potrebbe essere fatta comunque tramite delle leggi speciali, con la permanenza del suo sistema generale nel codice civile⁴⁴. Di fatto, a partire dal valore degli uomini, dal cambiamento del metodo della legislazione, dallo sviluppo dei valori legislativi⁴⁵, una tutela al lavoro autonomo è richiesta e sarà richiesta costantemente.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Y. SONG XIA, X. LI, *Minfadian bianzuan yu guyong hetong ji laodong hetong de guifanbua—jiyu deguo he yidali minfadian de shijiao*, in *Zhongguo laodong*, 12(2016).

Z. XIE, *Minfadian yinru guyong hetong de biyaoxing jiqi guize goujian*, in *Dangdai faxue*, 6(2019).

ZHAN D., HU H., *Gaige kaifang sishinian laodongfa yu minfa guanxi de lilun yanbian—jiyu dui laodongfa dingwei de xueshuo shuli*, in *Sifa*, 1(2019).

⁴³ Z. XIE, *Minfadian yinru guyong hetong de biyaoxing jiqi guize goujian*, in *Dangdai faxue*, 6(2019), p. 16.

⁴⁴ Z. XIE, *Minfadian yinru guyong hetong de biyaoxing*, cit., p. 17.

⁴⁵ Z. XIE, *Minfadian bianzuan*, cit., pp.99-100.

TRABALHO UBERIZADO E O NOVO CAPATAZ DA ERA MODERNA

UBERIZED WORK AND THE NEW FOREMAN OF THE MODERN AGE

Leda Maria Messias da Silva¹

Cora Kressin Arruda D'Aquino²

SUMÁRIO: Resumo; Introdução; O Fenômeno da 4ª Revolução Industrial ou Indústria 4.0; O Capitalismo de Vigilância na Plataformização do Trabalho; Da Lesão aos Direitos da Personalidade e da Ausência de Políticas Públicas; Conclusão; Referências.

Resumo

O fenômeno da Indústria 4.0 revolucionou a economia a níveis globais, mediante o surgimento de novas técnicas e tecnologias disponibilizadas a atender as mais variadas demandas e exigências da sociedade consumerista. Nesse contexto de hipervalorização da tecnologia informatizada, da internet das coisas, surgiram aplicativos-plataformas destinados, pelo menos teoricamente, a intermediar usuários e prestadores de serviços. Diante de tais fundamentos, o artigo em apreço procura contextualizar o momento de surgimento da nova modalidade de gerenciamento do trabalho humano, qual seja, a uberização ou plataformização do trabalho, à luz do fenômeno da 4ª Revolução Industrial, marcado precipuamente pelo capitalismo de vigilância, a conexão permanente, a ausência de liberdade e autonomia por parte dessa classe de trabalhadores, sobre os quais há vigilância e controle constantes, acirrados e eficazes, que substituíram a presença de uma chefia física e afetam os direitos da personalidade dos trabalhadores. Conclui-se pela necessidade de elaboração de políticas públicas adequadas à adaptação ao novo modelo de controle da mais valia, para fins de regulamentar o trabalho atual, sob pena de violação aos direitos fundamentais do trabalhador e sua dignidade. A pesquisa é teórica, e o método utilizado é o indutivo, através do levantamento bibliográfico, observando-se os conceitos sobre a matéria abordada, extraíndo-se conclusões gerais acerca do tema.

Palavras-chave: Uberização. 4ª Revolução Industrial. Capitalismo de Vigilância. Direitos da Personalidade.

Abstract

The Industry 4.0's phenomenon has revolutionized the economy at global levels, through the emergence of new techniques and technologies available to meet the most varied demands and demands of consumer society. In this context of hyper valuation of computerized technology, of the internet of things, platform-applications emerged, destined, at least theoretically, to intermediate users and service providers. Given these foundations, this article seeks to contextualize the moment of emergence of the new modality of human

¹ Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa-Portugal; Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP; Professora do Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá/PR – UNICESUMAR e da Pós-Graduação e Graduação na Universidade Estadual de Maringá/PR; Ex-professora da Universidade Candido Mendes e Moacyr Sreder Bastos no Rio de Janeiro/RJ; Pesquisadora do CNPQ e Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação; Bolsista produtividade em Pesquisa do ICETI; Advogada trabalhista.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá/PR (UNICESUMAR); Pesquisadora dos Direitos da Personalidade e seu Alcance na Contemporaneidade; Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Grande do Sul (PUC/RS); Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL); Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR); Advogada trabalhista e previdenciária.

work management. That is, the “uberization” or platform of work, in light of the phenomenon of the 4th Industrial Revolution, mainly marked by surveillance capitalism, the permanent disconnection, the absence of freedom and autonomy on the part of this class of workers, over whom there is constant, permanent and effective surveillance and control, which replaced the presence of a physical leader. It is concluded that there is a need to elaborate public policies that are adequate to adapt to the new model of benefit control, in order to regulate current work, under penalty of violation of the fundamental rights of workers and their dignity. The research is theoretical, and the method used is the inductive one, through the bibliographical survey, observing the concepts about the approached matter, drawing general conclusions about the subject.

Keywords: Uberization. 4th Industrial Revolution. Surveillance Capitalism. Personality Rights.

INTRODUÇÃO

O trabalhador sempre foi visto, mesmo em meio a avanços protetivos de níveis locais a mundiais, como objeto de controle qualitativo e quantitativo, instrumento à disposição do empregador para fins de alcançar os resultados almejados, a produção e a circulação de bens e serviços. A forma como esse controle foi imposto modificou-se ao longo da evolução socioeconômica mundial, ao passo que a presença de pessoa física de gerentes e/ou chefias imediatas e tangíveis, tão comumente utilizados nos primeiros modelos de organização do trabalho, tal qual no Taylorismo-Fordismo, vem sendo substituído pelo controle pelos meios tecnológicos e informatizados.

A circulação de riquezas não depende mais unicamente de uma grande fábrica, com estoques incalculáveis de um produto, ou de uma transportadora com grande contingente de veículos de sua propriedade: basta a criação de um aplicativo e certo número de aparelhos celulares e é possível vender produtos, oferecer serviços intelectuais, contratar o transporte de cargas e passageiros, em suma, atender os mais diversos apelos e demandas do mercado consumidor.

O fenômeno do capitalismo de vigilância, fortemente (mas não unicamente) presente no cenário econômico do século XXI, importa em consequências no mundo do trabalho, ao passo que conduz ao controle e gerenciamento da produtividade do trabalhador, mas mais do que isso: conduz ao seu aprisionamento, conexão contínua e riscos a sua saúde e segurança.

O tempo tem se tornado um dos mais poderosos atrativos e vem sendo objeto de manipulação e controle por parte de grandes corporações que pretendem captar a disponibilidade dos trabalhadores, desde as primeiras formas organizativas do trabalho humano, deixando-os totalmente absorvidos ao trabalho e extraindo desse precioso bem, a produtividade e o ganho. O tempo dispendido pelo trabalhador é o real valor da força de

trabalho, englobando não somente o lapso temporal a cumprir determinadas tarefas, mas igualmente o trabalho excedente realizado pelo prestador de serviços e o tempo à disposição da empresa.

O controle sobre o trabalhador torna-se cada vez mais ferrenho, muitas vezes disfarçado dos ideais de autonomia, empreendedorismo e liberdade, tão utilizados por aplicativos-plataformas para captura da subjetividade humana, construindo um verdadeiro exército de trabalhadores inseridos socialmente em completo “limbo” de ausência de fiscalização e de respaldo legislativo suficiente.

O presente artigo objetiva compreender e identificar os impactos da Indústria 4.0 e o excesso digital na realidade organizacional do trabalho, precipuamente no fenômeno da uberização ou plataformização, onde contínua e ferrenhamente presente a vigilância através das plataformas-aplicativos de gerenciamento da mão de obra humana e a conexão para além do razoável, impactando, inclusive, na saúde destes trabalhadores, o seu mais necessário direito da personalidade. Sem saúde, não há vida, sem vida, não há trabalho.

1 O FENÔMENO DA 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL OU INDÚSTRIA 4.0

Schwab (2016, p. 30) denomina de 4ª Revolução Industrial a revolução tecnológica caracterizada pela modificação de paradigmas econômicos, consumeristas e do trabalho, que o diferencia das revoluções que a precederam, marcada pela produção em velocidade exacerbada, com o auxílio dos meios tecnológicos de produção.

A indústria 4.0 é marcada pela utilização da “internet of things” (internet das coisas) e pelo domínio sobre os dados, em que se conectam “coisas físicas e digitais” (BACCARIN, 2018, p. 4), a partir da coleta, processamento e distribuição de informações:

Produtos e serviços inovadores criados na quarta revolução industrial possuem, de forma significativa, maior funcionalidade e qualidade, mas são entregues a mercados que são fundamentalmente diferentes daqueles que estamos tradicionalmente acostumados a mensurar. Muitos dos novos produtos e serviços são “não rivais”, possuem custos marginais zero e/ou canalizam mercados altamente competitivos através de plataformas digitais; isso tudo resulta em preços mais baixos (SHWAB, 2016, p. 27-28)

A utilização dos meios informatizados de comunicação e acesso à internet cresceu exponencialmente nas últimas décadas, sendo fator determinante para aquisição de bens e serviços, ao passo que muitos negócios vêm utilizando, muitas vezes, exclusivamente, o meio eletrônico para marketing, oferta e captura de clientes-consumidores. No mundo do trabalho, o fenômeno da indústria 4.0 fortaleceu o complexo máquina-tecnologia, e ao contrário do que comumente se conclui, não conduziu necessariamente à completa e total

subsunção do homem pela máquina-tecnologia, mediante a eliminação do primeiro, mas impôs cooperação entre ambos, para fins de alcançar as finalidades pretendidas e a produção inovativa. Trata-se, em verdade, de uma adaptação pela qual o homem forçou-se a passar, por outro lado se exige de grande parte dos trabalhadores hodiernos conhecimentos (ao menos básicos) em termos de tecnologia e informatização:

(...) o grande impacto da quarta revolução industrial sobre os mercados de trabalho e locais de trabalho em todo o mundo é quase inevitável. Mas isso não significa que estamos perante um dilema homem versus máquina. Na verdade, na maioria dos casos, a fusão das tecnologias digitais, físicas e biológicas que causa as alterações atuais servira para aumentar o trabalho e a cognição humana; isso significa que os líderes precisam preparar a força de trabalho e desenvolver modelos de formação acadêmica para trabalhar com (e em colaboração) máquinas cada vez mais capazes, conectadas e inteligentes. (SCHWAB, 2016, p. 33)

A 4ª Revolução Industrial conduziu ao surgimento e fortalecimento de empresas aplicativos-plataformas, as quais estão presentes comumente no dia a dia da sociedade mundial e permitem o fornecimento de produtos e serviços a usuários, através do gerenciamento de trabalhadores, denominados “parceiros”, responsáveis pela sua prestação, criando um cenário de “imperialismo de plataforma”. (JIN, 2013, p. 167)

Tais corporações planetárias são verdadeiras dominadoras dos mercados e das pessoas dos trabalhadores, ao passo que a elas convergem a energia da cooperação social e os ganhos, enquanto ocorre a transferência dos custos e dos riscos (CHAVES JUNIOR, 2017, p. 358). De tais trabalhadores decorrentes do cenário de advento da 4ª Revolução Industrial passaram a ser exigidos maior engajamento nas tarefas, rapidez na tomada de decisões, conhecimento e aprofundamento na relação homem-máquina, o que vem ocasionando, continuamente, sérios riscos à saúde e segurança do trabalhador, que ainda deve se adaptar a mudanças de cenários organizacionais.

2 O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA NA PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO

A plataformização do mercado de trabalho, marcado pela existência de aplicativos-plataformas que oferecem produtos e serviços a seus usuários através de uma mão-de-obra informalizada, autônoma, em que se prezam pelos ideais do empreendedorismo e liberdade de atuação, é grande exemplo da presença do capitalismo de vigilância.

O tradicional modelo empregatício de trabalho, em que há a assinatura da Carteira de Trabalho do empregado, em um esquema em que presentes pessoalidade, onerosidade,

habitualidade e subordinação, no qual conferem-se direitos legalmente previstos a nível local e internacional, vem sendo substituído por um modelo menos oneroso às grandes corporações:

Atualmente, a economia sob demanda está alterando de maneira fundamental nossa relação com o trabalho e o tecido social no qual ele está inserido. Mais empregadores estão usando a "nuvem humana" para que as coisas sejam feitas. As atividades profissionais são separadas em atribuições e projetos distintos; em seguida, elas são lançadas em uma nuvem virtual de potenciais trabalhadores, localizados em qualquer lugar do mundo. Essa é a nova economia sob demanda, em que os prestadores de serviço não são mais empregados no sentido tradicional, mas são trabalhadores bastante independentes que realizam tarefas específicas. (SCHWAB, 2016, p. 41)

A uberização ou plataformização do mercado de trabalho, fenômeno relativamente novo no cenário globalizado, manifesta-se pela presença de plataformas eletrônicas conectadas à rede, que por sua vez são acessadas por usuário e trabalhadores através de seus dispositivos eletrônicos (smartphones), para fins de conectar as demandas dos primeiros e as ofertas dos prestadores desses serviços.

Inclusive, a Uber, uma das grandes corporações pioneiras na implementação do novo modelo gerencial do trabalho humano e que realiza o transporte de passageiros, não é proprietária de veículo algum. Ocorre que, a partir de seus algoritmos, controla, agencia, torna viável o liame entre mercado consumidor e trabalhadores dispostos a ceder tempo e esforço, sem a configuração e uma relação de emprego propriamente dita:

[...] esse sistema representa uma rede altamente concentrada de propriedade, a qual chamamos propriedade dos recursos sociais dos meios de produção - juntando produção, oferta e procura. O sistema da Uber subordina os trabalhadores sem contrato. Para isso conta com a participação dos maiores bancos mundiais. Goldman Sachs, que financia o sistema, além das operadoras de cartão de crédito. Além disso, 25% do total produzido pelo trabalhador é destinado ao patrão oculto. Isso dá a garantia ao capitalista de que não terá prejuízos no negócio. O trabalhador oferece o meio de produção - o carro, e ainda paga o combustível. Esse é sonho do capital: fazer o trabalhador pensar que não é trabalhador (FONTES, 2017, p. 22)

Essa realidade de controle da subjetividade do trabalhador se fez presente e crescente pois está inserido dentro de um contexto de mercado flexibilizado, onde a ameaça de desemprego é a realidade e o horizonte de grande parte dos assalariados (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 229), bem como em uma sociedade marcada precipuamente pelo incentivo ao consumismo exacerbado. Ao contrário dos ideais de liberdade e autonomia, atrativos de um número cada vez mais exorbitantes de trabalhadores de plataformas,

(...) na produção pós-industrial, prevalece a gestão oriunda da inteligência artificial, e não o acordo de vontade abstrato das partes. É o determinado pelo algoritmo do aplicativo que vigora na prática e é o que decorre dessa realidade virtual, do código-fonte, que deve ser considerado como substrato para a incidência do ordenamento jurídico, não as disposições emanadas da vontade formal das partes. (CHAVES JÚNIOR, 2020, p. 111)

É justamente nesse contexto que se manifesta o que Zuboff (2020, p. 18) descreve como capitalismo de vigilância. Para ela, “essa nova forma de capitalismo de informação procura prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado”, ao que a autora fala em panoptismo pós-moderno, que extrapola em muito o chão fabril e insere-se na mais profunda subjetividade do trabalhador.

O tempo do trabalhador tem sido a mais valiosa moeda de troca, destinada a satisfazer as necessidades do aplicativos-plataformas e de seus usuários, cada vez mais sedentos pelas facilidades e maravilhas do novo mundo moderno, tecnológico e altamente consumerista. E, portanto, é justamente esse tempo à disposição o motor de funcionamento do novo modelo uberista de trabalho, tão destrutivo, ao passo que “rouba ainda mais as felicidades, invade ainda mais as subjetividades e – no limite – pode inviabilizar até mesmo a possibilidade que temos de nos desconectar dele”. (VIANA; TEODORO, 2017, 313)

Alain Supiot (2000, p. 32) o considera como uma nova subordinação, mais severa do que aquela imposta diretamente pela pessoa de uma chefia, pois não se restringe tão somente a um ambiente empresarial: permanece com o indivíduo antes, durante e após a prestação de seus serviços e continua presente em sua mentalidade até mesmo durante os (raros) períodos de descanso.

Trata-se, no entanto, de fenômeno que já se manifesta desde os primórdios do trabalho humano, como característica que lhe é inerente: o que se modifica é a forma como essa vigilância é externalizada, antes por um capataz físico, hoje pela capatazia da tecnologia e dos algoritmos. Antes, pelo contrato de adesão, hoje pela adesão às regras impostas pela tecnologia, sem possibilidade de debater ou contraditar o contrato. Não há a singularidade daquele que executa o trabalho, o que importa é que o mesmo corra o risco do empreendimento e se responsabilize pela prestação de serviços e os danos à sua saúde face à contínua conexão.

O mecanismo de capitalismo de vigilância apropria-se de métodos antigos de controle do trabalhador, a exemplo da vigilância, para fins de gerenciar a quantidade/qualidade do trabalho realizado, o empenho, o tempo utilizado, influenciando

diretamente no psicológico do trabalhador, para fins de promover a máxima eficiência do sistema produtivo, classe que Dyer-Whiteford (2015) denomina de “ciberprotelariado”.

Trata-se de um:

(...) novo instrumento de dominação produzido nessa nova ordem econômica global que visa modificar o comportamento humano, ou como uma mutação da lógica capitalista de controle do comportamento humano que utiliza para essa finalidade ferramentas antes não manejadas. (DA SILVA; CHAVES, 2021, pp. 45712-45713)

Tais aplicativos-plataformas utilizam o seu arsenal tecnológico e inteligência artificial para seleção, contratação, avaliação e dispensa de trabalhadores, determinar as demandas, distâncias, serviços e produtos ofertados, remunerações pela sua realização, bonificações e aplicação de sanções indiscriminadas e arbitrárias. Esse fenômeno tem se verificado em âmbito mundial, conforme narra Scholz (2016, p. 42):

Desde 2005, a Amazon opera uma intermediação online do trabalho por meio da Mechanical Turk, onde trabalhadores podem se cadastrar e escolher tarefas de uma longa lista. De forma similar ao trabalho fragmentado da indústria têxtil, a Mechanical Turk permite que um projeto seja quebrado em milhares de partes, que então são distribuídas aos “trabalhadores da multidão”. Geralmente com boa escolarização, trabalhadores novatos ganham em torno de dois a três dólares por hora nesse ambiente. Assim como trabalhadores migrantes, advogados ou temporários na indústria alimentícia, eles trabalham longas horas, são mal remunerados e tratados pobremente por chefes virtuais, com pouco ou nenhum benefício.

Esse novo modelo de gerenciamento do trabalho humano permite transferir um trabalho que seria particularmente direcionado a um empregado específico para uma multidão indefinida (FELSTINER, 2010, p. 145-146), quase sempre disponível ao atendimento dos chamados e demandas do aplicativo-plataforma, em um sistema mecanizado e automatizado através de algoritmos.

Dentro desse contexto permitem-se, dentre outros, o aceite e recusa de serviços, rastreamento da localização do trabalhador, controle da velocidade com que realiza suas atividades, o tempo utilizado para tanto e assim, quantifica, avalia e precifica o desempenho do trabalhador. Em momento posterior, unifica e analisa as avaliações realizadas pelos usuários-consumidores da respectiva plataforma para fins de aplicar sanções e punições ao trabalhador que não atinge resultados satisfatórios, implementando decisões céleres e automáticas, geralmente opacas e sem confiabilidade.

Utilizam-se e manipulam-se todos os dados e informações fornecidas pelo trabalhador e proporcionam-se formas inteligentes de capturar sua psiquê, sua subjetividade, seu tempo, sua concentração, em prol da máxima produtividade, tal qual um jogo aprisionador em que deve dedicar-se grande parte de sua vida (CARELLI; CAVALCANTI; FONSECA, 2020, p. 12). Nesse sentido:

As informações privadas do trabalhador, algumas sigilosas, são contrapostas e armazenadas em um banco de dados. É oportuno salientar que a armazenagem de todas as informações possíveis sobre o trabalhador algumas vezes é utilizada em cruzamento de bancos de dados entre empresas que pertencem a um mesmo conglomerado econômico para exercer vigilância e controle sobre aquele indivíduo. (DA SILVA; CHAVES, 2021, p. 45713)

Todos esses processos realizados pelos algoritmos das plataformas-aplicativos ocorrem à revelia do conhecimento do trabalhador: este último não é sequer capaz de ter conhecimento, compreender, justificar ou insurgir-se às decisões algorítmicas: trata-se da chibatada de um capataz invisível, fantasmagórico e digital, e que pode revelar-se, apesar de mais sutil e dificilmente identificável pelos trabalhadores que por ela optam, tão intensa e ferrenha quanto a presença física de uma chefia. Está-se diante de uma “hipersubordinação algorítmica” (VALENTINI, 2020, p. 306). Neste contexto, esta subordinação pode ser até pior, pois o capataz implacável não lhe dá oportunidade, sequer de, ainda que de súbito, insurgir-se contra o algoz ou se defender, ainda que seja apenas um desabafo para aliviar a tensão. Vale aqui o famoso ditado popular “É pegar ou largar”, o que é indigno ao trabalhador e fere os seus direitos da personalidade. Pode-se dizer que a saúde física e mental pode ser abalada.

A realidade demonstra um trabalhador aprisionado, vigiado, que exerce suas atividades intermitentemente, sob o jugo dos algoritmos, concebidos aparentemente como mecanismos isentos, imparciais, tecnológicos de comando do trabalhador, o que conduz a uma gestão sem transparência e sem responsabilidade por parte dos aplicativos-plataformas, ao passo que “produz maravilhas para os ricos, mas produz privação para o trabalhador” (MARX, 2004, p. 82) Noutras palavras, o indivíduo que labora insere-se em uma “estrutura de vigilância contínua e anônima, fixando e regulando os movimentos e ações de cada um” (JACÓ-VILELA et al., 2013, p. 501). Para vigiar a produtividade e desempenho do trabalhador, advieram novas tecnologias propícias a essa finalidade, como a inteligência artificial (AI), utilizada na implementação de aplicativos-plataformas de trabalho, através da coleta e utilização de dados disponibilizados por usuários e pelo próprio trabalhador.

Conforme lições de Abílio (2020, p. 119):

O gerenciamento algorítmico conta com a possibilidade de cruzar e administrar uma ampla gama de dados em tempo real, pautar a atividade dos trabalhadores e ao mesmo tempo extrair das decisões e estratégias individuais novas definições e procedimentos. Dia de chuva, variação do valor da entrega, distribuição no tempo e no espaço, período do dia, oferta de trabalhadores, nível da demanda, tarefas cumpridas por cada trabalhador, são todos conjuntamente passíveis de ser mapeados, processados, cruzados e gerenciados como dados –um gerenciamento que, ao mesmo tempo que mapeia, também produz ações e comportamentos que serão novamente mapeados e gerenciados.

Skinner (2003, p. 50) sinaliza que o homem, responsável pela criação e desenvolvimento das tecnologias, transfere seu saber, conhecimento e identidade para sua consecução e, ao final, tais meios tecnológicos tornam-se semelhantes às criaturas vivas, ao passo que “as máquinas contemporâneas não são apenas mais complexas, mas são deliberadamente preparadas para operar de modo muito semelhante ao comportamento humano [...] Em resumo, o homem criou a máquina à sua própria imagem”.

Segundo Carelli (2020, p. 66), os aplicativos-plataformas eximem-se de qualquer contrapartida, sustentando-se, basicamente, nos seguintes argumentos: 1) que exercem mera atividade de intermediação ou liame entre prestadores de serviços e usuários, realizando mera otimização da circulação de mercadorias e serviços; e 2) que os prestadores de serviços possuem autonomia e liberdade, não estando presente o requisito da subordinação, típico das relações de emprego usuais.

Schwab (2016, p. 42) classifica essa falsa ilusão de empreendedorismo e autonomia como uma “terceirização internacional silenciosa, silenciosa porque as plataformas de nuvem humana não estão listadas nem precisam divulgar seus dados”, quiçá submetem-se à responsabilização decorrente de uma relação empregatícia, sob o manto da liberdade, da ausência de estresse e maior satisfação de seus trabalhadores.

O fenômeno do capitalismo de vigilância e da utilização excessiva dos meios tecnológicos, dentre outros, para controle e gerenciamento do trabalho humano conduz a uma classe de indivíduo em constante e contínua conexão, que não se permitem desconectar-se das relações sociais, das demandas e do trabalho, em uma teia que o captura, que o prende e o vincula: o homem controla a tecnologia ou é controlado por ela?

Está-se diante de uma contradição persistente: “quanto mais a tecnologia parece capaz de criar condições para a pacificação, mais são a mente o corpo humano organizados contra essa alternativa” (MARCUSE, 1973, p. 36), ao passo que essa nova classe de

trabalhadores uberizados constituem-se em verdadeiros escravos da tecnologia e da demanda consumerista, em um contexto no qual, segundo Leme (2020, p. 143):

A subjetividade do trabalhador é capturada, na medida em que este se vê inserido em um sistema algorítmico como se fizesse parte de um jogo de videogame, impulsionado, por imagens, sons, cores, frases, incentivos gráficos luminosos, brilhantes e coloridos, a continuar apertando o botão e aceitando as corridas, sem ter sequer o tempo de analisar o custo versus o benefício daquele trabalho.

Ao mesmo tempo em que esse trabalhador se encontra emergido e sugado pelas novas tecnologias, em constante conexão, o trabalhador não se reconhece parte do processo de produção de um determinado bem ou serviço, mas como um mero “operador de computador, como um infeliz espectador da produção, como uma peça da nova máquina” (ZUBOFF, S apud GONZALES, 2019, p. 81).

Será que esse é o começo de uma revolução do novo trabalho flexível que irá empoderar qualquer indivíduo que tenha uma conexão de internet e que irá eliminar a escassez de competências? Ou será que irá desencadear o início de uma inexorável corrida para o fundo em um mundo de fabricas virtuais não regulamentadas? Se o resultado for o último -- um mundo do "precariado", uma classe social de trabalhadores que se desloca de tarefa em tarefa para conseguir se sustentar enquanto perde seus direitos trabalhistas, ganhos das negociações coletivas e segurança no trabalho --, será que isso criaria uma grande fonte de agitação social e instabilidade política? (SCHWAB, 2016, p. 42)

Trata-se de uma nova classe de trabalhadores explorados e constantemente vigiados e controlados, sob uma nova modalidade de capatazia, que conduz à exploração, ao sofrimento e a completa desconexão ao mundo do trabalho, sem qualquer contrapartida por parte de grandes corporações globais, que se utilizam dessa forma de organização e controle do mundo do trabalho para gerar lucro e desenvolver sua atividade econômica com custos e riscos aos trabalhadores.

3 DA LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O trabalho uberizado, assim como nas outras modalidades de trabalho humano, é manifestação e instrumentalização da dignidade da pessoa humana, em um meio ambiente de trabalho onde deva exercer seu ofício com o atendimento de suas necessidades físicas, mentais e sociais mais básicas. Não há que se falar, outrossim, em um meio ambiente de

trabalho dignificante, sem a presença de elementos que conduzem à saúde e segurança do trabalhador, ao direito à vida, ao proporcionar-lhe intervalos para repouso e alimentação, bem como ao repouso semanal remunerado. Não há que se falar em dignidade do trabalhador sem proporcionar-lhe jornada razoável, remuneração justa, meios para defender-se, proteção contra a despedida arbitrária, equipamentos de proteção individual, treinamentos, e tantas outras medidas protetivas negadas ao trabalhador uberizado.

A essa classe de trabalhadores não são outorgados, com plenitude, os direitos da personalidade, quais sejam, aqueles inerentes à pessoa humana, considerava em si mesma ou no contexto social, albergados pelo ordenamento jurídico pátrio (BITTAR, 1999, p. 27-33), classificados, ainda, como direitos genéricos, absolutos, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, essenciais, vitalícios e inalienáveis. (FIUZA, 2003, p. 43)

Leda Maria Messias da Silva (2021, p. 54) os considera como sendo direitos privativos do homem-trabalhador, proporcionando condições para o seu desenvolvimento na sociedade ou que se prestem à valorização da vida, da honra, da imagem, da integridade física do trabalhador no meio ambiente de trabalho e que, por conseguinte, são fundamentais para garantir-lhe uma sadia qualidade de vida.

Não obstante sua importância, não há que se falar, até o presente momento, na proteção e regulamentação acerca do trabalhador uberizado, ainda vislumbrado como profissional autônomo, independente e empreendedor, e, por conseguinte, sendo-lhes negados os direitos da personalidade tão fundamentais à consecução de sua dignidade.

Com o afã de descaracterização do vínculo empregatício, os Aplicativos-plataformas atuam de forma a excluir os liames da subordinação existentes entre estes e os respectivos profissionais cadastrados. Criam-se, por conseguinte, novas modalidades de contratação, sob denominações diversas, com o intuito único de desonerar as folhas de pagamento, reduzir encargos sociais e previdenciário e, nesses novos ajustes da modernidade, os direitos da personalidade do trabalhador vêm sendo ignorados e menosprezados.

Não obstante, segundo Alkimim (2018, p. 324):

(...) a organização produtiva e do trabalho não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, ou seja, a dignidade da pessoa humana do trabalhador não pode ser meio para o processo capitalista que impera nas organizações produtivas, sob pena de tornar não efetivas as garantias fundamentais, todo o sistema legal e principiológico de proteção ao trabalho subordinado e também a justiça social que não pode se desvincular da relação capital e trabalho.

As conquistas normativas trabalhistas, fruto de suor e lágrimas de classes de trabalhadores duramente e recorrentemente oprimidos em seus direitos mais básicos não podem sucumbir em prol de denominações como “empreendedores”, “prestadores de serviços”, “parceiros” e tantas outras utilizadas com a finalidade de suprimir garantias fundamentais. Em prol do princípio de vedação ao retrocesso social, à impossibilidade de precarização de direitos e a previsão constitucional de um patamar mínimo de segurança, possibilitado pelo Estado Democrático de Direito, dever-se-ão abrir os debates acerca dessa nova modalidade de relação de trabalho, de forma a conceder-lhe proteção mínima, em um cenário de completa ausência de disciplina legal específica, fiscalização contratual, inclusive mediante uma atuação preventiva, de forma a evitar que maiores danos sejam causados à pessoa humana do trabalhador.

CONCLUSÕES

A tecnologia que deveria ser utilizada com responsabilidade e respeito à dignidade da pessoa humana, pois ela é sua criadora e sua detentora, visando a facilitar, valorizar, quantificar e qualificar o trabalho, é empregada como sinônimo de abusos e vigilância intensiva e incisiva na psiquê do indivíduo trabalhador, podendo causar-lhe mal à saúde, inclusive, face à não desconexão, portanto, fere o mais sagrado direito da personalidade, o direito à saúde.

O “cibertrabalhador”, ainda que independente da uma gerência física, revela-se dependente à inteligência artificial algorítmica, a qual manifesta-se de maneira opaca, inflexível e impessoal, sem que o trabalhador esteja situado dentro de um estabelecimento empresarial, sentado em sua ilha de trabalho, interagindo pessoalmente com colegas de trabalho e sob os olhares e comandos de ordem de um gerente. Neste contexto, o novo capataz no ambiente de trabalho é o algoritmo.

O trabalhador encontra-se cada vez mais atado às amarras da tecnologia, do consumo exacerbado a todo e qualquer custo, tornando-o mais dependente, alienado, como verdadeiro “fantoche” nas mãos de grandes corporações que se apropriam de sua mais-valia, sob a maquiagem dos ideais de empreendedorismo, autonomia e da liberdade.

O que se verifica, ao contrário, é a existência de um novo modelo gerenciador de trabalho humano precarizado, informal, em que os direitos mais fundamentais do trabalhador vem sendo violados, os direitos da personalidade, como a saúde, por exemplo, já citada, ao passo que cria-se um exército de trabalhadores em permanente vigilância, em controle constante e tão rígido quanto o presente na relação empregatícia, em que se concede

tempo (antes, durante e após a execução do serviço), sem a contrapartida e transparência adequadas por parte dos aplicativos-plataformas.

A tecnologia, maior aliada do ser humano, pode ser, em grande maioria dos casos, sua maior ameaça: a sua utilização desenfreada e a ausência de políticas públicas mínimas para sua regulamentação são os primeiros passos a serem tomados no sentido de garantir que a utilização da inteligência artificial não seja tão danosa em termos de organização do mundo do trabalho e aos direitos fundamentais e à dignidade do trabalhador.

O risco do empreendimento é transferido para o trabalhador, o qual não tem autonomia para se contrapor à forma como é avaliado, não discute o valor do seu trabalho, nem mesmo pode ser opor ao seu desligamento do trabalho, face às avaliações aleatórias que são feitas por elementos que fogem do seu controle. Trata-se de típico contrato de adesão, tal como sempre foi, mas com um elemento mais perverso, o algoritmo dita as regras e ao trabalhador só resta se sujeitar, sem respeito à sua singularidade, subjetividade e humanidade.

Nesse ínterim, faz-se necessária a elaboração de políticas públicas mínimas e adequadas à nova realidade contratual, que alberga um número cada vez mais expressivo de profissionais que, como fuga à dura realidade de desemprego e informalidade, submetem-se a um meio ambiente de trabalho degradante e que os priva dos seus direitos da personalidade mais fundamentais.

Nesse sentido, para que os pilares do direito do trabalho mantenham-se rígidos, o meio ambiente de trabalho deverá ser assegurado de toda forma de lesão e fraude à legislação trabalhista, de forma que as políticas públicas acompanhem o crescente desenvolvimento tecnológico que assume papel central na vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, L. C. **Uberização: a era do trabalhador just-in-time**. Revista de Estudos Avançados, São Paulo, v. 34, n. 98, p.111-126, 2020. DOI: 10.1590/s0103-4014.2020.3498.008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VHXmNyKzQLzMyHbgcGMNNwv/?lang=pt&format=pdf>

ALKIMIM, M. A. **Trabalho decente e meio ambiente laboral sadio e equilibrado sob o viés da tutela dos direitos fundamentais e sociais do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2018.

BACCARIN, A. B. **Indústria 4.0: IOT, Big Data e produtos digitais**. Tubarão: Unisul, 2018.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARELLI, R. D. L.; CAVALCANTI, T. M.; FONSECA, V. P. D. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade** / organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti, Vanessa Patriota da Fonseca. – Brasília: ESMPU, 2020.

CARELLI, R. D. L. **O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei.** In: Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade / organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti, Vanessa Patriota da Fonseca. – Brasília: ESMPU, 2020.

CHAVES JÚNIOR, J. E. D. R. Controle e contrato hiper-realidade: a relação de emprego na era da economia orientada a dados. In: Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade / organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti, Vanessa Patriota da Fonseca. – Brasília: ESMPU, 2020.

CHAVES JÚNIOR, J. E. D. R. **O direito do trabalho e as plataformas eletrônicas.** In: MELO, Rodrigo Simões de; ROCHA, Cláudio Jannotti (coord.). Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. São Paulo: LTr, 2017. p. 357-366.

DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal.** São Paulo: Boitempo, 2016.

DA SILVA, P. P. M.; CHAVES, A. B. P. “**O trabalhador no capitalismo de vigilância.**”, International Journal of Development Research, 11, (03), 45710-45714. Disponível em: <https://www.journalijdr.com/sites/default/files/issue-pdf/21467.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2021.

FIUZA, C. **Novo direito civil.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, L. M. M. d. **Inteligência artificial e a dignidade do trabalhador no meio ambiente de trabalho: um difícil convívio?** São Paulo: LTr, 2021. DYER-WITHEFORD, N. 2015.

Cyber-proletariat: global labour in the digital vortex. London: Pluto Press.

FELSTINER, A. **Working the crowd: Employment and labor law in the crowdsourcing industry.** Berkeley Journal of Employment and Labor Law, v. 32, n. 1, p. 143-204, 2010.

FONTES, V. **Desenvolvimento capitalista e classes sociais.** Revista Rumo das Políticas de Desenvolvimento: balanço crítico, alternativas e cenários futuros, Rio de Janeiro, Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul (PACS), p. 21-26, 2017.

VILELA, A. M. J, Ferreira, A. A. L., & Portugal, F. T. orgs. 2013. **História da psicologia: rumos e percursos.** 3a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nau.

JIN, D. Y. 2013. **The construction of platform imperialism in the globalization era.** TripleC: Communication, Capitalism & Critique. Open Access Journal for a Global Sustainable Information Society, 11(1), 145–172. <https://doi.org/10.31269/triplec.v11i1.458>

LEME, A. **Neuromarketing e sedução dos trabalhadores: o caso Uber.** In: CARELLI, R.; CAVALCANTI, T.; FONSECA, V. (Org.), Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU

MARCUSE, H. **A ideologia da sociedade industrial.** Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

MARX, K. **Trabalho estranhado e propriedade privada.** In: Manuscritos Econômico Filosóficos. São Paulo: Boitempo, 2004.

SCHOLZ, T. **Cooperativismo de plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa.** Tradução: Rafael Zanatta. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária, 2016.

- SCHWAB, K. 2019. **A quarta revolução industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. 1ª Edição, 2016. São Paulo: Edipro.
- SKINNER, B. F. 2003. **Ciência e comportamento humano** 11a ed. São Paulo: Martins Fontes.
- SUPIOT, A. **Les nouveaux visages de la subordination**. Droit Social, Paris, n. 2, p. 131-145, février 2000.
- GONZALES, A. A. **Do Estranhamento à mistificação: o trabalho, o capital e o dado nos tempos do capitalismo de vigilância**. In Políticas, Internet e Sociedade, org. Fabricio Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Luiza Couto Chaves Brandão. Belo Horizonte: IRIS, 2019.
- VALENTINI, R. S. **A indústria 4.0: impactos nas relações de trabalho e na saúde dos trabalhadores**. In: Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade / organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti, Vanessa Patriota da Fonseca. – Brasília: ESMPU, 2020.
- VIANA, M. T.; TEODORO, M. C. M. **Misturas e fraturas do trabalho: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. v. 114, 2017. DOI: <https://doi.org/10.9732/p.0034-7191.2017v114p299>.
- ZUBOFF, S. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

PORTABILITÀ E CUMULABILITÀ DELLA REPUTAZIONE DIGITALE NEL PLATFORM WORK: UNO STUDIO PRELIMINARE

Transferability And Accumulation Of Digital Reputation In Platform Work: A Preliminary Study

Luigi Di Cataldo¹

RIASSUNTO: Sebbene la digitalizzazione dei processi economici, delle imprese e dei mercati del lavoro sia un processo ancora *in fieri*, sono già evidenti, numerose e problematiche le implicazioni giuridiche. La trasformazione in corso sta accrescendo la distanza esistente tra l'ordinamento giuridico e l'ambiente sociale e aumentano, di conseguenza, i bisogni di protezione dei lavoratori rimasti irrisolti. Una delle questioni emergenti riguarda il funzionamento dei meccanismi di *rating* reputazionale e la disciplina giuridica della reputazione da essi prodotta. Rispetto a tale questione, l'inadeguatezza del quadro giuridico può generare ricadute rilevanti nei confronti delle condizioni di lavoro dei singoli. In questa occasione si offre uno studio preliminare dei problemi legati al radicamento aziendale della reputazione digitale e dei limiti della tecno-regolazione rispetto a tale questione. La reputazione digitale del lavoratore in che modo incide sulla capacità di generare reddito? E in che modo si ripercuote sul fenomeno delle transizioni occupazionali? Quali ostacoli materiali può incontrare l'introduzione del diritto alla portabilità e alla cumulabilità della reputazione digitale?

Parole chiave: Lavoro di piattaforma; Reputazione digitale; Trasferibilità e Cumulabilità delle competenze digitali; Nuovi diritti; Tecno-regolazione.

ABSTRACT: Although the economic processes, businesses and labor markets digitization is a procedure still in progress, the legal implications are already evident, numerous and problematic. The ongoing transformation is increasing the gap distance between the legal system and the social environment and the protection needs of workers who have remained unresolved are increasing consequently. One of the issues concerns the functioning of the reputational rating mechanisms and the legal regulation of the reputation produced by them. As regard to this issue, the legal framework inadequacy can generate significant repercussions on the individuals working conditions. On this occasion, a preliminary study is offered of the problems linked to the corporate rooting of digital reputation and the limits of techno-regulation with respect to this issue. How does the worker's digital reputation affect the ability to generate income? And how does it affect the phenomenon of employment transitions? What material obstacles can the introduction of the right to the portability and accumulation of digital reputation encounter?

KeyWords: Platform Work; Digital Reputation; Transferability and Accumulation of Digital Reputation; New rights; Techno-regulation.

1. LA REPUTAZIONE DIGITALE NEL PLATFORM WORK: NOTE INTRODUTTIVE

Il bisogno di acquisire informazioni per orientare l'allocazione delle proprie aspettative si manifesta con evidenza crescente nella nostra società. Tale fenomeno può essere inteso, da una parte, come una risposta al bisogno umano di ridurre l'incertezza

¹ Ph. D. student (XXXV cycle), Department of Political and Social Sciences, University of Catania - luigi.dicataldo@phd.unict.it.

rispetto all'ambiente in cui si opera e agli attori collocati al suo interno e, dall'altra, come soluzione ai problemi di controllo, coordinamento e cooperazione².

La reputazione rappresenta il giudizio espresso da una comunità o da un'organizzazione nei confronti di una persona fisica o di una persona giuridica in ragione di criteri qualitativi, come può essere una valutazione riguardante l'appropriatezza di una condotta, oppure in relazione a criteri quantitativi, come può essere la corrispondenza con parametri determinati. Possiamo intendere la reputazione, quindi, come una «forma di capitale» (Bourdieu 2015), che consente all'attore di acquisire un vantaggio in un particolare contesto, oppure un «costo fisso relazionale» (Mutti 2007).

La quantità di attori che riconosce una specifica forma di reputazione ne costituisce il raggio, che può avere un'estensione estremamente varia (Cfr. Mutti 2007, p. 604). Può capitare che una forma di reputazione sia costruita da una certa organizzazione per ragioni interne, ad esempio la gestione dei lavoratori di un'impresa, e che non esistano altre organizzazioni interessate a riconoscerla. Allo stesso modo una forma di reputazione può avere un raggio ampio, magari quando la legge impone ad un certo numero di organizzazioni di riconoscerne il valore.

La reputazione può riferirsi ad aspetti differenti come la competenza tecnica, la sostenibilità economica, le opinioni e i comportamenti (Cfr. Mailath, Samuelson 2006; Mutti 2007, p. 604). Esistono, quindi, molteplici declinazioni della reputazione, quella sociale, quella lavorativa, quella commerciale, quella finanziaria, ecc. Ciascuna di esse riguarda un particolare contesto, una specifica tipologia di relazioni sociali e di attori. La reputazione appunto rappresenta un concetto relazionale ed esprime la proiezione della propria immagine verso l'esterno, verso altri consociati, verso organizzazioni private o istituzioni.

I processi di produzione, riconoscimento e distruzione della reputazione possono accentuare o, viceversa, attenuare le asimmetrie interne ad una relazione sociale; ciò dipenderà dall'esistenza di Mutti A. (2007). Reputazione. *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, p. 614 ss. i norme giuridiche disposte a tutela di situazioni meritevoli e, in specie, a protezione della componente debole della relazione, dipenderà altresì dalla conoscibilità dei criteri e dei processi sulla base dei quali avviene la costruzione della reputazione digitale e, per concludere, gli effetti sulle asimmetrie interne dipenderanno dalla natura privata o pubblica della disciplina che governa i processi di produzione, riconoscimento e distruzione della reputazione.

² Mutti A. (2007). Reputazione. *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, p. 614 ss.

Le declinazioni della reputazione tendono a differenziarsi ulteriormente negli spazi digitali, qui possiamo distinguere la *web reputation*³, dalle forme di reputazione che sono tipiche delle piattaforme digitali e che possiamo a loro volta distinguere in due macro-gruppi pur non perfettamente omogenei al loro interno. Nel primo rientrano quei meccanismi di profilazione reputazionale finalizzati al consolidamento dei legami fiduciari tra i soggetti coinvolti nell'intermediazione plurilaterale della piattaforma, in questo caso la reputazione fornisce informazioni che orientano gli utenti nell'individuazione dei soggetti con cui interagire ed effettuare transazioni all'interno della piattaforma (Origgi, Pais 2018, p. 185; Arcidiacono, Pais 2021) e agisce, quindi, come vettore di fiducia in un particolare sistema socio-economico (Boero 2009). Nel secondo gruppo, invece, rientrano quelle infrastrutture reputazionali, tipiche delle *digital labour platform* (d'ora in poi DLP), impiegate per la gestione automatizzata della forza lavoro con l'obiettivo di allineare i comportamenti dei lavoratori alle aspettative dell'impresa nonostante ai primi sia, generalmente, riconosciuta la formale libertà di autodeterminare tempi e carichi di lavoro⁴.

Tuttavia, quella proposta rappresenta una semplice semplificazione analitica adatta a distinguere quelle tipologie di reputazione digitale che rientrano nell'oggetto di questo studio, vale a dire le forme di reputazione rientranti nel secondo insieme, da quelle altre che invece si collocano all'esterno di esso. Infatti, anche le forme di reputazione impiegate per la gestione algoritmica dei lavoratori possono agire come vettore di fiducia nel mercato del lavoro. Accade questo quando un *platform worker* decide di trasferirsi in un'altra piattaforma del medesimo comparto produttivo oppure di offrire le proprie prestazioni per una seconda o per una terza piattaforma, in questi casi la reputazione digitale crea fiducia tra operatori economici e lavoratori poiché i primi possono conoscere la professionalità e l'esperienza dei secondi, mentre questi ultimi possono beneficiare di volumi di lavoro corrispondenti al proprio livello di carriera. Eppure, allo stato attuale, l'impossibilità di trasferire la propria reputazione digitale in una piattaforma differente, come anche l'impossibilità di cumulare la propria reputazione digitale lavorando per diverse piattaforme, escludono questa interessante potenzialità.

Nonostante i processi attraverso cui le piattaforme costruiscono la reputazione dei soggetti intermediati siano piuttosto eterogenei, nelle circostanze dove essa è impiegata per promuovere la fiducia tra gli utenti viene principalmente affidata alle *reviews* dei clienti (es.

³ Cfr. Conti (2021). Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali – Volume II, Maggioli Editore: Santarcangelo di Romagna, p. 29 ss.

⁴ I sistemi di *algorithmic management* adottati per la gestione dei lavoratori operano attraverso sei meccanismi specifici, le c.d. 6 Rs: *restricting, recommending, recording, rating, replacing and rewarding*. Si veda Kellogg et al. (2020). Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. *Academy of Management Annals*, 1.

Booking), mentre nei casi in cui la reputazione digitale è utilizzata per l'organizzazione dei lavoratori viene affidata a meccanismi ben più sofisticati di *rating* reputazionale (es. Food delivery, Uber) e il coinvolgimento degli utenti-clienti appare maggiormente vincolato, standardizzato e inserito in una trama più fitta e ampia di procedure (V. Prassl, Risak 2017; Cfr. Di Cataldo 2021). Le piattaforme, come spiegato da Arcidiacono e Pais (2021), esercitano il proprio controllo in modo decentrato e indiretto, anche se con varietà significative, ma il potere rimane centralizzato e tale concentrazione si manifesta nella detenzione delle informazioni prodotte dall'attività di controllo e nella prerogativa unilaterale di stabilire “come” e “per cosa utilizzarle”, nonché di decidere “se” e “quando” distruggerle.

La pluralità delle forme che può assumere la reputazione digitale, dei meccanismi ai quali può essere affidata la relativa elaborazione e i variegati impieghi di questo strumento rischiano di depistare i processi conoscitivi della scienza giuridica e di inficiare la capacità del diritto di rispondere efficacemente ai bisogni di protezione dei lavoratori.

Questo scritto, pertanto, si propone di contribuire al dibattito giuslavoristico riguardante le condizioni di lavoro nelle DLP e di fornire elementi pratici che potrebbero supportare la progettazione di interventi giuridici relativi alla profilazione reputazionale dei lavoratori e la successiva implementazione. Il contributo consiste in uno studio preliminare delle condizioni di immobilità-mobilità delle competenze digitali nel *platform work*, delle implicazioni che l'immobilità può produrre sulle condizioni di lavoro delle persone e degli ostacoli materiali che l'applicabilità e l'efficacia del diritto alla portabilità e cumulabilità della reputazione digitale possono incontrare.

Arcidiacono, Pais e Piccitto (2021) hanno mappato 156 piattaforme da lavoro e riscontrato, nel 45% dei casi, l'utilizzo di meccanismi, almeno parzialmente visibili, di profilazione reputazionale dei lavoratori (*feedback*, *rating system*, recensioni, votazioni, ecc.). Le piattaforme digitali stabiliscono, e modificano all'occorrenza (Di Cataldo 2021, p. 116 ss.), i criteri alla base del funzionamento dei sistemi utilizzati per la profilazione reputazionale dei lavoratori, mantengono il controllo sulla reputazione digitale e sulle informazioni corrispondenti, nonché si rifiutano di riconoscere le reputazioni elaborate dalle proprie *competitor*. Queste informazioni alimentano il management algoritmico della forza lavoro e, in particolare, determinano i volumi di lavoro affidati a ciascun *platform worker*.

Sono, dunque, numerosi i profili della questione rientranti nel perimetro di pertinenza della riflessione giuslavoristica, dei quali si fornisce un elenco non esaustivo: (a) l'inquadramento di questi sistemi rispetto alla disciplina limitativa delle prerogative datoriali di controllo (ex art. 4, l. 300/1970); (b) la prevenzione, l'individuazione e l'eliminazione di

eventuali effetti discriminatori che tali sistemi possono produrre; (c) i riflessi di queste pratiche sulla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro⁵; d) il diritto all'identità personale del lavoratore che implica una "corretta proiezione sociale", la disciplina stabilita dal GDPR (Reg. Ue 2016/679) per la protezione dei dati personali e, in specie, il diritto alla portabilità e cumulabilità della reputazione digitale enunciato nella Risoluzione del Parlamento europeo del 15.06.2017 "Un'agenda europea per l'economia collaborativa" e validamente sostenuto, lo si vedrà *infra* (§ 5.), dal Pilastro europeo dei diritti sociali; (e) il diritto all'informazione e alla consultazione circa il funzionamento dei sistemi automatizzati impiegati per la gestione dei lavoratori⁶.

Il presente saggio è così articolato: il paragrafo secondo affronta i profili di similarità e specificità nei sistemi di *rating* reputazionale delle DLP; il paragrafo terzo discute il rapporto tra la formazione di nuovi mercati e l'introduzione di nuovi diritti; il paragrafo quarto e quinto presentano, rispettivamente, un inquadramento teorico del diritto alla portabilità e alla cumulabilità della reputazione digitale dei lavoratori e le basi giuridiche che questo diritto può vantare nell'ordinamento multilivello; il paragrafo sesto illustra le potenzialità e i limiti della tecno-regolazione in relazione alla portabilità-cumulabilità delle reputazioni digitali. Il contributo si chiude proponendo tre direttrici per le ricerche future.

2. I SISTEMI DI *RATING* REPUTAZIONALE: TRA SIMILARITÀ E SPECIFICITÀ

Il lavoro di piattaforma rappresenta un fenomeno ampio, complesso, controverso ed eterogeneo, nell'ambito del quale innovazione/tradizione, digitale/analogico, continuità/discontinuità si intrecciano in modo di volta in volta diverso e complicato da decifrare. Sono potenzialmente infiniti i disegni organizzativi delle piattaforme e, coerentemente, anche i sistemi di *rating* reputazionale possono differire significativamente, pure all'interno del medesimo comparto produttivo. Per questa ragione, potrebbe essere utile al lettore una rapida descrizione dei profili di similarità e di specificità che questi meccanismi possono presentare.

Il modello impresa-piattaforma si fonda sulla costante raccolta di informazioni, indispensabili per il funzionamento dei processi interni all'infrastruttura digitale:

⁵ COM (2021) 762 def. del 9.12.2021, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work*.

⁶ COM(2021) 206 def. del 21.4.2021, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*; I sistemi di AI impiegati per la gestione dei lavoratori dovrebbero, secondo la proposta di regolamento, essere classificati come "ad alto rischio" poiché tali da generare un impatto significativo sulle prospettive di carriera e sui mezzi di sussistenza dei lavoratori e, per queste ragioni, rispettare requisiti specifici.

l'acquisizione di dati alimenta, innanzitutto, l'*algorithmic management* della forza lavoro⁷; inoltre, le informazioni raccolte sono utilizzate per consolidare i legami fiduciari tra gli utenti coinvolti nell'intermediazione plurilaterale della piattaforma con l'obiettivo di accrescere il numero di utenti, di massimizzare le transazioni tra di essi compiute e, nei casi in cui la piattaforma vende un servizio ulteriore alla mera intermediazione, di migliorare la qualità complessiva di quest'ultimo (es. *food delivery*, trasporto passeggeri, ecc.)⁸; infine, i dati raccolti vengono commercializzati per la creazione di plusvalore⁹.

Le DLP impiegano un sistema automatizzato che monitora i lavoratori, acquisisce informazioni sui comportamenti da essi tenuti e suddivide le occasioni di lavoro premiando i "migliori", ossia coloro che tendono ad assecondare le aspettative aziendali, e penalizzando i "peggiori".

La reputazione digitale elaborata da questi meccanismi esprime il valore della persona nel mercato digitale e rappresenta un bene giuridico in quanto capace di produrre effetti, giuridicamente rilevanti, sulla sfera del lavoratore. Tuttavia, non esiste ancora una disciplina giuridica organica e completa della reputazione digitale, inoltre diverse tra le norme esistenti non sono applicate o, laddove applicate, non si sono rivelate efficaci. In modo particolare, il diritto alla portabilità e cumulabilità delle informazioni personali (art. 20 GDPR) e la più ampia disciplina del regolamento non hanno ancora trovato applicazione in riferimento alla reputazione digitale dei *platform worker*.

Sebbene i processi reputazionali siano generalmente rivolti alla distribuzione delle occasioni di lavoro, le dinamiche di funzionamento possono differenziarsi in relazione ai frangenti temporali durante i quali opera il sistema di *rating*, oppure in relazione alla conoscibilità dei criteri alla base del funzionamento del sistema, oppure ancora rispetto al carattere premiale e/o punitivo del meccanismo.

L'assoggettamento del lavoratore alle pratiche reputazionali può limitarsi all'esecuzione materiale della prestazione principale, può altrimenti estendersi anche al tempo c.d. di "disponibilità" conferito dal lavoratore alla piattaforma e, addirittura, può proseguire anche nel tempo di riposo approfittando dello stato di connessione telematica del

⁷ Topo (2018). "Automatic management", reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza. *Lavoro e Diritto*, Stark, Pais (2020). Algorithmic Management in the Platform Economy. *Sociologica*, V. 14, n. 3; Zappalà (2021). Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell'era dell'intelligenza artificiale. *WP CSDLLE "Massimo D'Antona".IT - 446/2021*.

⁸ Sul punto si vedano: Origgi, Pais (2018). Digital Reputation in the Mutual Admiration Society. *Studi di Sociologia*, 2; Arcidiacono, Pais (2021). Re-framing community in the platform age: analyzing organization and power in BlaBlaCa. *Studi organizzativi*, 1.

⁹ Casilli (2020). *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo*. Feltrinelli.

lavoratore¹⁰. Nel primo caso, il sistema computerà soltanto ciò che accade tra l'assegnazione della prestazione di lavoro e il suo completamento; nel secondo caso, il sistema calcola anche quei comportamenti posti in essere dal lavoratore mentre sta attendendo l'assegnazione di una prestazione da eseguire da parte della piattaforma; nel terzo caso, invece, il meccanismo reputazionale rileva anche quelle condotte che si collocano nel tempo di riposo, ad esempio la scelta di non rendersi disponibile per un particolare *slot* orario o la scelta di non conferire la propria disponibilità per un certo numero di ore e/o di giorni.

Neppure la conoscibilità dei sistemi di *rating* va data per scontata. Talvolta può trattarsi di meccanismi effettivamente trasparenti, talaltra può trattarsi di sistemi opachi, talaltra ancora può trattarsi di dinamiche del tutto occulte e di circostanze in cui neppure i lavoratori sanno di essere oggetto di profilazione reputazionale¹¹.

I sistemi reputazionali, infine, possono assolvere una funzione premiale, punitiva oppure genuinamente ibrida; il sistema avrà una finalità premiale laddove unicamente rivolto all'attribuzione di risorse o altro genere di vantaggi, esso avrà una finalità punitiva se funzionale alla sottrazione di risorse o alla disposizione di altri svantaggi, invece il sistema avrà una finalità mista qualora si occupasse, contestualmente, di premiare alcuni e penalizzare degli altri. Quest'ultima ipotesi si presenta di frequente proprio nelle DLP che, sovente, sono configurate come delle arene competitive "a somma zero", nell'ambito delle quali i lavoratori sono costretti a contendersi un bene finito, vale a dire le occasioni di guadagno (turni di lavoro e/o prestazioni). In questa competizione le risorse catturate dai migliori vengono sottratte alla disponibilità dei peggiori. Siffatta configurazione genera una pressione conformativa stabile e variamente efficace sui *platform worker*¹², che faranno di tutto per assecondare le aspettative aziendali e migliorare (o mantenere) la propria reputazione (Di Cataldo 2021, p. 97 ss.).

¹⁰ Cfr. Fenoglio (2018). Il tempo di lavoro nella *New Automation Age*. Un quadro in trasformazione. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, pp. 625-650; Cfr. Martelloni (2019). Metamorfosi del lavoro e polisemia del tempo: riconoscerlo, proteggerlo, remunerarlo. *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, v. 151, n. 2, pp. 249-266.

¹¹ Si consenta il rinvio: Di Cataldo (2021). Il mercato del food delivery nella città di Catania. Un caso di studio interdisciplinare: dalla composizione della categoria al rapporto di lavoro. *Professionalità studi*, 1:36-165. Ad esempio può dirsi opaco il sistema di *rating* di Glovo, nonostante il sito web della multinazionale contenga una dettagliata descrizione del suo funzionamento. Per questa ragione, il 10 giugno 2021, il Garante della Privacy italiano ha disposto un'ordinanza nei confronti dell'azienda: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9675440>. Diversamente, il sistema adottato da Just Eat per la gestione dei rider si presenta del tutto occulto poiché i lavoratori non hanno un punteggio reputazionale visibile, nonostante l'azienda sia solita premiare i migliori e penalizzare i peggiori proprio come accade in Glovo, né tanto meno esistono note informative sui criteri del *management* algoritmico dei lavoratori.

¹² La sensibilità del lavoratore a siffatte pratiche di gestione e controllo è direttamente proporzionale al suo bisogno di reddito. Maggiore è il bisogno di lavoro e maggiore sarà la portata conformativa e dissuasiva dell'infrastruttura digitale, indipendentemente dalla eventuale prerogativa, formalmente riconosciuta al lavoratore dal contratto, di autodeterminare tempi e carichi di lavoro.

Nel paragrafo susseguente si affronta il rapporto tra la formazione di nuovi mercati, come appunto sono quelli delle piattaforme digitali, e l'introduzione di nuovi diritti, come appunto può essere il diritto alla portabilità e alla cumulabilità della reputazione digitale.

3. *DE IURE CONDENDO*: NUOVI MERCATI E NUOVI DIRITTI

L'economia e i mercati del lavoro stanno attraversando una fase di trasformazione profonda per effetto dell'innovazione tecnologica e, precipuamente, della digitalizzazione che comporta, da una parte, l'evoluzione dei tradizionali settori produttivi e, dall'altra, la formazione di nuove aree di mercato, identificate con le espressioni, non completamente sovrapponibili, di economia digitale e di *platform economy* (Cfr. Piasna, Zwysen, Drahokoupil 2022, p. 11 ss.).

Le piattaforme sono i *driver* principali di questo processo¹³ e giocano un ruolo cardine nella ridefinizione del capitalismo contemporaneo. La portata dirompente delle piattaforme può evincersi non soltanto dalle nuove economie emerse, ma piuttosto dagli effetti modificativi verificatesi nei confronti della forma dell'impresa e dello status dell'impiego¹⁴. Con le infrastrutture digitali si afferma un *nuovo paradigma produttivo* (Arcidiacono, Borghi, Ciarini 2019) e un modello di impiego specifico destrutturato su più livelli (giuridico, economico, sociale) e identificato, anche se non sempre in modo appropriato, con l'etichetta *gig economy*¹⁵.

L'ordinamento giuridico, in quanto parte integrante dei sistemi che compongono la realtà sociale, costituisce un'area di impatto significativa e specifica per le spinte evolutive scaturite dal processo di digitalizzazione, che riguardano tanto la dimensione macro della relazione socio-economica tra i fattori di produzione, quanto il singolo rapporto di lavoro.

La progressiva inadeguatezza del quadro giuridico rispetto all'assetto tecnologico-produttivo che va delineandosi sta già traducendosi in un *process of neo-commodification* del lavoro poiché la determinazione del trattamento economico e normativo del lavoro viene *de facto* affidata, in una quota crescente di situazioni, al mercato e alle sue logiche¹⁶.

¹³ Eurofound (2021). *The digital age: Implications of automation, digitisation and platforms for work and employment*. Challenges and prospects in the EU series, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

¹⁴ Cfr. Srnicek (2016). *Platform capitalism*. Polity Press, p. 14.

¹⁵ Un improprio utilizzo dell'etichetta *gig economy* si verifica quando essa viene applicata a relazioni di impiego che si caratterizzano per l'esistenza di un assetto di interessi stabile, durevole e coerente tra le parti del rapporto di lavoro, come appunto accade nel *food delivery* o nelle app. del trasporto passeggeri. Si veda Bavaro (2020). Sul concetto giuridico di "tempo del lavoro" (a proposito di ciclo-fattorini). *Labor*. 6, p. 679.

¹⁶ Sul concetto di *process of neo-commodification* si veda Marčeta (2021). Platform capitalism – towards the neo-commodification of labour? In Keune M., Haidar J. (edited by), *Work and labour relations in global platform capitalism*. Cheltenham: Edward Elgar and Geneva: ILO.

L'innovazione tecnologica colpisce il diritto del lavoro sia sul versante ermeneutico, ne da prova la *vexata quaestio* qualificatoria deflagrata su scala globale¹⁷, sia su quello regolativo, mettendo alla prova la capacità dell'ordinamento di elaborare soluzioni efficaci a problemi nuovi e, non di meno, di rinnovarsi nelle sue più classiche aree di intervento¹⁸.

La questione della reputazione digitale dei *platform worker* richiede, certamente, uno sforzo *de iure condendo* dacché non esiste ancora una disciplina giuridica completa ed efficace dei sistemi di *rating* reputazionale utilizzati per la gestione interna dei lavoratori, né può dirsi concretamente esistente un diritto alla portabilità e cumulabilità della reputazione digitale. Nonostante il tema sia tutt'altro che marginale e sia stato identificato come una «*key issue*» per la protezione dei lavoratori delle piattaforme (Prassl 2018, p. 22), il mondo accademico non ha ancora compiuto un'analisi completa e approfondita rispetto alle implicazioni che l'immobilità delle competenze digitali può produrre sulle condizioni di lavoro dei singoli, né il dibattito sembra essersi interessato degli ostacoli materiali che l'applicabilità e l'efficacia del diritto alla portabilità e cumulabilità della reputazione digitale potrebbero incontrare.

Nel prossimo paragrafo si descrivono le implicazioni per le condizioni di lavoro dei singoli che potrebbero verificarsi laddove la reputazione digitale restasse vincolata alla piattaforma di origine.

4. IL DIRITTO ALLA PORTABILITÀ E ALLA CUMULABILITÀ DELLA REPUTAZIONE DIGITALE: INQUADRAMENTO TEORICO.

Per progettare una disciplina giuridica della reputazione digitale occorre comprendere in che modo essa potrebbe influenzare la capacità del *platform worker* di generare reddito e di affrontare con successo le transizioni occupazionali intra-settoriali, tra le quali rientrano il caso del trasferimento in altra piattaforma del medesimo settore produttivo e l'inizio di un'attività in regime di multi-committenza, ossia svolta per diverse piattaforme dello stesso comparto.

Gli effetti del radicamento aziendale della reputazione digitale su questi due fronti possono essere ricostruiti a partire dagli studi sulla *platform economy* di Gil (2017) e dalla *transitional labour market theory*¹⁹. Integrando questi due filoni di studi, *platform studies* e *labour*

¹⁷ Pacella (2019). Il lavoro tramite piattaforma digitale nella giurisprudenza dei Paesi di civil law. *Labour & Law Issues*, V. 5, n. 1.

¹⁸ Treu (2017). Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy. *Lavoro e Diritto*, 3-4; Papa (2018). Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on-demand: nuovi paradigmi organizzativi e vecchie esigenze di tutela. *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3;

¹⁹ Schmid G. (1998). *Transitional labour markets: a new European employment strategy*. Discussion Papers/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Forschungsschwerpunkt Arbeitsmarkt und Beschäftigung, Abteilung Arbeitsmarktpolitik und Beschäftigung, 98-206; Schmid G. (2001). Enhancing gender

market studies, si possono ricostruire, almeno sul piano teorico, le implicazioni del radicamento aziendale della reputazione digitale sulle condizioni di lavoro dei singoli.

La capacità delle persone di produrre reddito attraverso il lavoro di piattaforma dipende, pur non esclusivamente, da tre variabili (Cfr. Gil 2017): (i) i *costi di partecipazione* comprendono il dispendio energetico, gli eventuali rischi per la propria salute e sicurezza, gli oneri economici e il tempo che sono richiesti dalla particolare attività svolta per generare un certo reddito; (ii) i *benefici potenziali* sono quelle forme di capitale che possono essere sviluppate attraverso il lavoro di piattaforma e reimpiegate nella medesima economia al fine di migliorare la propria posizione nel mercato; (iii) *le caratteristiche del compenso* includono il sistema retributivo impiegato, l'entità dei compensi e la periodicità della retribuzione²⁰.

La reputazione digitale rientra nei *benefici potenziali* e costituisce una forma di capitale specifica che il soggetto può accumulare e impiegare nelle relazioni di impiego dell'economia delle piattaforme per ricavarne un vantaggio materiale, per questo possiamo parlare di *capitale reputazionale* (Topo 2018). Come già accennato, la reputazione digitale influisce in modo decisivo sui *costi di partecipazione* a carico del lavoratore giacché essa rappresenta il criterio principale attraverso cui le piattaforme distribuiscono i volumi di lavoro tra i *platform worker* e affidano le migliori occasioni di guadagno. I costi di partecipazione sono inversamente proporzionali al capitale reputazionale poiché al crescere della reputazione digitale corrisponde il ridursi di tempi, sforzi e rischi necessari per generare un certo reddito.

Dunque, la performance dei lavoratori delle piattaforme subisce il condizionamento decisivo della reputazione digitale e della corrispondente disciplina giuridica.

Riprendendo la *TLM Theory* a partire dagli studi di Schmid, Gazier, Gautié, ulteriormente sviluppati da Casano (2021) e da Dagnino (2017), in quest'ultimo caso anche in riferimento al *platform work*, si può spiegare quali siano gli effetti che l'immobilità della reputazione digitale può produrre sulla capacità dei singoli di affrontare con successo le transizioni occupazionali.

La *TLM Theory* propone una concezione sistemica e aperta del mercato del lavoro e del lavoro inteso come categoria concettuale, una visione adatta a descrivere la

equality through transitional labour markets. *Transfer*, 2; Gautié J. (2003). Lavoro: dai mercati interni ai mercati di transizione. Implicazioni sulla solidarietà, le tutele, la formazione. *Assistenza sociale*, 1-2; Schmid G. (2006). Social risk management through transitional labour markets. *Socio-Economic Review*, 4; Schmid G. (2017). *Transitional Labour Markets: Theoretical Foundations and Policy Strategies*. Palgrave Macmillan (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics; Schmid G., Schömann K. (2004). *Managing Social Risks Through Transitional Labour Markets: Towards a European Social Model*. TLM.net, Working Paper; Gazier B., Gautié J. (2009), *The "Transitional Labour Markets" Approach. Theory, History and Future Research Agenda*. Paris, Document de Travail du Centre d'Economie de la Sorbonne.

²⁰ Gil Garcia (2017). Inequalities, limits and possibilities for the transformation of capital in the sharing economy. *Redes.com*, 15:32-67, doi 10.15213.

contemporanea consistenza dei mercati del lavoro profondamente mutata per effetto dell'integrazione economica globale, della *regulatory competition*²¹ da quest'ultima indotta – entro la quale possiamo collocare la *flexsecurity* quale peculiare prospettiva per lo sviluppo del diritto del mercato del lavoro – e, per concludere, della trasformazione digitale e precipuamente dall'intermediazione digitale dei rapporti di lavoro.

La *TLM Theory* propone il superamento della tradizionale contrapposizione dicotomica tra i mercati del lavoro “interni” e quelli “esterni” che non trova più un riscontro empirico nella realtà fattuale (Cfr. Gautié 2003) e avanza un suggerimento fondamentale, riassumibile con la formula «*make transition pay*» (Casano 2017). In quest'ottica il concetto di “posto di lavoro” viene superato dal concetto di transizione occupazionale e l'azione dei *policy makers* viene indirizzata verso la promozione dell'occupabilità, tramite la formazione, l'aggiornamento e il riconoscimento delle competenze, e la costruzione di sinergie tra attori e livelli di *governance* differenti con l'obiettivo di consentire alle persone di gestire con successo le transizioni occupazionali²².

La reputazione digitale dei lavoratori delle piattaforme costituisce una forma di capitale che può essere decisiva nel corso delle transizioni occupazionali intra-settoriali, soprattutto in quelle forme di *platform work* dove essa determina le occasioni di guadagno del lavoratore, quindi l'accesso ai turni di lavoro e/o le prestazioni assegnate dalla piattaforma (es. *Food delivery*). Ad esempio, nel momento in cui il lavoratore decide di trasferirsi in altra piattaforma del medesimo comparto produttivo, magari perché conosce l'esistenza di migliori condizioni di lavoro, incorre nella distruzione del proprio capitale reputazionale, che dovrà essere, quindi, ricostruito *ex novo* nella piattaforma di destinazione. In questa circostanza, si verifica una fase di incertezza economica che indebolisce le persone nel corso delle transizioni occupazionali e potrebbe farle desistere anche dal compiere quelle transizioni finalizzate al miglioramento delle proprie condizioni di lavoro. Similmente, nel caso in cui il lavoratore decidesse di offrire le proprie prestazioni in favore di una seconda piattaforma dovrebbe costruire da zero una nuova reputazione e mantenere queste due reputazioni distinte. Si può ragionevolmente ipotizzare, quindi, che il radicamento aziendale della reputazione digitale rappresenti un ostacolo alla multi-committenza e concorra con altri fattori nel mantenere diffusa la condizione di dipendenza economica tra i *platform worker* (Cfr. Carinci 2021).

²¹ Bano (2017). Sovranità regolativa e subordinazione del diritto de lavoro. *Lavoro e Diritto*. N. 1.

²² Casano (2020). *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*. Adapt University Press.

Viste le implicazioni individuali che il radicamento aziendale della reputazione digitale potrebbe generare, nel prossimo paragrafo si propone una ricognizione delle basi giuridiche che il diritto alla portabilità e alla cumulabilità della reputazione digitale può vantare nell'ordinamento multilivello.

5. IL DIRITTO ALLA PORTABILITÀ E ALLA CUMULABILITÀ DELLA REPUTAZIONE DIGITALE: BASI GIURIDICHE.

Le istituzioni europee, ormai da diversi anni, hanno introdotto le prime basi giuridiche del diritto alla portabilità-cumulabilità della reputazione digitale. Il GDPR (Reg. Ue 2016/679) definisce, innanzitutto, un quadro giuridico generale, completo e vincolante per la protezione dei dati personali e l'art. 20 del Regolamento enuncia il diritto alla portabilità delle informazioni personali quale forma di tutela del contraente debole, che há già trovato applicazione nei settori dei servizi bancari e dei servizi di telefonia mobile per la tutela del consumatore²³.

Il diritto alla portabilità-cumulabilità della reputazione digitale può intendersi come una trasposizione dell'art. 20 GDPR al contesto lavorativo e come parte integrante della strategia europea per la tutela del lavoro digitale²⁴.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 15.06.2017 “Un agenda europea per l'economia collaborativa”, che rappresenta un passaggio fondamentale nella definizione della strategia europea, individua infatti due principali obiettivi per la protezione dei *platform worker*. Il documento afferma l'importanza di assicurare la trasparenza e l'adeguatezza dell'informativa in merito al funzionamento dei processi di valutazione che generano conseguenze sui lavoratori e sostiene altresì l'opportunità di garantire la portabilità della reputazione digitale del lavoratore nel passaggio in una nuova piattaforma e di assicurare la cumulabilità delle reputazioni quando si opera simultaneamente per piattaforme differenti.

L'impegno dell'Unione nel promuovere l'equità e il buon funzionamento dei mercati del lavoro in risposta ai cambiamenti (sociali, tecnologici, economici) del XXI secolo prosegue con il Pilastro europeo dei diritti sociali che enuncia, rispettivamente ai principi

²³ Si veda *European Data Protection Supervisor, Privacy and Competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy – Preliminary Opinion* (March 2014); In merito al diritto alla portabilità e alle sue prime applicazioni si vedano Sirena (2008). La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario. *Rivista di Diritto Civile*. I:449-479; Graef (2015). Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union. *Telecommunications Policy*, 39, 6; Bani, Machiavello (2015). Il diritto alla portabilità dei dati nell'ambito della nuova economia dei dati. In Falce (a cura di). *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*. Giappichelli: Torino; Giorgianni (2019). Il nuovo diritto alla portabilità dei dati. Profili di diritto comparato. *Contratto e Impresa*, 4.

²⁴ Zappalà (2021). Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale? *Professionalità studi*. N. 1.

primo e quarto, il diritto di mantenere e acquisire competenze che consentano di gestire con successo le transizioni occupazionali e la trasferibilità dei propri diritti durante le transizioni occupazionali.

L'ordinamento italiano, in coerenza con quello sovranazionale, presenta diffusi riferimenti al GDPR e, in taluni casi, riconosce espressamente il diritto alla portabilità della reputazione digitale dei lavoratori. La l. 128/2019, Capo V- bis, "Tutele del lavoro mediante piattaforme digitali", Art. 47-sexies (protezione dei dati personali), contiene un rinvio alla disciplina del Regolamento 2016/679; la l. regionale Lazio 4/2019 recante "Disposizioni per la tutela e la sicurezza dei lavoratori digitali", Art. 7 (parità di trattamento e non discriminazione nel *rating* reputazionale) lett. d), prevede invece un limitato diritto alla portabilità della reputazione digitale nel passaggio ad altra piattaforma; infine, la Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano di Bologna, Art. 3 (meccanismi reputazionali) lett. c), prevede che sia garantito al lavoratore l'accesso ad una documentazione idonea ad attestarne l'esperienza nel passaggio ad altra piattaforma²⁵.

Nonostante i molteplici riferimenti normativi esistenti, il diritto alla portabilità-cumulabilità della reputazione digitale non ha trovato applicazione alcuna, neppure in quei comparti che si sono dotati di un contratto collettivo nazionale (es. il *food delivery* in Italia). Ad avviso di chi scrive, le ragioni della non applicazione di questo diritto non sono completamente riconducibili alla scarsa applicazione del GDPR, alla sua complessità e alla mancanza di soluzioni "su misura" idonee ad affrontare la pluralità delle questioni emergenti (Cfr. Todolì-Signes 2018). Nel prossimo paragrafo si sostiene piuttosto che la non pervenuta applicazione di questa situazione giuridica soggettiva sia dipesa, almeno in parte, dall'esistenza di ostacoli materiali che meritano di essere analizzati dato che possono mettere in luce alcune delle potenzialità e dei limiti della tecno-regolazione.

6. TECNO-REGOLAZIONE: POTENZIALITÀ E LIMITI

L'integrazione globale, economica e politica, come anche l'intermediazione digitale delle relazioni socio-economiche, hanno messo in discussione il potere pubblico dello Stato di disciplinare i processi economici, sociali e del lavoro attraverso il diritto (Cfr. Nuzzo 2019).

Le infrastrutture digitali e le tecnologie algoritmiche, costrutti espressione dell'autonomia privata del capitale, si impongono come "spazio sociale" entro il quale avviene l'agire degli attori e come "potere" capace di influenzare e vincolare tale agire, anche

²⁵ Va tuttavia considerato che il rilascio di una documentazione idonea ad attestarne l'esperienza non assicura la trasferibilità della reputazione digitale che presuppone, invece, la disponibilità della piattaforma di arrivo a riconoscere l'esperienza maturata altrove dal lavoratore.

in contrasto con le prescrizioni giuridiche e la volontà individuale. Le infrastrutture digitali, da una parte, puntano a sottrarre i fatti sociali all'influenza dell'ordinamento giuridico e, contemporaneamente, si propongono come entità dalla funzione ordinatrice e conformante, capace di manipolare e sfruttare a proprio vantaggio i bisogni umani di emancipazione materiale, realizzazione personale e socialità²⁶.

In risposta alle sfide lanciate dalle tecnologie private al potere pubblico, la scienza giuridica è chiamata a sperimentare e/o consolidare prospettive strategiche di azione che mettano il diritto nella posizione di recuperare la propria influenza sui fatti sociali e, nel caso di specie, sulle fattispecie concrete di lavoro comparse con la rivoluzione digitale. La tecno-regolazione, che rappresenta una di queste prospettive, concepisce la tecnologia non soltanto come oggetto della norma giuridica, ma anche come strumento indispensabile per dare concretezza alle prescrizioni giuridiche negli spazi digitali²⁷.

La tecno-regolazione si configura, quindi, come una strategia di costruzione del sistema giuridico in un ambiente sempre più caratterizzato dalla massiccia presenza di tecnologie digitali. Sebbene il coinvolgimento della tecnologia nella disciplina giuridica dei fenomeni umani appaia inevitabile e adatto a superare numerose problematiche, l'applicabilità e l'efficacia della tecno-regolazione possono incontrare ostacoli materiali, potenzialmente insormontabili, che impongono la conduzione di un'analisi specificatamente rivolta allo strumento giuridico da introdurre e all'ambiente di riferimento.

Ad esempio, l'applicabilità e l'efficacia del diritto alla disconnessione dipendono certamente dal coinvolgimento della tecnologia, che però sarà specifico per ciascuna forma di lavoro in cui si presentano i pericoli²⁸ derivanti dallo stato di connessione telematica permanente dei lavoratori (c.d. iper-connettività) dacché saranno particolari sia le tecnologie utilizzate da questi ultimi, sia gli impieghi che le imprese fanno di tali tecnologie. Gli artefatti digitali e il corrispondente utilizzo sono del tutto diversi tra lo *smart working* e il *platform work*, di conseguenza saranno peculiari le forme che il coinvolgimento della tecnologia può assumere, gli ostacoli materiali che il diritto alla disconnessione può incontrare e i soggetti da includere nelle fasi di progettazione e di implementazione.

²⁶ Sul rapporto tra norme giuridiche e fatti sociali si veda Grandi (2013). *Fatti, categorie e diritti nella definizione del lavoro dipendente tra common law e civil law*. Torino: Giappichelli editore.

²⁷ Brownsword (2004). *What the world needs now: Techno-regulation, human rights and human dignity. Global governance and the quest for justice*. Oxford, Hart Publishing; Leenes (2011). Framing techno-regulation: An exploration of state and non-state regulation by technology. *Legisprudence*. 5, 2; Brownsword (2015). In the year 2061: from law to technological management. *Law Innovation and Technology*. 7, 1; De Minicis, Donà, Lettieri, Marocco (2019). *Disciplina e tutela del lavoro nelle digital labour platform. Un modello di tecno-regolazione*. INAPP WP. 6.

²⁸ Sul concetto di *time porosity* si veda Genin (2016). Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. 32, 3: 280–300.

Sono quattro gli ostacoli che vorrei portare all'attenzione del lettore, i primi tre concernono il profilo dell'applicabilità del diritto alla portabilità-cumulabilità della reputazione digitale, mentre il quarto riguarda il profilo dell'efficacia.

Il diritto in esame può trovare applicazione soltanto in presenza di determinati presupposti che potrebbero mancare in un numero ampio di situazioni: a) il coinvolgimento degli operatori economici che si presenta indispensabile per sincronizzare e rendere trasparenti i meccanismi di profilazione reputazionale onde assicurare la trasferibilità e la cumulabilità delle reputazioni digitali da essi prodotte; b) alcune proprietà del comparto produttivo di riferimento, che deve immancabilmente caratterizzarsi per l'esatta coincidenza, da una parte, tra le prestazioni eseguite dai lavoratori e, dall'altra, tra i servizi venduti dalle piattaforme; c) la presenza di un sistema di relazioni industriali minimamente strutturato, necessario per negoziare il funzionamento dei sistemi reputazionali e le pratiche di riconoscimento delle carriere digitali.

L'efficacia del diritto alla portabilità-cumulabilità, invece, può subire il condizionamento della particolare conformazione "globale" o "locale" dei mercati in cui operano queste piattaforme. L'efficacia di questo diritto si presenta direttamente proporzionale all'ampiezza del mercato di riferimento e al numero di operatori economici attivi, tanto più il mercato è ampio e sono numerose le imprese al suo interno, tanto più sarà efficace questo diritto, viceversa tale efficacia tenderà a ridursi nei mercati che presentano caratteristiche opposte. Una eventuale conformazione *location-based* del mercato può limitare o neutralizzare del tutto l'efficacia di questo diritto, basti pensare all'esempio estremo di un mercato locale dove opera un'unica piattaforma oppure dove operano due piattaforme, ma una delle due ha già la forza lavoro necessaria²⁹. In queste situazioni sarebbe del tutto impossibile sia il trasferimento in altra piattaforma, sia lo svolgimento dell'attività in multi-committenza, quindi l'applicazione del diritto in esame non comporterebbe un miglioramento sensibile delle condizioni di lavoro. Tuttavia, il diritto alla portabilità-cumulabilità potrebbe supportare le persone nelle transizioni occupazionali intra-settoriali che prevedono il trasferimento in altro contesto urbano, regionale o, addirittura, nazionale. In questo senso, il lavoratore di piattaforma "*on-location*" potrebbe decidere di trasferirsi altrove e continuare a svolgere la medesima attività senza essere costretto ad affrontare una fase di incertezza reddituale dovuta alla perdita della propria reputazione digitale.

²⁹ In merito alla distinzione tra *platform work* "*web-based*" e "*location-based*" si veda Eurofound (2018), *Employment and working conditions of selected types of platform work*. Publications Office of the European Union, Luxembourg.

7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE (INTERLOCUTORIE)

L'intermediazione digitale delle relazioni sociali sta mettendo a dura prova la capacità dell'ordinamento giuridico di adattarsi all'evoluzione, sempre più rapida e repentina, dei fenomeni sociali. Il largo impiego del *management* algoritmico e dei sistemi di *rating* reputazionale pone molteplici questioni alla dottrina giuslavoristica, tra le quali rientra a pieno titolo la disciplina giuridica della reputazione digitale e, specificatamente, il tema della mobilità-cumulabilità di reputazioni e competenze nei mercati digitali.

Allo stato attuale, il capitale reputazionale dei lavoratori viene controllato dai detentori dei mezzi di produzione digitali che ne curano l'elaborazione, detengono le informazioni oggetto di questa elaborazione, lo distruggono non appena si conclude il rapporto di lavoro e si rifiutano di riconoscere le reputazioni prodotte dalle proprie *competitors*. L'incrocio tra i *platform studies* e i *labour market studies* ha consentito di mettere in luce alcuni dei problemi derivanti dal radicamento aziendale della reputazione digitale ai fini della capacità dei lavoratori di generare reddito e di affrontare con successo le transizioni occupazionali intra-settoriali.

Alla luce della disamina svolta, il diritto alla portabilità e alla cumulabilità della reputazione digitale sembra essere uno strumento giuridico-procedurale ideale per la protezione del contraente debole in mercati liquidi, deregolamentati e contrassegnati da una diffusa asimmetria e dipendenza economica. Eppure, l'applicabilità e l'efficacia di questo diritto possono incontrare ostacoli materiali rilevanti, a partire dall'atteggiamento refrattario delle imprese, che confinano questo strumento in peculiari segmenti di mercato della *platform economy* con caratteristiche specifiche, come l'esistenza di differenti piattaforme che offrono servizi pressoché identici e i cui lavoratori svolgono prestazioni altrettanto coerenti, e un sistema di relazioni industriali adatto alla negoziazione dei processi di costruzione della reputazione digitale e delle pratiche di riconoscimento. Allo stesso modo, si è visto che l'efficacia di tale diritto dipende dall'ampiezza del mercato di riferimento e dal numero di aziende attive al suo interno.

Le prossime ricerche sulle dinamiche di costruzione, riconoscimento e distruzione di competenze o reputazioni digitali, nonché gli studi sugli effetti scaturiti dall'attuale disciplina privata della reputazione digitale che la vincola alla piattaforma di origine, potrebbero muoversi lungo tre direttrici: (i) raccogliere evidenze empiriche che, valorizzando il bagaglio esperienziale dei lavoratori, mettano in luce le ricadute nei confronti della capacità delle persone di generare reddito e di affrontare con successo le transizioni occupazionali; (ii) ricostruire le implicazioni sistemiche e gli effetti sul funzionamento complessivo del mercato

di riferimento; (iii) comporre un quadro organico degli interessi meritevoli di tutela che sono coinvolti nei processi di profilazione reputazionale dei lavoratori, delle normative esistenti e dei problemi che possono minacciarne l'applicabilità e l'efficacia.

BIBLIOGRAFIA

Arcidiacono, Borghi, Ciarini (2019). Platform Work: From Digital Promises to Labour Challenges. *PACO. The Open Journal of Sociopolitical studies*, 3: 611-628.

Arcidiacono, Pais, Piccitto (2021). La qualità del lavoro nella platform economy: da diritto a servizio. *Politiche Sociali*, 1.

Bani, Machiavello (2015). Il diritto alla portabilità dei dati nell'ambito della nuova economia dei dati. In Falce (a cura di). *Financial Innovation tra disintermediazione e mercato*. Giappichelli: Torino.

Bano (2017). Sovranità regolativa e subordinazione del diritto de lavoro. *Lavoro e Diritto*. N. 1.

Bavaro (2020). Sul concetto giuridico di “tempo del lavoro” (a proposito di ciclo-fattorini). *Labor*. N. 6.

Boero (2009). La reputazione come vettore di fiducia nei sistemi socio-economici: alcuni risultati sperimentali. *Stato e Mercato*, 2.

Bourdieu (2015). *Forme di capitale*. In Santoro (a cura di). Armando editore.

Brownsword (2004). *What the world needs now: Techno-regulation, human rights and human dignity. Global governance and the quest for justice*, Oxford, Hart Publishing.

Brownsword (2015). In the year 2061: from law to technological management. *Law Innovation and Technology*. 7, 1.

Carinci (2021). I lavoratori delle piattaforme quali “working poors”. *Labor*, 6:627-636.

Casano (2017). La riforma del mercato del lavoro nel contesto della “nuova geografia del lavoro”. *Diritto delle relazioni industriali*, 3.

Casano (2020). *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*. Adapt University Press.

Casilli (2020). *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo*. Feltrinelli.

Conti (2021). *Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali – Volume II*. Maggioli Editore: Santarcangelo di Romagna.

Cucinotta (2017). Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza. *Mercato, concorrenza, regole*. N. 1.

Dagnino (2017). Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato. *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1.

De Minicis, Donà, Lettieri, Marocco (2019). *Disciplina e tutela del lavoro nelle digital labour platform. Un modello di tecno-regolazione*. INAPP WP. 6, Marzo 2019.

Di Cataldo (2021). Il mercato del food delivery nella città di Catania. Un caso di studio interdisciplinare: dalla composizione della categoria al rapporto di lavoro. *Professionalità studi*, 1:36-165.

- Eurofound (2018), *Employment and working conditions of selected types of platform work*. Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- Eurofound (2021). *The digital age: Implications of automation, digitisation and platforms for work and employment*. Challenges and prospects in the EU series, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- Fenoglio (2018). Il tempo di lavoro nella *New Automation Age*: Un quadro in trasformazione. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, pp. 625-650.
- Gautié (2003). Lavoro: dai mercati interni ai mercati di transizione. Implicazioni sulla solidarietà, le tutele, la formazione. *Assistenza sociale*, 1-2.
- Gazier, Gautié (2009), *The “Transitional Labour Markets” Approach. Theory, History and Future Research Agenda*. Paris, Document de Travail du Centre d'Economie de la Sorbonne.
- Genin (2016). Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. 32, 3: 280–300.
- Gil Garcia (2017). Inequalities, limits and possibilities for the transformation of capital in the sharing economy. *Redes.com*. 15:32-67, doi 10.15213.
- Giorgianni (2019). Il nuovo diritto alla portabilità dei dati. Profili di diritto comparato. *Contratto e Impresa*, 4.
- Graef (2015). Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union. *Telecommunications Policy*, 39, 6.
- Grandi (2013). *Fatti, categorie e diritti nella definizione del lavoro dipendente tra common law e civil law*. Torino: Giappichelli editore.
- Leenes (2011). Framing techno-regulation: An exploration of state and non-state regulation by technology, *Legisprudence*, 5, 2.
- Mailath, Samuelson (2006). *Repeated Games and Reputations*. Oxford University Press.
- Marčeta (2021). Platform capitalism – towards the neo-commodification of labour? In Keune, Haidar (edited by), *Work and labour relations in global platform capitalism*. Cheltenham: Edward Elgar and Geneva: ILO.
- Martelloni (2019). Metamorfosi del lavoro e polisemia del tempo: riconoscerlo, proteggerlo, remunerarlo. *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, v. 151, n. 2, pp. 249-266.
- Nuzzo (2019). Algoritmi e regole. *Analisi Giuridica dell'economia*. 1.
- Origgi, Pais (2018). Digital Reputation in the Mutual Admiration Society. *Studi di Sociologia*. 2, pp. 175-194.
- Pacella (2019). Il lavoro tramite piattaforma digitale nella giurisprudenza dei Paesi di civil law. *Labour & Law Issues*, V. 5, n. 1.
- Papa (2018). Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on-demand: nuovi paradigmi organizzativi e vecchie esigenze di tutela. *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3.
- Piasna, Zwysen, Drahokoupil (2022). *The platform economy in Europe. Results from the second ETUI internet and Platform Work Survey*. Etui. Working Paper 2022.05.
- Pigliararmi (2021). *Il nodo (giuridico) del sistema di determinazione del compenso nell'accordo Assodelivery-UGL Rider*. Ps, 1: 166-174.

- Prassl, Risak (2017). Sottosopra e al rovescio. Le piattaforme di lavoro on demand come datori. *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*. 2.
- Prassl (2018). *Collective Voice in the Platform Economy: Challenges, Opportunities, Solutions*. Report to the ETUC.
- Ray (2015). Actualité des TIC. Tout connectés, partout, tout le temps? *Droit Social*. 6.
- Schmid (1998). *Transitional labour markets: a new European employment strategy*. Discussion Papers/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Forschungsschwerpunkt Arbeitsmarkt und Beschäftigung, Abteilung Arbeitsmarktpolitik und Beschäftigung, 98-206.
- Schmid (2001). Enhancing gender equality through transitional labour markets. *Transfer*, 2.
- Schmid, Schömann (2004). *Managing Social Risks Through Transitional Labour Markets: Towards a European Social Model*. TLM.net, Working Paper.
- Schmid (2006). Social risk management through transitional labour markets. *Socio-Economic Review*, 4.
- Schmid (2017). *Transitional Labour Markets: Theoretical Foundations and Policy Strategies*. Palgrave Macmillan (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics.
- Srnicek (2016). *Platform capitalism*. Polity Press.
- Stark, Pais (2020). Algorithmic Management in the Platform Economy. *Sociologica*, 14, 3.
- Topo (2018). “Automatic management”, reputazione del lavoratore e tutela della riservatezza. *Lavoro e Diritto*.
- Treu (2017). Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy. *Lavoro e Diritto*, 3-4.
- Zappalà (2021). Informatizzazione dei processi decisionali e diritto del lavoro: algoritmi, poteri datoriali e responsabilità del prestatore nell’era dell’intelligenza artificiale. *WP CSDLLE “Massimo D’Antona”*. IT – 446/2021.
- Zappalà (2021). Le condizioni di lavoro nelle piattaforme: quale strategia europea di tutela del lavoro digitale? *Professionalità studi*. N. 1.

O NOVO REGIME DO CONTRATO DE TRABALHO A TERMO EM PORTUGAL

The New Fixed-Term Contract Regime In Portugal

Maíra Costa Teixeira Brás¹

RESUMO: O regime de contrato de trabalho atípico denominado como contrato de trabalho a termo, previsto nos artigos 139.º a 149.º do Código de Trabalho português foi alterado pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, com o objetivo de evitar a precariedade das relações laborais. E, assim, elencar taxativamente os requisitos e prazos para celebração deste tipo de contrato. Todavia, recentemente, o Tribunal Constitucional proferiu Acórdão, o qual apreciou a (in)constitucionalidade acerca dos contratos a termo de muito curta duração (de 35 a 70 dias por ano civil), conforme artigo 142.º do Código de Trabalho português. Não obstante a regra para elaboração do contrato ser de forma escrita Este prevê, excepcionalmente, que os contratos firmados em virtude de acréscimo da atividade empresarial ou atividade agrícola sazonal, não estão sujeitos a forma escrita. Entende-se relevante o presente estudo, uma vez que as alterações nas regras estipuladas para a celebração do contrato a termo foram amplamente modificadas, com a finalidade primordial de maior proteção aos trabalhadores, consoante o princípio constitucional de segurança ao emprego (artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa), com o intuito de afastamento da situação de fragilidade do trabalhador perante o Empregador. O presente estudo será elaborado por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa de normas portuguesas, com a utilização de critérios qualitativos.

PALAVRAS-CHAVE: Caducidade; contrato a termo; inconstitucionalidade; precariedade; requisitos.

ABSTRACT: The atypical employment contract regime known as fixed-term employment contract, provided for in articles 139 to 149 of the Portuguese Labour Code was amended by Law No. 93/2019, of the 4th of September, in order to avoid precariousness of labour relations. And thus, exhaustively list the requirements and deadlines for entering into this type of contract. However, the Constitutional Court recently handed down its ruling, which assessed the (un)constitutionality of very short-term fixed-term contracts (from 35 to 70 days per calendar year), according to article 142 of the Portuguese Labour Code. This provides, exceptionally, that contracts signed because of the increase in business activity or seasonal agricultural activity are not subject to written form. The present study is relevant, since the changes in the rules stipulated for the conclusion of the fixed-term contract were widely modified, with the primary purpose of greater protection for workers, according to the constitutional principle of job security (article 53 of the Constitution of the Portuguese Republic), with the intention of removing the worker's fragility towards the Employer. The present study will be elaborated through bibliographical, jurisprudential and legislative research of Portuguese norms, with the use of qualitative criteria.

KEYWORDS: Expiry; fixed-term contract; precariousness; requirements; unconstitutionality.

¹ Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Laborais, com especialidade em Direito Laboral, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com estágio de pesquisa em Sapienza Università di Roma (2020). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa. Advogada. E-mail: costateixeirabras@gmail.com ORCID 0000-0002-1594-4288.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS²

A definição de contrato de trabalho a termo ocorre quando há uma cláusula acessória que determina e limita a duração do contrato. Porém, no caso da legislação portuguesa, só podem ser celebrados para satisfazer situações necessárias temporárias à empresa³, objetivamente definidas pela entidade empregadora. Isto é, trata-se de um rol taxativo previsto nos artigos 139.º a 149.º do Código de Trabalho⁴.

O Estado português estabelece como um dos princípios constitucionais a segurança ao emprego, previsto no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁵, com o objetivo de manutenção das relações de trabalho pactuados, com o intuito de obstaculizar a dispensa sem justa causa pelo empregador. “*É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.*”.

Pois, o artigo 30.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece expressamente o direito de todo o trabalhador a uma proteção em caso de despedimento sem justa causa.

As relações de trabalho durante muitos anos foram precárias, tendo sido uma conquista da classe trabalhadora e dos sindicatos as regras que estabelecem melhores condições de higiene, saúde e trabalho aos empregados.

Ao longo dos anos, o regime de contrato a termo vinha sofrendo sucessivas alterações. O principal objetivo, subjacente ao pensamento legislativo, conforme a Exposição de Motivos da proposta de Lei n.º 136/XIII⁶, tem sido o de combater a precariedade das relações laborais e evitar a perpetuação deste modelo de contratos de trabalho.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, o prazo do contrato a termo certo era de, no máximo 3 (três) anos. Sendo que para trabalhadores à procura de primeiro emprego o prazo era de 18 (dezoito) meses (norma revogada pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro).

² O presente estudo foi elaborado de acordo com as regras do Novo Acordo Ortográfico. Entretanto, há algumas citações e/ou enunciados normativos que foram transcritas conforme o texto original, sem alterações para cumprir as regras ortográficas.

³ FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio – Algumas Notas Sobre as Medidas Implementadas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, Relativas ao Combate à Precariedade Laboral – O Período Experimental e a Contratação a Termo. In: Revista do CEJ. – Lisboa: CEJ. – N.º 2 (2020), pág. 231, “*A ‘ratio’ da contratação a termo assenta na satisfação de necessidade temporária da empresa, pese embora possa, igualmente, fundar-se em iniciativa empresarial determinada e em política de emprego. Neste sentido, o legislador entendeu que a duração excessiva deste tipo contratual constituía uma espécie de perversão do regime, na medida em que se prolongava, não raras vezes, de forma abusiva a sua perpetuação.*”.

⁴ Código do Trabalho de Portugal encontra-se disponível na Internet em: <URL: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis&so_miolo= >.

⁵ Constituição da República Portuguesa encontra-se disponível na Internet em: <URL: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis >.

⁶ Por sua vez, a Proposta de Lei n.º 136/XIII, bem com todo o procedimento legislativo que se concretizou na Lei 93/2019, disponível na Internet em URL: « <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx? BID=42733> ».

Atualmente, o novo prazo de duração para contratos a termo é de, no máximo, 2 (dois) anos, podendo ser renovados por, no máximo 3 (três) vezes⁷, pelo mesmo período inicial, ou, o que finalizar primeiro.

Existe ainda, a possibilidade de celebração de contrato a termo de muito curta duração, de 35 (trinta e cinco) a 70 (setenta) dias, artigo 142.º, os quais não estão sujeitos a forma escrita, não obstante a regra para elaboração do contrato ser de forma escrita.

Tendo em vista a chegada de muitos estrangeiros, a falta de mão de obra em Portugal para o setor do Turismo (por exemplo), e o desconhecimento da língua portuguesa, pode-se pensar que, a contratação de estrangeiros na modalidade contratual de contrato a termo de muito curta duração, por não ser celebrado de forma escrita, mas sim verbal, poderá prejudicar estes trabalhadores. Contudo, o artigo 5.º, número 1, do Código de Trabalho⁸ prescreve que para os estrangeiros, o contrato (qualquer espécie contratual, a termo ou sem termo, de muito curta ou longa duração, temporário) deve ser escrito, para uma maior segurança e proteção ao empregado.

2. A APRECIÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – ACÓRDÃO DO TC N.º 318/2021, DE 18/05/2021

O Tribunal Constitucional apreciou no acórdão n.º 318/2021, de 18/05/2021⁹ a alegação de inconstitucionalidade prevista no artigo 112.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii) do Código de Trabalho, norma que estabelece como período experimental de 180 (cento e oitenta) dias aos trabalhadores que “*estejam*” à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração.

Desta forma, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional¹⁰ a parte do artigo que se refere aos trabalhadores que “*estejam*” em busca do primeiro emprego.

⁷ MASCARENHAS, Leonor – Ainda sobre o regime de contrato de trabalho a termo, após a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro – algumas questões. In: Revista do CEJ. – Lisboa: CEJ. – N.º 2 (2020), pág. 243, “(...) e o limite de quatro anos quando se trate de contrato de trabalho a termo incerto.”

⁸ “Artigo 5.º - Forma e conteúdo de contrato com trabalhador estrangeiro ou apátrida

1 - O contrato de trabalho celebrado com trabalhador estrangeiro ou apátrida está sujeito a forma escrita(...)”.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, julgado em 18/05/2021, disponível na Internet URL « <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210318.html> ».

¹⁰ MARTINEZ, Pedro Romano – Direito do Trabalho. 10.ª edição. Coimbra: Almedina, 2022, pág. 464, “O Ac. TC n.º 318/2021, de 18 de maio de 2021, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma contida no art. 112.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii), CT, na redação introduzida pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, na parte que se refere aos trabalhadores que «*estejam* à procura do primeiro emprego», quando aplicável a trabalhadores que anteriormente tenham sido contratados, com termo, por um período igual ou superior a 90 dias, por outro ou outros empregadores. (...) O período experimental tem início com a execução da prestação de trabalho – que pode ser posterior à data da celebração do contrato – e só ponderam os dias de execução do contrato, não se atendendo ao período de suspensão e às faltas, ainda que justificadas (art. 113.º, n.º 2, CT).”.

Pois, era comum a contratação a termo de trabalhadores em busca do primeiro emprego, que durassem anos, e os contratos iam sendo renovados de tempos em tempos e, com isso, o trabalhador não tinha a segurança de ter o seu primeiro contrato de trabalho por prazo indeterminado. Desta maneira, dificultando a estabilidade econômica, financeira do trabalhador, que encontrava dificuldades para comprovar os seus rendimentos perante (por exemplo) um financiamento.

A ideia de exclusão desses trabalhadores da categoria de contrato a termo, foi para proteção do próprio trabalhador e do emprego, gerando uma estabilidade nas relações laborais.

O Tribunal Constitucional ao analisar a questão de inconstitucionalidade procedeu à análise com fulcro nos princípios da segurança jurídica, previsto no artigo 53.º da CRP e ao princípio da proporcionalidade, nos termos do artigo 18.º da CRP, bem como a ocorrência de violação ao princípio da igualdade (art. 13.º da CRP)¹¹.

Em virtude de a regra para o período de experiência em Portugal ser de 90 (noventa) dias para a generalidade de trabalhadores. E, de 180 (cento e oitenta) dias para aqueles que exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação; ii) Desempenhem funções de confiança; e iii) Estejam à procura de primeiro emprego¹² e desempregados de longa duração.

Porém, o Tribunal Constitucional entendeu que a regra “*estejam em busca do primeiro emprego*” não pode ser aplicada aos trabalhadores que já tiveram, anteriormente, celebrado um contrato de trabalho a termo, por período de 90 (noventa) dias ou mais. Em razão de já terem passado pelo período experimental.

No entanto, o Código do Trabalho não oferece uma definição de trabalhador à procura de primeiro emprego, nem de desempregado de longa duração. A doutrina¹³ e a

¹¹ SANTOS, Paulo Duarte - Anotações de Jurisprudência. Tribunal Constitucional. Acórdão do TC n.º 318/2021, de 18-05-2021 – 1.ª secção (disponível em D. R. I Série. 126, de 2021-07-01, p. 31). In: *Prontuário de Direito do Trabalho*. Lisboa: CEJ. – n.º I (2021), p. 41, “*Não existindo dúvida que a norma em causa, ao estender o período inicial durante o qual o trabalhador não tem proteção da causa justificativa para cessação do contrato, afeta substancialmente o direito à segurança no emprego, torna-se necessário verificar se foi respeitado o princípio da proporcionalidade.*”

¹² Em crítica ao prazo experimental de 180 (cento e oitenta) dias, os autores afirmam, FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio – Algumas Notas Sobre as Medidas Implementadas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, Relativas ao Combate à Precaridade Laboral – O Período Experimental e a Contratação a Termo. In: *Revista do CEJ*. – Lisboa: CEJ. – N.º 2 (2020), pág. 229, “*Desde a perspetiva do trabalhador, um período experimental com a duração de 180 dias, pode revelar-se um falso contrato de trabalho a termo, eventualmente, abusivamente, sem ter de pagar a correspondente compensação por cessação do contrato a termo.*”

¹³ MASCARENHAS, Leonor – Ainda sobre o regime de contrato de trabalho a termo, após a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro – algumas questões. In: *Revista do CEJ*. – Lisboa: CEJ. – N.º 2 (2020), pág. 245, “*A verdade é que não obstante o art.º 4.º, n.º 1, al. a) do Decreto-lei 72/2017 de 21 de junho definir como «jovens à procura do primeiro emprego», as pessoas com idade de até aos 30 anos, inclusive, que nunca tenham prestado a atividade ao abrigo de contrato de trabalho sme termo, a jurisprudência maioritária tem prescindido do requisito da idade, considerando que trabalhador à procura do primeiro emprego é aquele que nunca foi contratado por tempo indeterminado.*”

jurisprudência¹⁴ têm entendido que trabalhador à procura de primeiro emprego é aquele que nunca celebrou um contrato sem termo. Já para desempregado de longa duração define-se como os trabalhadores que não tenham qualquer vínculo laboral por um período superior a 12 (doze) meses e estejam em busca de trabalho.

Contudo, o Tribunal Constitucional não declarou a inconstitucionalidade no que se refere a parte remanescente do artigo 112.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii) do CT “desempregados de longa duração”. Pois, entendeu que, a declaração de constitucionalidade para os desempregados de longa duração, possibilitará a reinserção deste trabalhador ao mercado de trabalho.

Pois, a Lei n.º 93/2019 teve o intuito de aumentar o período de experiência dos trabalhadores à procura de primeiro emprego, para que estes possam não mais celebrar contratos a termo, mas sim, celebrar contratos sem termo ou por prazo indeterminado.

3. REQUISITOS PARA ELABORAÇÃO DE CONTRATO A TERMO

O empregador poderá celebrar um contrato a termo, de forma escrita, para suprir a necessidade transitória da empresa, de acordo com a previsão do artigo 140.º do Código de Trabalho, seja para: a) substituição de trabalhador; b) atividade sazonal; c) acréscimo de atividade; d) execução de tarefa ocasional; e) execução de obra, projeto; f) lançamento de nova atividade de duração incerta, desde que se trate de uma empresa com, no máximo, 250 (duzentos e cinquenta) trabalhadores; g) contratação de trabalhador em situação de desemprego de muito longa duração.

A violação das regras relativas para renovação do contrato a termo, quando o motivo da celebração do contrato a termo não existe mais (p. ex. quando o motivo é a substituição

Já quando ao conceito de «desempregado de longa duração», e não obstante o art.º 4.º, n.º 1, al. a) do Decreto-lei 72/2017 de 21 de junho apenas considerar como tal as pessoas que se encontrem inscritas no Instituto de Emprego e Formação Profissional, I.P. (IEFP, I.P.), há 12 meses ou mais, também a jurisprudência tem vindo a prescindir do requisito da inscrição nos centros de emprego previstos na legislação especial de política de emprego, por considerar que este só releva para efeitos da atribuição dos incentivos económicos nela referidos, bastando-se com o facto de se tratar de pessoa que não exerça funções remuneradas há mais de 12 meses e se encontre à procura de trabalho.”

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 1985/20.6T8BRG.G1, Maria Leonor Chaves dos Santos Barroso (Relatora), julgado em 23/09/2021, disponível na Internet URL « <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/024ffec3855146cc8025875e004c2a05?OpenDocument> », “I – A discordância sobre a brevidade da argumentação jurídica quanto à aplicação de uma determinada legislação que o tribunal a quo não subscreve, não é causa de nulidade da sentença. Se a parte discorda deve servir-se do recurso sobre a matéria de direito. II - A autora era uma “trabalhadora à procura de primeiro emprego” por nunca ter sido antes contratada sem prazo, mas tinha seis meses de experiência de trabalho anterior na mesma actividade (caixeira-ajudante) prestada a uma empresa terceira. III - Donde, de acordo com o juízo de inconstitucionalidade que, com força obrigatória geral, o Tribunal Constitucional firmou sobre o artigo 112º, 1, b), iii, CT, o período experimental legal é apenas de 90 dias, em paridade com a generalidade dos trabalhadores indiferenciados, com o objectivo de conhecimento mútuo. Não se justificando a ampliação do período experimental por mais 90 dias (total de 180) por inexistir a razão que lhe subjaz, a saber a in experiência profissional numa dada actividade (Ac. TC 318/2021, de 18-05, DR 126/2021, Série I de 2021-07-01). IV- A denúncia do contrato fora do período experimental equivale a despedimento irregular, com as leis consequências.”

de um trabalhador que está usufruindo de licença parental, após o seu regresso, o motivo encerra-se).

Diante disso, o motivo invocado não existe mais, ou, ainda, no caso de o contrato a termo não ter sido celebrado de forma escrita; ou não justifica explicitamente o real motivo para a celebração do contrato a termo, apenas elenca o artigo do Código de Trabalho, se uma das hipóteses avençadas acontecer, estar-se-á diante de uma fraude.

Portanto, trata-se de um contrato sem termo, porque o motivo (justificação) não existe. Porque, em pese, embora o motivo exista, é necessário que o empregador explique pormenorizadamente qual o motivo justificativo para a contratação, não se faz suficiente a transcrição do artigo 140.º do Código de Trabalho. Portanto, a motivação deve ser feita no momento da celebração do contrato a termo, com a exposição fática da realidade. Logo, não pode ser feita posteriormente à celebração.

Outrossim, o período experimental para o contrato a termo é de, no máximo, 30 (trinta) dias em caso de contrato com duração igual ou superior a seis meses; e de, no máximo, 15 (quinze) dias em caso de contrato a termo certo com duração inferior a seis meses ou de contrato a termo incerto cuja duração previsível não ultrapasse aquele limite, regra prevista no artigo 112, n.º 2, alíneas a) e b) do CT.

Entretanto, há a possibilidade de as partes reduzirem o prazo de período experimental. Desde que seja por acordo escrito assinado por ambas as partes, sob pena de nulidade¹⁵.

Concernente à possibilidade de renovação do contrato a termo, surge uma questão: pode o empregador celebrar outro contrato a termo certo com o mesmo empregado, mas com motivo diverso do primeiro contrato a termo certo? Se o contrato a termo for celebrado com duração de 6 (seis) meses e, transcorrido este período, ocorreu a caducidade do contrato de trabalho. Isto é, a cessação do contrato de trabalho.

Neste caso, conforme se depreende do artigo 148.º, n.º 6 do Código de Trabalho, decorridos alguns meses da cessação do contrato, poderá o empregador celebrar um novo contrato a termo com o mesmo empregado, desde que, seja para outra causa transitória. E, se for o caso da mesma necessidade temporária, deve-se observar o limite máximo de até 2 (dois) anos, ou a renovação de no máximo 3 (três) vezes¹⁶.

¹⁵ VASCONCELOS, Joana – O Contrato de Trabalho 100 Questões. 6.ª edição revista e atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 87, “*Quanto à diminuição e à eliminação pelas partes do período experimental, a lei admite-se expressamente, por acordo das partes. Tal acordo deve ser escrito e assinado por ambas as partes, sob pena de não produzir efeitos. Quando as partes renunciem ao período experimental, o contrato de trabalho goza, desde o início, da estabilidade que normalmente adquire após o decurso deste, só podendo cessar por uma das demais formas previstas em lei.*”

¹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – Direito do Trabalho. 10.ª edição. Coimbra: Almedina, 2022, pág. 667, “*A proibição de ajustar contratos a termo sucessivos assenta na preocupação de evitar situações fraudulentas, para as quais os tribunais*

Entretanto, se for celebrado um contrato pelo prazo de 3 (três) meses, só pode renovar por mais uma vez por 3 (três) meses. Esta é uma das grandes alterações trazidas pela Lei 93/2019, de 4 de setembro. Porque há os limites de 2 (dois) anos, 3 (três) renovações, desde que não excedam o prazo inicial. Porém, se ocorrer a caducidade do contrato a termo, transcorrer o período de 6 (seis) meses desde a cessação do contrato, e dentro de 4 (quatro) meses houver necessidade temporária da empresa, poderá contratar novamente por 6 (seis) meses, desde que não ultrapasse o limite máximo de 2 (dois) anos.

Desta maneira, a questão relativa aos contratos sucessivos, equivale a proibição de sucessão. No entanto, só é relativa ao posto de trabalho e mesmo empregador, não pode ser referente ao mesmo trabalhador.

O artigo 143.º do Código de Trabalho estabelece a proibição de sucessão de contratos a termo. Assim, o empregador fica impedido de contratar a termo durante o período equivalente a 1/3 (um terço) do contrato que se cessou, considera-se sem termo o contrato celebrado, conforme a regra estipulada no artigo 147.º, n.º 1, alínea d do Código de Trabalho. Pois, a Lei proíbe que o Empregador contrate sucessivamente. Contudo, o n.º 2 do artigo 143.º do Código de Trabalho traz à baila um conjunto de exceções à sucessividade de contratos a termo¹⁷.

Assim, se for para substituir outro empregado, no mesmo posto de trabalho, o empregador pode alterar a motivação, daí sim, poderá contratar o mesmo empregado. Tendo em vista que se trata de uma necessidade temporária da empresa.

sempre estiveram atentos. Deste preceito, excetuando a substituição de trabalhadores, tarefas sazonais ou trabalhadores à procura de primeiro emprego, resulta que não se podem celebrar sucessivos contratos a termo — que é distinto da renovação do contrato — pelo mesmo empregador (ou grupo), para o mesmo posto de trabalho, exercício das mesmas funções ou para satisfação das mesmas necessidades do empregador. A solução é compreensível para obstar a situações fraudulentas, e seria injusta se não tivessem sido estabelecidas as exceções constantes do n.º 2 do art. 143.º CT, admitindo a sucessão de contratos que se relaciona com situações excepcionais ou para combate ao desemprego.”

¹⁷ “Artigo 143.º - Sucessão de contrato de trabalho a termo

1 - A cessação de contrato de trabalho a termo, por motivo não imputável ao trabalhador, impede nova admissão ou afectação de trabalhador através de contrato de trabalho a termo ou de trabalho temporário cuja execução se concretize no mesmo posto de trabalho, ou ainda de contrato de prestação de serviços para o mesmo objecto, celebrado com o mesmo empregador ou sociedade que com este se encontre em relação de domínio ou de grupo, ou mantenha estruturas organizativas comuns, antes de decorrido um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato, incluindo renovações.

2 - O disposto no número anterior não é aplicável nos seguintes casos:

- a) Nova ausência do trabalhador substituído, quando o contrato de trabalho a termo tenha sido celebrado para a sua substituição;
- b) Acréscimo excepcional da actividade da empresa, após a cessação do contrato;
- c) Actividade sazonal;
- d) (Revogada).

3 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º O artigo 143.º do Código de Trabalho estabelece a proibição de sucessão de contratos a termo. Assim, o empregador fica impedido de contratar a termo durante o período equivalente a 1/3 (um terço) do contrato que se cessou, considera-se sem termo o contrato celebrado, conforme a regra estipulada no artigo 147.º, n.º 1, alínea d do Código de Trabalho. Pois, a Lei proíbe que o Empregador contrate sucessivamente. Contudo, o n.º 2 do artigo 143.º do Código de Trabalho traz à baila um conjunto de exceções à sucessividade de contratos a termo.”

4. CADUCIDADE DO CONTRATO A TERMO

Para ser caracterizada a caducidade do contrato a termo¹⁸ não basta apenas o decurso do prazo estipulado no contrato celebrado entre as partes, faz-se necessária ainda a vontade das partes. Pois, se o contrato ainda estiver vigente, pode ser renovável, e, então, é necessária a oposição à renovação de uma das partes para declarar, assim, a caducidade do contrato a termo. Se não o fizerem, o contrato pode ser considerado contrato sem termo.

Não obstante as alterações normativas, cabe analisar concernente aos contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor da Lei 93/2019, de 4 de setembro, que tinham prazo de até 3 (três) anos de duração, se hoje podem ser renovados pelo prazo estipulado na lei antiga. Ou, se deve ser declarada a caducidade do contrato de trabalho, tendo em vista a duração máxima estipulada de, até, dois anos pela Lei nova. Em não havendo concordância pelo Empregado do motivo alegado pelo Empregador para a caducidade do contrato, cabe ao trabalhador propor a Ação de Impugnação Judicial de regularidade e licitude de despedimento, de acordo com o artigo 98.º-B do Código de Processo do Trabalho.

O contrato a termo confere uma condição precária ao trabalhador, porque com a caducidade do contrato gera o desemprego, e o legislador prevê o pagamento de compensação pela cessação do contrato a termo, “*com exceção da mesma ter sido desencadeada por si.*”¹⁹.

Todavia, há a possibilidade de o Empregador e o Trabalhador estabelecerem a cláusula de não renovação²⁰ do contrato a termo, pois a Lei 93/2019 unificou essa questão. Desta maneira, o trabalhador só não terá direito à compensação, se comunicar, por escrito, no prazo mínimo de 8 (oito) dias de antecedência, a sua não intenção de renovação do contrato.

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes – Direito do Trabalho. Volume II. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019, pág. 891, “*I. A primeira causa da caducidade prevista na lei é a do decurso do prazo para que o contrato tenha sido celebrado. Trata-se de um tipo de caducidade convencional aparentemente pacífico, nos termos gerais. Todavia, os valores laborais e a pretensão do Estado de delimitar a precariedade laboral levaram ao estabelecimento de um regime especial para os contratos de trabalho a termo.*”.

¹⁹ SANTOS, Paulo Duarte – Brevíssimas notas sobre as alterações ao Código do Trabalho (a Lei n.º 90/2019, de 4 de setembro e a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro). Lisboa: CEJ, 2019, pág. 85, “*Com esta alteração resulta de uma forma inequívoca que a compensação pela caducidade do contrato a termo é sempre devida ao trabalhador, com exceção da mesma ter sido desencadeada por si. Ou seja, termina a polémica em torno de se saber se essa compensação era devida na situação em que era aposta cláusula no contrato no sentido de o mesmo não ser renovado.*”.

²⁰ Conforme se depreende do estipulado no artigo 405 do Código Civil cumulado com o artigo 149.º, n.º 1 do Código de Trabalho. Caso não seja estipulada a cláusula de não renovação, as partes podem decidir pela não renovação do contrato, remissão ao artigo 344.º, n.º 1 do Código de Trabalho, através da denúncia ao contrato de trabalho, o que impede, automaticamente, a sua renovação, e, conseqüentemente, ocorre a caducidade do contrato a termo.

Outra situação que pode acontecer é a não existência do motivo da celebração do contrato a termo no momento da renovação, por exemplo, se o empregado substituído falece ou revoga o contrato de trabalho, não pode renovar o contrato a termo, pois, o motivo da contratação a termo desapareceu. Assim, o contrato a termo certo caduca, uma vez que houve a extinção do motivo justificativo para o contrato a termo.

No mesmo sentido, em caso de falecimento de trabalhador substituído por doença, assim, ocorrerá a caducidade do contrato de trabalho a termo incerto. Da mesma forma, decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1450/20.1T8CLD.C1²¹.

Ressalta-se que os contratos a termo incerto não se renovam, pois não se sabe ao certo quando a situação transitória decorrerá. Contudo, deve ser observado o prazo máximo de duração do contrato a termo incerto de 4 (quatro) anos, se ultrapassar este prazo, o contrato estipulado será considerado como contrato por tempo indeterminado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime de contrato de trabalho atípico denominado como contrato de trabalho a termo, previsto nos artigos 139.º a 149.º do Código de Trabalho português foi alterado em 2019, através da Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, com o objetivo de evitar a precariedade das relações laborais, para limitar as possibilidades previstas em lei de aplicação dos contratos a termo e gerar proteção e segurança aos trabalhadores.

Os resultados evidenciam que as alterações ao regime atípico do contrato a termo podem, ainda, deixar o trabalhador em situação precária, uma vez que não terá meios de comprovar a existência de contrato de trabalho de muito curta duração. Visto que podem ser celebrados verbalmente, e é ônus do trabalhador comprovar a existência contratual entre empregador e empregado.

Muitos trabalhadores ainda estão à margem do Direito Laboral, não sendo equiparados a trabalhadores, mas muitas vezes, a trabalhadores independentes, autônomos, como se esta condição fosse mais vantajosa às partes (empregado e empregador), criando um tipo de relação de trabalho, o que o legislador trabalhista pretende proteger e evitar. Pois, são consideradas como relações laborais precárias, consequentemente, fragiliza a solidez e a confiança laboral.

²¹ Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1450/20.1T8CLD.C1, Relatora Paula Maria Roberto, data de julgamento 27/05/2022, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/bd8c60abe37720bb80258856004f297d?OpenDocument> “II – A morte da trabalhadora substituída por doença determina a caducidade do respetivo contrato de trabalho e, consequentemente, a caducidade do contrato a termo incerto da trabalhadora substituída, por ter terminado a necessidade de substituição.”

Assim, o Governo português no início de junho de 2022, aprovou a proposta de alterações à Lei Laboral, denominada como “Agenda do Trabalho Digno”, com o intuito de beneficiar e assegurar aos jovens relações laborais mais sustentáveis, seguras, para poderem constituírem algo que almejam. Desta maneira, sedimentou o que já vinha sendo firmado pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, para afastamento de situações precárias e maior segurança aos trabalhadores. Outrossim, aprovou também a ampliação dos poderes concedidos à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) passar a fiscalizar os contratos a termo. Com isso, gerará ainda mais segurança a todos e será extremamente vantajoso ao trabalhador, ao Governo português e, inclusive, ao empregador.

Destarte, no ordenamento jurídico português o legislador tem a incumbência de estabelecer as regras para minoração desse imbróglio de precarização da economia, do trabalho, para diminuição da rotatividade de mão de obra, sem segurança, descumprimento aos preceitos legais e à dignidade da pessoa humana, proporcionando maior segurança jurídica tanto aos empregados como aos empregadores.

Assim, devemos aguardar para verificarmos se a Lei n.º 93/2019 foi satisfatória em seu propósito de diminuição da precariedade e aumentar a segurança do trabalho e emprego, cumprindo o preceito constitucional de segurança ao emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

A. DOUTRINA

Código do Trabalho de Portugal, disponível na Internet URL « https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1047&tabela=leis&so_miolo »

CORDEIRO, António Menezes – Direito do Trabalho. Volume II. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 2019.

Constituição da República Portuguesa, disponível na Internet URL « https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis »

FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio – Algumas Notas Sobre as Medidas Implementadas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, Relativas ao Combate à Precariedade Laboral – O Período Experimental e a Contratação a Termo. In: Revista do CEJ. – Lisboa: CEJ. – N.º 2 (2020).

MARTINEZ, Pedro Romano – Direito do Trabalho. 10.ª edição. Coimbra: Almedina, 2022.

MASCARENHAS, Leonor – Ainda sobre o regime de contrato de trabalho a termo, após a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro – algumas questões. In: Revista do CEJ. – Lisboa: CEJ. – N.º 2 (2020).

Proposta de Lei n.º 136/XIII e a Lei 93/2019, disponível na Internet URL « <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=42733> »

SANTOS, Paulo Duarte – Brevíssimas notas sobre as alterações ao Código do Trabalho (a Lei n.º 90/2019, de 4 de setembro e a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro). Lisboa: CEJ, 2019.

SANTOS, Paulo Duarte - Anotações de Jurisprudência. Tribunal Constitucional. Acórdão do TC n.º 318/2021, de 18-05-2021 – 1.ª secção (disponível em D. R. I Série. 126, de 2021-07-01, p. 31). In: Prontuário de Direito do Trabalho. Lisboa: CEJ. – n.º I (2021).

VASCONCELOS, Joana – O Contrato de Trabalho 100 Questões. 6.ª edição revista e atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

B. JURISPRUDÊNCIAS

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, julgado em 18/05/2021, disponível na Internet URL « <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210318.html> »

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1450/20.1T8CLD.C1, Relatora Paula Maria Roberto, data de julgamento 27/05/2022, disponível na Internet URL « <http://www.dgsi.pt> »

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 1985/20.6T8BRG.G1, Maria Leonor Chaves dos Santos Barroso (Relatora), julgado em 23/09/2021, disponível na Internet URL « <http://www.dgsi.pt> »

TELETRABALHO, DIREITO À DESCONEXÃO E DANO EXISTENCIAL

Telework, The Right To Disconnect And Existential Harm

Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos¹

Anne Floriane da Escóssia Lima²

Resumo: O atual estágio de desenvolvimento do sistema capitalista, conhecido como Quarta Revolução Industrial, caracteriza-se pelo avanço da informática e dos meios de comunicação, responsáveis pelo surgimento de uma sociedade inexoravelmente conectada e afetada em sua subjetividade. A partir da revisão bibliográfica e de dados obtidos em pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito dos Tribunais Trabalhistas no Brasil, o presente artigo trata do teletrabalho, modalidade laboral que desponta nesse contexto tecnológico impulsionada em razão da pandemia do coronavírus. Parte-se do princípio de que o ambiente de trabalho não está apartado dos direitos fundamentais inerentes ao ser trabalhador, principalmente no que concerne ao direito ao trabalho digno, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, entende-se que o direito à desconexão e o direito à limitação de jornada integram o conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno e se estendem ao teletrabalhador, atuando para sua proteção integral. Assim, o desrespeito ao direito à desconexão do trabalho promovido pelas artimanhas do capitalismo neoliberal, globalizado e tecnológico, acarreta danos ao teletrabalhador, denominados existenciais, sujeitos à reparação, que sobrepujam sua existencialidade, afastando-o do convívio familiar e social e interrompendo ou, muitas vezes, aniquilando o seu projeto de vida e os planos de futuro.

Palavras-chave: Trabalho Digno. Teletrabalho. Direito à Desconexão. Dano Existencial.

Abstract: The current stage of development of the capitalist system, known as the Fourth Industrial Revolution, is characterized by the advance of information technology and the media, responsible for the emergence of a society inexorably connected and affected in its subjectivity. Based on the bibliographic review and data obtained in jurisprudential research carried out within the scope of the Labor Courts in Brazil, this article deals with telework, a work modality that emerges in this technological context driven by the coronavirus pandemic. It starts from the principle that the work environment is not separated from the fundamental rights inherent to being a worker, especially with regard to the right to decent work, one of the foundations of the Democratic State of Law. In this sense, it is understood that the right to disconnect and the right to limit working hours are part of the essential content of the fundamental right to decent work and extend to teleworkers, acting for their full protection. Thus, the disrespect for the right to disconnect from work promoted by the tricks of neoliberal, globalized and technological capitalism, causes damage to the teleworker,

¹ Pós-doutorado, em andamento, em *Derecho Laboral* pela Universidade de Valência. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCSP e em Direito Constitucional do Trabalho pela UnB. Professora titular e Coordenadora Adjunta do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF – Centro Universitário. Assessora da Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes do Tribunal Superior do Trabalho – TST. [E-mail: mclemos@udf.edu.br](mailto:mclemos@udf.edu.br).

² Servidora pública do Tribunal Superior do Trabalho – TST. Exerceu os cargos de Secretária-Geral da Presidência do TST nos períodos de 2014 a 2018, de Chefe de Gabinete da Vice-Presidência do TST de 2018 a 2020, de Coordenadora de Recursos do TST de 2021 até a presente data. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB, em Comunicação Social pela Universidade UniCEUB e em Direito pela Universidade UniCEUB. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Constitucional do Trabalho pela UnB e mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF – Centro Universitário. Autora de artigos. [E-mail: anne.lima@tst.jus.br](mailto:anne.lima@tst.jus.br).

called existential, subject to reparation, which overcomes his existentiality, distancing him from family and social life and interrupting or, often, annihilating your life project and plans for the future.

Keywords: Decent Work. Telework. Right to Disconnection. Existential Damage.

1. NOVAS TECNOLOGIAS, VELHOS PROBLEMAS: O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E OS DESAFIOS DA SOCIEDADE EM BUSCA DO TRABALHO DIGNO

O constitucionalismo ocidental apresenta três marcos paradigmáticos na história de seu desenvolvimento: o *Estado Liberal Primitivo (ou Estado Liberal de Direito)*, a partir da segunda metade do século XVIII; o *Estado Social de Direito*, erigido a partir de constituições que impulsionaram a transição para a Democracia, no início do século XX; e o Estado Democrático de Direito, considerado o marco contemporâneo do constitucionalismo, constituído após a Segunda Guerra Mundial.

O desenvolvimento do modo de produção capitalista operou-se paralelamente à transformação dos paradigmas de Estado, sendo que um elemento fundamental para a evolução do sistema foi a mudança nas tecnologias empregadas para a produção de mercadorias: a substituição do uso do ferro, do carvão e da energia a vapor, característicos da primeira fase da Revolução Industrial, pelo aço, a eletricidade e o petróleo, deram origem a uma nova fase da indústria, conhecida como Segunda Revolução Industrial. A automatização do trabalho e as tecnologias desenvolvidas nesse período possibilitaram a produção em massa e a diversificação das áreas de produção, como o desenvolvimento da indústria química e siderúrgica.

Após a Segunda Guerra Mundial o desenvolvimento do motor de combustão interna e a inserção do petróleo como nova fonte energética impulsionou o processo de informatização da indústria, assim, em meados dos anos de 1950, o aumento da integração da ciência ao sistema produtivo, a agilidade dos meios de comunicação, o desenvolvimento da robótica, da genética, da informática e a globalização dos mercados em razão da formação de blocos econômicos desencadeou um processo denominado Terceira Revolução Industrial.

Fica evidenciado que, aliado à tecnologia, o desenvolvimento da sociedade foi conduzido por um elemento presente em todas as grandes transformações sociais, econômicas e políticas: a centralidade do trabalho humano.

As mudanças de modo de produção, a evolução tecnológica e as transformações dos paradigmas de Estado foram acompanhadas por intensas lutas sociais, responsáveis por

conquistas da classe trabalhadora em busca do trabalho digno, em um processo aquisitivo de direitos, tanto no âmbito nacional como internacional.

Assim, embora o sistema capitalista reconheça a possibilidade de exploração do trabalho alheio juridicamente regulada, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito não admite o trabalho enquanto sujeição pessoal, uma vez que o trabalho foi elevado a direito e, portanto, consiste em “*vantagem protegida juridicamente*”, o que afasta a possibilidade, ao menos do ponto de vista jurídico, do reconhecimento de prestação de trabalho servil ou na condição análoga ao escravo, situações que, embora ainda identificadas, sobrevivem à margem do Direito, inscritas na ilegalidade.

Aos se referir a existência de diferentes formas de trabalho, Boaventura de Sousa Santos, considera que, admiti-las “só é democrático na medida em que cria em cada um deles um patamar mínimo de inclusão. Ou seja, o polimorfismo do trabalho só é aceitável na medida em que o trabalho permanece como critério de inclusão”.

Portanto, o trabalho somente se viabiliza em sua “*conotação ética*” se revestido de dignidade, se considerado como direito fundamental e merecedor de proteção jurídica do Estado. Para Gabriela Neves Delgado, o trabalho é suporte do valor dignidade e a “existência de um patamar mínimo de direitos trabalhistas é condição para a viabilidade do valor da dignidade no trabalho e para a afirmação social do sujeito que labora”. De acordo com a autora, o trabalho digno constitui “simultaneamente como direito fundamental universal (do trabalhador) e como uma obrigatoriedade ou dever fundamental universal (do tomador de serviços)”.

O ordenamento jurídico internacional corrobora a ideia de afirmação do direito ao trabalho digno, a partir do art. 23, § 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirma: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O art. 6.º do Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais proclama que “Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, escolhida ou aceita”.

Compreender o trabalho como um fenômeno social no âmbito do sistema capitalista de produção e no paradigma do Estado Democrático de Direito implica em inseri-lo no contexto histórico contemporâneo, em que se destacam novas morfologias do trabalho e ainda, buscar compreender os impactos que as transformações da organização do modo de

produção causaram nas condições de vida do trabalhador e nas relações sociais – incluídas as relações jurídico-trabalhistas.

Não obstante o reconhecimento dos avanços significativos proporcionados pelas novas tecnologias para a qualidade de vida dos indivíduos, novos desafios se apresentam para a efetividade do exercício do direito ao trabalho digno, sobretudo decorrentes da intensificação da exploração do trabalho humano pelas tecnologias digitais.

Especialmente nas três últimas décadas do século XXI, os avanços tecnológicos colocaram a máquina no cotidiano da sociedade interagindo com os seres humanos, muitas vezes, confundindo o real com o inverídico. Trata-se de um novo cenário, no qual impera a coisificação do ser humano, que passa a ser um instrumento nas mãos do capital, deixando de ser um fim em si mesmo e apartando-se da sua dignidade.

Essa transformação tecnológica está inserida na lógica do capitalismo, pautado desde a origem pela extração de mais-valor da força de trabalho humano. Com o objetivo de aprofundar a exploração e ampliar os lucros, observa-se a intensificação do trabalho, o prolongamento das jornadas, o aumento de metas, a restrição e a limitação de direitos. É nesse contexto que se insere o teletrabalho, hodierno formato laboral, inserido na Quarta Revolução tecnológica, que objetiva reunir o aumento na produtividade com a melhoria da qualidade de vida do trabalhador.

Para a OIT – Organização Internacional do Trabalho, o teletrabalho é uma espécie do gênero de atuação a distância, definido como: “forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permita a separação física e que se utilize de uma nova tecnologia que facilite a comunicação”

No entanto, somente com a pandemia do coronavírus e a necessidade de isolamento social, essa modalidade contratual - que mistura casa, trabalho e tecnologia - se intensificou, o que levou ao desenvolvimento de estudos sobre os impactos que o teletrabalho pode acarretar à vida dos trabalhadores.

Para Maurizio Lazzaro e Antonio Nigri, “Na medida em que o trabalho se torna imaterial e o capital mobiliza a subjetividade é a própria vida como um todo que é posta para trabalhar. Tempo de vida e tempo de trabalho se misturam na circulação de afetos, informações e conhecimentos”.

Assim, passamos a levantar os principais efeitos do trabalho na vida dos teletrabalhadores, com ênfase à ausência de delimitação da jornada laboral.

2. TELETRABALHO: SEM HORA PARA TRABALHAR, SEM HORA PARA VIVER

É possível afirmar que a História se repete: o capitalismo avança com sua voracidade, provocando distorções e aprofundando as desigualdades sociais. Diante das crises, a luta de classes se intensifica, o sistema recua para se manter vivo e reconhece direitos para evitar uma ruptura. Volta a avançar. De diferente, somente a roupagem dos tempos: no século XVIII, vivenciava-se a Primeira Revolução Industrial, promovida pelo maquinismo, em uma sociedade dividida entre burgueses e proletários; no século XXI, tem-se a Quarta Revolução Industrial, movida pelo avanço dos algoritmos, na qual se insere o teletrabalho.

Na sociedade tecnológica, o desequilíbrio social que caracteriza o capitalismo, mesmo em crise, é mantido, e a classe trabalhadora, chamada de novo proletariado, vem perdendo direitos em prol do capital globalizado, que promove o esvaziamento de direitos fundamentais e humanos, entre os quais destaca-se o direito à limitação da jornada de trabalho, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que dispõe no art. 24: “[...] todo ser humano tem direito ao repouso e ao lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas”.

O direito à limitação de jornada foi previsto na Convenção n.º 1 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Trata-se da Convenção sobre as horas de trabalho (Indústria) –, que, já em 1919, preconizava a limitação da jornada de trabalho em 8 (oito) horas diárias e 48 (quarenta e oito) semanais para o setor manufatureiro.

Diversas convenções a acompanharam, estabelecendo jornada de trabalho condizente com a dignidade do trabalhador, tais como: Convenção n.º 30 (1930) – Convenção sobre as horas de trabalho (Comércio e Escritórios) – que estendeu a jornada semanal de 48 (quarenta e oito) horas aos trabalhadores do comércio e dos escritórios; Convenção n.º 31 que fixou em 7h45min a jornada dos trabalhadores de minas de carvão; Convenção n.º 47 (1935) – Convenção sobre as 40 (quarenta) horas semanais – que estabeleceu a semana de trabalho de 40 (quarenta) horas, em uma época em que o mundo ainda sofria as consequências da crise econômica de 1929, dentre outras de quilate semelhante.

Um das consequências da revolução informacional na indústria 4.0, caracterizada pela mercantilização da informação, tem sido a hiperconexão dos trabalhadores ao ambiente laboral, visto que, sistematicamente, metas mais ousadas são estipuladas, exigindo que a jornada de trabalho se prorrogue, em desacordo com o art. 24 da Declaração Universal dos

Direitos Humanos, que estabelece: “todo o ser humano tem direito ao repouso e ao lazer bem como à limitação razoável das horas de trabalho e às férias remuneradas”.

Os teletrabalhadores são impactados em sua subjetividade por essa conexão excessiva: o trabalho *on line* permite que sejam contatados a qualquer momento, em razão da propalada flexibilização da jornada e do espaço laboral, vantagem que, se não for bem administrada, pode prejudicar sua vida de relações e seus projetos de vida, acarretando dano existencial – termo desenvolvido pelo Direito italiano.

O direito à vida relações e o direito a um projeto de futuro relacionam-se intrinsecamente à limites estabelecidos entre ambos, seguramente a subjetividade do trabalhador será impactada, mesmo que, atualmente, as pessoas não percebam. O capitalismo neoliberal, globalizado e tecnológico tem atingido de forma subliminar o trabalhador e promovido a troca das propaladas autonomia e liberdade pela sujeição à incessante conexão ao trabalho.

Um paradoxo vem sendo gerado por essa hiperconectividade: o direito fundamental ao lazer vem sendo relativizado pela contradição gerada pelo capital, que se justifica dialeticamente pela preocupação atual com o não trabalho, em um mundo que tem como questão marcante o desemprego.

O teletrabalho apresenta forte tendência a exposição dos trabalhadores à hiperconectividade, razão de preocupação por parte da legislação de diversos países.

3. TELETRABALHO: CENÁRIO DE PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E BRASILEIRA

Uma breve análise sobre a regulamentação do teletrabalho em alguns países da América Latina mostra que a Colômbia é o país pioneiro na regulamentação do teletrabalho, por meio da Lei n.º 1.221/2008. No ordenamento jurídico colombiano, em princípio, o teletrabalhador não faz jus ao pagamento de horas extras, adicionais noturnos etc. Entretanto, se houver a possibilidade de se aferir a jornada de trabalho, as horas extras são devidas – compreensão dos artigos 5º, § 1º, e 6º, parágrafo único.

Apesar de não ter se voltado à jornada de trabalho, ao volume de trabalho, ao direito à desconexão e ao isolamento social, há que se reconhecer que a Lei n.º 1.221/2008 é um avanço para o teletrabalho, tendo em vista que foi editada em 2008, quando ainda não havia regulamentação sobre o tema na América Latina.

O Chile editou, em 26 de março de 2020, durante a pandemia, a Lei n.º 21.220/2020, sendo que, assim como a maioria dos normativos analisados, a legislação chilena equipara o teletrabalhador ao empregado presencial, garantindo-lhe os mesmos direitos.

Em 14 de agosto de 2020, a Argentina, em razão da pandemia do coronavírus, publicou a Lei n.º 27.555/20 que inseriu o art. 102 à Lei de Contrato de Trabalho, regulamentando o teletrabalho. Destaca-se que, desde 2003, o país é signatário da Convenção n.º 177 da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre o trabalho em domicílio.

O art. 5º da lei Argentina reafirma o direito de o teletrabalhador se desconectar do ambiente de trabalho, ao formalizar que o empregador não poderá exigir execução de tarefas nem se comunicar com o empregado fora do expediente regular de trabalho.

Na Europa, Portugal foi o primeiro país a normatizar o teletrabalho na iniciativa privada, influenciado pelo Acordo Quadro Europeu (Unice/Ueapme, Ceep e Ces), datado de 16 de julho de 2002, que regulamentou o teletrabalho no continente europeu por meio da Lei n.º 07/2009, de 12 de fevereiro de 2009.

Na França, mencionado Acordo Europeu de 2002 levou à normatização do teletrabalho, que foi incorporado, em 2005, no setor privado, ao direito interno – inicialmente pelo Acordo Interprofissional (ANI – *Accord national interprofessionnel* – de 19 de julho de 2005) e, depois, pela Lei n.º 387/2012, de 22 de março de 2012 (*Loi Warsman*, que introduziu os artigos L1.222-9 a L1.222-11 no Código do Trabalho francês.

Relativamente à Itália, não existe disciplinamento específico sobre o teletrabalho para a iniciativa privada, sendo regulado pelo Acordo Interconfederal, de 09 de junho de 2004, por meio do qual foi recepcionado, pelas Confederações Sindicais mais representativas do país, o mencionado Acordo Quadro Europeu de 2002 (Unice/Ueapme, Ceep e Ces).

O Acordo Interconfederal de 2004 assenta que é dever do teletrabalhador administrar a organização do próprio tempo de trabalho (art. 8º). Prevê, ainda, que o volume e a complexidade de trabalho devem ser análogos ao do trabalhador presencial que ocupa posto similar na empresa.

Tal qual a legislação francesa, a italiana prevê, para os teletrabalhadores, os mesmos direitos garantidos pela lei aos empregados presenciais. A referida disposição consta do art. 3º do Acordo Interconfederal.

Diferentemente de países que têm demonstrado preocupação com a dignidade dos trabalhadores que se ativam em novas modalidades de trabalho, o Brasil segue com déficit de proteção na legislação referente ao teletrabalho, introduzido na CLT pela Lei n.º

13.467/2017 (arts. 75-A a 75-E) responsável pelo desmonte de diversos direitos assegurados historicamente aos trabalhadores.

A legislação brasileira na contramão da proteção internacional, prevendo que se o empregado utilizar os meios telemáticos de comunicação, após a jornada de trabalho, salvo prévio acordo pactuado, as horas a mais trabalhadas não serão computadas (§ 5º do art.75-B da CLT, introduzido pela MP n.º 1.108/2022). Portanto, há uma tendência de descaracterizar o direito à desconexão a favor do empregador.

A ausência de uma limitação de jornada no teletrabalho pode acarretar o dano existencial, lesão que se manifesta quando há violação aos direitos fundamentais, de forma a impedir o trabalhador de desenvolver atividades que lhe assegurem satisfação pessoal e causando prejuízos a sua vida de relações e/ou ao projeto de vida, sobretudo quando a desconexão do ambiente laboral é inviabilizada por ato abusivo do empregador.

Ressalta-se que a jornada de trabalho delimitada constitui uma vitória da classe trabalhadora contra a forte opressão dos donos do capital, no sentido de extrair do trabalhador o seu tempo livre – e deve ser resguardada como direito fundamental, sob pena de sua violação acarretar dano existencial passível de indenização.

A indenização por dano existencial constitui direito inserido no ordenamento jurídico brasileiro, pelo artigo 223-B, introduzido pela Lei n.º 13.467/2017, à Consolidação das Leis do Trabalho.

Quando se trata de efeitos das extensas jornadas de trabalho em atividades tecnológicas, Goldschmidt e Graminho, consideram que a mercantilização das relações humanas tem ocasionado uma hiperconexão: “[...] conexão em tempo integral, em que o trabalhador está disponível 24 horas por dia, 7 dias por semana, por intermédio das tecnologias de informação e comunicação”.

Os teletrabalhadores são impactados por esse ambiente de conexão excessiva no qual o trabalho é realizado e controlado, uma vez que podem ser contatados com grande facilidade e rapidez em razão da propalada flexibilização da jornada e do espaço laboral, que os colocam à disposição do empreendimento *online*.

O direito à desconexão é um direito inerente ao trabalhador de ver concretizados vários outros direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente no Brasil, como o direito ao lazer, ao descanso, à vida em família, entre outros que se correlacionam intrinsecamente à limitação da jornada de trabalho, pois *período de trabalho é tempo de vida: se não há fronteiras entre os dois, seguramente a existência do trabalhador estará comprometida*.

O fundamento para a reparação do dano existencial por excesso de jornada passa pela norma constitucional brasileira (art. 7º, inciso XIII) acrescida da infraconstitucional (arts. 58 e 59 da CLT) que estabelecem uma jornada diária máxima de 10 (dez) horas, incluídas as horas extras. Eis o comando constitucional. Ao desrespeitá-lo, esclarece Homero Batista: “[...] o próprio conceito de descanso seria perdido; pessoas que trabalhem 14 ou 16 horas num dia não conseguirão, com descanso quatro, seis ou dez meses depois, recuperar-se adequadamente da fadiga física e mental”.

O conteúdo dessa jornada de trabalho não é composto apenas pelo trabalho efetivo, devendo ser considerado, ainda, o tempo à disposição do empregador, ou seja, as horas em que a liberdade e a autonomia do empregado estão mitigadas pelo poder diretivo do empregador – teoria da alienação –, prevista no 4º da CLT, que dispõe: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição expressamente consignada”.

Importante assinalar que os temas abordados (teletrabalho, direito à desconexão e dano existencial) são recentes. Embora haja estudos doutrinários significativos, a prova de configuração do dano existencial pelo excesso de jornada ainda desafia os tribunais, na medida em que, mesmo submetido a jornadas extenuantes, os trabalhadores são muitas vezes obrigados comprovar os prejuízos sofridos, sendo que tais lesões deveriam ser reconhecidos *in re ipsa*.

Nesse sentido, passa-se à exposição da jurisprudência trabalhista brasileira sobre o direito à desconexão relacionada ao teletrabalho e ao excesso de jornada.

4. TELETRABALHO, DANO EXISTENCIAL E JORNADA EXCESSIVA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Dois dos temas que integram o presente trabalho foram investigados no âmbito dos Tribunais Trabalhistas brasileiros: teletrabalho e dano existencial, sempre com o a perspectiva do excesso de jornada de trabalho.

Em pesquisa³ realizada nas ementas das decisões nos sites de jurisprudência dos 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho brasileiros, -TRTs, o termo “*teletrabalho*”, referente ao período de 10 de novembro de 2011 (data da publicação da Lei n.º 12.511/2011, Reforma Trabalhista brasileira, a 01 de março de 2022 (data final da busca). O marco inicial da pesquisa – 10/11/2011 – justifica-se pelo fato de a Lei n.º 12.511/2011 ter alterado o art.

³ Os dados são parte da pesquisa que integra a Dissertação de mestrado realizada pela autora Anne Floriane da Escossia Lima sob orientação da autora Professora Dra. Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos, apresentada ao UDF – Centro Universitário, em 12/06/2022, aguardando publicação.

6º da CLT, igualando o trabalho a distância ao realizado na sede da empresa, desde que presentes os requisitos que caracterizam a relação de emprego. O marco final, escolhido é a data de 01 de março de 2022.

Entre os 39 julgados selecionados, 74,36% são casos que envolvendo o período de pandemia, o que demonstra a intensificação da judicialização do tema após a crise sanitária. Dos 29 julgados, 17 (dezessete) apresentaram decisões favoráveis ao pleito dos reclamantes, ou seja, 58,62% (cinquenta e oito vírgula sessenta e dois por cento).

Entre os 7 julgados não relacionados à pandemia, apenas 2 (dois) julgados se referem ao *teletrabalho e horas extras*, sendo que os acórdãos consideram que o pagamento é devido se houver, de alguma forma, a possibilidade de controle da jornada laboral.

A pesquisa encontrou, na jurisprudência da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, sobre a temática, entre o período de 10/11/2011 (data em que passou a vigorar a Lei n.º 12.511/2011) a 01/03/2022 (marco final da busca, 10 (dez) processos, cujas ementas contêm a expressão “*dano existencial*”. O órgão deixou consignado, em 3 (três) dos 10 (dez) julgados, nos quais foi enfrentado o mérito, que o dano existencial não se caracteriza *in re ipsa*.

A jurisprudência do TST se inclina para o entendimento de que labor excessivo, de forma reiterada e acima do limite legal é um dos fatores caracterizadores do dano existencial. Porém, a concessão de indenização sob essa rubrica está associada à comprovação pelo empregado de que sofreu efetivo prejuízo na sua vida de relações familiares e/ou sociais e/ou de que teve comprometido o seu projeto de vida.

Diante do entendimento da Corte Trabalhista sobre o ônus da prova do dano existencial por excesso de jornada de trabalho, apresentam-se alguns questionamentos relacionados ao tema teletrabalho: um ser trabalhador, incessantemente conectado ao ambiente laboral, não é um ser humano desconectado da sua vida particular – considerada em todos os sentidos? Subsiste, nesses termos, a necessidade de comprovar o comprometimento de sua subjetividade pelo labor comprovadamente exaustivo? Como efetivamente demonstrá-lo?

Dos resultados das pesquisas é possível concluir que a jornada do teletrabalhador não é um tema que tem chegado à apreciação da Justiça do Trabalho em grande volume, e que a formação de uma jurisprudência sobre a matéria ainda envolve um longo caminho a ser percorrido pelo Judiciário brasileiro.

A ampliação do número de contratos na modalidade de teletrabalho a partir da pandemia do coronavírus poderá levar à necessidade de um maior controle sobre os seus

impactos na saúde física e mental dos trabalhadores, entre os quais o dano existencial decorrente do desrespeito ao direito à desconexão pelo excesso de jornada de trabalho, o que impõe ao Estado e ao Poder Judiciário o dever de zelar pelo trabalho digno no âmbito dessas novas e tecnológicas relações de trabalho, de forma a afirmar as promessas do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas tecnologias digitais desenvolvidas pelo sistema capitalista globalizado no contexto da Quarta Revolução Industrial produzem impactos na sociedade e nos indivíduos: de um lado, proporcionam a melhoria na qualidade de vida, ampliam a produtividade da indústria e oferecem novas oportunidades de trabalho; de outro, causam uma hiperconectividade que compromete a subjetividade do indivíduo, aprofundam a exploração, a intensificam das metas e rompem com direitos consagrados historicamente, como o direito à limitação de jornada de trabalho. , consequentemente, causando danos aos trabalhadores.

O teletrabalho é uma dessas modalidades de trabalho tecnológico que, em meio à pandemia do coronavírus, propagou-se com maior intensidade. Os efeitos da superexposição dos trabalhadores à conectividade, causado pelas intensas jornadas do teletrabalho, ainda não são conhecidos pela sociedade, no entanto, muitos países tem legislado no sentido de proteger os teletrabalhadores do excesso de jornada laboral, tendência comum quando o teletrabalhador se atua, na grande maioria dos contratos, em sua própria casa. O sistema interrompe seus intervalos, seus finais de semana, o teletrabalhador permanece ligado sete dias por semana, vinte e quatro horas por dia, tudo em nome da flexibilidade, da autonomia, da modernidade.

O direito fundamental ao trabalho digno, fundamento do Estado Democrático de Direito, aparentemente tem sido esvaziado em seu conteúdo pela violação de direitos que se ligam à sua essência como o direito à desconexão, o direito à limitação de jornada de trabalho, ao lazer e ao descanso. Essa hiperconectividade tem o potencial de causar danos existências – que impactam no projeto de futuro e na vida de relações dos teletrabalhadores.

A legislação brasileira relacionada ao teletrabalho falha quanto à limitação da jornada do teletrabalhador e os Tribunais Trabalhistas brasileiros pouco enfrentaram o tema, sobretudo no que tange aos danos existenciais decorrentes do direito à desconexão e à limitação de jornada de trabalho.

No entanto, o compromisso dos países com o paradigma do Estado Democrático de Direito não prescinde da defesa do trabalho digno e do direito à limitação de jornada, conquista histórica que não pode ser esquecida em nome da modernidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARGENTINA. **Ley n.º 27.555, de 30 de julho de 2020**. Regimen legal del contrato de teletrabajo, Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814>. Acesso em 02 mar. 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 5 mar. 2021.

BATISTA, Homero. **CLT comentada 2021**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 09 ago. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022**. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei n.º 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1943. Brasília, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 03 abr. 2022.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. São Paulo: Ltr, 2018, p. 22.

CHILE. **Lei n.º 21.220/2020, de 26 de março de 2020**. Modifica o Código do Trabalho chileno em matéria de trabalho à distância. Santiago, 2020. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?pidNorma=1143741>. Acesso em: 22 mar. 2022.

COLÔMBIA. **Lei n.º 1.221/2008, de 16 de julho de 2008**. Estabelece normas para promover e regulamentar o teletrabalho na Colômbia. 2008. Disponível em: https://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1.2212008.html. Acesso em: 07 jul. 2021

COLUMBU, Francesca; MASSONI, Túlio de Oliveira. Tempo de Trabalho e Teletrabalho. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coords.). STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (Orgs.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo. LTr, 2006

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2012

FRANÇA. **Loi n.º 387/2012, du 22 mars 2012. Relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives**. Loi dite “Warsman”. Disponível em:

<https://zevillage.net/teletravail-loi-sur-teletravail-esta-adoptee-par-lassemblee-nat>. Acesso em: 10 ago. 2021.

GAURIAU, Rosane. Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho** da 10ª Região, Brasília, v. 23, n.º 2, nov. 2019, p. 36-47. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/165761>. Acesso em 10 de maio de 2022.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. **Desconexão, um direito fundamental do trabalhador**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2020.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Antonio. Trabalho imaterial: formas de vida e produção de subjetividade. Introdução: Giuseppe Cocco. Tradução: Monica de Jesus Cesar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2013, p. 13.

LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes**. São Paulo: Ltr, 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. OMS. Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou que o surto de coronavírus atingiu o caráter de pandemia. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>> Acesso em 13 jun.2022.

PORTUGAL. **Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro de 2009**. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Diário da República, 1.ª série, n. 30, 2009. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2009/02/03000/0092601029.pdf>. Acesso em 28 de mar. de 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, 379.

O CONTRATO DE TRABALHO DE MUITO CURTA DURAÇÃO - UMA NECESSIDADE PARA O MUNDO LABORAL CONTEMPORÂNEO VALIDADA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Short Term Work Contract – A Necessity For The Contemporary Labor World Validated By The Constitutional Court

Mário Simões Barata¹
Susana Loureiro²

Resumo: Numa tentativa de adaptar o Código de Trabalho à globalização da economia e à sociedade digital, que caracterizam o mundo no século XXI, o legislador português alterou diversos preceitos conexos com o teletrabalho subordinado, o contrato de trabalho de curta duração e os contratos coletivos. Nesse sentido, o legislador introduziu três modificações ao regime jurídico do contrato de trabalho de muito curta duração, previsto no artigo 142º do Código Laboral, sub-modalidade do contrato de trabalho a termo, que alteraram o seu âmbito material e ampliaram a sua duração. Insatisfeitos com o teor das mesmas, um grupo de deputados requereu a fiscalização sucessiva da constitucionalidade do diploma. Este artigo pretende analisar a evolução legislativa do contrato de trabalho de muito curta duração e a decisão do Tribunal Constitucional sobre as alterações legislativas operadas pela Lei nº 93/2019, de 4 de setembro. O Tribunal analisou as modificações legislativas na ótica do direito à segurança do emprego, previsto no artigo 53º da Constituição da República Portuguesa, e se as mesmas violavam o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Examinou ainda as diferenças entre contratos a termo na ótica do artigo 13º da lei fundamental e concluiu que as opções legislativas estavam conformes a Constituição.

Palavras-Chave: Contratos de trabalho atípicos; contratos de trabalho de muito curta duração; direito à segurança no emprego; princípio da proporcionalidade; princípio da igualdade.

Abstract: To adapt the Labor Code the globalization of the economy and the digital society that characterize the world in the 21st century, the Portuguese legislator changed several legal dispositions related to subordinate telework; short-term employment contracts and collective contracts. In this sense, the legislator introduced three changes to the legal regime of the very short-term employment contract, provided for in article 142 of the Labor Code, a sub-modality of the fixed-term employment contract, that modified its material scope and extended its duration. Dissatisfied with the content of these legislative changes, a group of representatives requested the successive control of the constitutionality of the diploma. This article intends to analyze the legislative evolution of the very short-term employment contract and the decision of the Constitutional Court regarding the legislative changes operated by Law nº 93/2019, of 4 September. The Court analyzed the changes from the perspective of the right to job security, provided for in article 53 of the Constitution, and whether they violated the principle of proportionality in an ample sense. It also analyzed the differences between fixed-term contracts in the light of article 13 of the fundamental law and concluded that the legislative options were in accordance with the Constitution.

Keywords: Atypical employment contracts; very short-term employment contracts; right to job security; principle of proportionality; principle of equality.

¹ Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense – Pólo de Leiria. E-mail: mario.barata@ipleiria.pt.

² Assistente Convidado do Politécnico de Leiria. Advogada. E-mail: susana.loureiro@ipleiria.pt.

INTRODUÇÃO

O mundo atual, sempre em constante mutação, impõe a adaptação do pensamento e das normas jurídicas que o regulam, em Portugal. Se por um lado, as recentes contingências políticas, bem como a vivência de uma Pandemia, ao nível mundial, vieram mudar o modo como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos, por outro, cada vez mais, as empresas e trabalhadores são invadidos pelas novas tecnologias. Estas simplificam processos, diminuindo a necessidade de mão-de-obra, alteram o regime da prestação de trabalho, designadamente quanto ao modo, local e tempo de trabalho, acabam com a necessidade de permanência física, num determinado local de trabalho, para o desempenho das suas funções ou serviços, e vieram, ainda, alterar matérias atinentes aos direitos de personalidade dos trabalhadores, em ambiente de trabalho, nomeadamente, no que à reserva da sua imagem e dados pessoais, diz respeito.

Perante uma nova realidade social e laboral, urge ao Direito do Trabalho, abandonar o conceito tradicional de empresa, enquanto unidade fabril estável, e almejar soluções inovadoras, que transponham para a ordem jurídica portuguesa, essa mesma mudança radical, operada na forma de organização, duração e organização do tempo de trabalho, ditada pela Pandemia, pela necessidade de não paralisação da economia e pela globalização e impactos da economia digital.

Este artigo pretende demonstrar que, as mais recentes alterações legislativas, operadas em Portugal, respeitantes ao contrato de trabalho atípico - contrato especial de muito curta duração, previsto e regulado, no artigo 142.º do Código do Trabalho (CT), vieram abrir a porta à sua utilização em novos sectores económicos, com necessidades diversas das tradicionalmente consagradas na legislação laboral.

Neste sentido, os contratos especiais de muito curta duração, constituem uma exceção, à exigência de forma escrita, para os contratos a termo, justificando-se, este desvio, dada a sua duração especialmente curta, podendo vir a ser uma ferramenta muito útil, neste mundo da economia digital, dada a sua mobilidade, adaptação, bem como consistem numa forma de combate à precariedade laboral.

Este pressuposto não tem sido pacificamente aceite, sendo muitos aqueles que, consideram que este tipo contratual, o contrato de trabalho de muito curta duração, especialmente após a alteração introduzida no artigo 142.º do CT, pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, põe em causa o combate ao recurso ao trabalho não declarado ou subdeclarado, sustentando que o alargamento do âmbito material efetuado pela norma contida no n.º 1 do artigo 142.º do CT configura uma restrição ilegítima do direito à

segurança no emprego previsto no artigo 53.º da CRP, por implicar a violação dos limites previstos no seu artigo 18.º (onde se consagra o princípio da proporcionalidade), bem como e, em suma, que o alargamento da excecionalidade dos contratos a termo sem forma escrita constitui uma discriminação face aos restantes trabalhadores contratados a termo.

1. EVOLUÇÃO NORMATIVA

A este respeito, urge fazer, uma breve resenha evolutiva, deste controverso normativo legal, o Artigo 142.º do Código do Trabalho Português, respeitante ao tipo de contrato de trabalho atípico, em discussão, no presente artigo.

Introduzido pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, o contrato de trabalho de muito curta duração, uma modalidade de contrato de trabalho a termo, apresentava, como principais características, o fato de ter sido pensado para sectores de atividade específicos, isto é, possuir um âmbito de aplicação material próprio - trabalho em atividade sazonal agrícola ou para realização de evento turístico; um limite temporal de duração mais curto, do que os fixado para os restantes contratos de trabalho a termo - a uma semana; um limite à duração total de contratos de trabalho a termo, com o mesmo empregador - que não podia exceder 60 dias de trabalho, no mesmo ano civil; e ainda, o fato de, este tipo de contrato de trabalho atípico, não se encontrar abrangido pelo regime geral de forma e formalidades, comuns aos contratos a termo - constituindo, o contrato de trabalho de muito curta duração, uma exceção à exigência de forma escrita, regime regra para os contratos de trabalho a termo resolutivo (certo e incerto) prevista no n.º 1 do artigo 141.º do CT.

A Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, veio alterar a redação do artigo 142.º, mantendo o seu âmbito de aplicação material, mas alargando o limite temporal de duração, que passou a ser de quinze dias, bem como, o limite à duração total de contratos de trabalho a termo, com o mesmo empregador, que passou à proibição de exceder 70 dias de trabalho, no mesmo ano civil³.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 93/2019, resultou, em primeiro lugar, uma alteração do conceito de contrato de muito curta duração não só no que concerne ao limite temporal – que passa a ser de trinta e cinco dias, mas também e sobretudo, no que diz respeito à admissibilidade legal, deste tipo contratual, que deixa de obedecer a uma tipificação taxativa - "*atividades sazonais agrícolas e eventos turísticos*", passando a vigorar um sistema de cláusula geral - "acréscimo excecional e substancial da atividade de empresa cujo ciclo anual apresente

³ A Lei n.º 3/2013, de 14 de janeiro, veio alargar o âmbito material de modo a incluir o trabalho portuário. Neste sentido, RAMALHO, M. R. P. – *Tratado de Direito de Trabalho, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*, p. 81.

irregularidades decorrentes do respetivo mercado ou de natureza estrutural que não seja passível de assegurar pela sua estrutura permanente'.

Neste desiderato, a recente evolução legislativa, veio abrir portas ao uso deste tipo de contrato de trabalho de muito curta duração, a todo um novo sector de empregadores, passando a poder ser celebrados não apenas no sector agrícola e do turismo, mas também noutros sectores desde que se verifiquem situações concretas e pontuais de acréscimo excecional de atividade que não sejam passíveis de assegurar pela estrutura permanente da entidade empregadora.

2. PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA

Um grupo de trinta e cinco deputados à Assembleia da República solicitou ao Tribunal Constitucional (TC) a apreciação e declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos do artigo 281.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP), das normas constantes do artigo 142.º do CT, diploma aprovado, na sua redação original pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, designadamente a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro.

Os requerentes sustentaram que o alargamento efetuado pela norma contida no n.º 1 do artigo 142.º do CT configura uma restrição ilegítima do direito à segurança no emprego previsto no artigo 53.º da CRP, por implicar a violação dos limites previstos no artigo 18.º (onde se consagra o princípio da proporcionalidade amplo). Desde logo, os requerentes põem em causa a adequação da medida – o alargamento da figura dos contratos de muito curta duração – para combater o fenómeno do recurso ao trabalho não declarado ou subdeclarado. Em segundo lugar, argumentam que a medida em questão não se compatibiliza com o teste da necessidade, pois é possível conceber outras formas de combater o trabalho informal mais eficazes e eficientes. Em terceiro lugar, o alargamento da excecionalidade dos contratos a termo sem forma escrita constitui, no entender dos requerentes, uma medida excessiva, que coloca os trabalhadores numa situação de desproteção.

3. O ACÓRDÃO Nº 318/2021 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. Segurança no emprego (artigo 53º da CRP)

No Acórdão nº 318/2021 o Tribunal Constitucional analisou a evolução da figura referente ao contrato de trabalho de muito curta duração e sublinhou o duplo alargamento operado pelo legislador em 2019 quer no âmbito material quer na sua duração máxima e

concluiu que as alterações tinham o potencial de serem aplicadas a um círculo maior de trabalhadores.

Para além destas considerações, o Tribunal constatou que o regime jurídico do contrato de trabalho de muito curta duração previsto no artigo 142º do CT encerra uma “importante diferença formal em comparação com os restantes contratos a termo, na medida em que a lei dispensa as formalidades previstas, em geral, para a celebração dos contratos de trabalho a termo, bastando-se com o mero envio de um formulário eletrónico para o serviço competente da Segurança Social”⁴.⁵

O Tribunal sublinhou que a exigência de forma cumpre uma função muito relevante conexas com a capacidade de dar meios ao trabalhador, juiz e Autoridade de Condições de Trabalho (ACT) para fiscalizar a existência e a veracidade do motivo justificativo subjacente à celebração que acabam por limitar as situações de injustificada precariedade laboral. Assim, o Tribunal considerou o seguinte “desse ponto de vista, no caso em apreço, a norma que dispensa a forma escrita nos contratos de muito curta duração coloca o trabalhador numa situação fragilizada do ponto de vista de uma efetiva tutela jurisdicional (artigo 20.º da Constituição) e de realização da garantia do emprego (artigo 53.º da Constituição), afetando o próprio conteúdo dos direitos em causa”⁶. Logo, o TC analisou a restrição ao direito à segurança no emprego de modo a apurar se ela respeitou os limites previstos no artigo 18.º da Constituição.

A. ADEQUAÇÃO:

Os requerentes sustentaram “que o alargamento do âmbito temporal e material da figura dos contratos de muito curta duração é, desde logo, uma medida legislativa inadequada para a realização do fim que visa realizar, o de “[...] *desincentivar o recurso ao trabalho não declarado ou subdeclarado nos setores com atividade sazonal ou para fazer face a um acréscimo excecional e substancial de atividade de empresa cujo ciclo apresente irregularidades decorrentes do respetivo mercado ou de natureza estrutural que não seja passível de assegurar pela sua estrutura permanente*”⁷. Assim, o TC examinou a adequação da medida (primeiro teste da proporcionalidade) de modo a determinar se ela é *inadequada* ao fim a que se destina.

A propósito desta questão o TC sustentou que “tal fim é, como vimos, o do combate a práticas de trabalho informal, no qual se incluem fenómenos como o falso trabalho

⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 318/2021, ponto 2. 5. 1.

⁵ A propósito da comunicação à Segurança Social ver LAMBELHO, A. & GONÇALVES, L. A. - *Direito do Trabalho: Da Teoria à Prática*, p. 116, nota 84.

⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 318/2021, ponto 2. 5. 1.

⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 318/2021, ponto 2. 5. 2.

autónomo, o trabalho não declarado e o trabalho subdeclarado. Como objetivo de política pública, é isento de reparos do ponto de vista da licitude, sendo inclusivamente, uma preocupação central de várias organizações internacionais e supranacionais das quais Portugal faz parte, com especial destaque para a OIT e para a União Europeia”⁸.

Em segundo lugar, o Tribunal esclareceu o conceito de adequação e referiu que o grau de eficácia da medida não integra o controlo da idoneidade respondendo assim ao argumento dos requerentes conexo com a falta de eficácia das alterações ao artigo 142º do CT efetuadas em 2012 no quadro do combate ao trabalho informal. Nesse sentido, afirmou o seguinte: “o que importa determinar é se a medida é *capaz de atingir* o seu objetivo, ainda que o faça de forma pouco eficiente, sendo invalidada por inidoneidade ou inaptidão apenas quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos ou até negativos por referência à obtenção aproximada dos efeitos pretendidos”⁹.

O Tribunal considerou a estratégia de reduzir a complexidade administrativa no processo de contratação a termo para prestações de trabalho particularmente curtas através do envio de um formulário eletrónico para a Segurança Social pode “configurar uma medida apta a reduzir as oportunidades de recurso ao trabalho não declarado e incentivar a laboralização das relações de trabalho, com ganhos para os profissionais em termos de regalias sociais, fiscais, etc”¹⁰. Consequentemente, o TC entendeu que a medida não era inadequada.

B. NECESSIDADE

De seguida, o TC analisou as alterações ao contrato de trabalho de muito curta duração na ótica do teste da necessidade. Aqui, os requerentes apresentaram como meios alternativos orientados para o combate ao trabalho não declarado e subdeclarado “[...] o reforço dos meios técnicos e humanos da Autoridade para as Condições de Trabalho [...]” e “[...] o agravamento do quadro sancionatório aplicável às empresas e empregadores que recorram ao trabalho não declarado e subdeclarado [...]”¹¹.

Para o TC, as medidas alternativas apresentadas pelos deputados requerentes são igualmente aptas a combater o fenómeno do trabalho não declarado e subdeclarado. Nesse sentido, o Tribunal afirmou que as mesmas eram suscetíveis “de produzirem efeitos menos restritivos no direito em causa do que a medida legislativa em apreciação”. No entanto,

⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 318/2021, ponto 2. 5. 2.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 318/2021, ponto 2. 5. 2. 1.

¹⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 318/2021, ponto 2. 5. 2. 1.

¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 318/2021, ponto 2. 5. 2. 2.

constatou que não existe evidência que os “meios alternativos asseguram o mesmo fim com *igual grau de eficácia*”, o que é essencial para pôr em causa a necessidade das medidas que constam das alterações à lei laboral¹².

O Tribunal considerou ainda que os meios alternativos apresentados pelos requerentes obedecem a uma racionalidade distinta e abordam a questão da economia informal de uma perspectiva oposta àquela que está subjacente ao artigo 142º do CT. Contudo, o legislador tem liberdade para optar entre os meios mais adequados para prosseguir o objetivo de combater o trabalho informal. Nesse sentido, o TC constatou que “no caso das *políticas incentivadoras* do trabalho declarado – nas quais se inscreve a figura em crise – a lógica da intervenção é agir sobre os obstáculos ou sobre as resistências ao trabalho declarado, nomeadamente a complexidade administrativa e reguladora que lhe está associada, tornando esse trabalho mais simples aos olhos dos agentes económicos. Diversamente, no caso das *políticas dissuasoras* – nas quais se integram as medidas alternativas apresentadas – a abordagem que mobiliza os agentes económicos a transitarem do trabalho não declarado para a esfera do trabalho regular passa por uma alteração da relação custo-benefício da participação no trabalho não declarado, dissuadindo o incumprimento através do aumento da perceção da probabilidade de deteção da situação de incumprimento¹³”. Para o Tribunal os mecanismos são complementares. Logo, considerou que não houve violação do segundo teste da proporcionalidade.

C. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO RESTRITO

Por fim, o TC analisou as alterações à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, considerou os mecanismos que evitam o uso desadequado ou abusivo da contratação a termo de muito curta duração.

O Tribunal verificou que a possibilidade de celebração desta sub-modalidade de contratos a termo está ligada à observância de determinados requisitos materiais. Estes dizem respeito ao “[...] *acréscimo excepcional e substancial da atividade de empresa cujo ciclo anual apresente irregularidades decorrentes do respetivo mercado ou de natureza estrutural que não seja passível de assegurar pela sua estrutura permanente*” e sublinhou o carácter excepcional deste tipo de contrato (artigo 142.º, n.º 1, do CT)¹⁴. Observou ainda que a celebração de contratos de muito curta duração tornou-se mais exigente do ponto de vista material em comparação com a redação anterior àquela introduzida pelo legislador em 2019, dado a “necessidade de verificação cumulativa

¹² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, ponto 2. 5. 2. 2.

¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, ponto 2. 5. 2. 2.

¹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, ponto 2. 5. 2. 3.

dos referidos requisitos”. Consequentemente, o Tribunal considerou que estava mediante “um fundamento material constitucionalmente relevante, perante o qual não pode ter-se por *injustificada* a precariedade do vínculo”.

Para além do argumento em torno dos requisitos materiais, o Tribunal notou que o legislador fixou um limite máximo de duração total dos contratos de muito curta duração em cada ano civil. Tal limitação visa evitar a precarização subjetiva do dador do trabalho, isto é, a constituição de sucessivos vínculos precários com o mesmo trabalhador (artigo 142.º, n.º 2, do CT). Tomou, ainda, nota do argumento que a limitação anual da duração total dos contratos de muita curta duração é insuficiente dado que apenas se aplica entre o mesmo trabalhador e o mesmo empregador. No entanto, o Tribunal assinalou que a legislação laboral comporta “um aparelho sancionatório complexo” para dissuadir os empregadores de recorrer ilegalmente a esta sub-modalidade do contrato a termo. Por exemplo, a violação dos pressupostos materiais subjacentes à celebração deste contrato implica a conversão do mesmo em contrato sem termo nos termos das alíneas a) e b) n.º 1 do artigo 147º do CT. Outras irregularidades, como a falta de envio do formulário para a Segurança Social ou a ultrapassagem do prazo máximo de duração, determinam que o contrato se considera celebrado por um prazo de seis meses nos termos do n.º 3 do artigo 142º do CT.

Assim, “tendo em consideração as salvaguardas estabelecidas pelo legislador e a relevância do interesse público prosseguido, o equilíbrio encontrado é razoável e, por isso, admissível à luz do ordenamento constitucional” no entender do TC. Logo, a medida respeita o terceiro, e último, teste de proporcionalidade, pelo que não se verifica violação do princípio contido no artigo 18.º da Constituição.

3.2. Princípio da Igualdade

Os deputados que suscitaram o pedido alegaram, também, que a nova redação do artigo 142º do CT violava o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP. Em concreto, o n.º 1 do artigo 142º do CT determina que o contrato de trabalho de duração não superior a 35 dias não está sujeito a forma escrita, devendo apenas o empregador comunicar a sua celebração mediante formulário eletrónico para o serviço competente da Segurança Social. Para os requerentes o preceito estabelece “um tratamento *diferenciado* face à generalidade dos *trabalhadores a termo*”¹⁵.

O Tribunal Constitucional constatou que os contratos de trabalho a termo celebrados ao abrigo dos artigos 140.º e 141º do CT estão sujeitos a forma escrita, ao passo que os

¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, ponto 2. 6. 1.

contratos a termo de muito curta duração, celebrados ao abrigo do artigo 142.º do CT, estão dispensados da forma escrita, bastando a mera comunicação à Segurança Social. Assim o Tribunal entendeu que o “contraste mais relevante, merecendo maior atenção perante o parâmetro da igualdade, decorre da diferença de tratamento resultante da dispensa de forma escrita nos contratos de muito curta duração em face aos demais contratos a termo”.

Contudo, o TC entendeu que “a dispensa de forma escrita não constitui uma medida arbitrária, sendo congruente com a *ratio* prosseguida de incentivar, nas situações de prestações de trabalho particularmente curtas, a transição para o trabalho regular. É por isso possível estabelecer um fundamento inteligível para a diferenciação e uma ligação entre os fatores determinantes do tratamento normativo desigual e os objetivos da lei”. Para além disso, o Tribunal considerou que a estratégia do legislador de reduzir a complexidade administrativa associada à contratação a termo para prestações de trabalho curtas com vista a incentivar a laboralização das relações laborais justifica não só a espécie contratual propriamente dita como a diferença de tratamento entre trabalhadores. Logo, o Tribunal Constitucional entendeu que não havia qualquer violação do princípio da igualdade.

4. APRECIÇÃO CRÍTICA

As alterações ao artigo 142º do CT operadas pelo legislador em 2019 vieram, em primeiro lugar, resolver várias querelas doutrinárias conexas com a aplicação do preceito e que se prendiam com o conceito de “evento turístico” e quais as atividades que recaiam no âmbito de “atividades sazonais agrícolas”¹⁶. Em segundo lugar, o acórdão do Tribunal Constitucional veio responder à crítica formulada por uma parte da doutrina quanto à dispensa da formalidade que exige que os contratos de trabalho a termo sejam reduzidos a escrito. Nesse sentido, João Leal Amado entende que o artigo 142º do CT configura “uma espécie de offshore” que “destruiu um dos pilares tradicionais do nosso ordenamento laboral: o de que não há contrato a termo se não houver documento escrito que o formalize adequadamente¹⁷”. Por fim, o Tribunal aceitou a duplicação da duração máxima dos contratos de trabalho de muito curta duração (i.e., de 15 para 35 dias), o que poderá motivar uma nova ampliação do elemento temporal desta modalidade de contrato de trabalho a termo por parte do legislador no futuro.

¹⁶ Nesse sentido, ver FERNANDES, A. M. - Direito do Trabalho, p. 173.

¹⁷ AMADO, J. L. – *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*, p. 87.

CONCLUSÃO

Em suma, o Tribunal Constitucional validou as alterações ao contrato de trabalho atípico de muito curta duração, introduzidas pelo legislador em 2019, e não acolheu os argumentos apresentados pelos deputados que despoletaram o pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade do diploma. Consequentemente, o tempo nos dirá, em que medida, este tipo contratual, poderá, ou não, ser uma ferramenta muito útil, para as empresas, neste mundo laboral contemporâneo, onde impera a globalização do emprego e a economia digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho, noções básicas*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-80104-7.

FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*, 18.^a edição. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6999-9.

LAMBELHO, Ana & GONÇALVES, Luísa Andias – *Direito do Trabalho: Da Teoria À Prática*, 2.^a edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2021. ISBN 978-989-565-037-8.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho: Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8054-3.

REDINHA, Regina - *Relações Atípicas de emprego – a cautionary tale*. Centro de Investigação Jurídico-Económica: Universidade do Porto, 2019. ISBN 978-989-746-217-7.

IL TELELAVORO NELLA DINAMICA SENZA FRONTIERE: ANALISI COMPARATA BRASILE-ITALIA E TUTELA DELLA GIURISDIZIONE INTERNAZIONALE

Miriam Olivia Knopik Ferraz¹

Sommario: Introduzione. 1. Il lavoro virtuale nelle dinamiche senza frontiere: analisi comparativa Brasile-Italia; 2. La tutela della giurisdizione internazionale: limiti e possibilità. Conclusione. Riferimenti.

Riassunto: L'obiettivo del presente articolo è proporre la giurisdizione internazionale come elemento per superare i limiti nella protezione del Telelavoro senza frontiere, soprattutto in Brasile e in Italia. La presente proposta ha come fulcro la tutela effettiva dei diritti dei lavoratori. Per questo utilizza la metodologia logico-deduttiva attraverso lo studio dei paradigmi dell'analisi comparativa Brasile-Italia e, ancora, la metodologia di confronto con il Diritto del Mare per il raggiungimento dell'obiettivo centrale. Il problema proposto è: è possibile comporre una giurisdizione che concili le logiche del telelavoro senza frontiere e consenta la tutela dei diritti? La presente ricerca si articola in obiettivi specifici: in primo luogo, la comprensione del genere "lavoro virtuale" è studiata in modo disaccoppiato dal paradigma limitante dell'istituto del "emprego" (impiego) (Brasile) o dell'istituto del lavoro subordinato tipico (Italia). In base a queste intese, si approfondisce la struttura del telelavoro in Brasile e in Italia, mostrando punti di inflessione e consentendo la mappatura dei problemi che comportano la definizione della giurisdizione di fronte all'assenza di confini nell'esercizio di questo lavoro. Questo tema consolida la definizione di "telelavoro senza frontiere". In un secondo momento si affrontano i percorsi e le difficoltà per l'attuazione della giurisdizione internazionale, a partire dalle definizioni di giurisdizione e dal suo posizionamento rispetto alle logiche di questo mercato del lavoro e alla tutela dei diritti al lavoro. Come risultati e conclusioni, esistono quattro correnti di ripartizione delle competenze per il telelavoro senza frontiere, nell'ambito di uno specifico Paese: la scelta delle parti; il più protettivo per il lavoratore; quella del paese di origine del lavoratore; il luogo in cui viene prestato il servizio o la sede dell'azienda. Sulla base delle riflessioni portate dal Diritto del Mare, è stato possibile mappare i problemi di definizione di una giurisdizione nazionale secondo le correnti presentate: esistono diverse intese e tutele tra paesi, come Brasile e Italia; apre la possibilità di scegliere la giurisdizione in base al paese con normative meno protettive; si apre la possibilità di discriminazione nell'assunzione dei lavoratori; apre la possibilità alla scelta della "bandiera" aziendale da parte del Paese che ha una legislazione meno protettiva. Pertanto, al fine di superare i problemi citati, è stata costruita in via propositiva la definizione della competenza legislativa internazionale per la composizione di norme uniformi per il telelavoro senza frontiere.

Parole chiave: lavoro virtuale; analisi comparativa; giurisdizione internazionale;

Abstract: The objective of the present work is to propose international jurisdiction as an element to overcome limitations in the protection of Telework without borders, especially in Brazil and Italy. The present proposal has as its fulcrum the effective protection of workers' rights. For that, it uses the logical-deductive methodology through the study of the paradigms of the comparative analysis Brazil-Italy and, still, the methodology of comparison with the

¹ Dottorando in Giurisprudenza presso la Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) co-tutela Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma Sapienza - La Sapienza. m.okf@hotmail.com

Law of the Sea for the fulfillment of the central objective. The proposed problem: is it possible to compose a jurisdiction that reconciles the logic of teleworking without borders and allows the protection of rights? The present research is divided into specific objectives: at first, the understanding of the “virtual work” genre is studied in a way that is uncoupled from the limiting paradigm of the employment institute (Brazil) or the typical subordinate work institute (Italy). Under these understandings, the structure of telework in Brazil and Italy is deepened, demonstrating inflection points and, enabling the mapping of problems involving the definition of jurisdiction when faced with the absence of borders in the exercise of this work. This topic consolidates the definition of “telework without borders”. In a second moment, the paths and difficulties for the implementation of international jurisdiction are approached, starting from the definitions of jurisdiction and its positioning against the logic of this labor market and the protection of rights to/at work. As results and conclusions, it was found that there are four currents of jurisdiction allocation for teleworking without borders, within the scope of a specific country: the choice of the parties; the most protective to the worker; that of the worker's country of origin; the place where the service is provided or the company's location. Based on the reflections brought by the Law of the Sea, it was possible to map the problems of defining a national jurisdiction according to the currents presented. There are different understandings and protections between countries, such as Brazil and Italy; the possibility of choosing the jurisdiction according to the country with less protective regulations opens up; the possibility of discrimination in the hiring of workers opens up; it opens the possibility for the choice of the company's “flag” by the country that has less protective legislation. Thus, in order to overcome the problems mentioned, the definition of the international legislative jurisdiction for the composition of uniform regulations for teleworking without borders was constructed as a proposal.

Keywords: virtual work; comparative analysis; international jurisdiction;

Introduzione

Il lavoro virtuale, o telelavoro, data la sua natura fluida, la mancanza di legami, ne consente lo svolgimento in più paesi, con ogni soggetto del rapporto di lavoro in un paese. A proposito di questo telelavoro nella dinamica senza frontiere che mira a proporre la giurisdizione internazionale come elemento di superamento dei limiti nella protezione di questo lavoro, con un focus su Brasile e Italia.

La metodologia logico-deduttiva attraverso lo studio comparato Brasile-Italia e, ancora, la metodologia di confronto con il Diritto del Mare per la mappatura e la critica delle possibilità di scelta della giurisdizione nel caso di queste opere. Al fine di raggiungere gli obiettivi, questa ricerca è suddivisa in obiettivi specifici:

In primo luogo si analizza la definizione di “lavoro virtuale” nella sua forma ampia, cioè senza essere legata ai paradigmi del “emprego” (impiego) nel caso del Brasile o dell'istituto del “lavoro subordinato tipico” nel caso dell'Italia. Tenuto conto di questa premessa, si cerca di verificare la legislazione interna di questi paesi e di evidenziare gli elementi di divergenza e, quindi, di evidenziare le problematiche su questo tema.

In un secondo momento si entra nella definizione di “telelavoro senza frontiere” che si cerca di comprendere la giurisdizione nazionale e internazionale e le sue difficoltà di fronte

al lavoro virtuale senza frontiere, in particolare facendo un confronto con il Diritto del Mare per la mappatura dei problemi di scelta nazionale della giurisdizione.

1. Il lavoro virtuale nella dinamica senza confini: analisi comparativa Brasile-Italia

Per la somiglianza dei termini, “lavoro virtuale” è avvicinato come sinonimo di “telelavoro”²e, entrambi, come terminologie che descrivono la nozione di lavoro a distanza con la presentazione e il consolidamento dei risultati del lavoro forniti per via telematica. (OLIVEIRA NETO, 2018, 25) In questo senso, la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (Eurofound) e l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) definiscono in modo approfondito il telelavoro:

Il telelavoro è definito dall'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), come smartphone, tablet, laptop e computer desktop, nel lavoro svolto al di fuori dei locali del datore di lavoro. In altre parole, il telelavoro implica il lavoro svolto utilizzando le TIC svolto al di fuori del luogo di lavoro del datore di lavoro. Il telelavoro deve risultare da un accordo volontario tra il datore di lavoro e il lavoratore. Oltre all'accordo sull'ubicazione (presso il domicilio del lavoratore o altrove), vanno chiariti altri aspetti, ovvero l'orario di lavoro o le ore lavorate, gli strumenti di comunicazione da utilizzare, le mansioni da svolgere, i meccanismi di vigilanza e le modalità di registrazione dei compiti eseguiti. (Traduzione libera) (EUROFOUND E ILO, 2017)

Alla luce della descrizione presentata, vale la pena evidenziare l'importante distinzione tra lavoro virtuale/telelavoro e lavoro a distanza: mentre il primo è legato all'utilizzo di dispositivi telematici per uso personale e, quindi, alla possibilità di esercitare il lavoro in luoghi diversi; il secondo, il lavoro a distanza, ha un significato più ampio, legando solo lo svolgimento del lavoro in modo totale o parziale in un luogo diverso dal convenzionale, se possibile la sua caratterizzazione come lavoro decentrato.

In entrambe le situazioni è possibile configurare l'home office, in cui si definisce un luogo specifico per l'esercizio del lavoro: la residenza del lavoratore. (OLIVEIRA NETO, 2021) Se questo esercizio viene svolto con l'utilizzo di apparecchiature telematiche, sarà telelavoro, in caso contrario sarà solo lavoro a distanza. Inoltre, si può notare che le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione hanno consentito di svolgere diverse attività da remoto, ampliando le possibilità di lavoro.

² Questo approccio è presente nella ricerca: FANZERES & LIMA, 2018.

In vista di questo scenario si consolidano tre ambiti di comprensione della materia lavorativa inserita nella realtà del lavoro virtuale:

L'imprenditore telelavoratore: caratterizzato come colui che ha i mezzi e gli strumenti per svolgere il lavoro, ha il potere di gestione e di autorganizzazione. In tal senso, incorpora i rischi dell'impresa ed esegue in proprio la prestazione di servizi o effettua l'assunzione di dipendenti, terzi o collaboratori, decaratterizzando la nozione di personalità e consolidando un rapporto commerciale;

Il telelavoratore autonomo: in questa configurazione svolge i servizi in modo personale, tuttavia, predomina ancora l'elemento di autonomia poiché dispone di mezzi e mezzi propri, ed è ancora possibile subappaltare altri fornitori.

Infine, il lavoratore dipendente è colui che soddisfa tutti i requisiti di un rapporto di lavoro formalizzato: subordinazione, abitudine, onerosità, personalità e individuo. L'unico fattore che lo differenzia dagli altri lavoratori è il lavoro in maniera decentrata e per via telematica. (OLIVEIRA NETO, 2017, 104)

In questo modo, a livello nazionale di ciascun Paese, si legherà una maggiore tutela da parte dello Stato a quale quadro nelle suddette realtà sarà legato il lavoratore. Questa differenziazione consente una maggiore protezione per una forma di lavoro e una minore protezione per le altre forme, in particolare per i telelavoratori e i telelavoratori autonomi.

Con l'obiettivo di approfondire il presente studio e verificare puntualmente come si sviluppa il telelavoro in due paesi paradigma: Brasile e Italia e, da questa analisi, evidenziare le somiglianze e le differenze.

L'obiettivo di realizzare il confronto Brasile-Italia si pone alla luce del quadro teorico di Pierre Legrand sullo studio del diritto comparato (LEGRAND, 2018) e, quindi, cerca di comprendere le differenze tra i sistemi giuridici e "identificare e definire l'individualità di ogni sviluppo, le caratteristiche che lo facevano concludere in modo così diverso dall'altro" (traduzione libera) (WEBER, 1976, 385)

In questo senso, si sottolinea che la presente ricerca non realizzerà un dialogo tra diritto brasiliano e diritto italiano, perché come affermato da Derrida e, avallato da Legrand, perché ci sia un dialogo i due interlocutori devono parlare la stessa cosa linguaggio. (LEGRAND, 2018, 31 & DERRIDA, 1986, 85) La nozione stessa di "linguaggio" e "linguaggio" va oltre i segni del linguaggio e coinvolge una comunicazione più ampia: segni ed elementi regionali e culturali. In questo senso, la teoria dell'Analisi del Discorso (DA) rivela che il suo oggetto di studio è "un oggetto storico-sociale in cui la linguistica interviene come presupposto". (Traduzione libera) (ORLANDI, 2009, 17)

Pertanto, quando Pierre Legrand (2018, 30) propone la sua metodologia di analisi comparativa, prende come elementi essenziali la comprensione che le aspettative di ciascun paese sono legate a elementi culturali e storici; c'è un legame con i soggetti coinvolti in questo discorso: “ciò che si dice significa in relazione a ciò che non si dice, al luogo sociale da cui si dice, a chi si dice, in relazione ad altri discorsi” (traduzione libera) (ORLANDI, 2013); La stessa ricerca comparata, infine, non può escludere il soggetto elaboratore/ricercatore, poiché anch'egli è influenzato dalla sua realtà ed elabora la sua ricerca dalla sua prospettiva: “ogni giurista brasiliano che si dedichi allo studio del diritto straniero deve ammettere di svolgere la sua opera influenzato dalla sua precomprensione e che l'esistenza di questa precomprensione è in gran parte inevitabile”. (Traduzione libera) (LEGRAND, 2018, 30)

Dunque i diritti non parlano la stessa lingua e, allo stesso modo, nemmeno i giuristi brasiliani e italiani, bisogna considerare “l'uomo nella sua storia, i processi e le condizioni della produzione del linguaggio attraverso l'analisi del rapporto della lingua con la soggetti che lo parlano e le situazioni in cui si svolge il dire” (traduzione libera) (PAULON, NASCIMENTO & LARUCCIA, 2014)

Considerando queste premesse, viene presentato il concetto esistente in Brasile sul “telelavoro”. Ciò è specificamente presente nel Testo unico delle leggi sul lavoro (decreto-legge n. 5.452/193) con le novità derivanti dalla legge n. 13.357/2017 ³(Riforma del lavoro) all'art. 75-B:

La prestazione di servizi prevalentemente al di fuori dei locali del datore di lavoro, con l'utilizzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione che, per loro natura, non costituiscono lavoro esterno.
(Traduzione libera)

Data questa definizione, il primo passo è capire il livello di relazione esistente: se imprenditore telelavoratore; telelavoratore autonomo; o telelavoratore dipendente. Per l'ampia tutela apportata dal sistema brasiliano, occorre configurare il rapporto di lavoro, cioè che soddisfi tutti i requisiti del rapporto di lavoro del CLT: subordinazione, abitualità, onerosità, personalità e individuo (artt. 2 e 3 del CLT), con l'unico elemento di differenziazione dell'esercizio decentrato. (OLIVEIRA NETO, 2017, 104)

³ Precedentemente alla suddetta riforma, l'art. 6 del TUF con l'inserimento della Legge n. 12.551/2011: “Art. 6 Non vi è distinzione tra lavoro svolto presso la sede del datore di lavoro, lavoro svolto presso il domicilio del lavoratore e lavoro svolto a distanza, purché siano caratterizzati i presupposti del rapporto di lavoro. (Testo previsto dalla Legge n. 12.551 del 2011) Comma unico. I mezzi telematici ed informatizzati di comando, controllo e vigilanza equivalgono, ai fini della subordinazione giuridica, ai mezzi personali e diretti di comando, controllo e vigilanza dell'operato altrui. (Incluso dalla legge n. 12.551 del 2011)” (traduzione libera)

Ove tali requisiti siano adempiuti, la tutela cautelare sarà espletata, ed avrà diritto all'applicazione di quanto previsto dall'art. da 75-A a 75-E del CLT, in sintesi: la definizione di lavoro come prestazione fuori sede del datore di lavoro, mediante l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; vi è la possibilità di recarsi presso la sede del datore di lavoro per svolgere attività specifiche, se necessario; la forma di prestazione come telelavoro deve essere inserita in un contratto di lavoro individuale, contenente anche le attività e le responsabilità per l'acquisto, la manutenzione o la fornitura di attrezzature; vi è l'obbligo per il datore di lavoro di istruire il lavoratore sulle precauzioni per evitare malattie e infortuni sul lavoro.

Nell'ambito del Brasile, la discussione principale risiede nel controllo o meno della giornata lavorativa, inserendosi nelle ipotesi dell'art. 62, I, del CLT di allontanamento dal capitolo relativo all'orario di lavoro, nel caso di "dipendenti che svolgono attività esterna incompatibile con la fissazione dell'orario di lavoro, e tale condizione deve essere annotata nella Tessera del Lavoro e della Previdenza Sociale e nella la registrazione dei dipendenti". (Traduzione libera) La dottrina discute la possibilità di questo controllo nell'ambito del telelavoro e come la prova di ciò sarebbe effettuata.⁴

Entra nella accezione italiana di telelavoro, fenomeno che è garantito principalmente negli accordi quadro conclusi tra le parti unioni, che hanno lo scopo di definirlo garanzie minime per i telelavoratori. In questo scenario, non si costituisce una specifica categoria di telelavoro, ma si tratta di caratteristiche che possono essere inserite in diverse tipologie di lavoro. Il telelavoro è inteso come una delle possibili modalità di lavoro da svolgere all'interno della categoria: "Rapporti che si svolgono fuori dalla sede dell'Impresa": quello svolto dal domicilio del lavoratore⁵; il lavoro remotizzato, nel quale il lavoratore svolge l'attività in "uffici satellite"; o i centri di lavoro comunitario, strutture che ospitano telelavoratori che dipendono da imprese diverse. (SANTORO-PASSARELLI, 2012)

La tutela esistente per il lavoro subordinato si applica anche al telelavoro, purché ne sussistano i requisiti, in applicazione all'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 e dell'art. 409 c.p.c., disponendo che:

si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di

⁴ Nella ricerca condotta da Marília de Gonzaga Lima e Silva Tose (2005, 54) è emerso che una caratteristica intrinseca di questo tipo di lavoro era la mancanza di controllo sull'orario di lavoro.

⁵ Cass. 18 luglio 2006, n. 16379.

esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

È interessante notare che in Italia non esiste una regolamentazione efficace del telelavoro, con il legislatore italiano concentrato solo sull'obiettivo di incoraggiare questo lavoro, come si evince dal D.Lgs. n. 80/2015, che ha portato agevolazioni per l'attuazione dell'istituto, con l'obiettivo centrale di conciliare vita privata e lavoro, come l'esclusione dei telelavoratori dai limiti numerici previsti dalla legge per l'attuazione di accordi che richiederebbero numeri minimi.⁶

Si segnala infine che il telelavoro presenta alcune distinzioni dal “lavoro agile” per i seguenti punti: primo: “nel telelavoro il collegamento telematico con la sede dell’impresa è necessario e non solo possibile”; secondo: “il lavoro agile [...] ammette espressamente che lo svolgimento dell’attività avvenga almeno in parte all’interno dell’azienda e quindi per definizione esprime una modalità organizzativa diversa dal telelavoro”; e infine “la disciplina del patto di lavoro agile riserva all’autonomia individuale ambiti di intervento [...] sconosciuti alla fattispecie del telelavoro”. (SANTORO-PASSARELLI, 2012)

Pertanto, considerata la necessità nell'ambito del Diritto Comparato di evidenziare la differenza tra ordinamenti giuridici (LEGRAND, 2018, 30), si rileva che nell'ambito brasiliano esistono specifiche dettagliate su questo lavoro, mentre nell'ambito italiano queste sono limitate alle definizioni.

Come parte della realtà di questa modalità di lavoro, c'è la possibilità di esercitare il lavoro con ciascuno dei soggetti in un paese diverso, per questo entra nella comprensione di carriere senza frontiere.

La definizione di carriere senza frontiere ha come punto di partenza la materia del lavoratore post-industriale (FLORIDA, 2014) ed è giunta ai giorni nostri attraverso il rapporto di lavoro impresa-lavoratore nell'ambito della rivoluzione 4.0. (SCHWAB, 2016)

La comprensione della definizione “assenza di confini” può essere legata alla fluidità dei limiti tra lavoro e tempo libero/vita professionale e vita personale (MARQUES, FERRAZ, MOREIRA, 2021) o anche alla centralità delle carriere e alla disconnessione con l'affetto interpersonale che lo rendono difficile (CHAMORRO-PREMUZIC, 2013), tra cui, “il riconoscimento delle competenze contemporanee associate ai profili di leadership, come

⁶ Altri esempi sono presentati in: art. 38, lei n. 69 de 2009; arte. 22, lei n. 183 de 2011; arte. 23, decreto legislativo n. 80 de 2015

la leadership delle donne in ambienti a prevalenza maschile”. (Traduzione libera) (PEREIRA, PAIVA JR & MUZZIO, 2021)

Tuttavia, l'approccio inteso in questo lavoro è la comprensione di “attività lavorative indipendenti, presenti in ambiti nazionali e globali dove convivono opportunità, insicurezza, flessibilità e incertezza; e in cui i lavoratori del settore privato sono integrati con gli agenti pubblici” (traduzione libera), come sottolineano Chris Herbert Berenguer Pereira, PAIVA JR, Fernando Gomes de Paiva Jr. e Henrique Muzzio (2021) riferendosi alle carriere e all'ascensione dal 1990.

Gli autori sottolineano le caratteristiche principali di queste carriere: i. mobilità transfrontaliera di diversi datori di lavoro; ii. Strutturazione della carriera che consenta l'esistenza di rapporti di lavoro in modo fluido e temporaneo, quali elementi, anche, di differenziazione della materia nel mercato del lavoro; iii. Come elementi di questa carriera, l'esistenza di informazioni e di relazioni extra-organizzative che portano elementi di differenziazione al lavoratore; iv. Estinzione dei principi gerarchici; v. Frequenza di rifiuto delle opportunità di carriera per motivi personali e/o familiari; sega. Indipendenza dai tradizionali principi organizzativi. (PEREIRA, PAIVA JR & MUZZIO, 2021)

Parallelamente a questi elementi, si segnalano i progressi presentati da Hatala e Yamkovenko (2016), aggiungendo come elementi strutturanti di questa carriera la nozione di assenza di confini come elemento essenziale affinché il professionista abbia elementi di competitività nel settore della l'economia e il mercato del lavoro in cui è inserita. Si consolida così una nuova realtà: l'esercizio del lavoro attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in modo fluido e slegato da elementi classici che caratterizzano i rapporti di lavoro subordinato e, anche, da elementi esaustivi di definizione della giurisdizione.

Comprendere questa realtà ci consente di orientarci verso politiche globali per promuovere il lavoro svolto in un ambiente virtuale, che può essere consolidato solo se si considerano i suddetti fattori di fluidità.

2. La tutela della giurisdizione internazionale: limiti e possibilità.

Nell'ambito del diritto comparato ci sono teorici come Zweigert e Kötz (1992) che difendono l'uniformità dei sistemi, tuttavia «le differenze, anche quando non si vogliono vederle o anche quando si vogliono farle sembrare banali, ci sono necessariamente, e sono, inoltre, così significative da denunciare che esiste più di un diritto”. (Traduzione libera) (LEGRAND, 2018, 53-54)

In questo senso, proprio come Law “ogni discorso si fa in questa tensione: tra lo stesso e il diverso (...) è in questo gioco tra parafrasi e polisemia, tra lo stesso e il diverso, tra quanto già detto e che dire che i soggetti ei sensi si muovono, si fanno strada, (essi) significano”. (ORLANDI, 2009, 36)

Nonostante queste critiche, la proposta di questo lavoro non è una standardizzazione completa di questi sistemi, ma la definizione di standard affinché la legislazione di un Paese, essendo meno protettiva, sia un elemento per la realizzazione della discriminazione nell'ambito del telelavoro senza frontiere. Ai fini di questi paradigmi, si valuta come necessaria la visualizzazione della protezione internazionale esistente in materia.

Per farlo, tiene conto della posizione della stessa Organizzazione Internazionale del Lavoro, che nel 2020 ha lanciato “Il telelavoro durante la pandemia post-COVID-19 – Guida pratica” (ILO, 2020) in cui elenca le convenzioni ILO e raccomandazioni applicabili al telelavoro: la Convenzione (n. 156) relativa alle pari opportunità e al trattamento dei lavoratori di entrambi i sessi: lavoratori con responsabilità familiari, 1981; la Convenzione (n. 155) sulla sicurezza e la salute dei lavoratori, 1981; la Raccomandazione (n. 164) sulla Sicurezza e la Salute dei Lavoratori, 1981; Il Raccomandazione (n. 206) sulla violenza e le molestie, 2019; la Convenzione (n. 190) sulla violenza e le molestie, 2019; Convenzione (n. 154) sulla promozione della contrattazione collettiva, 1981; la Convenzione (n. 183) sulla protezione della maternità, 2000.

Dall'analisi dei suddetti strumenti non risultano specifiche disposizioni in materia di lavoro virtuale/telelavoro e la Convenzione n. 177, che fa riferimento al lavoro a domicilio e segue una linea più ampia, come quella del presente lavoro: non collega il lavoro formale subordinato al soggetto che non dispone necessariamente delle dotazioni tecnologiche: «non è perché il lavoratore ha le attrezzature tecnologiche per la produzione che non si formeranno rapporti di lavoro” (traduzione libera) (OLIVEIRA NETO, 2017, 105)

Viene affrontata anche la Raccomandazione ILO n° 184, che ha applicabilità ai lavoratori a domicilio, che ne consente un'applicazione analoga al telelavoro, nella parte VI, n° 16, che prevede che i lavoratori debbano essere risarciti per le spese relative al lavoro, come energia, acqua, manutenzione di macchinari e attrezzature

In questo modo, il primo passo verso la definizione di standard a livello internazionale sarebbe la comprensione dei rapporti di lavoro virtuale al di là del lavoro subordinato/lavoro, poiché all'interno dei paesi esiste una chiara differenziazione tra lavoro subordinato e imprenditore e lavoratore autonomo. Superato questo punto si potrà pensare a tutele di base per questi lavoratori.

L'elemento successivo è la nozione stessa di giurisdizione, che secondo Shaw:

La giurisdizione riguarda il potere dello Stato di incidere su persone, beni e circostanze riflettendo il principio fondamentale della sovranità statale, dell'uguaglianza degli Stati e della non interferenza negli affari interni. La giurisdizione è un punto centrale e vitale della sovranità statale, in quanto è un esercizio di autorità che può alterare o creare o terminare rapporti e obblighi legali. (Traduzione libera) (SHAW, 2014, 572)

Oltre a questa ampia comprensione, ci sono autori, come Brownlie, che portano un limite e un rapporto con la competenza:

La giurisdizione si riferisce ad un aspetto particolare della competenza giuridica generale degli Stati comunemente denominata "sovranità". La giurisdizione è un aspetto della sovranità e si riferisce alla competenza giudiziaria, legislativa e amministrativa. Diverso dal potere di prendere decisioni o leggi (giurisdizione prescrittiva o legislativa) è il potere di intraprendere azioni esecutive allo scopo, o come conseguenza, di prendere decisioni o leggi. (Traduzione libera) (BROWNLIE, 2003, 298)

Pertanto, la comprensione della giurisdizione coinvolge tre aspetti: giurisdizione legislativa, riferita al primato per la creazione delle leggi; giurisdizione esecutiva, riferita alla capacità di agire; Competenza giurisdizionale, riferita al potere di giudizio dei giudici. (WEBERBAUER, 2006, 109) In questo lavoro verrà messo in evidenza il fulcro della giurisdizione legislativa.

Da un lato, la giurisdizione nazionale è il «diritto dello Stato sul territorio e sui suoi abitanti è esclusivo, cioè nessun altro Stato può esercitare la propria giurisdizione sul territorio, se non con il consenso del primo». (traduzione libera) (ACCIOLY, SILVA & CASELLA, 2012, 465)

Nel caso di giurisdizione internazionale, è collegata a paesi membri o paesi che hanno ratificato specifici strumenti internazionali.

La situazione problematica viene quindi affrontata: quando un lavoratore di una nazionalità svolge il suo lavoro virtuale in un paese per un'azienda di un altro paese. Per la definizione della giurisdizione di quale paese sarebbe applicabile, si trovano le seguenti possibilità: a. luogo di esercizio del lavoro: art. 198 del Codice di diritto internazionale privato, prevede che la disciplina in materia di infortuni sul lavoro e di protezione sociale dei lavoratori sia territoriale; B. l'applicazione della norma più favorevole, quale principio

fondamentale del diritto del lavoro; c. della sede dell'azienda come spiegato da Manuel Martin Pino Estrada:

la legge da applicare non sarebbe quella del luogo in cui si trova fisicamente il telelavoratore, ma quella del Paese in cui si percepisce il beneficio. Da questo punto di vista, la legge applicabile sarebbe quella del Paese estero, anche se il telelavoratore non avesse lasciato il luogo di origine. (Traduzione libera) (STRADA DEL PINO, 2002)

In tale scenario, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare vincola la normativa applicabile a quella corrispondente alla bandiera della nave, indipendentemente dalla nazionalità dei lavoratori a bordo. Pertanto, se applicati in uno scenario di lavoro virtuale senza confini, sarebbero soggetti alla regolamentazione della “piattaforma”, che in un certo senso sarebbe determinata dal Paese del datore di lavoro. Questa scelta genererebbe pari diritti per i lavoratori a contratto, tuttavia, potrebbe dar luogo alla creazione di società in paesi con normative del lavoro poco profonde proprio per la realizzazione di questi contratti.

Considerando gli scenari delineati, si evidenziano le difficoltà nella scelta della giurisdizione nazionale, secondo uno dei criteri elencati: se si privilegia la legislazione del Paese del lavoratore, si potrebbe portare alla non assunzione di lavoratori che provengono da Paesi con tutela legislazione, scontro già discusso nel diritto marittimo; se viene favorita la normativa aziendale (il punto finale dell'erogazione del servizio), potrebbe dar luogo all'allocazione di società in Paesi meno tutelati, contenzioso che trova anche discussione nell'ambito del diritto marittimo.

Per quanto sopra, la protezione internazionale risolve questi problemi, poiché impone un orizzonte di tutele eque tra tutti i paesi, almeno in termini di standard. È in questo senso che la giurisdizione internazionale, con particolare attenzione alla giurisdizione legislativa, consente la formazione di un elenco minimo di diritti che saranno garantiti a tutti i lavoratori.

Ad esempio, ci sono le convenzioni di Diritto del Mare che portano disposizioni per garantire diritti minimi ai rapporti di lavoro, che non possono essere confuse con disposizioni generiche. La Convenzione sul lavoro marittimo tutela, ad esempio, l'età minima di 16 anni e un certificato sanitario per l'imbarco.

L'imposizione della giurisdizione internazionale aiuta anche a superare la dicotomia “impiego x lavoro” e “lavoro x lavoro tipico subordinato”, facendo un'applicazione generale delle Convenzioni ILO: “si applicano ai rapporti di lavoro in senso lato, stabilendo, a livello

globale, un dovere generale per gli Stati di tutelare il lavoro con lo stesso scopo”. (Traduzione libera) (NICOLI, 2016, 120)

In questo modo, la dinamica del telelavoro senza frontiere deve essere accompagnata da standard minimi di protezione possibili attraverso la giurisdizione internazionale.

Conclusione.

Di fronte al crescente utilizzo dei mezzi telematici per l'esercizio del lavoro, la presente ricerca ha inteso approfondire in modo specifico il tema della competenza nel caso del telelavoro senza frontiere. Per raggiungere questo obiettivo, la ricerca è stata suddivisa in due assi, dai quali sono elencati i risultati:

In primo luogo, la punteggiatura della premessa che questo tipo di lavoro deve essere visto nel suo insieme e non legato ai paradigmi del “lavoro” nel caso del Brasile o dell'istituto del “lavoro subordinato tipico” nel caso dell'Italia. Si è passati agli studi comparativi della legislazione brasiliana e italiana, adottando la metodologia di Pierre Legrand, in cui si evidenziano le differenze. In considerazione di ciò, si è riscontrato che la legislazione brasiliana ha più dettagli previsti dalla legge rispetto a quella italiana, che si limita allo studio delle definizioni.

Tuttavia, sono stati compiuti progressi verso la comprensione del “telelavoro senza frontiere” come quello esercitato attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in modo fluido e slegato da elementi classici che caratterizzano i rapporti di lavoro subordinato e, ancora, da elementi esaustivi di definizione della competenza lavorativa.

In tale scenario sono state studiate le normative internazionali applicabili a questo lavoro, lasciando nell'ambito dell'ILO solo paradigmi generici, con possibili brevi approssimazioni alla Convenzione n. 177 e Raccomandazione ILO n. 184, che si riferiscono entrambi al lavoro a casa.

In tale contesto si propone la definizione di standard a livello internazionale, tenendo conto della comprensione dei rapporti di lavoro virtuali oltre al lavoro subordinato/lavorativo.

Sono stati compiuti progressi nello studio della giurisdizione e delle sue diverse intese, realizzando lo studio rispetto al diritto del mare e ai suoi problemi simili su questo argomento, concludendo che la protezione internazionale potrebbe agire risolvendo il problema dell'assenza di eque tutele tra tutti paesi, almeno se sono previsti standard di protezione.

Riferimenti.

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 465.

ARTHUR, M. B. (2014). The boundaryless career at 20: where do we stand, and where can we go?" *Career Development International*, 19(6), 627-640; ARTHUR, M. B., & Rousseau, D. M. (1996). *A boundaryless career – a new employment principle for a new organizational era*. Oxford: Oxford University Press.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. Ed. Oxford New York: Oxford University press, 2003, p. 298

Cass. 18 luglio 2006, n. 16379.

CHAMORRO-PREMUZIC, T. (2013). Why do so many incompetent men become leaders? (And How to Fix It). Harvard Business Press, Cambridge. Disponível em: <https://hbr.org/2013/08/why-do-so-many-incompetent-men>. Acesso em 20/01/2022.

DERRIDA, Jacques; LABARRIERE, Pierre-Jean. *Altérités*. Paris: Osiris, 1986, p. 85.

EUROFOUND AND ILO. 2017. **Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work**. Luxembourg and Geneva: Publications Office of the European Union and ILO.

FANZERES, Naira; LIMA, Luciana Campos. Evidências da adaptação de profissionais de secretariado ao trabalho virtual. **R. G.Secr., GESEC**, v.9, n.1, 2018.

FLORIDA, R. **Ascensão da classe criativa**. São Paulo: IPM, 2011; FLORIDA, R. The creative class and economic development. **Economic Development Quarterly**, n. 28, vol. 3, p. 196-205, 2014.

HATALA, J. P., & YAMKOVENKO, B. (2016). Weak Ties and Self-regulation in Job Search. *Journal of Career Development*, 43(6), 541–555.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 31

MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; MOREIRA, Parcell Dionizio. Sociedade do cansaço na era digital e o direito à desconexão na pandemia covid19. *In: SALADINI, Ana Paula Sefrin; MARQUES FILHO, Lourival Barão. (Org.) Direito do Trabalho e novas tecnologias: impacto da revolução tecnológica nas relações de trabalho e nova racionalidade jurídica*. Editora Thoth: Londrina. 2021.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 120.

OIT. **Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19 - Guia prático**, Genebra, jul.2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_772593.pdf. Acesso em 20/01/2021

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Reflexões sobre o teletrabalho transnacional. **Revista de Direito UNIFACS**, n. 257, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7508/4472#>. Acesso em 20/01/2021

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação**. (238 f.) Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 104.

- ORLANDI, Eni Pulcinelli. A materialidade do gesto de interpretação e o discurso eletrônico. *In*: DIAS, Cristiane. **Formas de mobilidade no espaço e-urbano**: sentido e materialidade digital [online]. Série e-urbano, V. 2, 2013, Disponível em: <https://www.labeurb.unicamp.br/livroEurbano/volumeII/>. P. 83. Acesso em: 20 jul. 2021.
- ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso**: princípios e procedimentos. 8. ed. São Paulo: Pontes, 2009, p. 17.
- PAULON, Andréa; NASCIMENTO, Jarbas Vargas do; LARUCCIA, Mauro Maia. Análise do Discurso: Fundamentos Teórico- Metodológicos. *Revista Diálogos Interdisciplinares*, v. 3, n. 1, 2014.
- PEREIRA, Chris Herbert Berenguer; PAIVA JR, Fernando Gomes de; MUZZIO, Henrique. O Trabalho Criativo em Carreiras Sem Fronteiras: O Caso da Boundary VFX. **Revista Psicologia: Organizações & Trabalho (rPOT)**, n. 21, vol. 1. 2021.
- PINO ESTRADA, Manuel Martin. O teletrabalho transfronteiriço no Direito brasileiro e a globalização. https://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro?pagina=2#:~:text=O%20teletrabalho%20transfronteiri%C3%A7o%20no%20Direito%20brasileiro%20e%20a%20globaliza%C3%A7%C3%A3o&text=Quando%20o%20teletrabalhador%20n%C3%A3o%20mant%C3%A9m,de%20ter%20recebido%20as%20instru%C3%A7%C3%B5es. Acesso em 19 jul. 2021.
- SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione. WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
- SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: Edipro, 2016.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 572.
- SILVA TOSE, Marília de Gonzaga Lima e. **Teletrabalho**: a prática do trabalho e a organização subjetiva dos seus agentes. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 54.
- WEBER, Max. *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*. Translated by R. I. Frank. London: NLB, 1976, p. 385 [originalmente publicado em alemão, em 1909].
- WEBERBAUER, Paul Hugo. O Estado-nação e a jurisdição internacional: análise das barreiras para a implementação de uma jurisdição compulsória no plano internacional. (175 f.). Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Orientador: Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem. Recife, 2006, p.109-110.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 2nd. rev. ed. Transl. by Tony Weir. Oxford: Oxford University Press, 1992.

O TRABALHO INTERMITENTE BRASILEIRO E O DESALINHAMENTO COM O OBJETIVO Nº 08 DA AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

The Brazilian Intermittent Work And The Misalignment With The Objective N° 08 Of The 2030 Agenda Of The United Nations Organization For Sustainable Development

Marlus Eduardo Faria Losso¹

Resumo: O ano de 2017 foi importante na seara jurídico-trabalhista do Brasil pela promulgação da Lei Federal nº 13.467/2017. O objetivo dessa normativa, que ficou conhecida como “Reforma Trabalhista” era arrefecer a taxa de desemprego, que na época estava na faixa de 13,7%, criando novos postos de trabalho com a diminuição da informalidade, categoria superior ao número de trabalhadores formais naquele momento. Além disso, planejava-se que esses novos postos de trabalho poderiam causar impacto positivo na arrecadação tributária, já que o trabalho formalizado cria obrigações fiscais. Essa normativa foi muito criticada na época, sob a alegação de que tratava-se, na realidade, de uma flexibilização que tinha por foco a redução de direitos dos trabalhadores. Todavia, ao menos no momento inicial, surtiu efeitos positivos, já que a Reforma Trabalhista, aliada a fatores econômicos diversos, propiciou, efetivamente, a redução na taxa de desemprego ao patamar de 11% ao final do ano de 2019. Tal cenário positivo foi, em seguida, profundamente afetado pela pandemia no início de 2020, que implicou no aumento muito significativo da taxa de desemprego, fato não verificado apenas no Brasil, mas de forma geral no mundo todo, especialmente em face dos jovens trabalhadores. Muito embora, mais recentemente, com o aparecimento de sinais de recuperação econômica, a taxa de desemprego esteja, novamente, diminuindo, e considerando o lapso temporal desde a promulgação da referida normativa, propõe-se neste estudo uma reflexão atual sobre o impacto de uma das inovações da Reforma Trabalhista, que é a implementação do trabalho intermitente, atualmente materializado pelo art. 452-A da CLT, nos paradigmas trabalhistas consolidados ao longo das últimas décadas. No trabalho intermitente, o labor ocorre por demanda. Com isso, o empregado não estará plenamente disponível ao empregador e pode, inclusive, recusar uma convocação, sem que isso caracterize uma infração. Por outro lado, se não houver demanda de trabalho, o intermitente não será convocado para o labor e, conseqüentemente, não terá qualquer remuneração, embora continue empregado e sendo contabilizado em dados oficiais. Nesse viés, a reflexão aborda a relativização do princípio da subordinação jurídica e da divisão do risco da atividade econômica entre a empresa e o empregado, bem como na discriminação desses trabalhadores em face dos demais do estabelecimento - já que não está no cotidiano empresarial. Busca-se investigar se o trabalho intermitente realmente contribui com os objetivos para os quais foi proposto e se está, efetivamente, alinhado com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, que em seu objetivo nº 08, prevê que se deve “*alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor*”. Este estudo analisa dados estatísticos oficiais, doutrina e jurisprudência. As conclusões alcançadas demonstram que, se de um lado, o empregado passa a ter maior autonomia face à relativização do princípio da subordinação, de outro a este é transferida, de fato, parcela do risco da atividade econômica que sempre esteve atrelado ao empregador. Ademais, verificou-se, também, que é uma medida que afasta o emprego pleno proposto pela Agenda 2030 da

¹ Advogado, Pós-Graduado Lato Sensu em Direito do Trabalho e Mestre em Direito Econômico e Social, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorando pela Sapienza Università di Roma, Itália. E-mail: marluseduardo.losso@uniroma1.it.

ONU, criando uma categoria de trabalho inferior se comparado aos demais do estabelecimento - com os efeitos maléficos que essa situação acarreta.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista; Trabalho intermitente; Efeitos; Pleno emprego; Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

ABSTRACT: The year 2017 was important in the legal and labor field in Brazil due to the enactment of Federal Law nº 13.467/2017. The objective of this regulation, which became known as the “Labor Reform” was to reduce the unemployment rate, which at the time was in the range of 13.7%, creating new jobs with the reduction of informality, a category higher than the number of formal workers. That moment. Furthermore, it was planned that these new jobs could have a positive impact on tax collection, as formalized work creates tax obligations. This regulation was heavily criticized at the time, on the grounds that it was, in fact, a flexibilization that focused on reducing workers' rights. However, at least initially, it had positive effects, as the Labor Reform, combined with various economic factors, effectively led to a reduction in the unemployment rate to 11% at the end of 2019. This positive scenario was, then deeply affected by the pandemic at the beginning of 2020, which resulted in a very significant increase in the unemployment rate, a fact not only verified in Brazil, but in general throughout the world, especially in the face of young workers. Even though, more recently, with the appearance of signs of economic recovery, the unemployment rate is, again, decreasing, and considering the time lapse since the enactment of the referred regulation, it is proposed in this study a current reflection on the impact of a of the innovations of the Labor Reform, which is the implementation of intermittent work, currently materialized by art. 452-A of the CLT, in the labor paradigms consolidated over the last few decades. In intermittent work, work occurs on demand. With this, the employee will not be fully available to the employer and may even refuse a call, without this characterizing an infraction. On the other hand, if there is no demand for work, the intermittent worker will not be summoned to work and, consequently, will not receive any remuneration, although he remains employed and is accounted for in official data. In this bias, the reflection addresses the relativization of the principle of legal subordination and the division of the risk of economic activity between the company and the employee, as well as the discrimination of these workers in face of the others in the establishment - since it is not in the business routine. It seeks to investigate whether intermittent work really contributes to the objectives for which it was proposed and whether it is effectively aligned with the United Nations Organization's 2030 Agenda for Sustainable Development, which in its objective nº 08, provides that it should be “achieve full and productive employment and decent work for all women and men, including youth and persons with disabilities, and equal pay for work of equal value”. This study analyzes official statistical data, doctrine and jurisprudence. The conclusions reached demonstrate that, if, on the one hand, the employee has greater autonomy in the face of the relativization of the principle of subordination, on the other hand, a portion of the risk of economic activity that has always been linked to the employer is transferred to it. In addition, it was also found that it is a measure that moves away from full employment proposed by the UN 2030 Agenda, creating a lower category of work compared to others in the establishment - with the harmful effects that this situation entails.

KEYWORDS: Labor reform; Intermittent work; Effects; Full employment; United Nations 2030 Agenda.

INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 13.467, promulgada em 13 de julho de 2017, representou um importante marco na seara jurídico-trabalhista brasileira ao implementar o que se denominou de “Reforma Trabalhista”.

As justificativas que fundamentaram essa normativa apontavam, resumidamente, para dois fatores: i) necessidade de arrefecimento da taxa de desemprego, que na época estava na faixa de 13,7%; e ii) criação de novos postos de trabalho com a diminuição da informalidade, categoria superior ao número de trabalhadores formais naquele momento. Além disso, planejava-se que esses novos postos de trabalho poderiam causar impacto positivo na arrecadação tributária, já que o trabalho formalizado cria obrigações fiscais.

Durante seu trâmite perante a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, recebeu um total de 193 emendas, sendo que constou de Parecer Final² o seguinte:

O tema do trabalho é um tema caro a nossa Carta Cidadã. Ele está consagrado no art. 7º e seus 34 incisos, que elencam direitos das pessoas que trabalham nas áreas urbana e rural, e no art. 8º, que se dedica ao direito coletivo do trabalho. Entendemos que o projeto em tela preserva todos os direitos das pessoas previstos nestes dispositivos e os amplia, à medida que permite que mais trabalhadores possam deles usufruir. Esta proposta se trata de uma conquista, ao passo que aprimora esses dispositivos. Aliás, primordial destacar o óbvio respeito da proposição ora analisada à hierarquia das normas. Novamente enfatizamos: nenhum dispositivo constitucional é ofendido. A proposição não modifica os arts. 7º e 8º, nem altera qualquer artigo, parágrafo, inciso ou alínea da Constituição. Quando afirmamos que respeitamos por óbvio a hierarquia das leis, é para responder à tola tese de que esta reforma trabalhista ataca direitos constitucionais. Fosse esta a intenção, ela seria um tiro no pé, uma vez que prontamente a Corte Constitucional julgaria procedente a profusão de ações diretas de inconstitucionalidade que seriam pugnadas contra a norma. Esta narrativa é tão verossímil quanto à batalha de Itararé, a batalha que nunca houve. Entretanto, o tema do trabalho está presente de maneira mais ampla na Carta Magna, permeando uma série de outros artigos, e esta reforma trabalhista deve ser analisada também à luz deles. Fundamentalmente, esta proposta se motiva por um específico princípio constitucional: o da dignidade da pessoa humana. É sob esta perspectiva que devemos entender uma reforma que intenciona que as pessoas realizem seu potencial e persigam seus sonhos.

Essa normativa foi muito criticada na época, sob a alegação de que tratava-se, na realidade, de uma flexibilização que tinha por foco a redução de direitos dos trabalhadores.

² Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1635963640864>>. Acesso em 11/06/2022.

Tanto assim que o Senado Federal abriu consulta pública³ sobre a matéria, cujo resultado final apontou que apenas 8,88% (16.789) dos participantes manifestaram concordância com a proposição, em face da maioria de 91,12% (172.166) contrários.

O debate gerou, inclusive, a edição da Medida Provisória nº 808/2017, apenas quatro meses depois da promulgação da Reforma Trabalhista, alterando diversos de seus dispositivos (muitos deles atinentes ao contrato de trabalho intermitente). Todavia, essa norma perdeu validade por ter atingido seu prazo sem que tenha sido deliberado pelo Congresso Nacional, o que evidenciou falta de acordo parlamentar para revisar a criticada legislação.

A esse respeito, em evento realizado pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, intitulado “*o ponto e o contraponto à reforma trabalhista*”, a magistrada Valdete Severo apontou que não haveria aspectos positivos trazido pela nova lei, pois o texto aprovado pelo Congresso Nacional não representaria uma reforma, e sim um “*desmanche dos direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos, trazendo, inclusive, dispositivos que contrariam a Constituição Federal*”⁴.

Todavia, ao menos no momento inicial, surtiu aparentes efeitos positivos, já que a Reforma Trabalhista, aliada a fatores econômicos diversos, propiciou, efetivamente, a redução na taxa de desemprego ao patamar de 11% ao final do ano de 2019, fato que tirou momentaneamente o foco da discussão acerca da verdadeira flexibilização dos direitos trabalhistas que ocorreu.

Esse cenário positivo foi, em seguida, profundamente afetado pela pandemia a partir do primeiro trimestre de 2020, que implicou no aumento muito significativo da taxa de desemprego, fato não verificado apenas no Brasil, mas de forma geral no mundo todo, especialmente em face dos jovens trabalhadores.

Muito embora atualmente seja possível verificar melhora na taxa de ocupação de trabalhadores, na verdade as novas vagas não estão sendo disponibilizadas dentro do mercado formal como era o objetivo da Reforma Trabalhista, mas sim, na economia informal ou pelos trabalhadores por conta própria.

É exatamente nesse sentido que aponta o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada na Carta de Conjuntura nº54, relativa ao primeiro trimestre do ano de 2022⁵:

³ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=129049>>. Acesso em 13/06/2022.

⁴ **Magistrados contrapõem aspectos positivos e negativos da Reforma Trabalhista.** Disponível em: <<https://portal.trt12.jus.br/noticias/magistrados-contrapoem-aspectos-positivos-e-negativos-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em 14/06/2022.

⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Carta de Conjuntura nº54 - Desempenho recente do mercado de trabalho e perspectivas.** Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/>>

Assim como o esperado, a queda do desalento vem sendo impulsionada por uma percepção mais positiva da população em relação às condições do mercado de trabalho, possibilitada pelo aumento no ritmo de criação de novas vagas. No entanto, mesmo diante de uma recuperação mais forte do emprego formal, a maior parte das novas vagas ainda está sendo gerada nos segmentos informais da economia. No último trimestre móvel, encerrado em janeiro de 2022, segundo a PNAD Contínua, enquanto o montante de trabalhadores com carteira avançou 9,3%, na comparação interanual, os contingentes de ocupados sem carteira e por conta própria se expandiram 19,8% e 10,3%, respectivamente.

Tal contexto vem fomentando o resgate à preocupação inicial sobre a temática da flexibilização de direitos porque o emprego formal passou a estar mais escasso, fazendo com que o trabalhador passasse a se sujeitar a trabalhos precários e menos estáveis, como é o caso do contrato de trabalho intermitente, ainda que sob o manto do vínculo de emprego.

1. O TRABALHO INTERMITENTE

O serviço em condição intermitente não é uma novidade, pois já estava, há vários anos, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT ao regular o trabalho do ferroviário em estações do interior (art. 237, alínea “d” e art. 243) e do trabalho do tripulante de navio (art. 248).

Também, o próprio Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 47 para disciplinar que *“o trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional”*.

Todavia, o contrato de trabalho na forma intermitente é realmente uma inovação propiciada pela Reforma Trabalhista de 2017, que alterou o texto consolidado.

De acordo com o art. 443, §3º:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

(...)

§3º. Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Em sequência, o art. 452-A da CLT detalhou alguns pontos para validade dessa forma de contratação, dentre as quais destacamos: i) deve ser celebrado por escrito; ii) a remuneração não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados que exercem a mesma função; iii) a convocação pelo empregador pode ocorrer por qualquer meio eficaz, desde que ocorra com três dias de antecedência e haja indicação da jornada; iv) o empregado terá prazo de um dia útil para responder a convocação, sendo considerado o silêncio como recusa - além disso, poderá o empregado recusar expressamente à convocação, sem que isso implique em infração; v) multa de 50% do valor devido caso haja descumprimento, “sem justo motivo” do acordado, com possibilidade de compensação; vi) o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador; vii) inexistência de exclusividade, já que o trabalhador intermitente poderá prestar serviços a outros contratantes; viii) pagamento imediato das verbas trabalhistas após o final de cada prestação de serviços, com direito à usufruir de férias após doze meses de labor.

Pode-se afirmar, portanto, que o trabalho intermitente ocorre sempre por demanda, mesmo na constância de um contrato de trabalho em vigor. Consequentemente, mesmo computado como um trabalhador empregado (ou seja, formal) para as estatísticas oficiais, o intermitente não terá qualquer remuneração se não houver convocação, inclusive inexistindo um número mínimo de convocações.

A respeito dessa última particularidade, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região reconheceu em recente julgamento realizado por sua 2ª Turma, por unanimidade, que “*o simples fato de as convocações ao serviço pelo reclamado não terem ocorrido segundo as expectativas do reclamante, não é suficiente para invalidar o contrato firmado entre as partes*”⁶.

Nesse novo contexto, DA COSTA; FINELLI; HANNEMANN lançam luz aos seguintes aspectos:

Poder-se-ia pensar que se trata de um contrato de trabalho condicionado ao interesse exclusivo do empregado, no qual ele é dono do seu tempo e pode recusar a convocação do empregador. No entanto, cumpre notar que essa liberdade do trabalhador é apenas aparente, tendo em vista que ele só perceberá remuneração se prestar o serviço, ficando num patente estado de sujeição (...). Essa é a perspectiva com a qual o contrato intermitente se incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro, que nem sequer foi capaz de vencer, ainda, o trabalho escravo contemporâneo. Agora, de maneira mais prejudicial, abre-se a possibilidade de alugar o trabalhador sem sequer pagar-lhe salário. Mais precária que a terceirização, a relação jurídica existente entre o trabalhador e seu

⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão. Autos nº 0000020-43.2021.5.09.0013. Relator: Des. Luiz Alves. Julgado em: 29/04/2022.

empregador por meio do contrato intermitente objetiva manter o primeiro vinculado ao contrato de trabalho sem que deste receba remuneração. Nesse sentido, possibilitando ao empregador a contratação intermitente, desincumbese este de promover a proteção contínua com a saúde física e emocional desse trabalhador, pois usará de sua convocação para explorá-lo cada vez mais, já que o contrato de trabalho se desenvolverá em períodos intercalados e o pagamento por hora será proporcional ao salário mínimo.

O contrato intermitente, embora seja uma novidade no Brasil e possa ser utilizado sem maiores empecilhos, já é adotado em outros países, mas com diversas restrições.

Como exemplo, na Itália, é atualmente regulamentado pelo Decreto Legislativo nº 81/2015, com a seguinte configuração: i) exige previsão prévia por meio de negociação coletiva; ii) pode se dar por meio de um contrato por prazo indeterminado ou determinado; iii) destinado a trabalhadores com idade inferior a 25 anos e superior a 55 anos; iv) não pode superar 400 dias de vigência em um arco temporal de três anos, salvo em alguns setores específicos, como o de turismo ou de espetáculos; v) não pode ser utilizado para substituir trabalhador que está exercendo direito de greve ou para substituir trabalhador que foi objeto de demissão coletiva nos seis meses anteriores; dentre outras.

A comparação do instituto com o adotado por outros países permite concluir que a iniciativa brasileira é muito mais aberta e irrestrita, com claros prejuízos ao trabalhador.

1.1 A relativização dos pressupostos clássicos de Direito do Trabalho

Sem a pretensão de esgotar a matéria, já que há outros aspectos que mereceriam abordagem mais detalhadas, escolhemos trazer à análise dois dos principais pressupostos clássicos do Direito do Trabalho, que são: i) existência de subordinação jurídica do empregado ao empregador; ii) assunção do risco da atividade econômica, com exclusividade, pelo empregador.

Ambos esses pressupostos fazem parte da leitura conjunta do *caput* dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que prescrevem, respectivamente, o seguinte:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Como visto, nessa nova forma de vínculo de emprego, o trabalhador intermitente permanece aguardando uma convocação que pode nunca chegar, ou se chegar com restrita periodicidade, não reverterá em efetiva remuneração ao obreiro no sentido de propiciar-lhe

uma condição digna de vida e sustento - portanto, atentando contra um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, da Carta Magna).

Além disso, também pode haver violação do *caput* do art. 7º do Texto Constitucional porquanto tal forma de contratação não permitirá a melhoria da condição social do trabalhador, que mesmo empregado, pode não receber salário, implicando em manter vigente mais de um contrato intermitente ou sujeitar-se ao trabalho informal.

Tudo isso permite compreender que os pressupostos mencionados no início deste tópico passam a ser relativizados com o contrato de trabalho intermitente.

Primeiro porque o empregado pode recusar o trabalho, ou seja, a convocação de seu patrão para cumprir uma jornada, sem que tal postura abale o vínculo de emprego, já que é uma atitude lícita (art. 452-A, §3º, da CLT). Inclusive presume-se que o empregado recusou a convocação no caso de seu silêncio, interpretação essa curiosamente contrária ao art. 111 do Código Civil Brasileiro (que, como regra, interpreta o silêncio como anuência: “*o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*”).

A relativização, no caso, é da subordinação do empregado ao empregador, que em um contrato de trabalho com vínculo de emprego, pressupõe ser infração contratual a recusa do empregado em realizar a atividade.

Ademais, a insubordinação é, inclusive, tipificada como justa causa para ruptura do contrato por iniciativa do empregador, na forma do art. 482 da CLT.

Segundo porque não se remunera a disponibilidade do trabalhador em benefício da empresa, ou seja, o tempo em que este se colocou à espera de ordens ou convocações do empregador, mas sim, apenas o trabalho efetivamente realizado - ferindo, de certa forma, o art 4º do texto consolidado, que prescreve que “*considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada*”.

Trata-se de uma dinâmica diferente da aplicada a um contrato de trabalho tradicional em que há vínculo de emprego.

A esse respeito, leciona GODINHO⁷ que:

A expressão jornada de trabalho tem sentido mais restrito que o anterior, compreendendo o tempo em que o empregado tem de se

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **A jornada no Direito do Trabalho brasileiro**. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_54/Mauricio_Delgado.pdf>. Acesso em 10/06/2022.

colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência do contrato. O tempo, em suma, em que o empregador pode dispor da força de trabalho de seu empregado, em um período delimitado.

Por isso, no caso do contrato de trabalho intermitente, se não há trabalho, o trabalhador não será convocado e, conseqüentemente, não receberá remuneração, tratando-se de uma verdadeira diluição do risco da atividade econômica entre patrão e empregado.

Neste aspecto, leciona GUGEL⁸ que “*ao desobrigar o empregador dos períodos de inatividade, que se registre são geradas pelo próprio negócio segundo a demanda, transfere para o empregado intermitente parte do risco do empreendimento*”.

O Ministério Público do Trabalho elaborou um estudo⁹, em fase anterior à aprovação da Reforma Trabalhista pelo Congresso Nacional, apontando essas mesmas irregularidades em relação ao contrato de trabalho intermitente, como se vê:

A proposta apresenta as seguintes irregularidades: Precarização das relações de trabalho: o projeto viola o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, ao não prever o pagamento de remuneração mínima aos trabalhadores, fazendo com que suas necessidades vitais básicas não sejam devidamente garantidas. Violação do princípio geral dos contratos: conforme princípio geral de direito, todo contrato deve ser certo e determinado. Com o contrato de trabalho intermitente, o trabalhador não saberá quanto tempo deverá trabalhar para determinada empresa nem o valor da remuneração mínima em cada mês trabalhado. Ou seja, duas das principais cláusulas de um contrato de trabalho serão móveis e abertas, em flagrante desrespeito ao princípio da certeza nos contratos. O projeto agride princípios trabalhistas básicos: ao permitir a contratação e a remuneração de empregados apenas em período determinado pelas necessidades da empresa, o PLS 218/2016 transfere aos empregados os riscos da atividade econômica, em desacordo com regra básica disposta no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. O projeto de lei agride, ainda, a disposição do artigo 4º da CLT, ao determinar que o tempo do trabalhador à disposição da empresa deve ser por ela remunerado.

De fato, a preocupação do tema é atual e merecedora de uma reflexão mais aprofundada para que a legislação possa ser aprimorada buscando-se o mínimo de reequilíbrio da relação de emprego.

⁸ GUGEL, Maria Aparecida. **O contrato de trabalho intermitente é incompatível com a reserva de cargos para pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados.** Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/09/trabalhoIntermitente_reservaCargosPessoaComDefici%C3%Aancia_MGugel_2017-1.pdf>. Acesso em 13/03/2022.

⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Estudo aponta que reforma trabalhista é inconstitucional.** Disponível em: <<https://www.prt2.mpt.mp.br/419-estudo-aponta-que-reforma-trabalhista-e->>. Acesso em 14/06/2022.

2. O OBJETIVO Nº 08 DA AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS)

Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável é uma iniciativa da Organização das Nações Unidas - ONU muito difundida internacionalmente, e assumida por diversas instituições brasileiras.

Um exemplo nacional é o Supremo Tribunal Federal - STF que como guardião de nossa Carta Constitucional, dedica especial atenção à temática, como se vê¹⁰:

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas representa um plano de ação que promove a vida digna e estabelece metas para erradicar as desigualdades sociais no âmbito global. Com o objetivo de fomentar o desenvolvimento sustentável, a consolidação dos objetivos da Agenda demanda a cooperação de atores do Estado, da sociedade civil, de empresas privadas e da própria academia. No âmbito brasileiro, a concretização desse importante compromisso internacional exige a atuação de todos os Poderes da República. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é uma instituição central para difundir a visão, a cultura e, principalmente, os valores tão elevados da Agenda 2030: a vida, a dignidade, a justiça e a sustentabilidade. Ademais, a atuação jurisdicional do STF contribui, efetivamente, para o cumprimento das metas associadas a cada um dos objetivos dessa agenda, motivo pelo qual entendo oportuna a aproximação entre a nossa Corte e a Organização das Nações Unidas.

Além disso, o STF, que possui um portal dedicado à matéria, também desenvolveu uma inédita ferramenta, lançada em maio de 2022, para classificar os processos que são julgados de acordo com a referida Agenda, utilizando-se inteligência artificial¹¹.

A Agenda 2030 da ONU/ODS não se trata de uma norma ou convenção internacional, mas uma proposição para que os países possam inclinar o caminho para seu futuro pautado por questões relevantes à sociedade e ao mundo contemporâneo.

A própria ONU esclarece que: “*os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade*”¹².

A Organização das Nações Unidas dividiu a agenda em 17 objetivos, que passam por temas diversos como erradicação da pobreza, agricultura sustentável, saúde e bem-estar, educação de qualidade, igualdade de gênero, energia acessível e limpa, trabalho decente e

¹⁰ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030>>. Acesso em 14/06/2022.

¹¹ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=487082&ori=1>>. Acesso em 14/06/2022.

¹² Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em 14/06/2022.

desenvolvimento econômico, redução de desigualdades, comunidades sustentáveis, preocupação com o clima, paz, dentre outros.

O objetivo nº 08, mote deste artigo, cuida de *“promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”* (há trechos desse mesmo documento em que a expressão “trabalho decente” é substituída por “trabalho digno”), com especial destaque para *“até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor”* (subitem 8.5).

2.1 Premissas básicas para o emprego pleno e trabalho decente

Como se percebe, o objetivo nº 08, em especial o seu subitem 8.5, aborda como premissa básica da Agenda 2030 da ONU/ODS a busca do emprego pleno e do trabalho decente/digno.

A respeito, a Organização Internacional do Trabalho - OIT, que é uma agência da mesma Organização das Nações Unidas, já se debruçou em interpretar que trabalho decente e digno é aquele que, dentre outros fatores, volta-se à promoção do emprego produtivo e de qualidade, conforme se vê¹³:

(...) o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Trata-se de um conceito central para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas, em especial o ODS 8, que busca “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”. Os principais aspectos de trabalho decente também foram amplamente incluídos nas metas de muitos dos outros ODS da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável. O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); a promoção do emprego produtivo e de qualidade; a ampliação da proteção social; e o fortalecimento do diálogo social.

¹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Decente**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 14/06/2022.

Uma vez compreendida a interpretação da ONU/OIT, abre-se caminho para, então, verificar se há algum ponto de contato entre esses conceitos e o trabalho intermitente brasileiro.

3.2 O trabalho decente *versus* trabalho intermitente brasileiro

É missão deveras difícil verificar a existência de ponto de contato entre o conceito de emprego de qualidade e o trabalho intermitente introduzido pela Reforma Trabalhista de 2017, já que o instituto brasileiro, embora reconheça o vínculo de emprego, não promove a existência de uma garantia de remuneração mínima ao trabalhador para permitir segurança e vida digna e decente a ele e sua família.

Nesse contexto de insegurança, resta ao trabalhador procurar outras formas de rendimento para manter-se, seja utilizando-se de trabalho informal ou até mesmo de vários contratos de trabalho na modalidade intermitente. Em suma, os benefícios apregoados à Reforma Trabalhista não se sustentam sob a ótica do trabalhador.

Além disso, importante destacar que há outro ponto negativo que impacta o trabalhador intermitente, que é a possibilidade de ser vítima de discriminação por parte dos demais empregados e até mesmo pelo empregador.

Isso pode ocorrer porque ele não estará verdadeiramente inserido e integrado no cotidiano empresarial, já que labora sob escassa demanda.

Todavia, havendo conduta antijurídica, o art. 223-G, §1º, da CLT, prescreve que o empregado terá direito a uma indenização por dano extrapatrimonial na medida e proporção de sua remuneração - ou seja, no caso do trabalhador intermitente não será verdadeiramente ressarcido por eventual dano moral, o que agrava ainda mais a situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões alcançadas demonstram que, se de um lado, o empregado passa a ter maior autonomia face à relativização do princípio da subordinação, de outro a este é transferida, de fato, parcela do risco da atividade econômica que sempre esteve atrelado ao empregador. Evidencia-se ser, na realidade, que o contrato de trabalho intermitente muito se aproxima da figura do trabalhador autônomo.

Também, foi possível verificar que o contrato de trabalho intermitente é uma medida distante do emprego pleno e trabalho decente proposto pela Agenda 2030 da ONU/ODS, criando uma categoria de trabalho inferior se comparado aos demais do estabelecimento - com os efeitos maléficos que essa situação acarreta em toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em 05/06/2022.

Congresso Nacional. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 05/06/2022.

Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 05/06/2022.

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão. Autos nº 0000020-43.2021.5.09.0013. Relator: Des. Luiz Alves. Julgado em: 29/04/2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A jornada no Direito do Trabalho brasileiro**. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_54/Mauricio_Delgado.pdf>. Acesso em 10/06/2022.

DA COSTA, Flora Oliveira; FINELLI, Lilia Carvalho; HANNEMANN, Roberta Castro Alves de Paula. **Aluga-se o trabalhador: do contrato intermitente para a escravidão contemporânea**. In IV congresso de estudos jurídicos internacionais. Belo Horizonte. 2018. Disponível em <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/k7bhb2vw/a236pa69>>. Acesso em 14/06/2022.

GUGEL, Maria Aparecida. **O contrato de trabalho intermitente é incompatível com a reserva de cargos para pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados**. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/09/trabalhoIntermitente_reservaCargosPessoaComDefici%C3%Aancia_MGugel_2017-1.pdf>. Acesso em 13/03/2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Carta de Conjuntura nº54 - Desempenho recente do mercado de trabalho e perspectivas**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220328_cc_54_nota_32_mercado_de_trabalho_novo.pdf>. Acesso em 14/06/2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Estudo aponta que reforma trabalhista é inconstitucional**. Disponível em: <<https://www.prt2.mpt.mp.br/419-estudo-aponta-que-reforma-trabalhista-e->>. Acesso em 14/06/2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Decente**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 14/06/2022.

TELETRABALHO TRANSNACIONAL E DESAFIOS NORMATIVOS: O *COMPLIANCE* TRABALHISTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES

Transnational telework and normative challenges: labor compliance as an instrument for the protection of workers human rights

Nathália Eugênia Nascimento e Silva¹
Victor Hugo de Almeida²

Resumo: As mudanças tecnológicas interferem diretamente na organização do trabalho, redesenhando as suas formas de execução. Atualmente, com a Revolução 4.0, baseada nas Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTICs), não há de se falar em barreiras de espaço e de tempo para a conexão humana. Assim, com os meios telemáticos, o lugar não é mais elemento determinante e perde referências na prestação laboral, sendo possível teletrabalhar (realizar trabalho preponderantemente à distância por meio da utilização de tecnologias digitais de comunicação), inclusive, para além das fronteiras, hipótese em que se reconhece o teletrabalho transnacional, o qual, embora permita a extraterritorialidade e se apresente como promotor de mais liberdade aos envolvidos, merece diligência em razão da ausência de um sistema legislativo próprio, e até mesmo pela ausência de uma delimitação específica quanto ao ordenamento jurídico aplicável. As distinções e disparidades de regulamentações entre os países causam inseguranças e ensejam a necessidade de adoção de padrões mínimos, independentemente da localização da empresa, da prestação dos serviços, domicílio e/ou nacionalidade do trabalhador, em prol da concretização dos direitos humanos trabalhistas. Neste contexto, consubstanciados na premissa de que os avanços tecnológicos não podem mitigar e obstar a proteção trabalhista, o objetivo do presente artigo é examinar a viabilidade de implementação de práticas de *compliance* trabalhista (programa voluntário de conformidade à ética e à legislação social), como princípio de governança corporativa apto à proteção trabalhista dos teletrabalhadores transfronteiriços, independentemente do reconhecimento da subordinação e do vínculo de emprego. Assim, o presente estudo, de natureza qualitativa e descritiva, adota, como método de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, mediante análise de doutrinas, legislações, artigos, dissertações, dentre outras publicações relacionadas ao tema; e, como método de abordagem, o dedutivo, visando, a partir da análise geral do teletrabalho transnacional e do *compliance* trabalhista extrair conclusões particulares acerca da viabilidade de implementação de práticas de conformidade à ética e à legislação social para a proteção laboral dos teletrabalhadores. Como conclusão parcial, evidencia-se ser o *compliance* trabalhista uma importante ferramenta e alternativa aos eventuais emblemas e desafios advindos da prática do teletrabalho transnacional, de modo a criar uma cultura organizacional nas empresas que garanta a aplicação de direitos trabalhistas e o cumprimento da função social, evitando, ainda, conflitos judiciais. Ademais, a adoção do *compliance* promove o tratamento isonômico entre teletrabalhadores e esvazia concorrências entre ordenamentos jurídicos.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Pós-Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CERS. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pelo LEGALE. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora contratada da UniCerrado. E-mail: nathalia.eugenia@unesp.br.

² Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Docente e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (FCHS/UNESP); e Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq) - Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo, da FCHS/UNESP. E-mail: vh.almeida@unesp.br.

Palavras-chave: *compliance* trabalhista; proteção aos direitos humanos dos trabalhadores; teletrabalho transnacional.

Abstract: Technological changes directly interfere in the organization of work, redesigning its forms of execution. Currently, with the 4.0 Revolution based on New Information and Communication Technologies (NICTs), there is no question of space and time barriers for human connection. Thus, with telematic means, the place is no longer a determining element and loses references in the provision of work, making it possible to telework (doing work predominantly at a distance through the use of digital communication technologies), beyond borders, hypothesis in that transnational telework is recognized, which, although it allows for extraterritoriality and presents itself as a promoter of more freedom for those involved, deserve diligence due to the absence of its own legislative system, and even the absence of a specific delimitation regarding the legal system applicable. The distinctions and disparities in regulations between countries cause insecurity and give rise to the need to adopt minimum standards, regardless of the location of the company, the provision of services, domicile and/or nationality of the worker, in favor of the realization of labor human rights. In this context, based on the premise that technological advances can't mitigate and impede labor protection, the objective of this article is to examine the feasibility of implementing labor compliance practices (voluntary program for compliance with ethics and social legislation), such as corporate governance principle suitable for the labor protection of cross-border teleworkers, regardless of the recognition of subordination and employment relationship. Thus, the present study, of a qualitative and descriptive nature, adopts, as a method of procedure, the survey through the technique of bibliographic research, in published materials, through analysis of doctrines, legislations, articles, dissertations, among other publications related to the theme; and, as a method of approach, the deductive one, aiming, from the general analysis of transnational telework and labor compliance, to draw particular conclusions about the feasibility of implementing practices in compliance with ethics and social legislation for the labor protection of teleworkers. As a partial conclusion, it is evident that labor compliance is an important tool and alternative to the eventual emblems and challenges arising from the practice of transnational telework, in order to create an organizational culture in companies that guarantees the application of labor rights and the fulfilment of the social function, also avoiding legal conflicts. In addition, the adoption of compliance promotes isonomic treatment among teleworkers and empties competition between legal systems.

Keywords: labor compliance; protection of workers human rights; transnational telework.

INTRODUÇÃO

Na Quarta Revolução Industrial, a característica da ubiquidade se apresenta de modo acentuado pela capacidade de abrangência global das tecnologias digitais, que, em interação com os mundos físicos e biológicos, resultam na inteligência artificial, na automação, nanotecnologia, robótica, dentre outras inovações, inclusive ainda desconhecidas pelo atual estado da arte, tendo em vista a rápida velocidade de fusão e de criação destas técnicas, de modo que novas tecnologias geram outras, ainda mais qualificadas (SCHWAB, 2016), permitindo a hiperconexão, a desterritorialização – pelo conseqüente rompimento das barreiras físicas e espaciais – e a fragmentação das relações.

O fato é que o desenvolvimento tecnológico intensifica a irradiação de situações que produzem efeitos em mais de um país (globalização e internacionalização), e o lugar, como ponto referencial estático, perde referências, de modo que todo lugar conectado pode se tornar um local de trabalho, inclusive o virtual. Neste contexto, expandem-se as práticas de teletrabalho, regional, nacional ou transnacional, como modo laboral imprescindível da utilização das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTICs), bem como um modo prático e flexível para as empresas, no tocante à redução de custos; para os teletrabalhadores, no tocante ao horário de trabalho; e para os dois quanto ao local de prestação dos serviços.

No teletrabalho transnacional, modalidade de contrato internacional de trabalho em que mais de um país é envolvido na relação entre trabalhador-empresa, há múltiplas possibilidades de aplicações de ordenamentos jurídicos, seja em sua modalidade formal, em que se reconhece a subordinação; seja em sua modalidade informal, em que não há o vínculo empregatício, de modo que o direito internacional privado é quem direcionará a norma a ser aplicada, seja ela a do domicílio ou nacional do teletrabalhador, da sede da empresa ou do estabelecimento empresarial, do local da prestação de serviços, ou, ainda, dentre outras alternativas, a norma mais favorável ao obreiro.

De um ou de outro modo, direitos mínimos devem ser observados, ainda que não positivados nas heteropositivações, como são consideradas as leis dos países, o que pode ser feito pela normatização horizontal, isto é, regulamentos e códigos criados dentro das próprias empresas, por meio dos programas de *compliance* trabalhista, tendo em vista a busca de proteção e promoção dos direitos humanos dos teletrabalhadores, bem como a premissa da não-discriminação.

As práticas de *compliance*, como uma das diretrizes fundamentais da governança corporativa, representam a implementação de programas empresariais, que envolvem mais do que o respeito à lei; impõe-se, assim, a necessidade de adoção de condutas éticas, transparentes, íntegras, representando uma verdadeira mudança de paradigma quanto à governabilidade empresarial. Por sua vez, além da conformidade, tal governabilidade é guiada pelos princípios fundamentais de transparência, equidade e prestação de contas. Nesse sentido, os programas de *compliance* devem representar verdadeira materialização de seus objetivos e não simples proposições em prol da promoção da boa imagem e do lucro, que o “suposto” cumprimento de normas e responsabilizações sociais e de adequações éticas podem representar.

Diante desta realidade, o objetivo deste artigo é examinar a viabilidade de implementação de práticas de compliance trabalhista (programa voluntário de conformidade à ética e à legislação social), como princípio de governança corporativa apto à proteção trabalhista dos teletrabalhadores transfronteiriços, independentemente do reconhecimento da subordinação e do vínculo de emprego. Para tanto, quanto à estrutura, tem-se, em um primeiro momento, a análise do teletrabalho como uma das decorrências da reorganização produtiva promovida pela adoção das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTICs). Depois, examina-se o teletrabalho transnacional e alguns possíveis elementos de conexão para a definição do direito material a ser aplicado no caso concreto, para, por fim, considerar a adoção de práticas de *compliance* trabalhista como instrumento de proteção aos direitos humanos dos teletrabalhos transnacionais. Assim, quanto aos procedimentos metodológicos, trata-se de um estudo construído a partir do método de levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, cujos dados foram analisadas por meio do método de abordagem dedutivo.

1. AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (NTICs) E SUAS REPERCUSSÕES NA ORGANIZAÇÃO LABORAL: O TELETRABALHO

O mundo está em constante “evolução”, ou melhor, mutação, no tocante à busca e à melhoria de meios e de instrumentos para o desenvolvimento, principalmente, econômico, o qual hodiernamente se baseia nas progressões tecnológicas, como meios eficazes ao incremento lucrativo. Tal metamorfose da organização produtiva pela incorporação tecnológica reflete, sobremaneira, nas searas sociais, pessoais, empresariais e trabalhistas, afinal, todos sofrem os efeitos das mudanças do meio em que estão insertos.

Sobre o processo de mutações, após a passagem por períodos agrícolas, industriais e informacionais, vive-se, hoje, com as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTICs), conceituada por Victor Hugo de Almeida como “[...] aquelas que interferem e mediam processos informacionais e comunicativos, ou seja, um conjunto de recursos tecnológicos (hardware, software e telecomunicações) integrados e direcionados para a informação e a comunicação”³, a chamada Revolução Digital ou Quarta Revolução Industrial, ou ainda, Revolução 4.0, responsável por modificar não apenas as estruturas de trabalho (*crowdwork*, trabalho em plataforma, automatização, etc.), mas, também,

³ ALMEIDA, Victor Hugo de. Os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação no direito e processo do trabalho. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 779-808, maio/ago. 2016. p. 781.

funcionalmente o modo de execução do labor, em razão da flexibilidade e da interconexão proporcionadas pelos meios telemáticos. Assim:

[...] o mercado de trabalho apresenta-se hoje em magnitude global num nível jamais constatado na história humana, sobretudo porque abarca obreiros de todo o globo, em face da possibilidade de se mourejar praticamente em qualquer lugar para empregadores com igual poder de localização⁴.

Trata-se, em verdade, de um novo formato da sociedade contemporânea, propiciado pelas novas tecnologias, que deslocou a realização das atividades laborativas do estabelecimento do empregador para qualquer lugar do mundo (inclusive para um “não-lugar”), flexibilizando, sobremaneira, o local da prestação de serviços.⁵

Neste contexto, com o conseqüente rompimento de barreiras, no espaço e no tempo, em que “o lugar” propriamente dito, seja ele qual for (casa, ambiente empresarial, telecentros, entre outros), fora domado pelo ambiente virtual, teletrabalhar, inclusive, transnacionalmente, “[...] no qual essencialmente labora um obreiro num país para uma empresa sediada noutro”⁶, se tornou uma nova realidade, decorrente, logicamente, do progresso tecnológico.

No mesmo sentido, explana Víctor Hugo de Almeida, em referência às alterações promovidas no art. 6º da CLT, pela Lei n. 12.551/2011, que:

[...] foi essa mesma Revolução Tecnológica que contribuiu para que trabalhadores se ativassem fora do seu ambiente de trabalho (por exemplo, através do teletrabalho), tornando possível o labor a qualquer tempo ou, em outras palavras, instituindo a obrigação de se trabalhar todo o tempo⁷.

Entende-se perpassar o conceito de teletrabalho pelo reconhecimento de dois pontos primordiais: a) a realização, ainda que parcialmente, à distância; e b) a utilização de meios técnicos, telemáticos e tecnológicos de informação e de comunicação, os quais não são dispensados, sob pena de se caracterizar outras formas laborais, como, por exemplo, o simples trabalho à distância ou o trabalho em domicílio.

⁴ BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis. **Teletrabalho transnacional: normatização e jurisdição**. São Paulo: LTr, 2020. p. 11.

⁵ FINCATO, Denise Pires; BITENCOURT, Manoela de. Ciber como local de trabalho: o problema (ou a solução?) do teletrabalho transnacional. **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, 2015. p. 2251.

⁶ BARBOSA JÚNIOR, 2020, p.18.

⁷ ALMEIDA, Victor Hugo de. Os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação no direito e processo do trabalho. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 779-808, maio/ago. 2016. p.785.

Caso o teletrabalho seja transnacional, um terceiro fator é essencial, a saber: c) a internacionalização, isto é, a abrangência de mais de um país na relação entre empresa e trabalhador. Neste sentido, conceitua-se o teletrabalho transnacional como “[...] o trabalho realizado à distância, por meio de instrumentos telemáticos e informacionais a um empregador que se encontra sediado em outro país⁸”.

Ressalta-se que, recentemente, em 28 de março de 2022, publicou-se a Medida Provisória (MP) n. 1.108/2022⁹, cujo regramento promoveu algumas alterações nas normativas celetistas, dentre elas, a modificação do próprio conceito de teletrabalho, cujo instituto passou a ser legalmente considerado como “[...] a prestação de serviços fora das dependências do empregador, **de maneira preponderante ou não**, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo”¹⁰ (grifo nosso). A principal alteração está na desnecessidade de o trabalho ser realizado preponderantemente fora das dependências do empregador (conforme redação inicial dada pela Lei n.º 13.467/2017), traduzindo-se, portanto, na possibilidade de se caracterizar, como teletrabalho, a prestação realizada preponderantemente nas dependências do empregador, isto é, não mais preponderantemente à distância.

Apesar da atual vigência da disposição, as considerações conceituais anteriores serão mantidas, notadamente o requisito de o teletrabalho ter de ser realizado, ainda que parcialmente, à distância, tendo em vista a natureza provisória da regulamentação (60 dias, prorrogáveis uma única vez pelo mesmo período, sob pena de perda da eficácia, caso não seja convertida em lei – art. 62, parágrafo 3º, da Constituição Federal - CF) e a data de escrita do artigo (abril de 2022). Também porque se critica a forma de alteração de inúmeras disposições da CLT promovidas no último quadriênio, ou seja, por meio de medidas provisórias. Isto porque as medidas provisórias devem ser editadas apenas quando presentes os requisitos legitimadores para atribuição da função típica legislativa ao Executivo, quais sejam, relevância e urgência, nos termos do art. 62, *caput*, da CF.

O teletrabalho transnacional, por permitir uma descentralização produtiva, como uma das consequências da adoção das NTICs, representa uma alternativa e uma possibilidade

⁸ FINCATO, Denise Pires; BITENCOURT, Manoela de. Ciber como local de trabalho: o problema (ou a solução?) do teletrabalho transnacional. **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, 2015. p. 2240.

⁹ Ver o inteiro teor da MP 1.108/2022 no site: <https://in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.108-de-25-de-marco-de-2022-388651514>.

¹⁰ BRASIL. Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

para muitas empresas e teletrabalhadores. No entanto, sua adoção não pode ocorrer em detrimento do respeito e da garantia dos direitos fundamentais e humanos dos trabalhadores. Isso porque o elemento de conexão¹¹, como apto a indicar a legislação aplicável, no caso do teletrabalho transnacional, pode ser variável e admite múltiplas possibilidades, como a norma mais favorável ao trabalhador, o local da prestação dos serviços, o local de sede da tomadora dos serviços, a eleição contratual, dentre outras alternativas, o que acarreta distinções entre os teletrabalhadores, a depender do critério adotado, como será analisado no próximo tópico.

2. O TELETRABALHO TRANSNACIONAL E OS POSSÍVEIS ELEMENTOS E CONEXÃO PARA A DEFINIÇÃO DO DIREITO MATERIAL APLICÁVEL

Diante do rompimento das fronteiras e da mobilidade proporcionada pelos meios telemáticos de informação e de comunicação, bem como da transnacionalização das empresas, dos empregos, dos trabalhos e dos trabalhadores, discute-se a escolha da aplicabilidade de uma ou outra lei à relação jurídica trabalhista. Assim, nas relações internacionais de trabalho, consideradas como aquelas em que se “[...] ultrapassa as barreiras de um único Estado, propagando-se causas e efeitos em diversos territórios¹²”, importa identificar meios de solucionar possíveis conflitos de leis no espaço (aplicabilidade de mais de um ordenamento jurídico para a mesma relação), de modo a proteger, da melhor forma possível, os direitos humanos dos trabalhadores (princípio da máxima efetividade).

Como regra, há a aplicação do princípio da territorialidade para os fatos ocorridos no país; todavia, caso os fatos ultrapassem as fronteiras de um Estado, para eventual dúvida sobre o ordenamento aplicável na situação concreta, utiliza-se o Direito Internacional Privado, como o ramo definidor da norma a ser considerada para o julgamento. Por esta razão, tal seara jurídica é denominada como norma de sobredireito, indireta ou instrumental, pois não representa o direito aplicável ao caso concreto, mas indica o direito a ser aplicado, isto é, o ordenamento cujas normatizações serão utilizadas para a resolução da controvérsia.

Dentre outros critérios defensáveis pelo Direito Internacional Privado existem: o da nacionalidade do agente; o da situação da coisa; o do local do fato ou ato; e a autonomia de vontade das partes para a eleição da lei aplicável, como ocorre, por exemplo, no Brasil, no caso dos empregados hipersuficientes, consoante ao art. 444, parágrafo único, da CLT.

¹¹ Consideram-se os elementos de conexão como: “os elos (“pontes”) existentes entre as normas de um país e as de outro, capazes de fazer descobrir qual ordem jurídica resolverá a questão (material)”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 138).

¹² FINCATO, Denise Pires; BITENCOURT, Manoela de. Ciber como local de trabalho: o problema (ou a solução?) do teletrabalho transnacional. **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, 2015. p. 2251. p. 2240.

Para os defensores da aplicabilidade da legislação do local da prestação de serviços, o fundamento é a analogia com o art. 651 da CLT, segundo o qual, ainda que a contratação seja alienígena, considera-se a localidade em que o empregado presta os serviços ao empregador (local da execução). Esse era, inclusive, o entendimento da Súmula 207 do TST¹³, cancelada em 2012. No entanto, com a desterritorialização, o critério do local da execução dos serviços foi enfraquecido, pois é possível considerar qualquer local como o lugar da prestação de serviços ao empregador, e, assim, a cada momento ter-se-ia uma norma aplicável.

No âmbito virtual, acentuam-se os desafios, pois as empresas são cada vez mais móveis e os espaços conectados e remotos. Trata-se, na verdade, do ciberespaço, definido como “[...] um sistema de comunicação eletrônica global que reúne os humanos e os computadores em uma relação simbiótica que cresce exponencialmente graças à comunicação interativa¹⁴”. No ciberespaço não há geografia definida. Ao contrário, existem redes, que proporcionam a criação de um ambiente artificial e de conexão social para o fluxo de informações, que por sua vez são digitais.

Ainda, também pela aplicabilidade do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, haverá a aplicação da lei do local em que as obrigações se constituírem, mas a nuvem (ambiente virtual) não permite a identificação de uma única referência, quando se admite o “estar” em todos os lugares. Outro critério defendido é o do local da organização empresarial. No entanto, as mesmas críticas supramencionadas podem ser aplicadas. As empresas também se desterritorializaram, desmaterializaram suas produções e desenvolvem cada vez mais atividades independentemente de um local físico. Inclusive, cresce o número de empresas on-line e de comércio eletrônico¹⁵.

Outro critério defensável é a aplicabilidade da lei de domicílio do trabalhador ou de sua nacionalidade, o que, como os demais critérios, representa um risco de ofensa à isonomia no âmbito de uma mesma organização empresarial, pois trabalhadores com iguais funções poderão ter diferentes direitos, a depender do local em que escolheu para residir com ânimo definitivo ou do local em que mantém vínculo jurídico-político com o Estado

¹³ A Súmula 207, do TST, ostentava a seguinte redação: “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”.

¹⁴ FINCATO, Denise Pires; BITENCOURT, Manoela de. Ciber como local de trabalho: o problema (ou a solução?) do teletrabalho transnacional. **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, 2015. p. 2251. p. 2253.

¹⁵ A 7ª edição da pesquisa “Perfil do E-Commerce Brasileiro” revelou uma expansão do comércio digital no Brasil, com a abertura de mais de 1,5 milhão de lojas on-line, o que foi incrementado pela pandemia. Disponível em: <https://tiinside.com.br/05/08/2021/expansao-de-lojas-online-no-brasil-foi-superior-a-22-nos-ultimos-12-meses-revela-pesquisa/#:~:text=Ap%C3%B3s%20um%20ano%20e%20meiocriadas%20por%20dia%20no%20Brasil>. Acesso em: 04 abr. 2022.

(nacionalidade). A adoção destes critérios representa uma desproteção, dentro da mesma empresa, de modo a asseverar a discrepância já existente na legislação menos protetiva, contribuindo para a prática de *dumping social*¹⁶.

Por fim, há o critério da norma mais favorável, em que o fundamento é a analogia com a Lei n. 7.064/1982, que dispõe sobre a situação dos trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior e assegura a aplicabilidade da legislação trabalhista brasileira, quando ela for mais favorável ao empregado, no conjunto comparativo com as normas legislativas do local da prestação de serviços em relação a cada matéria (art. 3, inciso II).

A análise da norma mais favorável, quando se trata de ordenamentos jurídicos distintos, é bastante complexa, visto que exige conhecimentos acerca da norma estrangeira. Ademais, a aferição da norma mais favorável pode se dar pela análise cumulativa (direito por direito), pela análise em um dado conjunto (conglobamento) ou, ainda, pela análise dos artigos versados em uma mesma temática/matéria (conglobamento mitigado). Ainda, em defesa do critério da norma mais favorável, existe o texto constitucional, segundo o qual se deve prezar “[...] pela melhoria da condição social dos trabalhadores” (art. 7º, *caput*, da CRFB/88).

Tais considerações são pertinentes tanto para o teletrabalho subordinado ou “telessubordinado” quanto para o teletrabalho “informal”. Todavia, neste último, a ausência de proteção formal precariza e subestima ainda mais a relação, porque a inexistência de direito pode funcionar como “paraíso fiscal”. Isto é, promover a não observância de direitos relacionados à saúde e à segurança dos trabalhadores, tidos como mínimos, para o desenvolvimento de qualquer trabalho, tendo em vista a imersão e o interesse em tão somente produção e números, que se traduzem em lucros.

Observa-se que, a depender da situação casuística, um ou outro critério pode ser o mais adequado e apto à solução de conflitos de leis. Não se pretende defender ou argumentar em favor de um ou outro critério. Ao contrário, as menções são apenas para demonstrar que todos apresentam contundentes críticas e controvérsias quanto à sua aplicação, gerando divergências de entendimentos e múltiplas possibilidades, diante da ausência de uma precisa

¹⁶ Enoque Ribeiro dos Santos conceitua o *dumping social* como “[...] uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primordialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor”. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015. p. 209).

definição do que será considerado como o local da prestação de serviços e dos potenciais riscos de discriminação e injustiças.

Por último, esclarece-se que a MP n. 1.108/2022, dentre outras alterações na regulamentação sobre o teletrabalho, acrescentou ao art. 75-B, o parágrafo 7º, segundo o qual: “[...] aos empregados em regime de teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado¹⁷”. Por tal disposição, entende-se que a CLT adotou o critério do local da organização empresarial a que o teletrabalhador está subordinado.

A MP dispõe, ainda, no parágrafo 8º, que “[...] ao contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional, aplica-se a legislação brasileira, excetuadas as disposições constantes na Lei n. 7.064, de 6 de dezembro de 1982, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes”. Isso significa que, no caso de teletrabalhador, inicialmente admitido no Brasil com posterior opção para teletrabalhar no exterior, aplicar-se-á a legislação brasileira, sendo possível a aplicabilidade da Lei n. 7.064/1982 apenas nos casos em que houver estipulação expressa entre as partes.

Pelas explicações e controvérsias apresentadas no âmbito da definição da legislação de direito material a ser aplicada sob o ponto de vista territorial para o teletrabalho transnacional, propõe-se a adoção de práticas de *compliance* trabalhista, ferramenta organizacional empresarial, inerente à soberania, que permite a apropriação e o reconhecimento das necessidades e vulnerabilidades dos teletrabalhadores transnacionais, e, ainda, possibilita a aplicabilidade de uma única normatização no Brasil e em outros países nos quais a empresa tenha filiais ou trabalhadores, de modo que não haja distinções e desproteção, mas, ao contrário, respeito a direitos mínimos. Para tanto, o *compliance* trabalhista deve se balizar pelos princípios de direitos humanos e pelos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB). Isso porque:

[a] falta de uma cultura de conformidade poderá trazer consequências devastadoras e adversas, principalmente na esfera trabalhista, tanto para os empregados como para as empresas, já que o desrespeito aos direitos humanos e aos direitos sociais dos

¹⁷ BRASIL. Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

trabalhadores, independente do tamanho e porte da empresa, poderá levar os empregados a problemas sérios de saúde e as empresas terão gastos com afastamentos, rotatividade de mão de obra, ações trabalhistas, sanções administrativas, multas e outros prejuízos¹⁸.

Ressalta-se que, embora haja as novas disposições inauguradas pela MP n. 1.108/2022, não há qualquer impedimento para a adoção dos programas de *compliance* no teletrabalho transfronteiriço, inclusive, admitindo a aplicação, ou melhor, os direitos preconizados na Lei n. 7.064/1982.

3. O COMPLIANCE TRABALHISTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS TELETRABALHOS TRANSNACIONAIS

As práticas ou os programas de *compliance* podem ser definidos como instrumentos ou ferramentas autônomas, pois, nascidos internamente das empresas, com destinação à criação de uma nova postura, não só de cumprimento legal de normas, sejam elas trabalhista, ambiental, digital, tributária, dentre outras, nacionais ou internacionais, mas também de adoção de condutas éticas, transparentes e íntegras, que representem uma verdadeira mudança de paradigma quanto à governabilidade empresarial. Ressalta-se que, além da conformidade (*compliance*), a governabilidade corporativa/empresarial exige transparência (*disclosure*), senso de justiça/equidade (*fairness*) e prestação de contas (*accountability*). Tratam-se dos quatro pilares ou princípios instituidores da governança¹⁹.

Assim como não se pode considerar o *compliance* mera consultoria, também não se pode considerá-lo simples auditoria “[...] na busca de violações/infrações com o fito exclusivamente punitivista, mas sim algo muito mais profundo, que venha por alterar a cultura organizacional de tal maneira que o valor ético esteja incutido no agir organizacional de forma natural²⁰”. Pretende-se, portanto, ao contrário dos pensamentos consultoristas e punitivistas, prospectivamente, instituir políticas preventivas e de conservação de boas práticas.

No Brasil, os programas de *compliance* foram implantados, inicialmente, na seara criminal. Cita-se, como um importante marco de difusão das práticas no país, a supramencionada Lei n. 12.846/2013 (art. 7º, inciso VIII), conhecida como Lei

¹⁸ CARLOTO, Selma. **O compliance trabalhista e a efetividade dos direitos humanos dos teletrabalhos**. São Paulo: LTr, 2021. p. 22.

¹⁹ IBGC. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5. ed. São Paulo: 2015. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigosMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

²⁰ NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Valorização do trabalhador e o compliance trabalhista: na busca da efetivação dos direitos trabalhistas. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, v. 3, 3 dez. 2020. p.13.

Anticorrupção. Depois, cita-se, também, a Lei n. 13.303/2016, determinando que empresas públicas e sociedades de economia mista adotem programas de conformidade (art. 9º). Inclusive, a Petrobras, após escândalos de corrupção, notadamente com a Operação Lava Jato, atualmente, destaca-se como pioneira na prática de conformidade²¹.

Apesar disto, não há qualquer impedimento para sua expansão para as demais áreas, inclusive, este é o objetivo proposto no artigo, isto é, pretende-se examinar a viabilidade de implementação de práticas de compliance trabalhista (programa voluntário de conformidade à ética e à legislação social), como princípio de governança corporativa apto à proteção trabalhista dos teletrabalhadores transfronteiriços, independentemente do reconhecimento da subordinação e do vínculo de emprego. Exemplificativamente, o programa pode ser adotado também para o combate às práticas de assédio, em suas diversas modalidades, de discriminação, de desenvolvimento da síndrome de *burnout* e de desrespeito à proteção de dados²².

Nesse sentido, cita-se o Decreto n.º 9.571/2018, que estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. No art. 10, *caput*, da supramencionada regulamentação há a previsão de criação de mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação. Os incisos II, III, VI, VII, VIII, IX tratam, respectivamente: de sistemas de gerenciamento de risco; de uma política de comunicação; de fomento à cultura ética e de respeito às leis; da criação e manutenção de um programa de integridade na empresa; do estabelecimento de procedimentos de controle interno acerca da verificação de aplicabilidade do programa de integridade; e da instituição de processos internos, que permitam às devidas apurações das denúncias de comportamento antiéticos. Por sua vez, o art. 11 apresenta a responsabilidade de adoção de medidas de transparência.

Entende-se que tais disposições não são aplicáveis apenas para as empresas nacionais, tendo em vista a universalização dos direitos humanos; tratam-se de princípios mínimos a serem cumpridos por todas as empresas, ainda mais as transnacionais. Nesse sentido, o art. 1º expressa que as diretrizes são aplicáveis para médias e grandes empresas, o que inclui as multinacionais com atividades no país.

Para a defesa de tal aplicabilidade no âmbito do teletrabalho transnacional, existem os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações

²¹ Recomenda o acesso ao site para a análise do programa que apresenta três principais pilares: prevenção, detecção e correção. Disponível em: <https://petrobras.com.br/en/about-us/profile/compliance-ethics-and-transparency/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

²² Todos os exemplos foram retirados do artigo “Valorização do trabalhador e o *compliance* trabalhista: na busca da efetivação dos direitos trabalhistas”, escrito por Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira, citado anteriormente e referenciado, de forma completa, na seção Referências.

Unidas (ONU)²³, com disposições no mesmo sentido do explanado anteriormente, conforme expressam os artigos 15 (compromisso político de respeito aos direitos humanos), 16 (aprovação do compromisso político no mais alto nível de direção da empresa, publicidade e incorporação em todo âmbito empresarial), 17 (devida diligência em direitos humanos que envolva avaliação dos riscos reais e potenciais), entre outros.

Sendo o Brasil um país com elevado índice de descumprimento normativo²⁴, notadamente no âmbito do direito do trabalho, as práticas de *compliance* podem representar uma possibilidade de criação de uma cultura de conformidade e de estruturação, com maiores chances de efetividade, pois tais regulamentações partem do próprio âmbito interno das empresas, e não como uma imposição externa estatal, como se dá no caso da legislação (heterônoma).

Concordamos que os programas de *compliance* devem apresentar, igualmente, uma bilateralidade de intenções e de resultados para as empresas e para os trabalhadores. Isto é, dos mesmos postulados éticos e legais, de um lado, espera-se que eles proporcionem às empresas mais credibilidade no mercado. De outro, espera-se também que eles proporcionem mais segurança e proteção aos trabalhadores.

Diante dos inúmeros desafios normativos apresentados pela variedade de possibilidade de aplicação dos elementos de conexão ao teletrabalho transnacional, propõe-se a análise da prática de *compliance* trabalhista com a intenção de superá-los ou, ainda, evitá-los, e, ainda, como ferramenta assecuratória de direitos humanos dos trabalhadores.

Isso porque a reputação das empresas influencia o interesse de investidores e de consumidores, razão pela qual a medida pode ser uma importante aliada, não apenas para a redução de passivos trabalhistas, mas também para o fortalecimento da imagem empresarial e para a reputação perante o mercado, ainda mais em um contexto altamente tecnológico, de rápidas e intensas disseminações e trocas informacionais e comunicacionais.

Também, os programas de *compliance* por sua abertura e lisura, tendem a melhorar o relacionamento entre os trabalhadores e a empresa, o que pode influir na produtividade. Cita-se, em complementação, que a adequação e o cumprimento de normas legais e éticas reduz as auditorias e autuações e, conseqüentemente, as demandas no âmbito judicial. Por fim,

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos: implementando os parâmetros “proteger, respeitar e reparar” das nações unidas. Brasília, 2019. Tradução: Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/disponibilizada-a-cartilha-referente-aos-principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos>. Acesso em: 30 mar. 2022.

²⁴ Recomenda-se a leitura da reportagem completa, disponível no site do Senado Federal: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/como-o-brasileiro-ve-o-cumprimento-das-leis>. Acesso em: 18 abr. 2022.

salienta-se que os consumidores estão cada vez mais conscientes na escolha de seus bens de consumo. Assim, boas práticas, sejam elas, sociais ou ambientais, são importantes para a imagem e para a reputação, sem mencionar a proibição de práticas de concorrência desleal.

De fato, “[...] a crescente transparência, o engajamento dos consumidores e os novos padrões de comportamento dos consumidores (cada vez mais baseados no acesso a dados e redes móveis) forçam as empresas a adaptarem²⁵”. Isso porque o tratamento direcionado aos trabalhadores é medida de saúde e de interesse públicos.

A manutenção de um meio ambiente do trabalho hígido e equilibrado é direito fundamental do trabalhador e dever do empregador (art. 225, *caput*, da CRFB/88) e isso, na perspectiva de qualidade de vida, envolve mais do que prevenir e precaver quanto aos riscos inerentes ao desenvolvimento de suas atividades (art. 7º, inciso XXII, CRFB/88); envolve também a “[...] adoção de práticas, ações, informações, políticas internas e relacionamento interpessoal sadio que, evidentemente, influenciam no bem-estar daqueles que fazem parte²⁶, pois aspectos organizacionais, sem sombra de dúvidas, afetam o meio ambiente do trabalho, sendo que “[...] os programas de *compliance* trabalhista atuam como um instrumento para a promoção de um meio ambiente de trabalho hígido, refletindo direta e indiretamente em toda a gama de direitos que envolvem a dignidade humana²⁷”.

É por isto que práticas de *compliance* trabalhista condizentes com a efetividade e aplicabilidade dos direitos humanos são esperadas. Além disto, estas práticas devem “[...] estar em consonância com a função social e com a responsabilidade socioambiental da empresa²⁸”.

Entende-se que o *compliance* trabalhista “[...] tem de existir de fato, sair do papel e ser adotado como cultura empresarial e a partir da alta administração para trazer resultados reais e positivos”. Não se coaduna com programas de *compliance* trabalhista inefetivos, que representem tão somente discursos e escritos de responsabilidade social, mas com práticas incondizentes para com os direitos humanos trabalhistas, situação denominada de

²⁵ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 57-58.

²⁶ ALMEIDA, Victor Hugo de. **Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador**. Orientador: Otavio Pinto e Silva. 2013. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 111.

²⁷ LANNER, Maíra Brecht; JOBIM, Rosana Kim. O compliance trabalhista como instrumento de promoção de um meio ambiente de trabalho hígido do teletrabalho. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 89-116, jan./fev. 2021. p. 92.

²⁸ SOUZA, Raíssa Fabris de; BELLINETTI, Luiz Fernando. Compliance Trabalhista: uma análise a partir da função social da propriedade e da responsabilidade socioambiental da empresa. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, ano 13, n. 40, jan./jun. 2019. p. 232.

*bluwashing*²⁹, que configura uma publicidade abusiva ao se atrelar falsamente a imagem da empresa ao cumprimento de direitos fundamentais sociais, se na prática há violações e desrespeitos.

Também a proteção trabalhista não pode ser influenciada por valores eficientes, matemáticos ou econômicos, sob pena de se conformar o trabalho à economia. A proteção trabalhista para a promoção do trabalho digno (CRFB/88) ou decente (OIT) não admite análise numérica. Assim, de acordo com Selma Carloto:

[n]o compliance trabalhista, devemos buscar preventivamente o respeito aos direitos humanos dos empregados, dando efetividade a estes, devendo a empresa estar em conformidade com as normas trabalhistas em geral, inclusive a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as demais normas trabalhistas aplicáveis às relações de trabalho, inclusive a Lei Geral de Proteção de Dados, a Constituição Federal, além de princípios de direitos humanos internacionalmente reconhecidos e que se aplicam a estes³⁰.

Portanto, como sugestão de um adequado programa de *compliance* trabalhista para os casos de teletrabalho transnacional, propõe-se, minimamente, três principais observâncias, todas voltadas aos pilares de proteção e de não discriminação, sem descartar ou menosprezar todos os demais elementos primordiais já mencionados anteriormente: 1. Abrangência a todos os teletrabalhadores transnacionais, independentemente da modalidade de contratação, formal ou informal. 2. Adoção de direitos mínimos, de modo a desconsiderar os possíveis elementos de conexão de cada estabelecimento empresarial ou teletrabalhador. Assim, independentemente do local da prestação dos serviços, da nacionalidade ou domicílio do agente, da sede da empresa, ou quaisquer outros critérios prováveis, a todos serão aplicadas as mesmas garantias. Por isto, propõe-se a criação de um código de ética descritivo quanto aos direitos assegurados, como, salário-mínimo, garantia de piso salarial, garantia de irredutibilidade, décimo terceiro salário, férias anuais e terço, participação nos lucros e resultado, plano de saúde, auxílio-alimentação, auxílio-moradia, fundo de garantia do tempo de serviço, adicional noturno, limitação de jornada, intervalos, direito à desconexão, licença-maternidade e licença-paternidade, aviso-prévio, estabilidade, equiparação e planos de carreira, liberdade sindical, entre outros. Ressalta-se que esta miríade de direitos não é

²⁹ Para Roberto Wakahara o termo *bluwashing* pode ser conceituado como: “é a situação na qual o discurso de responsabilidade social não condiz com a prática empresarial”, ou de outro modo, “qualquer forma de se incrementar a imagem social da empresa perante a sociedade que seja falsa”. WAKAHARA, Roberto. *Bluewashing, desrespeito aos direitos fundamentais laborais e propaganda enganosa*. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 50, p. 165-170, jan./jun. 2017.

³⁰ CARLOTO, Selma. **O compliance trabalhista e a efetividade dos direitos humanos dos teletrabalhos**. São Paulo: LTr, 2021. p. 29.

taxativa. Buscou-se apenas, nesta abordagem, elucidar as possibilidades concessivas, de modo espontâneo, pois se necessita balizar sempre pela máxima proteção e efetividade dos direitos humanos dos teletrabalhadores.

Espera-se que as leis não sejam os parâmetros mínimos, pois se tende à flexibilização e à desregulamentação³¹, conforme as últimas alterações legislativas promovidas no país, mas sim que as empresas sejam comprometidas com a sociedade em que atuam. Afinal, o bom desempenho de uma influi na outra. Diz-se isto em razão da incontestável interdependência entre pessoa-ambiente, entendida como a inter-relação em que o trabalhador influi “[...] no meio ambiente do trabalho e este na maneira como o trabalhador percebe, experimenta, vivencia e interage com o trabalho e seu meio³²”, o que conseqüentemente reflete e influencia nos demais ambientes comunitários. É inviável pensar em sociedades e em empresas sadias com trabalhadores insatisfeitos ou doentes, pois, consoante ao princípio da bidirecionalidade “[...] pessoa e ambiente se relacionam e se influenciam recíproca e continuamente”.

Ainda é necessário, conforme mencionado anteriormente: 3. Criar um canal de comunicação, livre, transparente e independente, sem qualquer tipo de retaliação, para ouvir dos teletrabalhadores quanto à satisfação e às expectativas, de modo a monitorar e controlar a efetivação dos direitos e garantias prometidos.

Reconhece-se a possibilidade de se encontrar restrições por parte de algumas empresas quanto à concessão de uma ampla gama de direitos pela prática de *compliance* trabalhista, principalmente devido ao fator custo. Acredita-se, entretanto, que um estudo detido e pormenorizado demonstrará a segurança em se saber de antemão os encargos sociais e tributários, os quais passam a ser comuns a todos os teletrabalhadores transfronteiriços, refletindo diretamente na diminuição do grau de insatisfação dos funcionários e na redução dos passivos, bem como aumentando a confiança para investimentos.

Sendo assim, “[...] o impacto econômico causado pelo questionamento quanto à ética do agir empresarial é extremamente inferior àquele que surgiria de um escândalo pela ampla divulgação através da mídia e redes sociais”. Infelizmente, ao contrário dos avanços tecnológicos, tais mudanças de perspectivas e paradigmas não são abruptas, mas acredita-se em bons resultados a longo prazo, quando da adoção do *compliance* trabalhista.

³¹ A Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, é um exemplo de flexibilização e desregulamentação em nosso país, promovidos em nome da “suposta” necessidade de atualização normativa.

³² ALMEIDA, Victor Hugo de. **Consumo e trabalho**: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador. Orientador: Otavio Pinto e Silva. 2013. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 67.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *compliance* trabalhista apresenta-se como um programa de mudanças e de adoção de novas perspectivas e diretrizes, que contempla e altera toda a organização empresarial, sem a interveniência de terceiros. Este programa volta-se não somente ao cumprimento e à observância de normas, mas também à adoção de posturas éticas, transparentes e destinadas ao bem comum de todos os envolvidos e afetados pela governabilidade empresarial. Dentre outras vantagens, quanto à adoção de programas de *compliance* trabalhista, cita-se, exemplificativamente, a credibilidade, a boa reputação e a imagem das empresas no mercado de consumo; a segurança, a confiança e a proteção dos trabalhadores; o maior interesse dos investidores e dos consumidores; a melhoria do relacionamento entre trabalhadores e empresas; e a redução dos passivos trabalhistas.

Por isto, diante das controvérsias e dos desafios, notadamente com relação à discriminação quanto à aplicação de um ou outro critério como o definidor do elemento de conexão para os teletrabalhadores transfronteiriço de uma mesma empresa, defende-se a adoção da *compliance* trabalhista como prática adequada à solução dos impasses, bem como promotora de direitos humanos aos teletrabalhadores, tais como o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado.

Um programa de *compliance* trabalhista deve apresentar, no mínimo, dentre outras previsões: o resguardo da isonomia, adotando as garantias para todos os teletrabalhadores, independentemente da formalidade ou não do vínculo; a garantia de direitos mínimos, a serem promovidos pelas empresas, sem qualquer imposição e para além da determinação estatal; e a existência de mecanismos de controle e de fiscalização, por meio de um canal de comunicação e de denúncia que não gere represálias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Victor Hugo de. Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador. Orientador: Otavio Pinto e Silva. 2013. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ALMEIDA, Victor Hugo de. Os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação no direito e processo do trabalho. Revista Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 779-808, maio/ago. 2016.

BARBOSA JÚNIOR, Francisco de Assis. Teletrabalho transnacional: normatização e jurisdição. São Paulo: LTr, 2020.

BRASIL. Lei n. 7.064, de 6 de dezembro de 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 dez. 1982. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17064.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 jul. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51283321/do1-2018-11-22-decreto-n-9-571-de-21-de-novembro-de-2018-51283123#:~:text=Estabelece%20as%20Diretrizes%20Nacionais%20sobre%20Empresas%20e%20Direitos%20Humanos&text=DISPOSTO%20C3%87%20C3%95ES%20PRELIMINARES-Art.,multinacionais%20com%20atividades%20no%20Pa%C3%ADs. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 mar. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

CARLOTO, Selma. O *compliance* trabalhista e a efetividade dos direitos humanos dos teletrabalhos. São Paulo: LTr, 2021.

FINCATO, Denise Pires; BITENCOURT, Manoela de. Ciber como local de trabalho: o problema (ou a solução?) do teletrabalho transnacional. Revista Quaestio Juris, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, 2015.

IBGC. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 5. ed. São Paulo: 2015. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21138/Publicacao-IBGCCodigodasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

LANNER, Máira Brecht; JOBIM, Rosana Kim. O *compliance* trabalhista como instrumento de promoção de um meio ambiente de trabalho hígido do teletrabalho. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 89-116, jan./fev. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional privado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Valorização do trabalhador e o *compliance* trabalhista: na busca da efetivação dos direitos trabalhistas. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, v. 3, 3 dez. 2020.

OLIVEIRA, Nelson; GUEDES, Aline. Como o brasileiro vê o cumprimento das leis. Agência Senado, Brasília, 27 nov. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/como-o-brasileiro-ve-o-cumprimento-das-leis>. Acesso em: 18 abr. 2022.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Reflexões sobre o Teletrabalho transnacional. Direito UNIFACS – Debate Virtual, Salvador, n. 527, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos: implementando os parâmetros "proteger, respeitar e reparar" das nações unidas. Brasília, 2019. Tradução: Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/disponibilizada-a-cartilha-referente-aos-principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUZA, Raíssa Fabris de; BELLINETTI, Luiz Fernando. Compliance Trabalhista: uma análise a partir da função social da propriedade e da responsabilidade socioambiental da empresa. Revista de Direitos Fundamentais e Justiça, Belo Horizonte, ano 13, n. 40, p. 221-238, jan./jun.2019.

WAKAHARA, Roberto. Bluewashing, desrespeito aos direitos fundamentais laborais e propaganda enganosa. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 50, p. 165-175, jan./jun. 2017.

TELETRABALHO: RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS SUBSEQUENTES À PANDEMIA

Telework: recent legislative changes following the pandemic

Pedro Romano Martinez

1. APRESENTAÇÃO

I. Em Portugal, o teletrabalho surge regulado no Código do Trabalho em 2003, tendo o mesmo diploma, na versão de 2009 (arts. 165.º ss.), mantido o mesmo regime legal. Deste modo, a legislação portuguesa, no que respeita à previsão regulamentar do teletrabalho, apresenta-se como pioneira.

II. Como dispõe o art. 165.º do Código do Trabalho (CT), o teletrabalho pressupõe que a prestação laboral seja realizada com subordinação jurídica, em local não determinado pelo empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

Sendo a prestação de trabalho realizada com subordinação jurídica quer dizer que, nesta previsão legal, não está em causa a realização de uma atividade que não seja qualificada como contrato de trabalho. O teletrabalhador, neste contexto, tem um contrato de trabalho; pelo que o regime instituído nos arts. 166.º ss. CT – com algumas exceções a enunciar – não se aplica a outros prestadores de atividade, que recorram a tecnologias de informação e de comunicação na realização da sua tarefa, mas não estejam vinculados pelo regime laboral. Assim, um prestador de serviços, ou mesmo um trabalhador com contrato equiparado (art. 10.º do CT), independentemente do modo como realiza a sua atividade, não se qualifica como teletrabalhador para efeitos do disposto nos arts. 165.º ss. do CT. Esta tomada de posição fazia sentido, porquanto o Código do Trabalho visa regular a atividade laboral daqueles que realizem a sua prestação ao abrigo de um contrato de trabalho; com subordinação jurídica, portanto.

Contudo, a Lei n.º 83/2021 determinou a aplicação de certas regras do regime de teletrabalho (arts. 168.º, 169.º-A, 169.º-B, 170.º e 170.º-A), na parte compatível, a todas as situações de trabalho à distância sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica. Tendo em vista esta alteração legislativa, o Código do Trabalho (arts. 165.º e ss.) passou a regular tanto o teletrabalho com dependência jurídica, como o teletrabalho sem subordinação jurídica, mas com dependência económica.

2. RECURSO AO TELETRABALHO

I. O teletrabalho apresenta vantagens, tanto para as empresas como para os trabalhadores. No primeiro caso, é de salientar a redução de custos devida à menor exigência de espaço na empresa para instalar os empregados e despesas associadas como subsídio de deslocação. Quanto aos trabalhadores, permite que não se desloquem para a empresa, facilitando a execução de outras tarefas, nomeadamente atendendo a uma maior flexibilidade de horário, em especial, no caso de desempenharem a atividade no seu domicílio.

Aos interesses das partes, acresce o interesse público relacionado com a desnecessidade de deslocações¹, com a redução de veículos a circular e de contactos pessoais, que justificou a obrigatoriedade do teletrabalho em tempo de pandemia.

Não obstante as vantagens apontadas e a existência de uma regulamentação desde 2003, era escasso o recurso ao teletrabalho em Portugal.

II. O teletrabalho teve um especial incremento durante a pandemia, tendo em determinados períodos sido obrigatório ou recomendado, para evitar deslocações e contactos próximos entre trabalhadores na empresa ou mesmo por ter sido imposto o confinamento e a distância social. Para além das situações de teletrabalho terem aumentado exponencialmente durante a pandemia, pode dizer-se que houve uma alteração de comportamentos – tanto por parte das empresas como dos trabalhadores – e, assim, mesmo sem obrigatoriedade ou recomendação, o teletrabalho passou a ser uma realidade generalizada em determinados sectores.

O referido incremento do teletrabalho levou a que o legislador – com evidente precipitação – tenha intervindo, publicando a Lei n.º 83/2001, de 6 de dezembro. Neste diploma, houve a preocupação de regular alguns aspetos de uma das modalidades de teletrabalho, concretamente o teletrabalho no domicílio, que correspondeu à referida obrigatoriedade ou recomendação de recurso a este meio de prestar trabalho durante a pandemia.

Depois do desenvolvimento operado com a pandemia, o teletrabalho – nas suas múltiplas modalidades – passou a ser uma realidade generalizada em certos sectores de atividade. Dir-se-á que a pandemia teve um aspeto positivo, generalizando o teletrabalho de modo irreversível. Simultaneamente, alertou para alguns aspetos de menor proteção

¹ É controversa, contudo, a questão de saber se é devido o subsídio de refeição ao teletrabalhador. Por um lado, o princípio da igualdade determina que os trabalhadores não devem ser discriminados em razão do modo como prestam a atividade (art. 169.º do CT). Porém, se o subsídio de refeição estiver exclusivamente relacionado com o acréscimo de custos de refeição por parte dos trabalhadores que se encontrem a trabalhar longe do seu domicílio, o mesmo não será devido ao teletrabalhador no domicílio.

conferida a estes trabalhadores, que, não sendo desconhecidos, foram aquilatados com a generalização do teletrabalho.

3. REGIME JURÍDICO

I. Importa recordar que o teletrabalho, tal como previsto inicialmente no Código do Trabalho (2003), abarca várias modalidades.

O teletrabalho pressupõe que a atividade seja prestada a distância com recurso a meios telemáticos. Estando, assim, excluída desta realidade jurídica a prestação de trabalho a distância sem recurso a estas tecnologias.

O modo mais generalizado corresponde ao teletrabalho no domicílio, em que a prestação de trabalho é desempenhada no domicílio do trabalhador, ligado à empresa através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. Alude-se a «domicílio» não em sentido, técnico, pois pode corresponder a um local escolhido pelo trabalhador, mesmo que não tenha lá o seu domicílio. O teletrabalho no domicílio, além de se poder considerar a primeira modalidade de teletrabalho, é a que mais se desenvolveu, principalmente em decorrência da pandemia.

Como segunda modalidade há a referir a possibilidade de teletrabalho em centro satélite da empresa, ficando os trabalhadores normalmente deslocalizados geograficamente, por vezes num espaço jurídico distinto, a prestar a sua atividade para uma única empresa. Como terceira modalidade, refira-se o centro comunitário de teletrabalho, onde os trabalhadores prestam trabalho para distintas empresas. Sem carácter exaustivo, pode ainda aludir-se à modalidade de trabalho móvel, em que a prestação de trabalho é realizada a distância por trabalhadores itinerantes, que recorrem a meios tecnológicos para contactarem com a empresa.

II. Quanto ao regime jurídico, importa, em primeiro lugar, atender ao teletrabalho assente numa relação laboral, com subordinação jurídica (contrato de trabalho).

Além de o contrato de trabalho com o teletrabalhador dever revestir a forma escrita (art. 166.º, n.º 2, do CT), há certas formalidades que têm de constar do texto escrito, indicadas nas várias alíneas do n.º 4 do mesmo artigo. Do acordo mediante o qual o trabalhador é contratado, *ab initio*, em regime de teletrabalho ou que converte o trabalho presencial em trabalho a distância devem constar vários aspetos essenciais; e mesmo quando o legislador não impõe a sua inclusão no contrato, haverá todo o interesse que as partes sejam minuciosas.

O trabalhador pode ter sido inicialmente contratado no regime de teletrabalho ou, tendo já contrato com a empresa, passar a regime de teletrabalho (art. 166.º, n.º 1, do CT). Além da hipótese de transferência, pode ainda ter sido acordado um regime de alternância (art. 166.º, n.º 3, do CT), em que o trabalhador presta certos períodos de trabalho presencial e outros em teletrabalho.

No regime de teletrabalho, o trabalhador está sujeito às regras gerais quanto ao período normal de trabalho e horário de trabalho (art. 169.º, n.º 4, alíneas *c* e *d*), do CT), mas pode estar isento de horário, nos termos gerais.

III. No que respeita ao regime jurídico do teletrabalho há duas questões com particular relevo.

Em primeiro lugar, a conjugação entre o poder de direção do empregador, nomeadamente através do controlo sobre a atividade do trabalhador, e a privacidade do prestador de trabalho que desempenha a atividade fora da empresa, muitas vezes no seu domicílio. No art. 170.º do CT tenta conciliar-se o respeito pela privacidade do teletrabalhador com o controlo da atividade por parte do empregador, fixando-se nos arts. 169.º-A e 169.º-B do CT deveres do empregador na direção do teletrabalho. Reiterando-se o princípio da igualdade entre trabalhadores presenciais e a distância (art. 169.º do CT).

Associada com a questão da prestação do trabalho a distância, cabe atender à segurança e saúde no trabalho (art. 170.º-A do CT), com implicações nomeadamente em sede de acidentes de trabalho. Neste âmbito, equiparando o teletrabalho com o trabalho a distância, o legislador limitou-se a prescrever que, para efeito de acidente de trabalho, o local de trabalho é o que resultar do acordo de teletrabalho (art. 8.º, n.º 2, alínea *c*), da Lei de Acidentes de Trabalho)².

O segundo problema respeita ao isolamento do trabalhador relativamente à empresa, tanto no contacto com os restantes colegas de trabalho como na falta de inserção na estrutura organizativa, com frequente preterição na progressão da carreira. Por isso se admite, em determinados casos, a reversão da situação, regressando o trabalhador ao regime comum (art. 167.º, n.º 5, do CT), a recusa do trabalhador em passar a trabalhar a distância (art. 166.º, n.º 6, do CT) e a possibilidade de manter contactos com as estruturas de representação coletiva (arts. 169.º, n.os 2 e 3, e 465.º do CT). Sem prejuízo do isolamento, o teletrabalho pode ser

² A Lei de Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais (LAT) foi aprovada pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro. Sobre esta questão mencionada no texto, veja-se SARA LEITÃO, «Os acidentes de trabalho em teletrabalho», *Pront.* 2021, I, pp. 209 ss.

querido pelo trabalhador, sendo-lhe conferido, em determinadas circunstâncias o direito a ser contratado em regime de teletrabalho (art. 166.º-A do CT).

4. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

I. Nas alterações legislativas de 2021, além de aspetos já mencionados, houve a preocupação de regular com detalhe questões organizacionais do teletrabalho, como a referente a equipamentos e sistemas para a realização da atividade (art. 168.º do CT) ou à segurança e saúde do trabalhador no seu domicílio (art. 170-A do CT).

Até à alteração introduzida pela Lei n.º 83/2021, o teletrabalho encontrava-se regulado em termos amplos como «prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação» (art. 165.º do CT³). Apesar de as alterações de 2021, na noção de teletrabalho (art. 165.º, n.º 1, do CT), só terem mudado a expressão «habitualmente fora da empresa» para local não determinado pelo empregador, detetam-se várias modificações, umas pontuais e outras de paradigma.

Ainda que a base continue a respeitar ao trabalho subordinado, o regime – mesmo que parcialmente – aplica-se aos trabalhadores independentes (sem subordinação jurídica), desde que desempenhem a tarefa com dependência económica; podendo estar em causa a designada parassubordinação. Com efeito, do n.º 2 do art. 165.º do CT decorre que algumas disposições do regime jurídico do teletrabalho se aplicam «a todas as situações de trabalho à distância sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica». Parcialmente, o regime do teletrabalho aplica-se a trabalhadores com independência jurídica – sem contrato de trabalho – mas com dependência económica, nos termos do art. 10.º do CT.

Por outro lado, apesar de o regime não se circunscrever ao trabalho no domicílio, das alterações resulta que só se teve em conta esta modalidade de teletrabalho, descurando outras situações que, por menos frequentes, não foram atendidas (p. ex., trabalho em centros comunitários ou trabalho móvel)⁴.

II. Na extensão operada em 2021, admite-se ainda a aplicação – embora parcial e circunscrita – do regime do teletrabalho ao trabalho a distância, sem recurso a tecnologias de

³ Uma das alterações formais respeita à inclusão de dois números neste preceito; passando a noção a constar do n.º 1 e encontrando-se no n.º 2 uma extensão do âmbito de aplicação do regime.

⁴ No art. 170.º, n.º 2, do CT atende-se ao teletrabalho realizado no domicílio do trabalhador, admitindo *a contrario* outros modos de prestar o teletrabalho.

informação e de comunicação. Com efeito, no art. 165.º, n.º 2, do CT elencam-se as disposições aplicáveis «a todas as situações de trabalho à distância» e no art. 8.º, n.º 1, alínea c), da LAT (preceito introduzido pela Lei n.º 83/2021) indica-se que «No caso de teletrabalho ou trabalho à distância, considera-se local de trabalho aquele que conste do acordo de teletrabalho»⁵.

Nos dois preceitos mencionados pretende-se equiparar o teletrabalho ao trabalho a distância no que respeita à tutela do trabalhador, nomeadamente em sede de acidentes de trabalho. No fundo, o trabalhador que preste a sua atividade a distância, sem recurso a tecnologias de informação e de comunicação – não sendo, assim, teletrabalhador em sentido técnico – é tutelado em termos idênticos a um teletrabalhador quanto a equipamentos necessários, despesas acrescidas, organização do trabalho e tutela no âmbito de acidentes de trabalho.

III. O teletrabalho, mormente em decorrência das alterações legislativas de 2021, suscita algumas dúvidas, podendo atender-se a três.

Como se fixam as despesas adicionais a suportar pelo empregador, nos termos previstos no art. 168.º do CT. Depois de se prescrever que o empregador tem de disponibilizar ao teletrabalhador os equipamentos e sistemas necessários para a realização do trabalho (art. 168.º, n.º 1, do CT), determina-se no n.º 2 do mesmo preceito que o empregador deve compensar as despesas adicionais que, comprovadamente, o trabalhador suporta com a realização da atividade em teletrabalho.

Ainda que o legislador tente identificar tais despesas adicionais nos números 2 e 3 do preceito em causa, a sua fixação pode passar por uma intromissão do empregador na vida pessoal do trabalhador (p. ex., para prova do sobrecusto com o operador de telefone e de internet, o trabalhador pode ter de apresentar as faturas detalhadas, com informação sobre aspetos da sua vida).

Da alteração de 2021 resulta uma incongruência quanto ao sentido de «local de trabalho», entre três preceitos introduzidos pela Lei n.º 83/2021. Dispõe o art. 166.º, n.º 4, alínea a), do CT que o local de trabalho será aquele em que o trabalhador realiza habitualmente o seu trabalho; por seu turno, lê-se no art. art. 170.º-A, n.º 5, do CT que, em caso de acidente, considera-se «local de trabalho o local escolhido pelo trabalhador para exercer habitualmente a sua atividade»; por fim, para o art. 8.º, n.º 2, alínea c), da LAT, o

⁵ Há uma contradição no diploma que alterou o regime do teletrabalho no que respeita ao conceito de local de trabalho, que se analisará a final, ponto seguinte.

local de trabalho será o que conste do acordo de teletrabalho. A discrepância entre local onde habitualmente desempenha a atividade e local escolhido pelo trabalhador ou decorrente da habitualidade da atividade contratada ou local constante do acordo de teletrabalho tem de ser solucionada com base numa interpretação sistemática. Na eventualidade de a menção do local de trabalho constante do acordo não coincidir com aquele em que o trabalhador habitualmente presta o seu trabalho (por escolha sua ou resultante da própria natureza do teletrabalho), há que interpretar as declarações de vontade, cujo sentido, em princípio, prevalece sobre a eventual habitualidade. Até porque o local que resultar do acordo é o que terá sido comunicado ao segurador de acidentes de trabalho. Relativamente ao local de trabalho há ainda uma solução menos clara no novo regime, ao prever-se que «O local de trabalho previsto no acordo de teletrabalho pode ser alterado pelo trabalhador, mediante acordo escrito com o empregador». Quando se afirma que pode ser alterado pelo trabalhador, pensar-se-ia que a alteração seria unilateral; mas ao indicar que tem de ser por acordo com o empregador conclui-se que a modificação só opera por mútuo consenso.

O direito à desconexão – que não é exclusivo do teletrabalhador – surge mencionado nas alterações de 2021, sem a devida conjugação com o poder de direção. Na realidade, faz-se alusão ao dever de o empregador se abster de contactar o trabalhador no período de descanso (art. 169.º-B, n.º 1, alínea b), do CT), reiterado e explanado no art. 199.º-A do CT. Neste último preceito determina-se que «O empregador tem o dever de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, ressalvadas as situações de força maior» (n.º 1), determinando-se que será discriminatório o tratamento menos favorável ao trabalhador que não quer ser contactado fora do horário de trabalho (n.º 2), constituindo contraordenação grave o contacto feito ao trabalhador em período de descanso (n.º 3). Sem prejuízo do relevo da solução constante do n.º 1 do art. 199.º-A do CT, diga-se que o problema não é específico do teletrabalho, mas transversal a determinadas atividades laborais, mesmo que presenciais, em que o empregador contacta o trabalhador depois de sair da empresa. Por outro lado, a exceção da força maior constante da parte final do preceito não serve para resolver muitos dos contactos feitos fora do tempo de trabalho, em especial quando a empresa e os trabalhadores têm fusos horários diferentes – nada incomum em situações de teletrabalho – e há necessidade de marcar reuniões ou de enviar elementos para tarefas a realizar, em horário que pode não coincidir com o de um dado trabalhador. Importa ainda interpretar o sentido da expressão «abster-se de contactar»; se o empregador envia um e-mail depois do termo do horário de trabalho, indicando quais são as tarefas a realizar no dia seguinte não estará a violar o preceito em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDO XAVIER/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO/JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.^a ed., Lisboa, 2020, pp. 395 ss.

GUILHERME DRAY, «Teletrabalho. Sociedade de Informação e Direito», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. III, Coimbra, 2002, pp. 261 a 286.

JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, 2007, pp. 736 ss.

LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, Coimbra, 2019, pp. 130 ss.

ORTINS DE BETTENCOURT, «Os Regimes do Teletrabalho», *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António da Motta Veiga*, Coimbra, 2007, pp. 247 ss.

MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, *Direito Individual*, Coimbra, 2019, pp. 665 a 668.

ORTINS DE BETTENCOURT, «Os Regimes do Teletrabalho», *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António da Motta Veiga*, Coimbra, 2007, pp. 247 ss.

PATRÍCIA PINTO RODRIGUES, «O teletrabalho: enquadramento jus-laboral», *Estudos de Direito do Trabalho*, org. Monteiro Fernandes, Coimbra, 2011, pp. 89 a 164.

ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 10.^a ed., Coimbra, 2021, pp. 675 ss.

SARA LEITÃO, «Os acidentes de trabalho em teletrabalho», *Prontuário* 2021, I, pp. 209 ss.;

SINDICATO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA ABORDAGEM SOBRE O PAPEL PROPULSOR DO SINDICATO NA VALORIZAÇÃO DA TRABALHABILIDADE NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

Union and economic development: an approach on the propelling role of unions in valuing workability in the technological society

Raquel Hochmann de Freitas¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 - Sindicato, emprego e trabalhabilidade na sociedade tecnológica; 2 - Sindicato, desenvolvimento econômico e preservação do valor humano do trabalho; Considerações finais; Referências Bibliográficas

RESUMO: As alterações tecnológicas impactam não apenas a forma como se dá o desenvolvimento econômico como o próprio Direito, especialmente no que diz respeito ao valor humano do trabalho. A inteligência artificial molda, na atualidade, a forma como nos comportaremos em sociedade pelos próximos anos, e o destino do trabalho está na preservação do valor humano que o torna fundamental. Nesse cenário, ao sindicato é exigida uma nova postura, que ultrapassa a mera negociação de normas capazes de gerir uma realidade laboral específica. Nas mãos do sindicato está pensar o trabalho para além das mudanças tecnológicas irrefreáveis, transformando-o no elemento central da construção de uma realidade que, concomitante ao desenvolvimento econômico, preserve, como marca indelével, a humanidade que dá a nota de fundamentabilidade ao próprio Direito. Assim, o presente artigo tem como objetivo examinar o papel do sindicato como ente que, dada sua indispensabilidade, atue ativamente na conjugação do desenvolvimento econômico com a preservação do trabalho e de seu valor humano, o que vai além da garantia do emprego, mas da manutenção e fomento da prestação de trabalho em suas diversas nuances, sob a perspectiva de uma sociedade que se vê envolta em mudanças tecnológicas irreversíveis. Por fim, a metodologia proposta para atingir os objetivos é hipotético-dedutiva e realizada através de levantamento bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Sindicato e trabalhabilidade; desenvolvimento econômico; valor humano do trabalho.

ABSTRACT: Technological changes impact not only how economic development takes place but also the Law itself, especially about the human value of work. Artificial intelligence currently shapes the way we will behave in society for years to come, and the fate of work lies in preserving the human value that makes it fundamental. In this scenario, the union is required to adopt a new posture, which goes beyond the mere negotiation of norms capable of managing a specific labor reality. In the hands of the union, it is thinking about work beyond unstoppable technological changes, transforming it into the central element in the construction of a reality that, concomitant with economic development, preserves, as an indelible mark, the humanity that gives the note of fundamentality to the Law itself. Thus, this article aims to examine the union's role as an entity that, given its indispensability, actively acts in the combination of economic development and the preservation of work and its human value. This circumstance goes beyond the guarantee of employment but maintenance and promotion of work in its various nuances, from the perspective of a society surrounded

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito pela PUCRS. Juíza do Trabalho no TRT da 4ª Região. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8843506675746739>. E-mail: rhfreitas@gmail.com.

by irreversible technological changes. Finally, the proposed methodology to achieve the objectives is hypothetical-deductive with and carried out through a bibliographic survey.

KEYWORDS: Union and workability; economic development; human value of work.

INTRODUÇÃO

Quando olhamos para o Direito Trabalho devemos nos lembrar de fazê-lo voltados para o futuro. É no futuro que estão as novas modalidades de prestação laboral e também as novas demandas, especialmente as decorrentes das mudanças tecnológicas de nossos dias.

Mas é justamente o trabalho, em sua essência, e não o emprego, em sua especificidade, a base do que nos torna humanos, e a nossa própria humanidade depende da forma como utilizamos nossa inteligência e força criadora para impactar, positivamente, o mundo que nos cerca.

Vivemos uma época de convulsão tecnológica. Hoje, falar em inteligência artificial² não é mais assunto de ficção científica, é uma realidade atual e transformadora de nossas vidas

As consequências dessa nova realidade também atingem nossa organização social, já que, enquanto humanos, tendemos a nos reunir em grupos, para agregar força e assim agir na construção da sociedade almejada. E o órgão agregador por excelência de quem despende sua força de trabalho é o sindicato, cuja relevância constitucional o transforma em elemento indispensável na concretização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Nesse cenário, o presente artigo tem como objetivo examinar o papel do sindicato como ente que, dada sua indispensabilidade, atue ativamente na conjugação do desenvolvimento econômico com a preservação do valor humano do trabalho, diante de uma sociedade que se vê envolta em mudanças tecnológicas irreversíveis.

Para tanto, no primeiro capítulo, será examinado o novo papel do sindicato como exigência atual para sua manutenção, especialmente no que tange ao incentivo à trabalhabilidade, e não apenas à empregabilidade. No segundo capítulo, serão examinadas as situações capazes de garantir a preservação do valor humano do trabalho diante da necessidade de um desenvolvimento econômico sustentável³, em razão do que estabelece a própria Constituição Federal brasileira

Por fim, o presente artigo conclui no sentido de que a evolução tecnológica, enquanto caminho sem volta, exige de todos, e especialmente dos entes com relevante papel social,

² Segundo Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas, inteligência artificial consiste em um “*sistema algorítmico adaptável e relativamente autônomo, emulatório da decisão humana*”. FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência Artificial**: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 13.

³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 45.

como o sindicato, uma nova postura, a fim de preservar sua função essencial de garantidor da efetivação dos direitos fundamentais do ser humano trabalhador.

Quanto à abordagem, a presente pesquisa segue o método dedutivo, utilizando, quanto ao procedimento, a **pesquisa bibliográfica**⁴.

1 SINDICATO, EMPREGO E TRABALHABILIDADE NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

A Lei nº 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista, trouxe ao sindicato brasileiro a necessidade premente de se adaptar às novas exigências legais diante das dificuldades, não apenas sociais, mas relativas à sua própria manutenção, a exemplo do fim da compulsoriedade da contribuição sindical, à luz do art. 579 da CLT⁵.

Não apenas no Brasil, mas em termos mundiais, as legislações vêm exigindo do ente sindical uma nova postura, capaz de dar vazão às novas demandas e dificuldades advindas pela alteração tecnológica do conceito habitual de trabalho e das dificuldades na obtenção e manutenção de empregos⁶.

O surgimento dos sindicatos, como o conhecemos, se deu para fazer frente à luta de classes, preservando os interesses mais elementares daqueles que despendem sua força de trabalho para a obtenção do próprio sustento como contrapartida. E não foi simples ou mesmo fácil chegar até onde chegamos, em termos de existência sindical, como nos aponta Evaristo de Moraes Filho:

A evolução da existência do sindicato na sociedade moderna, surgida depois da Revolução Francesa, caminhou da luta pela sua própria sobrevivência contra o Estado à existência junto a esse mesmo Estado. A princípio, lutavam as organizações profissionais contra os patrões e contra o Estado, que lhes negava o direito de reconhecimento legal. [...]. As relações existentes entre os possíveis sindicatos e o Estado eram relações de absoluta hostilidade, procurando um destruir o outro da forma a mais rápida e ostensiva⁷.

⁴ FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **Pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

⁵ Art. 579 da CLT: “O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)”.

⁶ A título de exemplo, vemos como diversos países no mundo vêm se adaptando às transformações tecnológicas e dificuldades de manutenção de postos de trabalho a partir da adaptação tanto da carga horária laborada quanto da quantidade de dias em que prestado o trabalho. Nesse sentido: <https://www.forbes.com/sites/jackkelly/2022/02/15/belgium-is-the-latest-country-to-join-the-four-day-workweek/>. Acesso em 07 Mar 2022.

⁷ MORAIS FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos**. 2ªed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978, p. 99.

Não se ignora que o seu surgimento, no Brasil, talvez não tenha se dado da forma mais desejada, seja pela necessidade de autorização ou controle estatal, seja pelo desvio de finalidade de pequenos grupos que dele fizeram uso para interesses políticos inapropriados, mas questão relevante é que, nele, os trabalhadores depositam, ao longo dos anos, a esperança de se verem representados de forma a garantir melhores condições de trabalho e de vida.

José Carlos Arouca menciona que:

O sindicato [...] é instituição que compõe a sociedade pluralista como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Como tal, possui representação ampla e poder, especialmente quando sua participação é exigida nas negociações coletivas de trabalho. Segundo a expressão do inciso III do art. 8º da Constituição, defende direitos e interesses, individuais e coletivos, do grupo para o qual foi constituído e que representa; misto de prerrogativa básica e dever fundamental, mas sem limitação de competência⁸.

Referido autor chama a atenção, igualmente, para o fato de que a maior dimensão da ação sindical centra-se exatamente na “defesa de direitos e interesses de natureza trabalhista-sindical”⁹, incluindo, em tal seara, o quanto constante no próprio artigo 6º da Carta Magna, relativo aos direitos sociais.

A ampla gama de competências atribuídas à entidade sindical reforça apenas seu caráter indispensável como instrumento voltado à satisfação dos direitos fundamentais do trabalhador. Toda a sua dinâmica deve estar voltada para tal finalidade, ainda mais considerando que o mundo do trabalho não é estático e se vê às voltas das exigências trazidas pelas novas tecnologias, a exemplo do trabalho prestado a partir de plataformas digitais e todas as demais formas de flexibilização que buscam permitir a manutenção da atividade produtiva.

Nesse cenário surge relevante questão atinente ao conceito de trabalhabilidade. Denise Pires Fincato e Cíntia Guimarães referem que esta possui objeto e metas de cunho mais amplo do que se entende por empregabilidade, uma vez que o indivíduo, embora não tenha efetivo interesse em um emprego, tenha habilidades suficientes para garantir sua renda, vida e desenvolvimento¹⁰. Referem, assim, que a trabalhabilidade

⁸ AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil: Passado, Presente, Futuro(?)**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2019, p. 182.

⁹ AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil: Passado, Presente, Futuro(?)**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2019, p. 183.

¹⁰ FINCATO, Denise Pires. GUIMARÃES, Cíntia. Agenda para erradicação e proteção do trabalho infantil: programa de políticas públicas para educação visando a inserção do indivíduo no mercado laboral via trabalhabilidade e controle judicial. **Visões contemporâneas sobre políticas públicas**. Adriana Henrichs

Diferencia-se da empregabilidade, pois, enquanto esta pressupõe a destreza para ingressar, se manter e evoluir no corpo de funcionários de uma empresa, a trabalhabilidade impõe o uso de “habilidades e competências para gerar renda própria, sem necessariamente estar empregado, ou seja, sem possuir um vínculo empregatício” (...). As habilidades comumente vinculadas à trabalhabilidade não estão limitadas ao campo profissional ou ao ensino formal, que normalmente corresponde às *hard skills*.

O atual papel do Sindicato é o mesmo de sua origem, de defesa e proteção de toda uma classe, mas agora inserido numa realidade repleta de inovações e desafios que lhe exigem uma nova postura, não mais arraigada a vieses e armadilhas argumentativas e psicológicas¹¹.

O que se faz necessário, contudo, é uma readequação da figura de tal ente, agora sob o viés tecnológico e diante de uma crescente gama de trabalhadores que, muito além de se verem empregados, optam por utilizar suas habilidades e competências para investir na forma como gerir sua própria vida profissional.

Nesse mesmo diapasão, e diante dos reflexos da inteligência artificial na condução da sociedade, Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas referem que:

No tocante ao abuso do poder econômico e à usurpatória posição dominante de mercado, a regulação da IA precisa diluir a concentração desmesurada de poder, provocada pela IA em escala inédita. Não se trata de combater os monopólios naturais, mas de desbaratar as redes de dominância sobrepostas aos Estados, num ambiente em que as fronteiras esmaecem. Nesse quadro de acentuada desmaterialização, justifica-se a regulação que protege, vigorosamente, a liberdade contra qualquer subjugação virtual, por ação ou omissão, nacional ou transnacional. Simultaneamente, desaconselhável esquecer as justificativas não econômicas para a regulação, mapeadas por Stephen Breyer e outros, como a redistribuição, a proteção de valores que transcendem o mercado e o planejamento¹².

A tecnologia modifica não apenas a forma da prestação do trabalho, como igualmente altera a maneira pela qual percebemos esse mesmo trabalho e, certamente, os meios pelos quais devemos garantir proteção à atividade desenvolvida e ao valor humano que se esconde cada vez mais por trás dela.

Sheremetieff, Cristiano Anunciação, Diego Machado Monnerat e Elaine Teixeira Rabello (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021, p. 685-686.

¹¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 164-177.

¹² FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 59.

Alerta Rogério Luís Marques de Mello que a “tecnologia é realidade relativamente recente no mundo e impõe, ao direito, as mudanças necessárias para o equilíbrio entre a preservação dos direitos humanos e a possibilidade de evolução da espécie humana”¹³.

O sindicato hoje precisa atuar num terreno que ainda lhe é desconhecido, como o é para a maioria de nós e, para tanto, precisa fomentar o interesse de se inserir no mundo tecnológico de maneira a utilizar a inteligência artificial em favor do seu mister maior de constituir instrumento útil e eficaz na concretização dos direitos fundamentais do trabalhador.

Sem o uso inteligente das novas tecnologias, o sindicato corre o sério risco de ser deixado para trás em termos de relevância na vida laboral do trabalhador, como ente indispensável e ativo de transformação social.

Mais do que nunca, o que se espera do sindicato é que busque atuar na linha de frente do fomento das capacitações de seus associados, seja desenvolvendo cursos capazes de reintegrá-los ao mercado de trabalho, auxiliando-os na adaptação diante da atipicidade cada vez mais presente no manejo das relações laborais, seja oferecendo alternativas que lhes permitam optar, inclusive, por novas profissões e realocações, sem o temor de perder seu espaço de atuação e sim ampliando-o diante da realidade dinâmica do mundo do trabalho.

A necessidade de readequação da conformação sindical trata-se, hoje, de um fenômeno mundial. A Itália, por exemplo, conta com elevado número de sindicalizados dentre os inativos e também estrangeiros, considerando inclusive a tendência que se observa quanto à finalidade assistencial de que se tem revestido tal instituição, como forma de complementar o plano assistencial estatal¹⁴.

Alguns trabalhadores italianos ainda esperam do sindicato sua atuação mais combativa, politicamente, em relação à redução da política do bem-estar social adotada pelo Estado, colocando-se como opositor a tais medidas estatais. De igual modo, o sindicato não tem se apresentado como ente capaz de fazer frente à alteração das dinâmicas laborais e atender aos anseios que daí resultam, nos dias atuais, como o surgimento de novas relações trabalhistas fruto da tecnologia, virtualização e autonomia, situação igualmente verificada no Brasil, a exemplo das questões recentes envolvendo os trabalhadores por aplicativo¹⁵.

¹³ MELLO, Rogério Luís Marques de. Inteligência artificial e os direitos fundamentais da pessoa humana. Revista Direito, Democracia e Cidadania, [S.l.], v. 1, n. 1, abr. 2019. ISSN 2596-2930. Disponível em: <<http://ojs.funep.edu.br/index.php/Direito/article/view/46>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁴ BUBBICO, Davide. O Sindicalismo Italiano entre crise de representatividade e mudanças das relações industriais. **Lua Nova: São Paulo**, 2018, p. 301.

¹⁵ Em que pese alguns Tribunais Regionais do Trabalho no Brasil reconhecerem, de forma esparsa, a existência de efetivo vínculo de emprego entre motoristas de aplicativo e este, o Superior Tribunal do Trabalho tem se posicionado no sentido da autonomia da referida prestação de trabalho, consoante se depreende da seguinte

Bubbico¹⁶ aponta para o chamado local social coalitions (coligações sociais locais) como forma de revitalizar o movimento sindical de base, ou seja, tentar alcançar os trabalhadores mais precarizados, originários da nova forma como pensada a política econômica, a partir de um modelo de sindicalização que envolva a organização dos conflitos de modo a abarcar as questões trabalhistas, econômicas e sociais decorrentes das políticas de austeridade estatal.

Fenômeno atual na experiência sindical italiana parece ser a tendência de retorno à ideia de sindicato único, a exemplo da CGIL (Confederazione Generale Italiana del Lavoro), confederação italiana cuja proposta envolve a representação de todos os setores do mundo do trabalho¹⁷. Do mesmo modo, se apresenta como tendência, hodiernamente, a consideração do trabalhador como usuário ou consumidor e não mais como efetivo produtor.

A Itália, assim como o Brasil, este último a partir da Lei nº 13.467/17, que extinguiu a contribuição sindical compulsória, tenta compensar a perda do financiamento sindical, resultante da redução de filiados entre os trabalhadores ativos. E, como filiação vincula-se, necessariamente, ao grau de representatividade do ente sindical, a tendência nos dois países

decisão: **AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA DE APLICATIVO. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA.** Conforme já exposto na decisão agravada, os elementos constantes dos autos revelam a inexistência do vínculo empregatício, tendo em vista a autonomia no desempenho das atividades do autor, a descaracterizar a subordinação. Isso porque é fato indubitável que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. E, relativamente aos termos e condições relacionados aos referidos serviços, esta Corte, ao julgar processos envolvendo motoristas de aplicativo, ressaltou que o motorista percebe uma reserva do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Ante a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravo não provido, com imposição de multa. (Ag-AIRR-101036-14.2017.5.01.0042, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 01/10/2021). Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#ff33d22717107c2c7302d776a403acee>. Acesso em 07.12.2021. Na Itália, recente decisão do Tribunal de Torino reconheceu o vínculo entre aplicativo e prestador de serviços, conforme a seguinte notícia, de 18 de novembro de 2021: “Una sentenza del Tribunale del lavoro di Torino che riconosce la natura di rapporto subordinato ai riders - i fattorini in bicicletta - che lavorano per la Uber Italy, al termine di una causa intentata da 10 ciclofattorini del capoluogo. Sentenza che - se confermata nel probabile appello - apre un precedente importante nel riconoscimento dei diritti del lavoro per la categoria. Uber Italy dovrà "corrispondere la retribuzione per l'attività svolta oltre alle relative indennità" Disponível em: <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Torino-tribunale-lavoro-Rider-vincono-causa-contro-Uber-Italy-subordinati-edb31647-d1e6-4ced-8853-bb6d96db45f0.html>. Acesso em: 08 dez. 2021.

¹⁶ BUBBICO, Davide. O Sindicalismo Italiano entre crise de representatividade e mudanças das relações industriais. **Lua Nova: São Paulo**, 2018, p. 308.

¹⁷ BUBBICO, Davide. O Sindicalismo Italiano entre crise de representatividade e mudanças das relações industriais. **Lua Nova: São Paulo**, 2018, p. 308.

permanece indicando a fragilidade do sindicato nos moldes até então concebidos e a manutenção de uma profunda crise envolvendo a razão fundamental de sua existência: a proteção do sindicalizado.

2 SINDICATO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E PRESERVAÇÃO DO VALOR HUMANO DO TRABALHO

Segundo o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica deve ser fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por fim garantir a todos uma existência digna, pautada “nos ditames da justiça social” e nos princípios que menciona em seus incisos, dentre os quais a busca do pleno emprego como forma de valorização do trabalho humano (art. 170, VIII).

Talvez pareça um verdadeiro paradoxo conciliar desenvolvimento econômico e valor humano do trabalho, mas releva notar que a Constituição Federal de 1988 inovou ao inserir, além de um capítulo próprio destinado aos direitos e garantias fundamentais, um capítulo direcionado aos direitos sociais, com previsão de um grande rol de direitos para os trabalhadores¹⁸.

Inseriu, na mesma linha, e na forma do seu art. 8º, um sindicato que apresenta autonomia perante o Estado, no sentido de que deste não depende para existir, muito embora ainda se possa dizer que a unicidade sindical e o enquadramento sindical representem verdadeiro entrave para uma liberdade sindical plena¹⁹.

No dizer de Arnaldo Süssekind:

Se o sindicato nasceu com a finalidade de obter, por meios conflituosos, a melhoria das condições de trabalho e, por via de consequência, de vida; se, de certa maneira, tais conquistas são perseguidas através de negociação coletiva, greve e pressão junto aos órgãos legislativos – certo é que no curso da história o movimento sindical passou a constituir poderosa alavanca para reformas sociais e até econômicas, culturais e políticas. Como representantes de corpos sociais de inegável expressividade na Nação, as entidades sindicais pleiteiam reformas legislativas de diversas matizes, que interessam aos grupos representados, ou são, em diversos países, necessariamente ouvidos sobre elas²⁰.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 541.

¹⁹ STÜRMER, Gilberto. **A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 112.

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 351-352.

Ha-Joon Chang²¹ chama a atenção para o fato de que o trabalho, apesar de sua indiscutível relevância e presença em nossas vidas, é tema não tão relevante quando falamos em economia. Aliás, a maior referência a ele se dá, justamente, quando falamos em desemprego. Refere, nesse sentido, que:

O desemprego também tem a ver com a dignidade. Kurt Vonnegut, escritor americano, em seu clássico romance *Revolução no futuro*, de 1952, retrata um mundo em que ninguém precisa realizar qualquer trabalho manual. As máquinas agora fazem essas coisas; na história dele, essas máquinas trabalham com folhas de instruções como aquelas que você coloca numa pianola, que dão origem ao título do livro. Apesar de não terem problemas para satisfazer suas necessidades materiais básicas e de ter todo o tempo para o lazer, as pessoas daquele mundo, exceto por uma pequena minoria de engenheiros e gerentes, são na verdade desesperadamente infelizes — elas foram privadas da dignidade que extraíam de serem membros úteis da sociedade²².

Sobre o tema, Domênico de Masi menciona o fato de que:

[...] tutta la mostra ricchezza, il nostro prestigio, la nostra rispettabilità, le nostre opportunità, le nostre tutele, qualsiasi forma di sopravvivenza, derivano dal nostro lavoro. Ma il lavoro viene negato a un numero crescente di individui che quindi sono gettati nella disperazione. La mancanza di lavoro non dipende da chi non ce l'ha, e tuttavia gli viene imputata come se fosse colpa sua. Una colpa di cui vergognarsi.²³

Ou seja, trabalho e desenvolvimento econômico caminham juntos. Tanto a forma como prestado o trabalho, quanto o não trabalho ou a substituição ou modificação deste através do desenvolvimento tecnológico e crescente atipicidade atuam diretamente no plano da economia. Subjugar um em benefício do outro é a receita para o insucesso social. Como chama a atenção, ainda, Ha-Joo-Chang:

Alguns trabalhadores nos países ricos se recusam a aceitar os salários praticados e permanecem desempregados porque podem viver dos pagamentos da previdência do governo. Sindicatos tornam impossível que os salários diminuam. Ao mesmo tempo, normas estabelecidas pelo governo para o mercado de trabalho (por exemplo, salários mínimos,

²¹ CHANG, Há-Joon. **Economia: modo de usar. Um guia básico dos principais conceitos econômicos.** Trad. Isa Mara Lando e Rogério Galindo. São Paulo: Editora Schwarcz S.A, 2015, p. 7.

²² CHANG, Há-Joon. **Economia: modo de usar. Um guia básico dos principais conceitos econômicos.** Trad. Isa Mara Lando e Rogério Galindo. São Paulo: Editora Schwarcz S.A, 2015, p. 298.

²³ DE MASI, Domênico. **Lavorare grátis, lavorare tutti: Perché il futuro è dei disoccupati.** Milano: Rizzoli, 2017, p. 7.

barreiras a demissões, exigência de pagamento de indenizações) e encargos trabalhistas, como a contribuição do empregador para o seguro social, tudo isso faz com que os trabalhadores fiquem mais caros do que de fato deveriam ser. Isso reduz o incentivo para que o empregador os contrate. O resultado é um desemprego mais alto. Como isso se deve a interferências de entidades “políticas” como o governo e os sindicatos, esse tipo de desemprego pode ser chamado de desemprego político. A solução oferecida é fazer com que o mercado de trabalho fique mais “flexível” por meio de medidas como a redução do poder dos sindicatos, a abolição do salário mínimo e a minimização da proteção do trabalhador contra as demissões²⁴.

É evidente que não subsistem direitos sem uma base financeira capaz de sustentá-los. Quanto mais desenvolvida uma sociedade, mais direcionada a alocação de recursos destinados à garantia de direitos, porque sem financiamento o exercício destes se torna mera elucubração.

Nesse sentido, e no dizer de Stephen Holmes e Cass R. Sustein:

Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme; e os direitos jurídicos não têm significado algum quando não são garantidos coercitivamente.

[...]

Todos os direitos custam caro porque todos eles pressupõem que o contribuinte financie um mecanismo eficiente de supervisão, que monitore o exercício dos direitos e o imponha quando necessário²⁵.

O sindicato tem papel fundamental na concretização dos direitos sociais²⁶ mais elementares do ser humano trabalhador. Tais direitos demandam capacidade financeira de implementação que o Estado somente terá se fomentar o progresso econômico sem perder de vista a essencialidade do desenvolvimento humano que deve acompanhar o avanço econômico.

Assim, o ente sindical não constitui entrave para o crescimento econômico, apesar do que muitos sustentam, bem como o verdadeiro desenvolvimento econômico, por sua vez, não ocorre sem a valorização humana do trabalho. É a nossa dificuldade de percepção do cenário completo que nos leva a colocar em posições antagônicas elementos que deveriam trabalhar juntos na mesma direção.

Vale sempre lembrar a lição de Amartya Sen, no sentido de que “O desenvolvimento é fundamentalmente um processo de ‘empoderamento’, e esse poder pode ser usado para

²⁴ CHANG, Há-Joon. **Economia: modo de usar. Um guia básico dos principais conceitos econômicos.** Trad. Isa Mara Lando e Rogério Galindo. São Paulo: Editora Schwarcz S.A, 2015, p. 301.

²⁵ HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, CASS R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2019, p. 30-31.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 63.

preservar e enriquecer o ambiente, e não apenas para dizimá-lo”²⁷. O desenvolvimento de uma sociedade deve ser considerado em seu sentido global, abarcando o econômico, social e, principalmente, humano.

O progresso tecnológico, conquanto desejável quando voltado para o bem-estar coletivo e individual, quando não corretamente direcionado apenas aumenta a distância entre os atores sociais.

Domênico de Mais nos alerta para o fato de que:

Ogni progresso fa le sue vittime. E mentre alcuni si applicano accanitamente al progresso, trascurando le vittime, altri si arroccano nella difesa delle vittime disinteressandosi del progresso. Così, mentre il sistema del profitto veleggia verso un lavoro super tecnologico e super specializzato, perfezionando forme di sfruttamento fulminee, impalpabili e raffinatissime, dove padroni e schiavi si dissolvono in figure astratte e ubique come altrettante ombre di Banco, i difensori delle vittime restano ancorati a una visione oleografica del lavoro fatta di fabbriche e ciminiere, agenzie bancarie e impiegati, edilizia e muratori, dove i ruoli erano ben ripartiti e ben riconoscibili, gli esecutori erano indispensabili e tantissimi, gli strumenti di produzione e i prodotti potevano essere toccati, pesati e misurati. Il mondo analogico degli «atomi», sempre più sopravanzato dal mondo digitale dei «bit», per usare i termini inaugurati da Nicholas Negroponte.

[...]

Questo mondo a parte e al di sopra, armato di cibernetica, di computer e di intelligenza artificiale, ha interposto distanze siderali con il vecchio mondo del lavoro, considerato come un rumore di fondo, una ferraglia di scioperi inutilmente chiassosi, di trattative e concertazioni vetero-proletarie; un mondo industriale che si intestardisce a esistere in un contesto postindustriale che non ha più bisogno del lavoro umano in quanto fornitore di oggetti materiali che i robot sanno produrre più velocemente, più impeccabilmente, senza rivendicazioni salariali, senza lamenti aggressivi, senza manifestazioni pericolose, senza pause per i bisogni corporali²⁸

O progresso tecnológico tanto pode aproximar o trabalhador de sua máxima realização enquanto ser humano, valorizando sua dignidade na sociedade na qual inserido, dignidade esta fruto do seu trabalho, como também pode ampliar o vão que o separa da máxima realização, deixando-o à margem dessa sociedade, o que constitui receita certa para o fracasso no desenvolvimento de uma coletividade.

O sindicato constitui, em última análise, a personificação da figura do trabalhador, agregando em si todos os anseios que envolvem o complexo mundo da prestação laboral, que hoje ultrapassa o mero conceito de espaço e tempo que até então conhecíamos, porque

²⁷ SEN, Armatya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninell Mende. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 284.

²⁸ DE MASI, Domênico. **Lavorare gratis, lavorare tutti: Perché il futuro è dei disoccupati**. Milano: Rizzoli, 2017, p. 10-11.

já não mais identificamos, necessariamente, a fisicalidade na atividade desenvolvida pelo trabalhador.

Releva notar que a razão de ser de uma sociedade saudável funda-se no grau de cooperação de seus integrantes e não na forma como dicotomizam suas ideias ou modos de agir. Até mesmo no dizer de Ludwig Von Mises, “[...] é inadmissível tratar do trabalho humano como algo com um fim comum a todos. É um erro fundamental não ver que os homens e suas habilidades de trabalho são diferentes”²⁹. É nesse novo mundo tecnológico que o ente sindical precisa marcar presença, fazendo uso, a seu favor e, assim, em benefício da própria sociedade, de todas as inovações tecnológicas disponíveis para, muito além de se constituir guardião contra eventuais abusos, constituir ponte indispensável na evolução da sociedade com base nos ditames estabelecidos não apenas pelo art. 170 da Constituição Federal pátria, mas em simetria com todos os demais dispositivos constitucionais atinentes às garantias e direitos fundamentais do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande questão da atualidade centra-se em como preservar o valor humano do trabalho sem que isso seja visto como empecilho para o desenvolvimento econômico e, muito menos ainda, que o sindicato seja visto como entrave, já que constitui elemento essencial em tal junção.

Um sindicato sustentável direciona para o seu associado o seu enfoque de atuação. Evidentemente que o pleno emprego de que trata o art. 170 da CF/88 não significa qualquer emprego que satisfaça índices estatísticos de empregabilidade. Pleno emprego deve ser lido como trabalho pleno, que garante a dignidade do trabalhador, incluindo não apenas o seu sustento como a própria forma como se vê inserido na sociedade, envolvendo satisfação e bem-estar.

O sindicato não pode ser visto na dualidade como inimigo do desenvolvimento econômico – e tampouco deve portar-se como tal – mas sim como elemento fundamental no direcionamento do desenvolvimento global da sociedade, tanto humano quanto econômico e, nesse diapasão, proporcionar a constante capacitação de seus filiados é o passo que, em nossa legislação, atende à própria relevância social conferida em termos constitucionais.

²⁹ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: um tratado de economia**. Tradução de Ana Parreira. 2ª ed. Campinas: Vide Editorial, 2020, p. 129.

Nesse cenário, cada vez mais marcado pela virtualidade, onde muitas vezes sequer conseguimos identificar o real empregador ou tomador de serviços, o ser humano tende a ver sua existência diluída pela tecnologia que consome, sendo certo que o crescente desenvolvimento da inteligência artificial não se faz acompanhar do devido preparo de quem está acostumado a uma determinada forma de prestação do trabalho apenas como contrato de emprego típico.

Conclui-se, assim, que a efetividade da atuação do sindicato como instrumento de realização dos direitos fundamentais do trabalhador passa pela educação, treinamento, inserção do trabalhador na compreensão dos novos paradigmas, com a capacitação para o novo cenário e a valorização da trabalhabilidade como forma de reposicionamento nessa nova sociedade, marcada pela informação, elemento este alçado, na atualidade, a um dos bens mais preciosos no contexto social.

A partir de tal fenômeno, conjugado a uma verdadeira reflexão sobre a natureza de todos os interesses envolvidos na preservação do cenário econômico-social, a figura do trabalhador, em sua dimensão completa, e não apenas na condição de empregado formalmente enquadrado em um contrato de emprego típico merece ser revista, sem perder de vista o valor humano que subjaz a organização social e a própria razão de ser do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, PAULO. CARVALHO, PEDRO CARLOS DE. A TRAJETÓRIA DO SINDICALISMO: UMA ANÁLISE DA HISTÓRIA, CONCEITOS E AS PERSPECTIVAS SINDICAIS. CAMPINAS: EDITORA ALÍNEA, 2008.

AROUCA, JOSÉ CARLOS. ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO BRASIL: PASSADO, PRESENTE, FUTURO(?). 2. ED. SÃO PAULO: LTR, 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DO TRABALHO. AG-AIRR-101036-14.2017.5.01.0042, 4ª TURMA, RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE LUIZ RAMOS, DEJT 01/10/2021. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://JURISPRUDENCIA.TST.JUS.BR/#FF33D22717107C2C7302D776A403ACEE](https://jurisprudencia.tst.jus.br/#FF33D22717107C2C7302D776A403ACEE). ACESSO EM: 07 DEZ. 2021.

BUBBICO, DAVIDE. O SINDICALISMO ITALIANO ENTRE CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E MUDANÇAS DAS RELAÇÕES INDUSTRIAIS. LUA NOVA: SÃO PAULO, 2018, p. 287-315.

CHANG, HÁ-JOON. ECONOMIA: MODO DE USAR. UM GUIA BÁSICO DOS PRINCIPAIS CONCEITOS ECONÔMICOS. TRAD. ISA MARA LANDO E ROGÉRIO GALINDO. SÃO PAULO: EDITORA SCHWARCZ S.A, 2015.

COSTA, CARLOS EDUARDO DANTAS. ABUSO DO DIREITO SINDICAL. SÃO PAULO: LTR, 2016.

DE MASI, DOMÊNICO. LAVORARE GRÁTIS, LAVORARE TUTTI: PERCHÉ IL FUTURO È DEI DESOCCUPATI. MILANO: RIZZOLI, 2017.

FINCATO, DENISE PIRES; GILLET, SÉRGIO AUGUSTO DA COSTA. PESQUISA JURÍDICA SEM MISTÉRIOS: DO PROJETO DE PESQUISA À BANCA. PORTO ALEGRE: EDITORA Ff, 2018.

FINCATO, DENISE PIRES. GUIMARÃES, CÍNTIA. AGENDA PARA ERRADICAÇÃO E PROTEÇÃO DO TRABALHO INFANTIL: PROGRAMA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EDUCAÇÃO VISANDO A INSERÇÃO DO INDIVÍDUO NO MERCADO LABORAL VIA TRABALHABILIDADE E CONTROLE JUDICIAL. VISÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS. SHEREMETIEFF, ADRIANA HENRICHES; ANUNCIAÇÃO, CRISTIANO; MONNERAT, DIEGO MACHADO E RABELLO, ELAINE TEIXEIRA (ORGANIZADORES). RIO DE JANEIRO: PEMBROKE COLLINS, 2021.

FREITAS, JUAREZ. FREITAS, THOMAS BELLINI. DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: EM DEFESA DO HUMANO. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2020.

FREITAS, JUAREZ. SUSTENTABILIDADE: DIREITO AO FUTURO. 4. ED. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2019.

HOLMES, STEPHEN. SUNSTEIN, CASS R. O CUSTO DOS DIREITOS: POR QUE A LIBERDADE DEPENDE DOS IMPOSTOS. TRADUÇÃO DE MARCELO BRANDÃO CIPOLLA. SÃO PAULO: ED. WMF MARTINS FONTES, 2019.

LOURENÇO FILHO, RICARDO MACHADO. LIBERDADE SINDICAL: PERCURSOS E DESAFIOS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. SÃO PAULO: LTr, 2011

MELLO, ROGÉRIO LUÍS MARQUES DE. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA. REVISTA DIREITO, DEMOCRACIA E CIDADANIA, [S.L.], V. 1, N. 1, ABR. 2019. ISSN 2596-2930. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://OJS.FUNEPE.EDU.BR/INDEX.PHP/DIREITO/ARTICLE/VIEW/46](http://OJS.FUNEPE.EDU.BR/INDEX.PHP/DIREITO/ARTICLE/VIEW/46)>. ACESSO EM: 22 JUL. 2021.

MISES, LUDWIG VON. AÇÃO HUMANA: UM TRATADO DE ECONOMIA. TRADUÇÃO DE ANA PARREIRA. 2ª ED. CAMPINAS: VIDE EDITORIAL, 2020.

MORAIS FILHO, EVARISTO DE. O PROBLEMA DO SINDICATO ÚNICO NO BRASIL: SEUS FUNDAMENTOS SOCIOLÓGICOS. 2ªED. SÃO PAULO: ALFA-OMEGA, 1978.

SARLET, INGO WOLFGANG. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 13. ED. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 2018.

SARLET, INGO WOLFGANG. MARINONI, LUIZ GUILHERME. MITIDIERO, DANIEL. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012.

SEN, ARMATYA. A IDEIA DE JUSTIÇA. TRADUÇÃO DE DENISE BOTTMANN E RICARDO DONINELL MENDE. SÃO PAULO: COMPANHIA DAS LETRAS, 2011.

STÜRMER, GILBERTO. A LIBERDADE SINDICAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E SUA RELAÇÃO COM A CONVENÇÃO 87 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO EDITORA, 2007.

SÜSSEKIND, ARNALDO. DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2004.

**COMMENTI SULLA PRIMA DECISIONE DELL'ALTA CORTE DEL
LAVORO DEL BRASILE CHE HA RICONOSCIUTO IL RAPPORTO DI
LAVORO TRA CONDUCENTE E UBER**

*Brief Comments On The First Decision Of The Highest Brazilian Labor Court, Which Recognized An
Employment Relationship Between Driver And Uber*

Rodrigo Fortunato Goulart¹
Marco Antônio César Villatore²

RIASSUNTO: Il testo analizza la decisione dell'Alta Corte del Lavoro del Brasile, che ha riconosciuto, per la prima volta, la subordinazione algoritmica e, di conseguenza, il rapporto di lavoro tra il conducente e la società Uber. Il tema è stato affrontato del Tribunale Superiore del Lavoro (TST) in pochissime decisioni e il suo confronto è fondamentale nella Repubblica brasiliana. L'articolo cerca anche di riflettere sulla finalità del Diritto del Lavoro: se debba rimanere *strumento di civiltà*, anche di fronte alla rivoluzione tecnologica e all'innovazione delle forme di gestione della forza lavoro, o se invece debba essere un strumento per esacerbare le disuguaglianze, soprattutto in tempi di significativi cambiamenti tecnologici ed economici. **PAROLE CHIAVE:** vincolo di lavoro; subordinazione algoritmica; giurisprudenza brasiliana; lavoro decente.

ABSTRACT: The text briefly analyzes the decision of the Highest Labor Court in Brazil, which recognized, for the first time, the algorithmic subordination and, consequently, the employment relationship between the Driver and Uber Company. The theme was addressed in the Superior Labor Court (TST) in very few decisions and its confrontation is critical in the Brazilian Republic. The article also seeks to ponder over the purpose of Labor Law: whether it should remain an *instrument of civilization*, even in the face of the technological revolution and the innovation of the workforce management forms, or whether it should, on the contrary, be a tool to exacerbate inequalities, especially in times of significant technological and economic changes.

KEYWORDS: employment relationship; algorithmic subordination; Brazilian jurisprudence; decent work.

¹ Avvocato del lavoro. Master e Dottore in Giurisprudenza presso Pontificia Universidade Católica do Paraná (Pontificia Università Cattolica del Paraná) (CAPES 6), completato con una borsa di studio intera per merito accademico. Autore del Libro "Trabalhador Autônomo e Contrato de Emprego" (Curitiba: Ed. Juruá, 2012). Membro dell'Istituto de Direito do Trabalho Comparado (IDTC) (Istituto di Diritto del Lavoro Comparato), Vice-Coordinatore della Sezione Brasiliana dei Giovani Giuristi della International Society for Labour and Social Security Law (ISLSSL) e Coordinatore Aggiunto per il Brasile dell'Istituto Latinoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iltras). Contatto: rodrigo.fortunato.goulart@gmail.com (e-mail) e @rodrigo.fortunato.goulart (Instagram).

² Avvocato del lavoro. Post-Doctor presso l'Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata" (2014). Dottore in Diritto del Lavoro, Sindacale e Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza" (2001), riconfermato dall'Università Federale di Santa Catarina. Master in Giurisprudenza presso la Pontificia Università Cattolica di São Paulo (1998). Presidente dell'Istituto brasiliano di Scienze Giuridiche e Sociali (IBCJS). Ex Presidente dell'Associazione degli Avvocati del Lavoro del Paraná (2009-2011). Professore a contratto III del Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza (Master e Dottorato) presso l'Università Federale di Santa Catarina. Coordinatore delle specializzazioni in loco e di apprendimento a distanza in leggi e processi del lavoro e della sicurezza sociale presso l'Accademia brasiliana di Diritto Costituzionale (ABDConst). Membro del Centro de Letras do Paraná. Accademico della cattedra numero 73 dell'Accademia brasiliana di Diritto del Lavoro. Selezionato dal Segretariato del MERCOSUR il 15 dicembre 2005 come Consulente per la stesura della legislazione sulla libera circolazione del lavoro nel MERCOSUR (2005/2006). Ha esperienza nel campo del Diritto, occupandosi principalmente dei seguenti temi: Diritto del Lavoro, Procedura del Lavoro e Diritto Internazionale. Contatto: marcovillatore@gmail.com

1. INTRODUZIONE

Il 6 aprile 2022 passerà alla Storia del Diritto del Lavoro brasiliano perchè, per la prima volta, la più alta Corte Suprema del Lavoro (Tribunal Superior do Trabalho - TST), attraverso la sua 3^a Giuria, ha riconosciuto rapporto di lavoro tra conducente e azienda di piattaforma digitale per il trasporto (fascicolo n. TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3^a Giuria, Giudice Estensore Maurício Godinho Delgado, DJ 06/04/2022).

Di conseguenza, il datore di lavoro dovrà firmare il libretto di lavoro e pagare tutti i diritti previsti dalla Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile del 1988 (CRFB/88), nonché quelli previsti dal Consolidamento della Legislazione sul Lavoro (CLT), leggi correlate ed eventualmente nel contratto collettivo di categoria.

Non appena è iniziata a circolare la notizia della Sentenza della 3a Giuria della Corte Suprema del Lavoro (TST), diverse sono state le reazioni nei gruppi sociali e in internet, da parte di chi ha celebrato (*“la precarietà ha i giorni contati!”*, *“ci sono ancora giudici a Brasilia!”*); passando per gli preoccupati con le spese (*“vediamo quando avranno bisogno del trasporto tramite app e non ce l'avranno. Quindi pagheranno tre volte di più in taxi”*); ad altri che si sono dichiarati l'“armagedon” economico del settore (*“finirà la fonte di reddito di molti disoccupati, congratulazioni ai coinvolti!”*, *“mancata attribuzione di responsabilità subsidiaria agli utenti!”*).

Indubbiamente, l'argomento è controverso e suscita nelle persone le reazioni più diverse.

Tuttavia, prima di avvicinarci ai fondamenti della decisione del TST, è importante fare alcune riflessioni, seppur brevi, sullo “sfondo” di questo scenario, che sono le profonde trasformazioni del lavoro umano in questo XXI Secolo, causate dalle nuove tecnologie e società “dirompenti”, risultato della Quarta Rivoluzione Industriale.

2. TRASFORMAZIONI DEL LAVORO

Secondo il Coordinatore del Forum Economico Mondiale, Klaus Schwab, la Quarta Rivoluzione Industriale ha creato un mondo in cui i sistemi di produzione fisici e virtuali cooperano in modo globale e flessibile, consentendo la piena personalizzazione dei prodotti e la creazione di nuovi modelli operativi³.

“Ordinare un taxi, trovare un volo, acquistare un prodotto, effettuare pagamenti, ascoltare musica o guardare un film – **ognuna di queste attività può ora essere eseguita in remoto**”.⁴

³ SCHAWB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16-18.

⁴ *Id.*, p. 20.

Analizzando questi impatti recenti, Shoshana Zuboff, Professoressa all'Università di Harvard, sottolinea: “questa nuova era del capitalismo non ha precedenti (...) è necessariamente **irriconosibile** (...) è un nuovo fattore nella storia umana, *sui generis*”⁵.

Oltre alle piattaforme digitali, l'utilizzo di altre tecnologie produttive che diventeranno ancora più accessibili con Internet 5G è già una realtà, ad esempio: veicoli autonomi, stampa 3D (protesi, impianti medici), internet delle cose (automatizzazioni, abbigliamento, pacchetti con tracciamento), blockchain (libro contabile condiviso, programmabile e crittografato) e robotica avanzata (con intelligenza artificiale, accesso remoto con connessione ad altri robot che svolgono compiti intelligenti).

Oltre alle piattaforme digitali, l'utilizzo di altre tecnologie produttive che diventeranno ancora più accessibili con Internet 5G è già una realtà, ad esempio: veicoli autonomi, stampa 3D (protesi, impianti medici), internet delle cose (automatizzazioni, abbigliamento, pacchetti con tracciamento), blockchain (libro contabile condiviso, programmabile e crittografato) e robotica avanzata (con intelligenza artificiale, accesso remoto con connessione ad altri robot che svolgono compiti intelligenti).

La verità è che il lavoro di più professionisti può essere parzialmente o completamente automatizzato, come analisti finanziari, medici, giornalisti, contabili, broker assicurativi o bibliotecari, nell'esempio citato da Shoshana Zuboff:

“...consideriamo l'arte della scrittura, essenza creativa del Giornalista: **Sofisticati algoritmi possono creare narrazioni** in qualsiasi stile appropriato per un pubblico specifico. Il contenuto sembra così umano che un recente test del New York Times ha mostrato che quando si leggono due pezzi simili, è impossibile dire quale sia stato creato da un autore umano e quale sia stato prodotto da un robot. Si ritiene che entro la metà degli anni 2020, il 90% delle notizie potrà essere generato da un algoritmo, la maggior parte senza alcun intervento umano.”⁶

Tuttavia, secondo l'autore, “questo non significa che siamo in un dilemma uomo *contro* macchina; significa che dobbiamo preparare la forza lavoro e sviluppare modelli di formazione accademica per lavorare con (e in collaborazione con) macchine sempre più capaci, connesse e intelligenti”⁷.

⁵ ZUBOFF, Shoshana. A Era do Capitalismo de Vigilância. A luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2020, *passim*.

⁶ *Id.*, p. 47 (neretto aggiunto).

⁷ ZUBOFF, Shoshana. A Era do Capitalismo de Vigilância. A luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2020, p. 46.

Insomma, l'economia (e, a sua volta, il mondo del lavoro) sta subendo una serie di trasformazioni derivanti da queste nuove tecnologie. L'economia si è spostata profondamente verso un modello di produzione on-demand altamente specializzato, a una velocità di innovazione in termini di sviluppo e dirompenza più rapida che mai, ma anche in ampiezza e profondità (molti cambiamenti radicali avvengono simultaneamente).

Ora possiamo lavorare “... con *chi* vuoi, *quando* vuoi ed esattamente *come* vuoi. E poiché non sei un dipendente, non devi affrontare le difficoltà e le norme del lavoro”. (Daniel Callaghan, in Schwartz, p. 54).

Secondo Arun Sundararajan, Professore all'Università di New York, “forse raggiungeremo un futuro in cui parte della forza lavoro avrà un portafoglio di cose per generare il proprio reddito (puoi essere un driver Uber, un acquirente di Instacard, un locatore di Airbnb)” (o venditore di Mercado Livre).

Sempre più datori di lavoro utilizzano una “nuvola umana” per fare le cose, con attività professionali altamente frammentate, lanciate in un ambiente virtuale di lavoratori dislocati in qualsiasi parte del mondo.

Klaus Schwab sottolinea: “è l'inizio di una rivoluzione del nuovo lavoro flessibile che potenzierà qualsiasi individuo che disponga di una connessione Internet ed eliminerà la carenza di competenze? O scatenerà l'inizio di una caduta inesorabile in un mondo di fabbriche virtuali non regolamentate?”.⁸

Per l'autore, se il risultato fosse quest'ultimo, un mondo del “**precariato**”, avremmo una classe sociale di lavoratori che si sposta da un compito all'altro per poter mantenersi, perdendo i diritti del lavoro, i guadagni della contrattazione collettiva e sicurezza del lavoro - e potrebbe creare una grande fonte di disordini sociali e instabilità politica.

Ma le trasformazioni di interi sistemi hanno cambiato completamente la natura del rapporto del lavoro umano, al punto da rimettere in discussione la tradizionale categoria giuridica di “dipendente”?

Il paradigma dominante dall'era industriale smetterà di essere il “rapporto di lavoro” e diventerà ora “**una serie di transazioni**”?

Questo è stato il difficile compito della 3^a Giuria del TST, quando ha analizzato la controversia se il rapporto giuridico tra il conducente e l'App fosse un rapporto di lavoro; perciò, è stato necessario riflettere sulla complessa funzione del Diritto.

⁸ SCHAWB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 54.

3. SCOPO DEL DIRITTO DEL LAVORO

Secondo la decisione, “gli impatti di questa nuova modalità aziendale e organizzativa del lavoro sono stati diversi: da un lato, potenziano fortemente, a un costo inferiore rispetto al precedente, l’offerta di lavoro di trasporto di persone e cose nell’ambito di della società; dall’altro, offrono possibilità di lavoro ai disoccupati, nell’ambito della disoccupazione acuta creata dalle politiche pubbliche e da altri fattori inerenti alle dinamiche dell’economia; ma, in terzo luogo, a causa della deregolamentazione ampiamente praticata da questo sistema, generano un innegabile deterioramento del lavoro umano, una sconcertante disparità nel potere contrattuale tra le parti, l’assenza di norme igienico sanitarie sul lavoro, la mancanza di tutela contro gli infortuni o malattie professionali, l’assenza di qualsiasi diritto individuale e sociale del lavoro, l’assenza di tutele sindacali e, se non bastasse, la ricorrente esclusione previdenziale”.⁹

In questo scenario, l’argomentazione aziendale prosegue nel senso che “il nuovo sistema organizzativo e tecnologico è così dirompente rispetto al precedente sistema di assunzione che gli elementi del rapporto di lavoro non sono presenti nella sua struttura e dinamica. Dopotutto, questo è ciò che deve essere esaminato nella presente causa”.

Di fronte a queste complesse questioni, però, è importante riflettere sul ruolo del Diritto: “spetta ad esso rimanere, anche di fronte alla rivoluzione tecnologica e all’innovazione delle forme di gestione della forza lavoro, come strumento di civiltà, o deve, invece – nella linea esaurientemente istigata dal pensiero neoconservatore – essere uno strumento passivo (o anche attivo) per esacerbare le disuguaglianze del sistema economico?”.¹⁰

La comprensione del voto vincente è stata nel senso che, in questo momento storico, di crisi e trasformazioni sociali, il Diritto del Lavoro si proietta sulle relazioni sociali come **strumento di civiltà e regolazione del sistema economico e sociale capitalista**, inquadrando i progressi tecnologici negli interessi anche delle persone umane – piuttosto che, strettamente, nell’interesse del potere economico.

La decisione ha ribadito la giustificazione storica del Diritto del Lavoro e comprende la necessità permanente della sua proiezione su tutte le forme di fornitura del lavoro umano oneroso come strumento per l’avanzamento della civiltà, soprattutto in tempi di rilevanti cambiamenti sociali ed economici. Pertanto, la discussione in itinere richiede una riflessione

⁹ BRASIL. Acórdão Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª. Turma, Relator Min. Maurício Godinho Delgado, DJ 06/04/2022, p. 30/34.

¹⁰ BRASIL. Acórdão Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª. Turma, Relator Min. Maurício Godinho Delgado, DJ 06/04/2022, p. 34.

su nuove formule per la gestione della forza lavoro umana, ma che deve partire dalla funzione civilizzatrice del Diritto del Lavoro e il carattere espansionistico dello stesso.

4. SOCIETÀ DIROMPENTI E SUBORDINAZIONE ALGORITMICA

La Sentenza ha affermato il significato di imprese veramente dirompenti: sarebbero quelle che riescono ad avvicinare il consumatore finale al fornitore finale del prodotto, *senza però l'intermediazione del lavoro umano organizzato*, come avviene, ad esempio, con aziende come *AirBnB – Air, Bed and Breakfast*, ecc. In questi la condivisione avviene senza la necessità di organizzare un sistema di lavoro basato su professionisti intermediari tra la piattaforma digitale e il consumatore interessato. In questi casi, c'è davvero un sistema aziendale dirompente, che non comporta l'uso predatorio del lavoro umano. Si tratta di vere società di condivisione.

Tuttavia, secondo il Giudice Estensore Maurício Godinho Delgado, non si trattano di aziende legittime dell'economia della condivisione, ma di sistemi di business digitali che, attraverso un sofisticato sistema di algoritmi, gestiscono un'impresa connessa alla prestazione del servizio di trasporto di persone - e non mera interconnessione tra utenti, perché l'"utente" del trasporto non è cliente del conducente, ma della società (Uber).

Nel voto vincente si è richiamata l'attenzione sul riconoscimento della **subordinazione algoritmica**, che comprende, secondo tale Giuria, "un sofisticato sistema di irreggimentazione, gestione, supervisione, valutazione e controllo della forza lavoro intensiva, basato su sistemi informatici, dell'internet, elettronici, di intelligenza artificiale e ipersensibili, in grado di progettare e mantenere un controllo aziendale dettagliato sul modo in cui sono organizzati ed erogati i servizi di trasporto".¹¹

La differenza specifica tra il rapporto di lavoro e gli altri rapporti in cui è coinvolto il lavoro umano non sta proprio nel suo oggetto, ma proprio nel **modo** in cui il servizio viene svolto: con o senza **dipendenza**¹², conseguenza diretta del **diritto di proprietà** del datore di lavoro. È attraverso di essa che si scopre (i) chi merita di essere protetto; e (ii) chi può far valere la propria volontà nel contratto¹³.

¹¹ BRASIL. Acórdão Tribunal Superior do Trabalho. Processo n°. TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª. Turma, Relator Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 06/04/2022, p. 51.

¹² BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Art. 3o. - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a **dependência** deste e mediante salário (destaques nossos).

¹³ GOULART, Rodrigo Fortunato. Trabalhador autônomo hipossuficiente e a necessidade de reclassificação do contrato de emprego: paradigma da essencialidade e valorização do trabalho na ordem econômica / Rodrigo Fortunato Goulart; orientador: Marcelo Antônio César Villatore. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

In ogni caso, nel Diritto Brasiliano esiste una solida presunzione che il vincolo giuridico formato rientri nel rapporto di lavoro - disciplinato dal CLT, quindi -, a condizione che la prestazione di servizi da parte di una persona fisica a qualcuno sia incontrovertibile, per onerosità, non evenienza e subordinazione (dipendenza) (artt. 2 e 3 del CLT).

In questo senso, tra l'altro, il Giudice Alberto Bresciani ha sottolineato nel suo voto convergente con il voto di questo Estensore (già allegato al fascicolo): “In primo luogo, si deve presumere che gli standard internazionali dei diritti umani fondamentali non distinguono tra lavoratori tradizionali (come gli operai) e non tradizionali (conducenti di App Trasporto)”.¹⁴

Nella causa giunta alla Corte, ritenendo che l'erogazione dei servizi avveniva quotidianamente, con il lavoratore soggetto agli ordini emanati dall'azienda per via remota e telematica (art. 6, Comma Único, CLT); considerato che sussisteva il rischio di sanzione disciplinare (cancellazione dalla piattaforma) in considerazione della mancanza di assiduità nel collegamento alla piattaforma e dei gradi assegnati dai clienti/passeggeri dell'azienda; considerando che non c'era libertà o autonomia per il conducente di fissare i prezzi delle corse e dei suoi servizi, nonché di scegliere i propri passeggeri (o addirittura di creare la propria base di clienti); che il lavoratore non esercitava il minimo controllo sull'organizzazione dell'attività imprenditoriale; la Giuria ha compreso che l'incidenza delle manifestazioni ispettive, regolamentari e disciplinari del potere occupazionale analizzato era incontrovertibile al fine di riconoscere il rapporto di lavoro.

CONCLUSIONI

Pertanto, la Decisione del 3° Panel del Tribunale Superiore del Lavoro (TST) in Brasile ha concluso che, “sebbene non sia sconosciuto che la Società sviluppi tecnologie come mezzo per rendere operativa la propria attività, la stessa gestisce effettivamente un'impresa connessa alla fornitura di servizi di trasporto per le persone – e non mera interconnessione tra utenti del servizio e conducenti registrati nell'App”.¹⁵

Secondo un recente sondaggio condotto dall'Istituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Brasil (IPEA), stimasi che ci siano 1,1 milioni di Conducenti di App Trasporto nel paese (2021¹⁶), circa 600.000 di loro sono registrati presso Uber.

¹⁴ BRASIL. Acórdão Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Relator Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 06/04/2022, p. 42.

¹⁵ BRASIL. Acórdão Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Relator Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 06/04/2022, p. 43.

¹⁶ O levantamento, nomeado de “A gig economy no Brasil: uma abordagem inicial para o setor de transporte”, mostra que havia, mais precisamente, 1.114.833 de motoristas trabalhando em plataformas durante o 2º

Il volume delle richieste con richiesta di rapporto di lavoro è tuttavia trascurabile, rispetto alla dimensione della categoria, forse per il timore del Conducente di App Trasporto di essere sommariamente escluso dalla piattaforma (e di dover sporgere denuncia per aver diritto a un nuovo accesso), oppure perché si tratta di una tipologia di lavoro con possibilità di reddito extra quasi immediato e, quindi, il lavoratore non sarebbe interessato a chiedere giustizia, come abbiamo già detto in altra occasione.¹⁷

D'altra parte, Uber può ancora appellarsi per la standardizzazione, nel TST stesso, attraverso l'analisi della Sottosezione I, Specializzata in Accordi Individuali (SDI-1), a fronte della divergenza di intese, dal momento che la 4a. e la 5a. Giuria hanno già commentato il tema, però, in senso opposto (mancato riconoscimento del rapporto).

Quindi, qualora l'intesa prevalga, la società può ancora ricorrere alla Corte Federale della Giustizia (STF), in caso di controversia costituzionale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BRASIL. *Acórdão Tribunal Superior do Trabalho*. Processo nº. TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª. Turma, Relator Min. Mauricio Godinho Delgado, DJ 06/04/2022.

GOULART, Rodrigo Fortunato. *Trabalhador autônomo hipossuficiente e a necessidade de reclassificação do contrato de emprego: paradigma da essencialidade e valorização do trabalho na ordem econômica* / Rodrigo Fortunato Goulart; orientador: Marcelo Antônio César Villatore. *Tese (doutorado)* - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

SCHAWB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância*. A luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2020.

trimestre de 2021. Segundo dados da Uber, a empresa tem, no mundo, 3 milhões de motoristas, espalhados em mais de 700 cidades. No Brasil, em setembro de 2018, a empresa tinha 600 mil motoristas.

¹⁷ Escola Judicial TRT 9ª. Região. Palestra “Vínculo de Uber - decisão 3ª. Turma do TST”, 11/04/2022, Disponível em: <https://youtu.be/wBF8i1UvkuU>.

A INEVITABILIDADE JURÍDICA DO DIREITO À DESCONEXÃO

The legal inevitability of the right to disconnect

Salus Henrique Silveira Ferro¹

Resumo: Não há como falar de um mundo contemporâneo, permeado pela interconectividade global onde o trabalhador torna-se o usuário, sem as violações de direitos existentes e decorrentes do impacto da tecnologia às relações laborais, havendo a gradativa necessidade de regulamentação de diversas matérias. Nessa perspectiva, o direito à desconexão almeja proteger, por um avanço tecnológico que propiciou a proliferação de meios de comunicação digital, a integralidade do lazer e do descanso do trabalhador, face as habituais comunicações ao trabalhador fora do seu horário de trabalho. Contudo, percebeu-se que não são todos os países que possuem garantias efetivas perante tais violações, havendo diferenças perante a matéria que poderão amparar e constituir elementos a outros países que almejam ter o direito assegurado em seu ordenamento jurídico. A metodologia do trabalho se dará através de uma análise comparativa-qualitativa, através da utilização de dados, jurisprudências, documentos oficiais, doutrinas e bibliografias, com objetivo de identificar as legislações existentes em Portugal e Itália sobre a matéria para fornecer contributos legislativos ao ordenamento jurídico brasileiro. Adicionalmente, objetiva demonstrar as peculiaridades nacionais pela receptividade jurídica do direito à desconexão nesses dois países e identificar as barreiras existentes para a aplicabilidade no Brasil, face os contemporâneos reflexos negativos aos trabalhadores. Demonstrou-se que apesar de existirem debilidades jurídicas na legislação italiana, por uma limitação de aplicabilidade, e na portuguesa, por ressaltar exceções ao direito, o Brasil encontra-se nitidamente atrasado ao movimento jurídico de seu tempo, enraizado em discussões jurídicas que não favorecem o desenvolvimento eficaz do instituto, razão pela qual o ativismo judicial em órgãos superiores da justiça do trabalho apresenta fundamental relevância sobre a matéria, aplicando o direito ainda não positivado e contribuindo para uma inevitabilidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Direito à desconexão; ordenamento jurídico; Brasil; Itália; Portugal.

Abstract: There is no way to talk about a contemporary world, permeated by global interconnectivity where the worker becomes the user, without the violations of existing rights and resulting from the impact of technology on labor relations, with the gradual need for regulation of various matters. In this perspective, the right to disconnection aims to protect, through a technological advance that led to the proliferation of digital means of communication, the integrality of leisure and rest of the worker, in the face of the usual communications to the worker outside his working hours. However, it was noticed that not all countries have effective guarantees in the face of such violations, with differences in the matter that may support and constitute elements for other countries that aim to have the right guaranteed in their legal system. The methodology of the work will be through a comparative-qualitative analysis, through the use of data, jurisprudence, official documents, doctrines and bibliographies, in order to identify the existing legislation in Portugal and Italy on the matter to provide legislative contributions to the legal brazilian system. Additionally, it aims to demonstrate the national peculiarities for the legal receptivity of the right to

¹ Mestrando em Direito e Ciência Jurídica na especialidade em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Especialista em Derecho de Daños pela Universidad de Salamanca (USAL) e Pós-graduado em Direito Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: salusferro@ymail.com.

disconnection in these two countries and identify the existing barriers to its applicability in Brazil, given the contemporary negative effects on workers. It has been shown that despite the existence of legal weaknesses in Italian legislation, due to a limitation of applicability, and in Portuguese, due to exceptions to the law, Brazil is clearly behind the legal movement of its time, rooted in legal discussions that do not favor the effective development of the institute, which is why judicial activism in higher bodies of labor justice has fundamental relevance on the matter, applying the law not yet positive and contributing to an inevitability of the institute in the Brazilian legal system.

Key-words: Right to disconnect; legal system; Brazil; Italy; Portugal.

1. A ERA DIGITAL E O DIREITO À DESCONEXÃO

Nessa perspectiva de hiperconexão, acelerada pela pandemia da Covid-19 às relações laborais, com o fortalecimento de novas modalidades de trabalho, como o teletrabalho e trabalho remoto², há uma efetiva dificuldade em delimitar e estabelecer parâmetros que contabilizam precisamente o tempo à disposição e a carga horária do trabalhador, permitindo violações em diversos escopos jurídicos. Revela-nos um cenário de servidão e dever de obediência constantes que extrapolam os limites jurídicos impostos pelas tradicionais relações laborais, acarretando em nítidas violações de carácter extrapatrimonial pelo exercício do trabalho fisicamente distante.

É nesse sentido, e devido os consequentes paradigmas advindos da transposição digital, que contemporaneamente buscam-se formas de regulamentar e assegurar Direitos em diversas áreas, como às relações laborais.

Novas tecnologias e ferramentas de informações permeiam os lares daqueles que anteriormente dispunham exclusivamente do ambiente de trabalho externo para exercer suas funções e afazeres. A nítida transformação do ambiente profissional ao ambiente doméstico é uma das inúmeras consequências da contemporaneidade, ao modificar radicalmente a relação do indivíduo com as ferramentas digitais, acarretando na difícil desassociação do tempo de descanso e lazer face os instrumentos realizadores da atividade laboral.

Originalmente promulgada na França pela *Loi Travail* ou *Lei El Khomri*, em 2016, o direito à desconexão tornou-se compulsório em empresas com mais de 50 colaboradores, desenvolvendo-se posteriormente em uma pauta de negociação coletiva compulsória para a introdução pela empresa de reguladores das ferramentas digitais com o objetivo de cumprir os regulamentos que regem os períodos de lazer.

² Cabe aqui, ressaltar a diferença substancial entre estas duas modalidades, inúmeras vezes relatadas como sendo a mesma figura às relações laborais. De modo sucinto o teletrabalho pressupõe sempre um contrato de trabalho, pelo qual o indivíduo exerce as mesmas funções e horário que exerceria se trabalhasse no escritório da empresa, realizando-o normalmente em casa, mantendo contato permanentemente com a equipe e os colaboradores. Já o trabalho remoto, o mesmo poderá ser exercido a partir de qualquer localização e em qualquer parte do mundo, pelo qual, o necessário é a entrega do trabalho a tempo e horas, independentemente do local, não havendo responsabilidade perante a equipe de trabalho e de horários pré-estabelecidos.

O direito à desconexão surge-se atrelado intimamente com o avanço tecnológico, e na incessante busca de amparar, através de prerrogativas constitucionais à preservação dos direitos da personalidade, interpretações que consistem nas consequências de um mundo de riscos, pautando-se no valor universal da dignidade da pessoa humana.

Esse “novo” Direito, decorrente da interconectividade do humano para com aparelhos eletrônicos, busca ser um amparo legal na melhoria do equilíbrio entre a vida pessoal e profissional dos trabalhadores, permitindo exercer o direito de desconectar os dispositivos tecnológicos e plataformas *online* após o período de trabalho. À primeira vista, o Direito pode até parecer um exagero legislativo, contudo, pela digitalização do mundo, exposição do usuário em diversas plataformas *online* e a necessidade cotidiana da utilização de aparelhos eletrônicos, verifica-se que tais incômodos podem facilmente importunar e desencadear diversas violações ao trabalhador em seu horário de lazer e descanso. Como exemplo, recentemente, através da 72ª Assembleia Mundial da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2019, foi identificado problemas crescentes de síndromes como a *burnout*, por um fenômeno estritamente ligado ao trabalho e da incessante comunicação do trabalhador aos aparelhos eletrônicos, traduzida em sensações de esgotamento e de sentimentos negativos, possuindo fundamental atenção para o estabelecimento de políticas que regulem e limitem os contatos fora dos horários estabelecidos de trabalho.

1.1 O cenário jurídico brasileiro sobre o direito à desconexão

No Brasil o instituto não possui previsão legal, cuja matéria ainda não é pacífica. A denominada “reforma trabalhista”, advindo da Lei nº 13.467 de 2017, não incluiu menção alguma à desconexão dos trabalhadores, embora já vigente na contemporânea era digital. De modo geral, a redação da CLT apenas faz menção aos meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, que se equiparam para fins de subordinação, transcrita no Parágrafo Único do artigo 6º.

Em levantamento recente realizado pela Data Lawyer, verificou-se que o número de processos com a expressão “direito à desconexão” e afins tem caído desde 2018, ainda que com a atual conjuntura, propiciada pelo estabelecimento de teletrabalhos e trabalho remoto, haveria alguma tendência para a produção de novas demandas jurídicas sobre o tema. Contudo, visível é a presença do instituto, quando fundamentado, em grandes centros industriais do país, como nas cidades de Curitiba, São Paulo e Rio de Janeiro, cujos reclamantes das indústrias de transformações possuem a maior taxa de distribuição dos processos por atividade econômica.

Em todo o caso, por uma ambiguidade ocasionada pela citada reforma trabalhista, e falta de harmonização com princípios trabalhistas, as demandas judiciais em sede do direito trabalho tiveram uma substancial diminuição, sobretudo, com a indicação de institutos, tais como o direito à desconexão, cujas demandas judiciais não possuem previsão legal ao não serem contempladas com a atualização trabalhista de 2017. Esta limitação certamente contribuiu para um afastamento de demandas que buscavam uma decisão favorável sobre o tema, traduzida e sustentada por princípios trabalhistas e constitucionais. Essa falta de harmonização permite inúmeras controvérsias nas jurisprudências do país, não havendo elementos que possam dar subsídios a um direito à desconexão. Como exemplo, o processo ATOrd 1000234-38.2021.5.02.0263, do juízo da 3ª Vara do Trabalho de Diadema, entendeu que o regime de sobreaviso só caracteriza desrespeito ao direito à desconexão se comprometer a liberdade de locomoção do funcionário. O pedido foi indeferido, pelo fato da trabalhadora não ser requisitada a ir até o local de trabalho, ainda que tirava dúvidas pelo aplicativo WhatsApp.

Já no julgamento ROT 0024431-46.2020.5.24.0021/MS, os desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, condenaram uma empresa a indenizar a funcionária por violação ao direito à desconexão. Na medida em que a trabalhadora, no caso concreto, cumpria uma jornada que comprometia o descanso e o convívio social e familiar. Ainda, o julgamento AIRR-2058-43.2012.5.02.0464, da 7ª Turma do TST, por unanimidade permitiu que uma trabalhadora obtivesse o direito de ser indenizada por ofensa ao direito à desconexão.

O instituto por certo, pelas limitações existentes, transita em uma construção jurisprudencial, que consiste em compensações pecuniárias devidas aos trabalhadores, cuja violação jurídica é capaz de afetar o convívio familiar e social, ainda que a natureza do instituto busque sanar o inevitável prejuízo pessoal do trabalhador face a permissibilidade laboral da conexão do trabalhador aos meios de comunicações remotos, ocasionando em comunicações fora do horário de trabalho.

A doutrina brasileira também possui diferentes opiniões sobre o assunto, pela qual uma grande parcela sustenta a desnecessária formalização do instituto no ordenamento jurídico, face a suposta proteção do trabalhador assegurada pela Constituição Federal (CF) e disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Constituído por um “modelo aberto”, o ordenamento jurídico brasileiro facilmente abrangeria o instituto ao ser fundamentado em eventuais demandas jurídicas, na medida em que há uma dimensão ampliativa, e que a cláusula geral e aberta permite a evolução do ordenamento jurídico,

suscetível de valorar constitucionalmente os valores emergentes da personalidade, cujo objetivo fundamental é o pleno desenvolvimento humano.

Acerca da legislação expressa, os fundamentos baseiam-se no âmbito das normas de ordem pública, sob o título de direitos sociais do trabalhador, especificamente no art. 7º, incisos XIII e XXII da CF, cujo objetivo é o estabelecimento das melhorias da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais. Por outro lado, muitos alegam o instituto de modo interpretativo de um conjunto de direitos contidos em variadas cláusulas constitucionais.

De modo concreto e afastando as forçosas interpretações hipotéticas de conjuntos de artigos esparsos, fato é que o direito à desconexão, é sobretudo interligado concretamente à proteção do lazer e descanso do trabalhador, constante na CF no artigo 6º, caput, artigo 7º, IV, artigo 217, § 3º, e artigo 227, tornando-se uma obrigação estatal por um direito social.

Um emaranhado interpretativo de direito implícito advindo de muitos doutrinadores, não justifica e tampouco corrobora para a concretização do Direito, produzindo-se ainda mais confusão em torno do instituto no país.

Contudo, ainda que existam suportes jurídicos, a indicação de um suposto direito implícito no ordenamento jurídico não satisfaz de modo integral o direito ao pleno lazer de suas atividades extra-laborais, enquanto a necessidade da atividade laboral e a subordinação do trabalho são empecilhos à satisfação de direitos ainda não positivados. Vislumbra-se que esta falta de objetividade e parâmetros acarreta em um ativismo judicial para com o instituto ao tratar do tema em discussões mais maduras nos órgãos superiores do país, havendo decisões favoráveis com o intuito de discutir o tema à nível nacional e possibilitar uma adequação jurídica do movimento da sociedade contemporânea, interligada com as ferramentas e aparelhos eletrônicos. Este ativismo judicial não é algo novo, pela qual a busca por “novos direitos” emergidos da interpretação constitucional e dos princípios trabalhistas, possuem uma grande relevância por possibilitar direitos, tal como ocorreu com o dano existencial³.

Percebe-se que o instituto possui discussões mais maduras em instâncias superiores, ainda que vigore decisões esparsas em diversos tribunais do país. Situações mais concretas como o atendimento às ligações e oferecer respostas às mensagens por meio de aplicativos digitais fora do horário de trabalho, como aos fins de semana, parece ser a fundamentação

³ Após inúmeras decisões acerca do instituto, recepcionado por tribunais superiores do país em alguns casos concretos, o dano existencial, que corresponde a um dano de natureza dinâmico-relacional ao trabalhador, foi importado para a legislação trabalhista, através da reforma ocorrida em 2017. Pautada por princípios trabalhistas e constitucionais, o instituto foi incluído na CLT pelo artigo 223-B, no qual expressa: causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

mais evidente da necessidade de uma limitação das turbacões cotidianas, podendo fazer-se permitir um costume indesejado por parte de outros trabalhadores ou a quem é subordinado.

Em que pese a discussão à nível nacional, é nítida a desatualização do país frente a proteção dos trabalhadores na era digital, discussão substancialmente avançada em países europeus. Em outro modo, ainda que o país possua protagonismo na busca por uma regulamentação na matéria legislativa de diversos cenários acometidos pela transição do mundo físico para o digital, como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, há uma resistência à criação de elementos e bases jurídicas para o desenvolvimento e aplicabilidade da matéria em solo brasileiro, fazendo-se necessário evidenciar a positivação do direito em outros cenários que possuíram uma discussão mais reflexiva sobre o tema.

2. O DESENVOLVIMENTO DA MATÉRIA NA ITÁLIA E EM PORTUGAL

No âmbito da consagração de inúmeros Direitos pela União Europeia para a consagração de uma sociedade mais regulamentada às consequências da era digital, advindo de diretivas europeias e da promulgação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) n.º 2016/679, de 27 de abril, repercutiu a matéria em diversos países da região, tais como a Bélgica, Itália, Espanha e mais recentemente Portugal. A promulgação italiana se deu logo após o advento Francês, ocorrido em 2016, e em Portugal no final de 2021 pelo Parlamento português, sendo promulgado em 1 de janeiro de 2022.

No entanto, por um caráter inovador na proteção do indivíduo no ambiente *online*, evidencia-se que não fora somente a proteção regional que contribuiu para uma adaptação legislativa dos Estados europeus, mas a própria reivindicação interna, através de legislações específicas, tais como a *Dichiarazione dei Diritti in Internet* na Itália, promulgada em 28 de julho de 2015, disciplinando inúmeros direitos e orientações que vão ao encontro das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, e mais recentemente da Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, publicada em 17 de maio de 2021, cujo instrumento permite a compreensão dos direitos e deveres dos usuários na era digital.

No ano de 2017, após um ano de vigência do direito à desconexão na França, com a particular Lei N° 81/2017, de 22 de maio, a Itália estabeleceu o direito à desconexão para trabalhadores inseridos em uma nova modalidade de trabalho denominada *Smart Working* ou *Lavoro Agile*, que distingue notadamente das características do teletrabalho, mas que é exercido de forma remota. Esta nova modalidade encontra adeptos que almejam promover uma adequação do modelo para a reprodução no cenário brasileiro, por um justo equilíbrio

entre a vida privada e a vida profissional ao encontro da vigente quarta revolução industrial e desfasamento do teletrabalho. O Smart Working é definido como o trabalho sem restrições específicas em termos de horas ou de local de trabalho, podendo ser realizado parcialmente de casa ou de outro local que seja adequado para sua realização.

Desde a promulgação do instituto, houve um grande aumento do Smart Working como modalidade de trabalho, além de permitir e promover o trabalho remoto pelo próprio governo italiano durante o período pandêmico. A Constituição Italiana, não contém uma definição de horário de trabalho nem limites ao mesmo, limitando-se, através da disposição do n.º 2 do artigo 36º, à fixação de um teto máximo de horas por dia. Através de leis especiais do direito interno, aplicável à generalidade dos trabalhadores, sustenta-se que o horário normal de trabalho é de 40 horas semanais, podendo ser fixado em 48 horas, através de acordo coletivo, além de existirem períodos de pausa sempre que o horário de trabalho exceda as seis horas, estabelecidas sua duração em contratos coletivos de trabalho.

Advindo da Lei Nº 81/2017 de 22 de maio, a desconexão estipula os períodos de descanso, estabelecendo também de medidas técnicas e organizacionais necessárias para assegurar a desconexão dos equipamentos tecnológicos. Sendo assim, explicita que para além de assegurar o direito à desconexão para o trabalhador, a empresa deverá adequar-se internamente para não produzir condições e meios de maior acesso ao trabalhador fora do ambiente de trabalho, como a disponibilização de aparelhos eletrônicos da empresa para uma mera comunicação fora da jornada estabelecida.

Em Portugal a matéria ensejou muitos Projetos de Leis por diferentes partidos políticos, cujo fundamento seria “desligar” ou “desconectar” o trabalhador dos meios eletrônicos, na medida em que objetivava proteger o trabalhador de perturbações por parte da entidade patronal nos seus períodos de descanso, através do recurso a meios informáticos ou eletrônicos, que promoveriam estresse e exaustão. Com respaldo não somente no desenvolvimento da matéria em outros países, sobretudo do âmbito europeu pela Comissão Europeia, mas da própria legislação e Constituição da República Portuguesa (CRP).

Como respaldo jurídico, menciona-se o artigo 213º do Código do Trabalho (CT), que permite o intervalo de descanso durante o período de trabalho diário, de duração não inferior a uma hora, nem superior a duas, de modo que o trabalhador não preste mais do que cinco horas ou seis horas de trabalho consecutivo e o artigo 214º que estabelece o período de descanso diário de pelo menos onze horas seguidas. Já a CRP, estabelece no artigo 59º, nº 1, alíneas b) e d), que todos os trabalhadores, sem distinção, têm direito à organização do trabalho em condições socialmente dignas, de modo a permitir a realização pessoal e

promover a conciliação com a atividade profissional e vida familiar, ao repouso e ao lazer, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e férias periódicas.

Portugal percebeu que muito embora haja um contexto legal estabelecido perante a manutenção do lazer e convívio familiar do trabalhador, fora dos períodos estabelecidos da atividade laboral, as condições juridicamente estabelecidas não refeririam expressamente nenhuma disposição que impeça o empregador de contatar o trabalhador fora do horário de trabalho, não havendo qualquer punição específica para o caso concreto, que se faz presente pela transformação da era digital.

É nesse sentido que Portugal recentemente delineou os novos rumos ao teletrabalho no desenvolvimento da matéria, identificando que tais violações de direitos, caracterizada pela importunação pós-laboral, tem em si uma característica cultural, advinda da prática costumeira da comunicação ao trabalhador fora do horário de trabalho. Ainda que existisse a obrigação enfática da obrigação do devido respeito à privacidade do trabalhador, conforme a atualização do CT, nas disposições 2 e 3 do artigo 170^{o4}, o direito serviria como uma inevitável medida preventiva em prol do trabalhador, de modo que não pairassem dúvidas sobre eventuais violações.

Assim sendo, foi publicada a Lei n^o 83/2021, de 6 de dezembro, pela qual foram definidas garantias expressas ao direito à desconexão, além de diversas outras medidas⁵. Com efeito, tal decisão permitiu o direito à desconexão para a “generalidade dos trabalhadores”, além de priorizar o modelo de teletrabalho para trabalhadores que tenham filhos de até oito anos. Adicionalmente, como maneira de evitar um isolamento completo dos trabalhadores em *home office*, foi previsto a ocorrência de reuniões presenciais a cada dois meses, evitando-se assim, um distanciamento completo de sua estrutura e permitindo uma análise dos efeitos negativos que poderão surgir, sobretudo psicológicos, da perda da socialização laboral.

3. DAS PECULIARIDADES NACIONAIS E NUANCES SOBRE O DIREITO À DESCONEXÃO

O direito à desconexão possui peculiaridades distintas em sua importação para outros ordenamentos jurídicos. No entanto, a transformação digital e a evolução de novas modalidades de trabalho, como o teletrabalho, são justificativas que apoiam a positivação do

⁴ Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho requer aviso prévio de 24 horas e concordância do trabalhador, (...) a visita só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho, e apenas pode ser efetuada na presença do trabalhador durante o horário de trabalho acordado (...).

⁵ Dentre as medidas aprovadas, o empregador terá de pagar o acréscimo das despesas, incluindo a energia e internet que, para efeitos fiscais, tratar-se-ia de um custo das empresas, além de abster-se de contatar o trabalhador no seu tempo de descanso.

instituto, ainda que por vezes haja uma certa resistência nacional por um suposto direito implícito, uma vez que se está diante de uma garantia constitucional, que preza sobretudo, a ampla concepção e garantias jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana.

A aplicabilidade do direito à desconexão na Itália, é enraizada em um alinhamento jurídico, advindo de uma primeira concepção do instituto na França, pela qual há uma permissibilidade jurídica com limitação de tutela aos trabalhadores. Nesse sentido, não são todos os trabalhadores que poderão sustentar e assegurar a eficácia do direito, preconizada para trabalhadores que utilizam uma modalidade de trabalho específica. Essa “desconexão” vinculada ao trabalho remoto, evidenciada também nas leis fora do continente europeu, como as legislações chilenas e argentinas sobre o tema, não cumpre e tampouco satisfaz inúmeras situações que poderão ocorrer ao trabalhador que exerce qualquer outra modalidade de subordinação. Na realidade, esta visão defasada, apenas contribui para a violação daqueles trabalhadores que não se utilizam de uma modalidade específica, sendo assim, não é porque estamos em uma modalidade diferente que poderemos ser tolhidos, ainda que minimamente, mas contínua, de um período de lazer e descanso, consagrado historicamente para este fim.

Torna-se necessário, face o desenvolvimento da matéria ao longo dos anos, ocasionada pela atualização jurídica nos primeiros moldes do ordenamento francês na Itália, a abrangência permissiva e maior delimitações de questões relacionadas à saúde psicológica e custos inerentes à execução das atividades em ambiente remoto, como o pagamento de taxas específicas para efetiva concretização do labor.

Através da discussão ocorrida em Portugal, com o fito de delimitar inúmeras questões advindas do trabalho remoto, a aplicabilidade para uma abrangência maior de trabalhadores, assegurando qualquer comunicação fora do ambiente de trabalho, demonstra-nos uma análise mais atualizada do instituto, pela qual a proliferação de aplicativos de mensagens instantâneas e a mera conexão com a internet viabilizam a exposição do trabalhador no ambiente virtual. A inevitabilidade do instituto dá-se por uma nítida violação cultural que não estava adequada à proteção contemporânea dos direitos trabalhistas no ambiente digital, propulsão por uma questão pandêmica.

A modificação da CT para inclusão do direito à desconexão decorre do Art. 199º -A, que por sua peculiaridade legislativa, ressalva situações de força maior para o contato ao empregado, conforme expressa: “o empregador tem o dever de se abster de contactar o trabalhador no período de descanso, ressalvadas as situações de força maior”. A grande discussão do instituto no país, é como apreciar e resolver casos em que se fundamentam uma

característica jurídica tão subjetiva como as situações excepcionais no caso concreto, uma vez que esta interpretação pode facilmente recair em concretas violações do direito. Como exemplo, ao empregador ou colega hierárquico, poderia ser fazer a alegação de força maior em casos específicos para resolver ou dar andamento em questões que não foram concluídas na jornada pré-estabelecida pelo trabalhador, cuja alegação poderia consistir em um possível dano ou prejuízo à empresa. Além disso, os tradicionais trabalhadores, reconhecidos por “recibos verdes” que realizam prestações de serviço às empresas, não estariam cobertos, por uma suposta ausência de hierarquização pelo instituto, ainda que o país sofre com uma manipulação de “falsos recibos verdes”, pela qual o prestador de serviço é, na realidade, um funcionário completamente comum e integrado na empresa, fazendo-se uma forma de trabalho precária e ilegal, não havendo direitos trabalhistas inerentes, e contribuindo para a violação do instituto.

Interessante notar que em Portugal havia uma forte resistência ao instituto, pela suposta apreciação de direito implícito por alguns partidos políticos, já consagrado pelo direito ao repouso e de lazer, constitucionalmente assegurado. Isto não impediu que, face as nuances propiciadas pelas novas ferramentas ao efetivo tempo de trabalho e a adaptação contemporânea de um costume antigo, pudesse emergir o instituto à nível nacional.

No cenário brasileiro, essa evolução jurídica ainda possui os entraves já enfrentados pela importação do instituto nos países, como Portugal e Itália. A experiência do teletrabalho no cenário da pandemia, teve como reflexo o Projeto de Lei n. 4044 de 2020 no Brasil, que visa alterar a CLT, para a inclusão do art. 65-A, aplicando-se o direito à desconexão aos casos de teletrabalho. Reside daí a compreensão ainda atrasada na efetivação da tutela do instituto no Brasil, sustentado erroneamente por um “desespero adaptativo” à importação de institutos contemporâneos da era digital, uma vez traduzida na inviabilidade de um adicional de natureza salarial pela sua violação, além da imposição limitativa de tutela à modalidade de teletrabalho, incluída na reforma trabalhista em 2017.

Dessa falta de parâmetro, recentemente a 7ª turma do TRT, julgou um caso extremamente interessante, e paulatinamente recorrente no cenário brasileiro. Na decisão nº 010729-55.2020.5.03.0041 os desembargadores confirmaram a sentença da 1ª vara do Trabalho de Uberaba/MG, pela qual a empresa não deverá pagar hora extra pelo uso de WhatsApp fora do expediente após alegação de que, inclusive nos dias de descanso, o trabalhador permanecia em constante conexão com a empresa. Esta decisão evidencia uma situação de difícil apreciação no caso concreto, uma vez que tais comunicações e conversas davam-se em um grupo criado no aplicativo para a comunicação de assuntos diversos, e que,

por vezes, tangenciavam questões do trabalho. Sendo assim, até que ponto poderá ser considerado um grupo de trabalho em determinados aplicativos, como uma fundamentação da ausência ou concretização do direito à desconexão? Essa prática deve-se atentar no caso concreto, uma vez que, havendo uma interpretação de afastamento do instituto para estes casos, o grupo pode facilmente desviar-se do seu propósito para, ainda que pela liberalidade do trabalhador em responder as comunicações, interferir em seus períodos de descanso e lazer. Adicionalmente, pode não ser bem visto aquele que recusar-se a participar de grupos deste gênero, pela qual há um maior canal de comunicação e controle perante o trabalhador.

As peculiaridades nacionais demonstram que o instituto é adaptável às condições locais, e que a implementação em solo nacional é de fundamental importância para assegurar maiores proteções ao trabalhador na era digital. Assim como, a satisfação do direito por ser implícito no ordenamento jurídico, não obsta a violação do mesmo, devendo ser assegurado expressamente, como ocorrera após as discussões contemporâneas no ordenamento jurídico português.

Na prática o que se vislumbra é a violação a este direito, cujo dever de responder pode acarretar em uma progressão e valoração na carreira, de íntima relação de comunicação, não havendo desconexão efetiva e real no contexto profissional, na qual o trabalhador sente a necessidade de se fazer presente. Outrossim, a ausência de fundamentação contemporânea sobre o assunto, em casos concretos do direito ainda não expresso, constitui clara violação constitucional, legislativa e principiológica do direito do trabalho. Tal razão é vislumbrada no ativismo jurídico presente no país através dos tribunais, ao recepcionar a necessidade de adesão deste direito em alguns casos particulares.

Para uma maior delimitação da matéria, ao contribuir para a clarificação de diversos cenários no caso concreto que a tangenciam e para não incorrer na banalização do instituto, faz-se necessário uma legislação específica sobre o direito e seus direitos conexos, tal como ocorrera na Bélgica e Espanha, e não uma mera caracterização do direito apenas nos códigos trabalhistas, o que pode gerar ambiguidades práticas.

O Brasil, portanto, demonstra que está visivelmente desatualizado do movimento jurídico de seu tempo, cuja concretização desse direito poderá produzir uma limitação de uma integral tutela do instituto, ao estar associada a uma modalidade de trabalho específica ou produzir condições de exceções ao direito.

Ainda que enraizado pelas condições dos avanços tecnológicos e propagados como consequência das ferramentas de comunicação, o instituto não visa somente assegurar uma efetiva desconexão do trabalho, sustentada erroneamente através do “desligamento dos

aparelhos eletrônicos” após o período laboral, mas o de proteger os intervalos de pausa e descanso, de modo que tal desligamento do trabalho possa ocorrer, adicionalmente, quando evidenciada a comunicação fora da jornada de trabalho. Nesta perspectiva, o direito à desconexão possui uma característica lato sensu, de modo que não será preciso existirem aparelhos eletrônicos para a sua efetivação, mas a satisfação de uma efetiva desconexão com o trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à desconexão tornou-se um Direito inevitável. A pandemia do Covid-19, modificou substancialmente a relação do trabalho e ensejou o proliferamento e maior discussão de novas modalidades de trabalho nos países. Os reflexos negativos de tal avanço tecnológico e sua interação foram observadas de diferentes formas, possuindo proteções distintas e com maior receptividade a institutos externos para suprir debilidades nacionais, acerca da regulamentação da tecnologia e sua complexa relação entre o direito e a saúde.

A associação do direito à desconexão a uma abrangência de direitos constitucionais, sustentados por princípios universais, como princípios e disposições esparsas na legislação nacional, não supre a objetividade do instituto no caso concreto, e apenas expõe o atraso legislativo e a violação de direitos perante a matéria.

A consagração do instituto na Itália, possui uma conceituação e aplicabilidade que não corresponde ao desenvolvimento e reflexos da era digital sobre a matéria, ao sustentar o direito através dos primeiros moldes advindo da originária concepção francesa e a limitar o instituto ao vinculá-lo a uma modalidade de trabalho específica. Com maior desenvolvimento da matéria, fruto de anteriores discussões no cenário europeu, Portugal possui uma legislação mais abrangente e de maior impacto jurídico do instituto, tornando-se mais adequada à era digital, ainda que persistem problemáticas internas para a efetiva proteção do instituto, ao ressaltar casos excepcionais e não acobertar a integralidade dos trabalhadores no país.

O Brasil denota uma instabilidade jurídica do instituto, além da notável desarmonia para com os reflexos jurídicos aos trabalhadores na era digital. As discussões pautam-se nas mesmas discussões ocorridas nos países analisados, na qual supostamente o instituto já estaria inserido no ordenamento jurídico. Assim, a produção de diretrizes concretas e de maior desenvolvimento do instituto torna-se uma tarefa de difícil implementação, uma vez que a alegação de direito implícito apenas contribui para o enfraquecimento e seriedade do instituto, como se evidencia nas debilidades jurídicas presentes no vigente Projeto de Lei sobre a matéria. No atual momento, o ativismo judicial, propagado por órgãos superiores,

torna-se um fenômeno de extrema importância e resistência para o estabelecimento de direitos, como o direito à desconexão, ainda não positivado no país.

Ao que fora analisado, pode-se compreender que as resistências à aplicabilidade do instituto, e que vigoram no cenário brasileiro, possuem três escopos conjunturais: (i) a comunicação como fator cultural; (ii) a fundamentação de direito implícito e (iii) a sensação de perda da subordinação tradicional.

Assim sendo, percebeu-se que o direito possui aplicabilidade como vinculação à uma modalidade específica de trabalho, comumente relacionada ao exercício do trabalho em meios eletrônicos e, a permissibilidade para maior abrangência de modalidades que visem a integralidade do instituto. Simpatizamos com a segunda opção, uma vez que o direito à desconexão não visa um desligamento destes aparelhos, erroneamente sustentados como satisfação do direito, mas o desligamento do próprio trabalho, exercendo-o de qualquer localidade. O estabelecimento de multas específicas, a formalização de queixas perante o órgão de trabalho competente, a aplicabilidade integral aos trabalhadores, a possibilidade de natureza salarial por violação e possibilidade de horas extras, entre outros, são fatores que poderão ser adequados através do estabelecimento de legislações específicas, uma vez que o instituto tem uma natureza jurídico-social.

Em todo caso, entendemos que, por uma cultura de litigância no país, o instituto poderá ser alvo de banalizações, no entanto, sustentamos que uma mera e única comunicação jamais deveria ensejar um procedimento judicial, mas somente nos casos em que se verifiquem uma insistência contínua, ou fora da razoabilidade, de comunicações desta natureza. Nesta mesma perspectiva, não nos parece ser diverso no primeiro momento, à luz do instituto, o tempo da comunicação específica – ainda que esta possa agravar a violação, mas a comunicação em si. Isto reside pelo fato de que a violação independe da contabilização do tempo, uma vez que pode ser comunicada facilmente através de mensagens nos meios digitais, não sendo restrita às ligações telefônicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Maria Luísa Teixeira. As Fronteiras do Tempo de Trabalho In: António Monteiro Fernandes (org.), Estudos de Direito do Trabalho, Coimbra Editora, 2017, p. 223.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Parecer Projetos de Leis. Comissão de Trabalho e Segurança Social. Portugal, p. 04 ss. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a4577513152545579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c3252684d6d5534595452694c575977597a59744e4745785a4330344e7a59324c544a6a4d6d4a695a4467355a4455324d4335775a47593d&fich=da2e8a4b-f0c6-4a1d-8766-2c2bbd89d560.pdf&Inline=true>.

BELGIQUE. Loi du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale. Moniteur belge, 2018-03-30, n° 78, pp. 31620-31656. Disponível em: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2018032601.

BLOCO DE ESQUERDA. Combater A Precariedade E Os Falsos Recibos Verdes, Projecto De Lei N.º 3/XII/1.ª Assembleia da República, 29 de Junho de 2011. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764e4451344d6a4e6d4d5755744f5759785a4330304d7a497a4c546b335a6a59744e544d354d5445354e544e6d597a56684c6d527659773d3d&fich=44823f1e-9f1d-4323-97f6-53911953fc5a.doc&Inline=true>.

BRASIL. Projeto de Lei n° 4044, de 2020. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei n° 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Senado Federal, 03 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3). Recurso Ordinário, processo n°010729-55.2020.5.03.0041. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1368603235/recurso-ordinario-ro-107295520205030041-mg-0010729-5520205030041/inteiro-teor-1368603275>.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Teletrabalho no Brasil e mundo: legislações comparadas: estudo de relações do trabalho / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília – CNI, 2020, p. 39ss. Disponível em: <https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Teletrabalho%20no%20Brasil%20e%20mundo.pdf>.

ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2018, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. 05 de diciembre de 2018. Madrid, Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3#:~:text=Ley%20Org%C3%A1nica%203%2F2018%2C%20de,%C2%AB%20BOE%20%C2%BB%20n%C3%BAm>.

MARKOVIC, E.; ROSSINI, C. O. Smart working e as novas tendências no mundo do trabalho: um estudo de caso binacional. Revista Brasileira de Administração Científica, v.12, n.1, p.94-110, 2021.

PORTUGAL. Lei n.º 83/2021. Modifica o regime de teletrabalho, alterando o Código do Trabalho e a Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, 06 de dezembro de 2021. Diário da República, Assembleia da República. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2021/12/23500/0000200009.pdf>.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, 25 de abril de 1974. VII Revisão Constitucional – 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

ZAMBELLI, Angelo. The New Regulation On Smart-Working In Italy. CorporateLiveWire, 17th July 2017. Disponível em: <https://www.corporatelivewire.com/top-story.html?id=the-new-regulation-on-smart-working-in-italy>.

DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO NA UNIÃO EUROPEIA: AS RELAÇÕES JUSLABORAIS ESPECIALMENTE FRÁGEIS E O TRABALHO SUBORDINADO – BREVE COMPARAÇÃO IBÉRICA

The right to a dignifying work in the European Union: especially fragile labour relations and subordinated work – brief Iberian comparison

Solange Ferreira Lajoso¹

Sumário: 1. Das classes de trabalhadores particularmente frágeis; 2. Das condições dignas de trabalho como um direito de todos os trabalhadores; 3. Os trabalhadores domésticos; 4. Os trabalhadores independentes; 5. Os trabalhadores de plataformas digitais; 6. Da caracterização do trabalho subordinado; Considerações finais.

Resumo: O direito ao trabalho em condições dignificantes é um assunto constantemente presente na ordem de trabalhos da Organização Internacional do Trabalho e do Parlamento Europeu, conforme estabelece o artigo 31.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nos ordenamentos jurídicos português e espanhol, tal preceito encontra-se disposto nas garantias conferidas pela Lei Fundamental – o artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 10.º da Constituição Espanhola, que dispõem de forma concordante. Entre as relações juslaborais especiais cuja fragilidade tem propulsionado diversas alterações legislativas para garantir a função social protetora dos Estados-Membros, destacam-se os trabalhadores domésticos, os trabalhadores autónomos e os trabalhadores através de plataformas digitais. Porém, existem ainda algumas lacunas nos regimes aplicáveis a estes profissionais e cujo caminho a percorrer para as colmatar, afigura-se longo. Nesta matéria, o trabalho com recurso às novas tecnologias tomou proporções avassaladoras com a conjuntura inerente ao Covid-19.

Relativamente a este assunto, importa igualmente aferir acerca do trabalho subordinado e das proteções jurídicas que o mesmo garante. Por fim, independentemente dos preceitos que ladeiam a relação de trabalho entre as partes, todos os trabalhadores que são cidadãos europeus têm direitos civis e garantias constitucionais que são assegurados de forma transversal e que são invioláveis.

Palavras-chave: Condições dignas de trabalho; Relações laborais especiais; Trabalho subordinado; Direitos fundamentais.

Abstract: The right to work under dignified conditions is a subject constantly on the agenda of the International Labor Organization and the European Parliament, as established in article 31st of the Fundamental Rights of the European Union's Charter. In the Portuguese and the Spanish legal systems, this precept is provided for in the guarantees granted by the Basic Law – Article 59th of the Portuguese Republic's Constitution and Article 10th of the Spanish Constitution, which are written in accordance. Among the special labor relations whose fragility has led to several legislative changes to guarantee the protective social function of the Member States, domestic workers, self-employed workers and workers through digital platforms stand out. However, there are still some grey areas in the working conditions' Law applicable to these professionals and the way to fulfill them seems long. In this matter, the work using new technologies has taken overwhelming proportions with the situation inherent to Covid-19.

¹ Doutoranda no Programa de Ordenación Xurídica do Mercado da Universidade de Vigo, Espanha. Linha de investigação Dereito do Trabajo e da Seguridad Social. E-mail: solange_lajoso@hotmail.com.

Regarding this matter, it is also important to assess subordinate work and the legal protections that it guarantees. Finally, regardless of the precepts that surround the employment relationship between the parties, all workers who are European citizens have civil rights and constitutional guarantees that are ensured in a transversally way and which are inviolable.

Key words: Dignifying working conditions; Special labor relations; Subordinate work; Fundamental rights.

1. DAS CLASSES DE TRABALHADORES PARTICULARMENTE FRÁGEIS

Na Diretiva 1152/2019 de 20 de junho de 2019 da União Europeia (UE), um assunto na área social em que se manifestou especial preocupação foi a aplicabilidade do normativo aos trabalhadores sujeitos a relações laborais especiais, nomeadamente, «*os trabalhadores domésticos, os trabalhadores ocasionais, os trabalhadores intermitentes, os trabalhadores por cheque-serviço, os trabalhadores de plataformas, os estagiários e os aprendizes*»². Devido à posição de particular vulnerabilidade em que se encontram, resultou o entendimento de que estes profissionais se devem enquadrar nas disposições elencadas no abrigo dos direitos dos trabalhadores subordinados, sem necessidade de verificação da carga laboral efetiva. Por outro lado, o seu ponto 14, exclui as pessoas singulares que empregam trabalhadores domésticos nas suas residências de algumas das obrigações dos empregadores (como o caso do acesso gratuito à formação profissional), remetendo para da necessidade dos Estados-Membros regulamentarem especificamente esta atividade profissional.

Na problemática inerente a esta lacuna legislativa existe um leque mais vasto de estudos doutrinários produzidos em Espanha do que em Portugal³.

Quanto aos trabalhadores independentes, foi entendimento que aos verdadeiros trabalhadores por conta própria não se lhes aplica os direitos da referida Diretiva e referiu-

² Ponto 7 e 12 do referido diploma legal. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=GA> acesso em: 30-11-2021.

³ O autor JOSÉ ALCARAZ refere o Pacto de Toledo “*donde se propugna la ordenación de dos regímenes, una para los trabajadores que prestan servicios en régimen de dependencia, y otro para los que realizan su actividad por cuenta propia. La actual naturaleza laboral del trabajo que prestan los empleados de hogar exige que los mismos sean considerados desde el punto de vista del derecho de la seguridad social como lo que son: trabajadores asalariados*”. ALCARAZ, José, *El régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 151. Cfr. CARVALHO, Catarina “Trabalho no domicílio, trabalho doméstico e trabalhos de cuidado no ordenamento jurídico português: primeira leitura à luz das Convenções da OIT”, *Documentación Laboral: IV encuentro ibérico de derecho del trabajo*, Cinca, Madrid, 2019, p. 41 – 56; GUANTER, Salvador, “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Libertad de expresión e información en la relación laboral”, *Primeras Jornadas de Otoño de Derecho Social*, Comares, Peligros, 1998, p. 33 – 44; MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 31.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 191 – 454/267 – 542; PINEDA, Carmen, “El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Documentación Laboral: IV encuentro ibérico de derecho del trabajo*, Cinca, Madrid, 2019, p. 57 – 70; PUENTE, María del Carmen, *La Relación Laboral Especial de los Empleados de Hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 12; RUÍZ, María Germana, *La Profesionalización de los Empleados al Servicio del Hogar Familiar: Desde el Contraste Comparado*, Eolas, León, 2014, p. 340 – 345; VALVERDE, Antonio, et al., *Derecho del Trabajo*, 19.ª Edición, Tecnos, 2010, p. 39 e ss..

se igualmente a aplicação abusiva deste estatuto como subterfúgio do empregador para usufruir de trabalho subordinado não declarado, com o fim de se eximir às suas obrigações pecuniárias. Nos pontos 11 e 12 deste documento concluiu-se que estes casos são equiparados ao trabalho por conta alheia e que a estes profissionais lhes são igualmente conferidos os direitos desse normativo, uma vez que a prestação efetiva de trabalho por conta de outrem recai no âmbito da presunção de contrato de trabalho. De acordo com os indicadores estabelecidos pelos diplomas legais que tutelam as relações jurídicas laborais, exortou-se que esta determinação deve basear-se nos factos relativos à prestação efetiva de trabalho e «*não no modo como as partes descrevem a relação*»⁴.

Relativamente à doutrina referente aos trabalhadores independentes, existe uma vastidão de referências bibliográficas publicadas pela doutrina de ambos os países.⁵

Por fim, no ponto 15, a Diretiva dispôs acerca dos elementos fundamentais a observar quanto à forma do contrato de trabalho, esclarecendo que devem adaptar-se à evolução do mercado de trabalho, considerando «*a expansão de formas atípicas de emprego*» – como sucede nas novas formas de emprego com recurso a plataformas digitais e às novas tecnologias. Esta matéria tem sido discutida recentemente, após o crescimento exponencial que estas formas de emprego experienciaram no âmbito da conjuntura Covid-19.

2. DAS CONDIÇÕES DIGNAS DE TRABALHO COMO UM DIREITO DE TODOS OS TRABALHADORES

As disposições do normativo laboral da UE fundamentam-se na labuta incessante da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde 1919, em matéria de dignidade laboral e de combate ao emprego precário. Apesar da ratificação das convenções da OIT proceder globalmente, dificuldades de aplicação devido à singularidade do tecido económico e empresarial de cada Estado-Membro⁶. Na Carta dos Direitos Fundamentais promulgada pela

⁴ Diretiva 1152/2019 da UE.

⁵ Cfr. MARTÍNEZ, Míren, *El Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente: Delimitación Conceptual y Àmbito de Aplicación*, Aranzadi, Navarra, P. 9, 35-39; MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 31.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 267 – 542; VALLEJO, Cesar, *La Protección Social Del Trabajador Autónomo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, p. 25; VALVERDE, Antonio, et al., *Derecho del Trabajo*, 19.ª Edição, Tecnos, 2010, p. 39 e ss.

⁶ Assim como nas recomendações de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas e a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico, que influenciaram na limitação dos tempos de trabalho, na inclusão do direito ao descanso, no princípio da igualdade salarial, entre outros. O problema da criação de empregos dignos deriva da segmentação do mercado, das formas de trabalho digitais e da ausência de formalidade nas novas formas de trabalho. Cfr. MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa anotada – Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 39.

As convenções da OIT encontram-se acima da legislação ordinária nas fontes de Direito e abaixo da Constituição e devido à sua importância, não necessitam de adaptação (8, CRP). Cfr. DRAY, Guilherme, “As convenções fundamentais da OIT: recepção normativa e dificuldades de aplicação”, *Documentación Laboral: IV encuentro ibérico de derecho del trabajo*, Cinca, Madrid, 2019, p. 29, 30.

Comissão Europeia, o artigo 31.º versa que: «*todo o trabalhador tem direito a trabalhar em condições de saúde, segurança e dignidade*»⁷. Na Resolução do Parlamento Europeu (PE) 2221/2016 de 4 de julho de 2017, podemos ler que relações laborais precárias são «*aquelas que não respeitam os padrões e as leis da EU (...) e/ou que não oferecem meios suficientes para uma vida digna ou uma proteção social adequadas*»⁸ e refere-se «*um ambiente de trabalho que não reúne as normas mínimas de saúde e de segurança*» como um desses fatores. Nesta matéria, a OIT refere que «*trabalho digno é um trabalho produtivo que proporciona uma remuneração equitativa, segurança no local de trabalho e proteção social, melhores perspetivas de desenvolvimento pessoal e integração social, liberdade para cada um expressar as suas preocupações, organizar e participar nas decisões que afetam a sua vida e igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens*»⁹.

Em Portugal, os direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores elencam-se na Constituição da República Portuguesa (CRP) e são reforçados pelo Código do Trabalho (CT). Em Espanha, estes direitos também se encontram dispostos na Constitución Española (CE) e, de forma análoga, são reiterados pelo diploma legal que regula as relações de trabalho – o Estatuto dos Trabajadores (ET).

3. OS TRABALHADORES DOMÉSTICOS

A regulamentação do regime contratual destes profissionais além de excecional, encontra-se embrenhado de especial fragilidade¹⁰. No ordenamento jurídico espanhol, o Pacto de Toledo refere dois regimes de proteção social distintos – o aplicável aos trabalhadores por conta de outrem e aos profissionais por conta própria. É pacificamente

⁷ Documento atualizado em 2020 e disponível em <https://www.poch.portugal2020.pt/pt-pt/Documents/Carta%20dos%20Direitos%20Fundamentais%20da%20UE%20pt.pdf> acesso em: 01-03-2022.

⁸ P. 5 e 6 deste documento podemos ler acerca do risco de precariedade: “*pouca ou nenhuma segurança laboral, devido ao caráter não permanente do emprego, como acontece em contratos de trabalho a tempo parcial involuntário e muitas vezes marginal e, nalguns Estados-Membros, horários de trabalho pouco claros e funções que mudam de acordo com as necessidades; proteção rudimentar contra o despedimento e falta de proteção social suficiente em caso de despedimento; remuneração insuficiente para ter uma vida digna; poucos ou nenhuns direitos ou prestações de proteção social; nenhuma ou pouca proteção contra a discriminação; nenhuma ou poucas perspetivas de progressão no mercado de trabalho ou de desenvolvimento na carreira e de formação; baixo nível de direitos coletivos e poucos direitos à representação coletiva; um ambiente de trabalho que não reúne as normas mínimas de saúde e de segurança*”. Disponível em http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/108_Resol_PE_Emprego_precario.pdf acesso em: 30-09-2020).

⁹ Na p. 5 e 6 do referido diploma legal dispõe-se um conjunto de boas práticas no combate à precariedade laboral: “*base jurídica sólida; participação dos parceiros sociais e das comissões de trabalhadores nos locais de trabalho; cooperação com outras partes interessadas; equilíbrio entre flexibilidade e segurança; orientação sectorial; redução dos encargos administrativos para os empregadores; aplicação das normas por inspeções do trabalho; e campanhas de sensibilização*” e refere o Relatório da OIT, de 14 de novembro de 2016, sobre os contratos de trabalho atípicos. Informação disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_626383.pdf acesso em: 30-10-2021.

¹⁰ Cfr. PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de hogar* Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 12, 191. BAAMONDE, María Emilia & VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España”, *Relaciones Laborales*, 1989, p. 76.

aceite pela doutrina que estes trabalhadores deveriam ser enquadrados no regime dos primeiros devido aos moldes da prestação laboral em que se encontram inseridos. A Lei Geral da Segurança Social (SS) espanhola refere as disposições adicionais ratificadas pelo Real Decreto-Lei de 29/2012 de 28 de dezembro que visou a melhoria da proteção social do Sistema Especial que abrange esta classe profissional. Conforme ensina JOSÉ ALCARAZ, é um regime merecedor de tutela específica que encontrou proteção concedida pela SS, mas cuja tabela foi equiparada à de menor cotização, pelo que um dos principais papéis do direito social - a ação protetora - não lhes conferiu as mesmas regalias que os trabalhadores subordinados¹¹. Quanto ao enquadramento em matéria de segurança e saúde no emprego, de proteção em caso de doença (profissional ou não) e de acidente de trabalho persistem as lacunas, pois esta relação não se encontra contemplada pelo abrigo da LPRL¹². Conforme ensina MARÍA DEL CARMEN PUENTE «*la facultad de imponer sanciones del empleador doméstico existe, pero está en suspenso al tratarse de una «actividad reglada» carente de cauce jurídico*». A autora refere que em França a Lei prevê que estes trabalhadores façam exames médicos regulares e que Lei italiana obriga expressamente à tutela da saúde familiar¹³.

Generalizadamente, a doutrina defende que estes profissionais merecem proteção jurídica nesta matéria¹⁴, com base nos direitos dos trabalhadores elencados na Lei de Trabalho (art. 2.2, ET), referidos na Constituição: «*la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución*». Assim, remetem-se os direitos destes trabalhadores para a Lei Fundamental (art. 4.2, CE), pois apesar da peculiaridade deste setor, reconhece-se que a pessoa do trabalhador tem garantias decorrem da CE. Concordantemente, em Portugal estabeleceu-se que os direitos de personalidade, de saúde e de segurança no emprego «*são aplicáveis a situações em que ocorra prestação de trabalho por uma pessoa*

¹¹ Cfr. ALCARAZ, José, *El régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 151 e ss.

¹² Cfr. PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de hogar* Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 345 – 351. Neste sentido, ECHEVERRÍA, Delgado, *Elementos de Derecho Civil I - Parte general - Volume II*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 83; VALVERDE, María Dolores, «Una exclusión “particular” de la ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar», *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Sevilla, 1997, p. 178.

¹³ A autora esclarece que a Lei italiana elenca uma lista de obrigações destes empregadores, como proporcionar um ambiente saudável e de respeito pela integridade moral e que reconhece o direito à proteção frente ao assédio. Refere também que o Tribunal Constitucional espanhol rejeita o dever de lealdade do trabalhador como a sujeição absoluta aos interesses do empregador e que em 1951, a OIT propôs que a realização de exames médicos fossem objeto de estudo posterior. Cfr. PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 352 – 379.

¹⁴ Não só a integridade física e moral dos trabalhadores deve ser resguardada, como também a do empregador e dos seus familiares. A autora refere uma sentença do Tribunal Superior de Justiça de Ourense, de 7 de maio de 1996, julgou-se o caso de um indivíduo que aplicava substâncias psicotrópicas aos seus empregados domésticos. Cfr. PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de hogar* Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 350, 351.

a outra, sem subordinação jurídica, sempre que o prestador de trabalho deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da atividade» (art. 10, CT). Como tal, o trabalho digno é um direito fundamental inviolável, assim como as demais garantias consagradas nas Constituições de ambos os países (art. 10, CE e art. 59, CRP)¹⁵. *Maxime*, o trabalho sob tais quesitos presume o respeito pela integridade física e moral e prevê punições aos atentados contra estas configurações, independentemente das formas que estes possam revestir. Sucede assim que os poderes conferidos ao empregador se encontram limitados pelas garantias constitucionais dos cidadãos, tuteladas pelas meras relações civis. Contudo, sobre estes trabalhadores recai a incumbência do cumprimento dos deveres impostos pela legislação laboral como os derivados do princípio da boa fé, a lealdade, a confiança, a diligência e a obrigatoriedade da observância das normas de higiene e segurança.

4. OS TRABALHADORES INDEPENDENTES

A problemática inerente a esta classe profissional é a de dirimir se o vínculo contratual existente consubstancia uma verdadeira relação de trabalho independente ou se - contrariamente ao praticado entre as partes - configura uma relação de trabalho subordinado e é enfatizada pelo número crescente de relações laborais precárias em que o empregador, como subterfúgio às suas responsabilidades, recorreu ao estabelecimento de relações de trabalho “autónomo” em vez de outorgar um contrato de trabalho subordinado¹⁶. Com um mercado fortemente imiscuído pela concorrência, os trabalhadores vêm-se obrigados a aceitar tais condições, em que a entidade patronal se escusa de parte dos pagamentos obrigatórios, obtendo mão de obra mais barata.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 2/2018 de 9 de janeiro constituiu um importante marco histórico, na medida em que estabeleceu o pagamento de prestações sociais contributivas pelas entidades contratantes que usufruam de trabalho independente, em que os trabalhadores prestem serviços de pelo menos 80% do seu volume total de negócios a um único empregador. Assim, aproximou os direitos destes aos dos trabalhadores subordinados e atenuou a vantagem económica do empregador ao eximir-se à celebração do contrato de trabalho. Em 2006, no Decreto-Lei n.º 65/2012, de 15 de março promulgou uma reforma fundamental, ao reconhecer o direito ao subsídio de desemprego para estes profissionais.

¹⁵ Cfr. PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de hogar* Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 359 – 361. A autora esclarece que as restrições aos direitos legalmente reconhecidos no ET são proporcionais ao grau de responsabilidade dentro do seio familiar.

¹⁶ No Relatório do PE 2221/2016 da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais.

Ainda assim, esta medida *per se* revela-se insuficiente por deixar de parte algumas questões como os subsídios de Natal e de férias.

Em Espanha, a Lei 20/2007 de 11 de julho regulou o estatuto de trabalhador autónomo e a Lei 32/2010 de 5 de agosto estabeleceu o sistema específico de proteção destes trabalhadores em caso de desemprego ou cessação de atividade. A este propósito, a Professora NORA YÁÑEZ refere a sentença do Tribunal Supremo espanhol de 8 de junho de 2016, em que se negou o direito a férias anuais retribuídas a um trabalhador autónomo.¹⁷

Contrariamente, no caso Conley King do Tribunal de Justiça da UE (TJUE), de 29 de novembro de 2017 (C-214/16)¹⁸, com uma questão semelhante do direito a férias remuneradas e ao subsídio de férias, interpretou-se à luz das disposições legais decorrentes do artigo 7.º da Diretiva 2003/88 do PE e do Conselho, de 4 de novembro de 2003. Decorreu do apuramento dos factos relevantes que existiam fortes indícios de subordinação jurídica (o horário de trabalho, a pontualidade, a dependência da retribuição mensal, a disposição dos elementos de trabalho e a regulamentação dos termos em que o trabalho se desenvolvia)¹⁹. No duto aresto decidiu-se que o cumprimento do direito a férias é uma obrigação do empregador, não sendo admitida a sua negação, ao abrigo do ponto 63 da Diretiva 88/2003: *«o empregador que não dá condições a um trabalhador para que este exerça o seu direito a férias anuais remuneradas deve assumir as consequências disso»* e que é irrelevante se o pedido para o exercer ocorreu tempestivamente ou não (conforme julgado no caso Bollacke, de 12 de junho de 2014 (C-118/13), pontos 27 e 28). Concluiu-se que apesar da independência dos Estados-Membros para transpor as disposições das Diretrizes da UE para a sua legislação interna, não são permitidas práticas incompatíveis com as mesmas. Contrariamente ao estabelecido pela The Sash Window Workshop Ltd, o Senhor King tratava-se de um trabalhador da empresa, cujos direitos lhe haviam sido sonogados em proveito próprio e não de um mero comissionista autónomo.

¹⁷ Cfr. YÁÑEZ, Nora, «Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, p. 35.

¹⁸ Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225922&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=148962> acesso em: 29-03-2022).

¹⁹ O entendimento foi que não é legitimado ao empregador que desenvolva práticas cujo escopo seja a dissuasão do direito às férias, conforme refere o Acórdão Lock da mesma instância, de 22 de maio de 2014 (C-539/12), no ponto 23. Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202311&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1> acesso em: 01-02-2022.

5. OS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Outra classe trabalhadora especialmente desprotegida, que tem sido alvo de discussão engloba aqueles que desenvolvem a sua atividade através de sistemas precários de economia digital. Na Diretiva 1152/2019, o PE reconheceu expressamente que a evolução da era digital conduziu «à criação de novas formas de emprego que favoreceram a inovação, a criação de postos de trabalho e o crescimento», mas cuja escassez de regulamentação e de proteção social tem gerado um clima de incerteza, pelo que os Estados-Membros devem adequar «um conjunto de direitos mínimos que visem promover a segurança e a previsibilidade nas relações de trabalho»²⁰.

Por um lado, as novas formas de emprego estão impregnadas de especial flexibilidade, que lhes permite a conjugação com outros empregos; Por outro, «são, regra geral, classificados como formalmente independentes, sem ter em conta a sua real situação laboral e, (...) por conseguinte, muitos trabalhadores de plataformas não beneficiam da proteção social, dos direitos laborais ou das disposições em matéria de saúde e segurança equivalentes oferecidas por um contrato de emprego», conforme refere a Resolução do PE 2186/2019 de 16 de setembro de 2021, sobre as condições laborais dos trabalhadores das plataformas e as novas formas de emprego associadas ao desenvolvimento digital²¹, clarificando a definição de «trabalhadores de plataformas», se entende as pessoas que executam trabalho ou prestam serviços, com maior ou menor grau de controlo, através de uma plataforma de trabalho digital; considerando que, por conseguinte, pode incluir tanto trabalhadores assalariados como trabalhadores verdadeiramente independentes». Ora, a pandemia teve um grande impacto no desenvolvimento destas formas atípicas de emprego, que permitiram que a economia singrasse à escala mundial. Porém, estas plataformas não contribuem para a SS e estes profissionais são – erroneamente – classificados como independentes, o que «gera incerteza e priva os trabalhadores do seu acesso aos direitos laborais, à proteção social, às prerrogativas em à aplicação das regras pertinentes».

No caso do TJUE Yodel Delivery Network, de 22 de abril 2020 (C-692/19)²², o autor interpôs ação judicial com a pretensão de ser equiparado a trabalhador subordinado, em substituição do contrato de serviços celebrado, tendo argumentado com a Diretiva 88/2003, em que «trabalhador» é a pessoa que desenvolve uma atividade de acordo com a direção de outrem (critério da subordinação) e cujos indícios determinantes devem especificar-se²³. Dos

²⁰ Ponto 4 da referida Diretiva.

²¹ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0385&from=EN> acesso em: 15-03-2021.

²² Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3C25304F3BFCD0B7DC32E502A3F43DEE?text=&docid=225922&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=147445> acesso em: 30-03-2022.

²³ Acórdão Union Syndicale Solidaires Isère, de 14 de outubro de 2010 (C-428/09), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0428&from=DE> acesso em:

factos, Tribunal *a quo* verificou a existência das seguintes premissas: a autonomia para aceitar ou declinar as tarefas pedidas; a independência para subcontratar ou se fazer substituir por outro(s) trabalhador(es) por si designados; não ser obrigado ao tradicional dever de sigilo, de lealdade e de não concorrência (característicos da subordinação laboral), por lhe ser admitida a aceitação de outros trabalhos na mesma área, incluindo de concorrentes diretos e a liberdade na definição do próprio horário de trabalho, em função com as suas conveniências. Nestes termos, a ação improcedeu, pois, estes poderes não se coadunam com o trabalho por conta alheia.

Em Portugal, o Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho²⁴, estabeleceu um conjunto de indicadores e de propostas de alteração legislativa nesta matéria. A Lei 45/2018 de 10 de agosto introduziu algumas inovações, mas apenas se cingiu ao transporte individual remunerado em veículos de passageiros. A Espanha tem sido pioneira na adoção de medidas que visam a celebração de contratos nestes empregos, embora mais direcionada para os transportadores individuais (como os da rede de distribuição Glovo). O Real Decreto-Lei 9/2021 de 11 de maio integrou a presunção de laboralidade na 23.^a disposição adicional do ET (art. 8.1, ET). Porém, os desígnios destes moldes contratuais ainda se encontram numa fase rudimentar. Em 2016, o Parlamento Belga aprovou uma Lei que aplicou aos empregadores um imposto de 10% sobre os rendimentos destes trabalhadores.

6. DA CARACTERIZAÇÃO DO TRABALHO SUBORDINADO

A Diretiva da UE 1152/2019 surgiu neste seio e como consequência do relatório da OIT de 14 de novembro de 2016, sobre os contratos de trabalho atípicos²⁵. No ponto 2 elencam-se os elementos que permitem suportar a presunção da existência de um contrato de trabalho: *«é exercido de acordo com instruções e sob a supervisão de outra parte; envolve a integração do trabalhador na organização da empresa; é desempenhado, apenas ou essencialmente, em benefício de outrem; tem de ser realizado pessoalmente pelo trabalhador; é realizado dentro de um horário específico ou num local de trabalho especificado ou acordado com a parte que solicita o trabalho; tem uma duração concreta e uma continuidade determinada; requer a disponibilidade do trabalhador ou implica o fornecimento de ferramentas,*

05-02-2022) e Acórdão Fenoll, de 26 de março de 2015 (C-316/13), disponível em <https://blook.pt/caselaw/EU/TJUE/495838/>. Acesso em: 15-02-2022).

²⁴ Onde se citam outros exemplos ao nível da Europa em que se qualificaram estes profissionais como trabalhadores subordinados: A Sentença do Tribunal Supremo Espanhol de 25 de setembro e a sentença da Corte de Cassazione Italiana de 24 de janeiro de 2020, entre outras. Documento disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLQwMQMAqSscTAUAAAA%3d> acesso a 03-04-2022, p. 55 e ss.

²⁵ Documento disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_626383.pdf acesso em: 30-10-2020).

materiais e maquinaria pela parte que solicita o trabalho; o trabalhador auferir de uma remuneração periódica, que constitui a sua única ou principal fonte de rendimento, e pode ser efetuado um pagamento em espécie, como, por exemplo, com alimentação, alojamento ou transporte; o trabalhador beneficia de direitos como o descanso semanal e férias anuais».

Em Portugal, o contrato de trabalho é «aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade desta» (art. 11, CT). Concordantemente, em Espanha, a relação individual de trabalho define-se como «los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario» (art. 1, ET)²⁶. No ordenamento jurídico espanhol a LPRL tutela especificamente as vicissitudes inerentes aos riscos e incumprimentos profissionais.

O contrato de trabalho é um instrumento jurídico distingue-se dos demais que se relacionam com a atividade laboral devido à relação de subordinação entre os sujeitos outorgantes (elemento distintivo da prestação de serviços e dos contratos de agência ou de empreitada)²⁷. Pese embora, não ser o único fator indiciante, a subordinação económica e jurídica do trabalhador é o traço mais característico, afigurando-se o empregador como o sujeito controlador e titular dos meios produtivos. O trabalhador submete-se à autoridade e direção da entidade patronal e obriga-se a prestar-lhe uma atividade de índole profissional – posição de sujeição do subordinado –, mediante uma retribuição determinada de comum acordo. O empregador é o detentor de poderes diretivos e exige-se-lhe – entre outros - o pagamento tempestivo da retribuição. As partes intervenientes são autónomas para celebrar o contrato nas condições que pretenderem e gozam de liberdade para as fixar²⁸. Os poderes

²⁶ Do Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, que aprovou o texto refundido pela Lei do ET pelo Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Cfr. VALVERDE, Antonio, et al., *Derecho del Trabajo*, 19.ª Edição, Tecnos, 2010, p. 34 – 38. A doutrina Ibérica refere que os trabalhadores gozam do direito ao pagamento tempestivo da remuneração (art. 273, CT) - «la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida» (art. 4, f, ET).

²⁷ CORDEIRO, António, *Manual de Direito do Trabalho*. Almedina, Coimbra, 1999, p. 11 e ss.; FERNANDES, António, *Direito do Trabalho* (17.ª edição). Almedina, Coimbra, 2014, p. 113, 133; GOMES, Júlio, *Manual de Direito do Trabalho – Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 81 – 141; LEITÃO, Luís, *Direito do Trabalho* (2.ª edição). Almedina, Coimbra, 2008, p. 222, 240; MARTÍNEZ, Pedro, *Derecho del Trabajo* (7.ª edição). Almedina, Coimbra, 2015, p. 126 – 535; MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 31.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 267 – 302; MOREIRA, António, “O poder disciplinar – a necessária caminhada para o Direito”, *Mínerva - Revista de Estudos Laborais*, Ano VIII, Universidade Lusíada de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 17 – 25; RAMALHO, Maria do Rosário, *Direito do Trabalho – Parte I*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 299 – 302; RAMALHO, Maria do Rosário, *Direito do Trabalho- Parte II*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 15 e ss.; RAMALHO, Maria do Rosário, *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 57; SUPIOT, Alain et al, *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 30 – 48; VALVERDE, Antonio, et al., *Derecho del Trabajo*, 19.ª Edição, Tecnos, 2010, p. 481 – 499; VILLALÓN, Jesus, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 13.ª edición, Editora Tecnos, Madrid, 2014, p. 127-131.

²⁸ Este negócio jurídico resulta do encontro entre a proposta feita pelo empregador com a aceitação livre, clara e informada do trabalhador – expressão de vontade bilateral de cada contraente. Mormente, reveste carácter vinculativo, decorrente do direito à autonomia privada (art. 47 e 58, CRP) e do princípio da liberdade negocial.

de autoridade (derivado da posição de soberania), de direção e disciplinar (que permitem direcionar os moldes em que o trabalho é exercido), são conferidos ao empregador. O carácter obrigacional das suas indicações também permite aferir quanto à presunção contratual (por exemplo: os horários, o local de trabalho, as tarefas a desempenhar)²⁹. A Lei Ibérica elenca os indícios que permitem presumir acerca da relação laboral entre os contraentes (art. 12, CT e 8, ET)³⁰, cujos critérios indicadores foram transpostos das disposições do normativo internacional, conforme se referiu supra³¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma generalizada, os normativos juslaborais dispõem-se concordantemente na Península Ibérica. Atente-se especialmente ao facto de que, em ambos os países, a legislação laboral remete para a Constituição como forma de integrar e interpretar as possíveis lacunas relativamente a estas relações laborais especiais: o trabalho doméstico, o trabalho autónomo e o trabalho através de plataformas digitais. Ora, tal não causa espanto algum, na medida em que qualquer trabalhador, antes de mais, é um cidadão, cujos direitos fundamentais e de personalidade não lhe podem ser sonegados³², pois são garantidos transversalmente às

De acordo com o Código Civil (CC), o gozo da legitimidade de celebrar livremente é “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (405, CC). Além disso, “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele” (236 e ss., CC), com termos explícitos inequívoca e claramente (dever de informação e o princípio da boa fé).

²⁹ O vínculo jurídico contratual laboral distingue-se, sumariamente, por assumir carácter: a) bilateral, nominado e típico (conjuga dois interesses distintos e opostos, resultante de dois elementos negociais); b) casual (as obrigações dos contraentes, dependem de uma causa); c) obrigacional (gera obrigações recíprocas); d) sinalagmático (cria direitos e obrigações que se relacionam, entre as partes envolventes); e) oneroso (ambos os contraentes têm que disponibilizar os seus recursos); f) comutativo (os riscos possíveis são repartidos mutuamente); g) de execução continuada (ou, a expectativa é essa: que se protele no tempo); h) *intuitu personae* (assenta em vetores transversais de Direito como a honestidade, a boa-fé e a confiança). Cfr. FERNANDES, António, “Um Rumo para as Leis Laborais”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 24 – 55, 158; LEITÃO, Luís, *Direito do Trabalho* (2.ª edição), Almedina, Coimbra, 2008, p. 114 – 222; MARTÍNEZ, Pedro, “Trabalho subordinado e trabalho autónomo”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Volume I*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 272; MARTÍNEZ, Pedro, “Os novos horizontes do Direito do Trabalho”, *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 254 - 259.

³⁰ O Professor EWALD HÖRSTER é citado Acórdão 428/09.0TTLSB.L1-4 da Relação do Porto de 25-01-2012: “para a qualificação (...) é decisiva não a designação escolhida pelas partes ou o efeito jurídico desejado por elas, mas sim o conteúdo do negócio. Em caso de contradição entre o acordado e o realmente executado, prevalece a execução efetiva”.

³¹ Diretiva 1152/2019.

³² Cfr. ABRANTES, José, “Os direitos de personalidade do trabalhador e a regulamentação do código do trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Centro de Estudos Judiciário, Coimbra, 2005, pp. 63 ss.; GOMES, Júlio, “Algumas reflexões sobre a evolução recente do conceito jurídico de assédio moral (laboral)”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Coimbra, 2011, p. 71 e ss.; GUANTER, Salvador, “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Libertad de expresión e información en la relación laboral”, *Primeras Jornadas de Ontono de Dereito Social*, Comares, Peligros, 1998, pp. 33 – 44; LOPES, Sónia, “Direitos de personalidade à luz do Código do Trabalho”, *Coleção formação inicial*, Centro de Estudos Judiciário, 2014, pp. 17 – 42; MOREIRA, Teresa, *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011, 34 – 85; PARREIRA, Isabel, “Toxicodependência, justa causa e direitos de personalidade”, *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 131 – 134; QUINTAS, Paula, “O direito à palavra no mundo do trabalho:

demais relações humanas. Apesar destes dispostos, a problemática a dirimir reside no facto de que estes profissionais não têm a mesma proteção social que os trabalhadores subordinados e sucedem dois cenários possíveis: a ausência do pagamento de prestações contributivas pelos trabalhadores ou o pagamento num montante francamente superior ao suportada pelos trabalhadores por conta de outrem. Em adenda, as taxas de cotização da SS são inferiores e são inexistentes direitos comuns dos demais profissionais, como férias remuneradas, subsídio de férias e de Natal, subsídio de alimentação – entre outros. Na realidade, estes trabalhadores não têm um regime tabelado de proteção social em caso de acidente de trabalho e de doenças profissionais devidamente ajustada.

Mais profundamente, ainda há a considerar os moldes em que estes empregadores exercem o poder disciplinar, a falta de amparo social nos despedimentos sem justa causa disposta na carta dos Direitos Fundamentais da UE³³ (art. 53, CRP; 40, CE; 38, CT e 54, ET) e resulta particularmente complexo dirimir temas como o assédio sexual e moral nestas relações. A Lei prevê em ambos os países e de forma análoga, a inversão do ónus da prova no CT (art. 25 e 29, CT) e na Lei 63/2003 de 30 de dezembro em Espanha³⁴. Mas resulta que a ausência de colegas de trabalho e de um sistema de registos insofismável (como o registo de horários e de presenças) torna estes profissionais mais suscetíveis a abusos por parte do empregador, devido à dificuldade probatória.

Cumprê esclarecer que muitos destes trabalhadores deviam ser abrangidos pela tutela do trabalho subordinado, o que sanaria a maior parte destas questões. Mas as esquivas dos empregadores para assumir as responsabilidades patronais e, inclusivamente, manter uma rede de economia paralela a fim de obter benefícios financeiros tem sido propulsionada pelo facto de os trabalhadores muitas vezes se verem obrigados a aceitar tais condições como forma única de subsistência. Assim, o caminho para o progresso estará não só na criação de

liberdade de expressão ou delito de opinião?”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Coimbra, 2007, p. 121 e ss.; YÁÑEZ, Nora, «Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, p. 9 e ss..

³³ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT> acesso em: 14-01-2022.

³⁴ Cfr. COSTA, Ana, “O ressarcimento dos danos decorrentes do assédio ao abrigo dos regimes das contingências profissionais”, *O Assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2014, p. 109 – 151; JIMÉNEZ, Vanessa, *Delito de acoso laboral ou mobbing*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 89 e ss.; LAPENA, Hilda, *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 67; LOPES, Sónia, “O assédio no trabalho”, *O Assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, Lisboa, p. 167 e ss.; PACHECO, Mago, *O assédio moral no trabalho – o elo mais fraco*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 186 – 246; REDINHA, Maria, *Assédio ou mobbing no trabalho*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura - Volume II, Coimbra editora, Coimbra, 2003, p. 833 – 847; REBELO, Glória, “Assédio e dignidade no trabalho”, *O assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, Lisboa, p. 105 – 119; SERQUEIRA, Alexandra “Do assédio no local de trabalho: um caso de flirt legislativo. Exercício de aproximação ao enquadramento jurídico do fenómeno”, *O assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, Lisboa, p. 103 – 158.

impostos e na presunção de laboralidade, mas também: a) no incremento de entidades de apoio como as de negociação coletiva (sindicatos) e as fiscalizadoras; b) na apostar na informação e divulgação dos direitos destes trabalhadores; e c) na criação efetiva, de um regime juslaboral e de garantia de proteção social que seja adequada, equitativa e justa conforme se dispõe na Diretiva 1152/2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES, José, “Os direitos de personalidade do trabalhador e a regulamentação do código do trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Centro de Estudos Judiciário, Coimbra, 2005, pp. 63 ss.
- ALCARAZ, José, *El régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 151 e ss.
- BAAMONDE, María Emilia & VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*, Relaciones Laborales, 1989, p. 76.
- CARVALHO, Catarina “Trabalho no domicílio, trabalho doméstico e trabalhos de cuidado no ordenamento jurídico português: primeira leitura à luz das Convenções da OIT”, *Documentación Laboral: IV encuentro ibérico de derecho del trabajo*, Cinca, Madrid, 2019, p. 41 – 56.
- CORDEIRO, António, *Manual de Direito do Trabalho*. Almedina, Coimbra, 1999, p. 11 e ss.
- COSTA, Ana, “O ressarcimento dos danos decorrentes do assédio ao abrigo dos regimes das contingências profissionais”, *O Assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2014, p. 109 – 151.
- DRAY, Guilherme, “As convenções fundamentais da OIT: recepção normativa e dificuldades de aplicação”, *Documentación Laboral: IV encuentro ibérico de derecho del trabajo*, Cinca, Madrid, 2019, p. 29, 30.
- ECHEVERRÍA, Delgado, *Elementos de Derecho Civil I - Parte general - Volume II*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 83.
- FERNANDES, António, “Um Rumo para as Leis Laborais”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 24 – 158.
- FERNANDES, António, *Direito do Trabalho* (17.^a edição), Almedina, Coimbra, 2014, p. 113, 133.
- GOMES, Júlio, “Algumas reflexões sobre a evolução recente do conceito jurídico de assédio moral (laboral)”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Coimbra, 2011, p. 71 e ss.
- GOMES, Júlio, *Manual de Direito do Trabalho – Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 81 – 141.
- GUANTER, Salvador, “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Libertad de expresión e información en la relación laboral”, *Primeras Jornadas de Otoño de Derecho Social*, Comares, Peligros, 1998, p. 33 – 44.
- JIMÉNEZ, Vanessa, *Delito de acoso laboral ou mobbing*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 89 e ss.
- LAPENA, Hilda, *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 67.
- LEITÃO, Luís, *Direito do Trabalho* (2.^a edição), Almedina, Coimbra, 2008, p. 114 – 240.
- LOPES, Sónia, “Direitos de personalidade à luz do Código do Trabalho”, *Coleção formação inicial*, Centro de Estudos Judiciário, 2014, pp. 17 – 42.

LOPES, Sónia, “O assédio no trabalho”, *O Assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2014, p. 167 e ss.

MARTÍNEZ, Miren, *El Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente: Delimitación Conceptual y Ámbito de Aplicación*, Aranzadi, Navarra, p. 9, 35-39.

MARTÍNEZ, Pedro, “Os novos horizontes do Direito do Trabalho”, *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 254 - 259.

MARTÍNEZ, Pedro, “Trabalho subordinado e trabalho autónomo”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - Volume I*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 272.

MARTÍNEZ, Pedro, *Direito do Trabalho* (7.ª edição). Almedina, Coimbra, 2015, p. 126 – 535.

MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 31.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 191 – 542.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa anotada – Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 39.

MOEIRA, Teresa, *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011, 34 – 85.

MOREIRA, António, “O poder disciplinar – a necessária caminhada para o Direito”, *Minerva - Revista de Estudos Laborais*, Ano VIII, Universidade Lusíada de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 17 – 25.

PACHECO, Mago, *O assédio moral no trabalho – o elo mais fraco*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 186 – 246.

PARREIRA, Isabel, “Toxicodependência, justa causa e direitos de personalidade”, *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 131 – 134.

PINEDA, Carmen, “El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Documentación Laboral: IV encuentro ibérico de derecho del trabajo*, Cinca, Madrid, 2019, p. 57 – 70.

PUENTE, María del Carmen, *La Relación Laboral Especial de los Empleados de Hogar*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 12 - 379.

QUINTAS, Paula, “O direito à palavra no mundo do trabalho: liberdade de expressão ou delito de opinião?”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Coimbra, 2007, p. 121 e ss.

RAMALHO, Maria do Rosário, *Direito do Trabalho – Parte I*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 299 – 302.

RAMALHO, Maria do Rosário, *Direito do Trabalho- Parte II*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 15 e ss.

RAMALHO, Maria do Rosário, *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 57.

REBELO, Glória, “Assédio e dignidade no trabalho”, *O assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, Lisboa, p. 105 – 119.

REDINHA, Maria, *Assédio ou mobbing no trabalho*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura - Volume II, Coimbra editora, Coimbra, 2003, p. 833 – 847.

RUIZ, María Germana, *La Profesionalización de los Empleados al Servicio del Hogar Familiar: Desde el Contraste Comparado*, Eolas, Léon, 2014, p. 340 – 345.

SERQUEIRA, Alexandra “Do assédio no local de trabalho: um caso de flirt legislativo. Exercício de aproximação ao enquadramento jurídico do fenómeno”, *O assédio no trabalho*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2014, p. 103 – 158.

SUPIOT, Alain et al, *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 30 – 48.

VALLEJO, Cesar, *La Protección Social Del Trabajador Autónomo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, p. 25.

VALVERDE, Antonio, et al., *Derecho del Trabajo*, 19.ª Edição, Tecnos, 2010, p. 39 - 499.

VALVERDE, María Dolores, «Una exclusión “particular” de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar», *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Sevilla, 1997, p. 178.

VILLALÓN, Jesus, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 13.ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 127-131.

YÁÑEZ, Nora, «Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financeiros, p. 9 e ss.

WEB BIBLIOGRAFIA

http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/108_Resol_PE_Emprego_precario.pdf

<https://blook.pt/caselaw/EU/TJUE/495838/>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3C25304F3BFCD0B7DC32E502A3F43DEE?text=&docid=225922&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=147445>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152651&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=161625>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225922&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=148962>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202311&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=GA>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0385&from=EN>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0428&from=DE>

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_626383.pdf

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_626383.pdf

<https://www.poch.portugal2020.pt/pt-pt/Documents/Carta%20dos%20Direitos%20Fundamentais%20da%20UE%20pt.pdf>

<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAAAAABAAzNLQwMQMAqSscTAUAAAA%3d>

REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO EM PORTUGAL: ALGUMAS NOTAS E MUITAS DÚVIDAS

Susana Sousa Machado¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Uma perspetiva geral sobre o novo regime jurídico do teletrabalho em Portugal; 3. Duas questões em particular do novo regime do teletrabalho; 3.1. O conceito de teletrabalho; 3.2. Instrumentos de trabalho e responsabilidade pelo pagamento das despesas adicionais; 4. Conclusões

Resumo

No presente trabalho pretende-se efetuar uma análise do novo regime jurídico do teletrabalho presente no Código do Trabalho português, dando especial destaque às alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro. Para o efeito, realiza-se uma exposição que permite apresentar uma perspetiva geral sobre as principais alterações. Posteriormente, analisam-se com maior profundidade duas questões em concreto: o conceito de teletrabalho e os instrumentos de trabalho e responsabilidade pelo pagamento das despesas. Toda esta análise é acompanhada pelas certezas introduzidas pela nova legislação, bem como pelas novas dúvidas que continuam por esclarecer.

Palavras-chave: teletrabalho, instrumentos de trabalho, privacidade

Abstract

This paper aims to make an analysis of the new legal regime of telework present in the Portuguese Labor Code, with special emphasis on the changes introduced by Law No. 83/2021 of 6 December. To this end, it is carried out an exposition that allows presenting an overview of the main changes. Subsequently, two issues are analyzed in greater depth: the concept of telework and the instruments of work and responsibility for payment of expenses. All this analysis is accompanied by the certainties introduced by the new legislation, as well as the new doubts that remain to be clarified.

Keywords: telework, work tools, privacy

1. Introdução

Portugal foi dos primeiros países europeus a aprovar um regime jurídico específico para o teletrabalho. Precisamente, o Código do Trabalho (CT) português de 2003, nos seus artigos 233.º a 243.º, seguindo de perto o Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho, de 16 de julho de 2002², regulou esta forma de trabalho a distância. Posteriormente, com a

¹ Doutora em Direito do Trabalho, Professora Adjunta na ESTG do P.Porto, Investigadora no CIICESI. scm@estg.ipp.pt.

² O Acordo-Quadro adota uma noção ampla de teletrabalho, considerando-o como “uma forma de organização e/ou execução do trabalho, através do recurso às tecnologias de informação, no contexto de uma relação laboral, em que a atividade contratada, embora possa ser executada nas instalações do empregador, é exercida fora destas instalações, de forma regular”, Cfr. IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN FRAMEWORK AGREEMENT ON TELEWORK - Report by the European Social Partners. September 2006, p. 15.

revisão de 2009 ao CT³ foram introduzidas alterações pontuais mas destaca-se, essencialmente, uma alteração de ordem sistemática. Foram agrupados, numa única secção, intitulada “modalidades de contrato de trabalho” os tipos contratuais que se assumem como contratos especiais, onde se inclui o teletrabalho. Deste modo, o legislador reconheceu que certos regimes de contrato de trabalho, nomeadamente o teletrabalho, gozam de especialidades que os distingue dos contratos do regime comum ou padrão.

Mas, desde então, o teletrabalho era “regulado no Código do Trabalho como uma modalidade contratual atípica, marginal, desviante”⁴. O recurso ao teletrabalho era insignificante⁵. A pandemia provocada pela Covid-19 concedeu um especial protagonismo ao teletrabalho, designadamente, a partir do domicílio do trabalhador, ao mesmo tempo a que se assistia a uma incapacidade do regime jurídico vigente para conceder a necessária proteção aos teletrabalhadores. Foi esta circunstância que impulsionou uma alteração ao Código do Trabalho, no que diz respeito ao regime do teletrabalho, através da qual se introduziram mudanças na própria noção de teletrabalho e se caminhou no sentido de garantir uma efetiva igualdade com os trabalhadores em regime presencial atendendo, precisamente, às diferenças entre ambos.

Neste contexto, a Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, veio alterar o regime jurídico do teletrabalho regulado no Código do Trabalho português. Esta lei, que só produziu efeitos a partir do dia 1 de janeiro de 2022, procurou reforçar a resposta do teletrabalho à nova realidade que se ia impondo com o recurso crescente às ferramentas da era digital.

Procede-se de seguida à enumeração das alterações mais relevantes e, posteriormente, a uma análise mais detalhada relativamente a duas questões concretas.

³ Salvo indicação expressa em contrário, as referências legais são feitas ao Código do Trabalho.

⁴ João Leal Amado, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

⁵ Isso é demonstrado pelos dados apresentados no Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho, p. 61: “de acordo com os Quadros de Pessoal, em 2010, pouco mais de 1% dos trabalhadores por conta de outrem tinha contratos de teletrabalho (cerca de 2.400 pessoas), e em 2018 essa proporção desceu para apenas 0,03% (menos de 800 pessoas). Ao mesmo tempo, a estatística europeia sugere que há dez anos, só cerca de 5% das pessoas em Portugal trabalhavam a partir de casa com alguma regularidade (1% regularmente e 3,9% às vezes), e em 2019 essa proporção tinha subido para pouco mais de 14% 61 (6,5% regularmente e 8,1% às vezes)”. Cfr. MOREIRA, Teresa Coelho e DRAY, Guilherme (coordenadores científicos), Ana Lima das Neves (coordenadora executiva), Ana Fontes, Maria João Câmara, Sónia Trindade, José Luís Albuquerque, Ana Olim, Ricardo Bernardes, Susana Tavares e Rita Dantas Ferreira, Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho, Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 2021, disponível em: http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/79392/livro_verde_do_trabalho_2021.pdf/8d6968cb-fee5-4f8f-b7de-1612d269fc9b.

2. Uma perspetiva geral sobre o novo regime jurídico do teletrabalho em Portugal

A experiência vivida durante a pandemia com o recurso massivo ao teletrabalho demonstrou a necessidade de intervenção legislativa sobre o respetivo regime jurídico. Concordamos que a “experiência pandémica permitiu evidenciar os principais défices da regulação anterior, elaborada num tempo em que o teletrabalho era quase um cenário de ficção científica”⁶. Cremos que as questões mais prementes que se foram colocando durante a pandemia acabaram por ser abordadas pelo legislador⁷. No entanto, algumas delas continuam a suscitar muitas dúvidas no momento da aplicação prática.

Uma das alterações mais relevantes é de natureza concetual já que incide sobre o próprio conceito de teletrabalho. Este novo conceito, dada a sua relevância, será tratado de forma autonomizada mais abaixo.

Ao abrigo deste novo regime, o acordo para a prestação de teletrabalho deve incluir um conjunto de elementos designadamente, o local em que o trabalhador realizará, habitualmente o seu trabalho, a periodicidade e o modo de concretização dos contactos presenciais, categoria profissional, horário de trabalho e retribuição, incluindo prestações acessórias, a atividade contratada, a propriedade dos instrumentos de trabalho e a periodicidade dos contactos presenciais (art. 166.º, n.º 4).

Quanto à duração do acordo de teletrabalho passou a estar previsto que este pode ser celebrado com duração determinada ou indeterminada (art. 167.º). Se for celebrado com duração determinada, não pode exceder os 6 meses e renova-se automaticamente por iguais períodos se nenhuma das partes declarar por escrito, até 15 dias antes do seu termo, que não pretende a renovação. Por outro lado, tratando-se de um acordo de teletrabalho com duração indeterminada, qualquer uma das partes pode denunciar o acordo, com uma antecedência de 60 dias. De todo o modo, cessando o acordo para a prestação de teletrabalho, o trabalhador tem o direito de retomar a sua atividade presencialmente.

Relativamente ao direito do trabalhador ao regime do teletrabalho, e sempre que seja compatível com a atividade desempenhada, para além das situações já previstas, os trabalhadores têm direito ao teletrabalho quando têm filho com idade até 8 anos (art. 166.º-A, n.º 3) ou quando se trate de trabalhador a quem tenha sido reconhecido o estatuto de

⁶ AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

⁷ Apontamos já algumas dificuldades vividas durante a pandemia, evidenciando a necessidade de alteração legislativa, cfr. MACHADO, Susana Sousa, Proteção de dados e privacidade do trabalhador em tempos de crescimento do teletrabalho, Atas da “II CIDiT, O Direito do Trabalho e a Revolução Digital”, maio de 2021, Patrícia Anjos Azevedo e Sérgio Tenreiro Tomás (ed), O Informador Fiscal, 2022.

cuidador informal principal pelo período de 4 anos seguidos ou interpolados (art. 166.º-A, n.º 5).

É, portanto, de aplaudir que tenha ficado claro que o teletrabalho resulta, em regra, de acordo das partes (art. 166.º, n.º 2), sem afastar a possibilidade de o trabalhador invocar o direito ao teletrabalho, nomeadamente no âmbito da parentalidade (art. 166.º-A, n.ºs 2 e 3). Ao invés, “em hipótese alguma o teletrabalho poderá ser imposto pelo empregador ao trabalhador, com suposto arrimo nos seus poderes de direção”⁸.

Outra das alterações diz respeito ao facto de o trabalhador poder recusar, sem necessidade de apresentar qualquer justificação, a proposta de prestação de teletrabalho se esta for da iniciativa do empregador (art. 166.º, n.º 6). Note-se que esta recusa não pode determinar a aplicação de qualquer sanção ao trabalhador. Já se a proposta for da iniciativa do trabalhador, o empregador apenas pode recusar se apresentar fundamentação para o efeito (166.º, n.º 7).

A questão da privacidade do trabalhador foi outra das questões de que se ocupou a Lei 83/2021, de 6 de dezembro. Havia uma clara necessidade de balizar os limites dos poderes do empregador ao nível do controlo e vigilância do trabalhador de modo a não ferir a privacidade do teletrabalhador (art. 170.º).

O legislador procurou esclarecer que o empregador só pode visitar o local onde o trabalhador se encontra a desempenhar a sua atividade, muitas vezes o domicílio⁹, em horário de trabalho, mediante acordo do trabalhador e com aviso prévio de, pelo menos, 24 horas (art. 170.º, n.º 2). Questão paralela, mas relacionada com a privacidade que merece referência, é a introdução do dever de abstenção de contacto do trabalhador no período de descanso, salvo situações devidamente justificadas. De forma inovadora, é abordada pela primeira vez na legislação portuguesa a questão da desconexão (art. 199.º-A, complementado em se de teletrabalho pelo art. 169.º-B, n.º 1, al. b)).

No que diz respeito ao controlo da atividade do trabalhador, foi introduzida uma referência expressa à proibição de impor uma conexão permanente do trabalhador, durante a jornada de trabalho, seja por meio imagem o som. Na mesma linha, o empregador está

⁸ AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

⁹ Tal como refere AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>, “O domicílio é o nosso espaço de maior privacidade e intimidade, sendo, ao mesmo tempo, o local de trabalho de muitos teletrabalhadores”.

impedido de captar imagem, som, escrita ou histórico ou qualquer outro meio que viole a privacidade do trabalhador (art. 170.º, n.º 5)¹⁰.

Um dos maiores vazios na lei prendia-se com a questão dos acidentes de trabalho. Ora, com a alteração legislativa, procurou-se delimitar o conceito de acidentes de trabalho, tendo ficado claro que, para este efeito, se considera local de trabalho aquele que conste do acordo de teletrabalho (art. 8.º, n.º 2, al. c) da Lei 98/2009, de 4 de setembro – Lei dos Acidentes de Trabalho).

Registe-se, ainda, que este novo regime jurídico do teletrabalho se aplica às relações laborais do setor privado mas, também, às relação de trabalho com empregador público (art. 5.º da Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro).

Quando se fala em teletrabalho uma das questões mais debatidas diz respeito à responsabilidade pelo pagamento das despesas adicionais decorrentes da prestação laboral em regime de teletrabalho. Por esse motivo, esta questão será, posteriormente, abordada de forma mais detalhada.

3. Duas questões em particular do novo regime do teletrabalho

3.1. O conceito de teletrabalho

Uma das alterações mais relevantes introduzidas pela nova lei diz respeito ao conceito de teletrabalho. Anteriormente, definia-se o teletrabalho como sendo a prestação de trabalho, de forma habitual, fora da empresa. Apresenta-se, agora, a seguinte noção no art. 165.º: “prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”.

Este novo conceito abrange a prestação de trabalho em regime de teletrabalho que decorra em local não determinado pelo empregador. Pois bem, o teletrabalho assume-se como uma modalidade de trabalho a distância, mas com recurso a tecnologias de informação e comunicação num local que pode coincidir ou não com o domicílio do trabalhador.

Realça-se que uma das características essenciais do teletrabalho reside no facto de o trabalho a distância ser realizado com recurso a tecnologias de informação e comunicação, já que haverá trabalhos a distância que não usam aqueles recursos (elemento tecnológico).

¹⁰ Na fase de recurso massificado ao teletrabalho, a Comissão Nacional de Proteção de Dados esclareceu que o empregador não podia impor ao teletrabalhador que mantivesse a câmara de vídeo permanentemente ligada. Cfr. CNPD, *Orientações sobre o controlo à distância em regime de teletrabalho*, de 17 de abril de 2020

No entanto, não se requer uma exclusividade de tais recursos para a prestação da atividade mas a sua utilização também não pode ser marginal¹¹.

Para além do referido elemento tecnológico da noção de teletrabalho, destaca-se o elemento geográfico¹². O legislador deixou de definir o teletrabalho como aquele que é prestado “habitualmente fora da empresa” e passou a determinar que será o prestado em “local não determinado pelo empregador”. Clarifica-se que não é necessário que o teletrabalho seja realizado no domicílio do teletrabalhador podendo o trabalho ser prestado a partir, por exemplo, de um centro satélite ou de um centro de co-working. No entanto, esta formulação não é isenta de críticas já que, como assinala Leal Amado, não se percebe o significado da expressão “local não determinado pelo empregador”¹³. Isto porque, “mesmo na relação laboral tradicional, presencial, o local de trabalho não é determinado pelo empregador, antes resultando do acordo das partes, de estipulação contratual, como se retira, desde logo, do art. 193.º do CT”¹⁴. Poder-se-ia colocar a hipótese de esta nova redação significar que “seria o trabalhador a determinar o seu local de trabalho”, o que acaba por ser excluído pelo art. 166.º, n.º 4, al. b) ao indicar que o acordo para prestação de teletrabalho deverá mencionar o local de trabalho do teletrabalhador¹⁵. Mais, qualquer alteração desse local carecerá de novo acordo escrito entre as partes (art. 166.º, n.º 8). Assim, acompanhamos a ideia de que, se a alteração legislativa pretendia dar ao teletrabalhador a possibilidade de escolher o local a partir do qual desempenha a sua atividade, esse desiderato não foi alcançado.

¹¹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La Configuración del Teletrabajo en el Derecho Portugués: Algunas Reflexiones al Hilo del Ordenamiento Español”, in AA. VV., 2017, Los Actuales Cambios Sociales y Laborales: Nuevos Retos para el Mundo del Trabajo, Vol. 1, Peter Lang, Suíça, p. 297.

¹² AMADO, João Leal, Contrato de Trabalho: Noções Básicas, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 132, refere-se ao preenchimento de dois elementos cumulativos: o elemento geográfico ou topográfico (o trabalho realizado à distância) e o elemento tecnológico ou instrumental (o recurso às TIC’s). No mesmo sentido se pronuncia o autor em AMADO, João Leal, O teletrabalho: do Código à Covid, Observatório Almedina, 2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/25/o-teletrabalho-do-codigo-a-covid-19/>. Também, MARTINS, João Zenha, O teletrabalho revisitado, Minerva: Revista de Estudos Laborais | Ano X - II da 4.ª Série - N.º 3, 2020, p. 67, ainda antes da alteração legislativa, refere que “reassumáveis três critérios para que, com base na noção defeituosa oferecida pelo CT, se verifique uma situação de teletrabalho próprio sensu:(i) subordinação jurídica;(ii) local (fora de instalações pertencentes ao empregador) e (iii) natureza dos instrumentos de trabalho (recurso a tecnologias de informação e de comunicação)”.

¹³ AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

¹⁴ AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

¹⁵ AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

Por fim, destaca-se o elemento da subordinação jurídica já que, o art. 165.º quando se refere a teletrabalho, refere-se ao teletrabalho subordinado. No entanto, o n.º 2 do mesmo artigo vem admitir a possibilidade de o regime jurídico do teletrabalho ser aplicado, em parte, a todas as situações de trabalho a distância sem vinculação através de contrato de trabalho, ou seja, ao trabalho sem subordinação jurídica mas com dependência económica. Esta extensão de regime aplica-se, nomeadamente, à questão dos equipamentos e despesas, aspetos organizativos do trabalho, reuniões, privacidade e segurança e saúde no trabalho.

Desta forma, permite-se a aplicação do regime do teletrabalho ao trabalho a distância que não recorra às tecnologias da informação e comunicação o que pode corresponder, por exemplo, a trabalho manual efetuada a distância¹⁶.

Outra nota diz respeito ao facto de o paradigma da alteração legislativa de 2021 fazer corresponder o teletrabalho ao trabalho no domicílio (fruto, talvez, da experiência vivenciada durante a pandemia) ter levado ao esquecimento de outras modalidades de teletrabalho, designadamente, em centros satélite (*Satellite Offices* ou *Branch Offices*), teletrabalho em centros comunitários ou em centros de teletrabalho (*Neighbourhood Work Centers*, *Shared Facilities Centers* ou *Centres de Quartier*) e teletrabalho móvel (*Mobile Work*). Diga-se, em boa verdade, que não foram previsto e regulamentados mas, também, não foram proibidos.

Efetivamente, verifica-se uma mudança na noção de teletrabalho mas que acabará por ter pouca relevância prática.

3.2. Instrumentos de trabalho e responsabilidade pelo pagamento das despesas adicionais

O esclarecimento sobre a propriedade dos instrumentos e equipamentos de trabalho e a determinação sobre quem é responsável pelo pagamento das despesas adicionais representava uma das questões que mais ansiavam por uma resposta.

Na verdade, antes da alteração legislativa de 2021, o CT já previa que o contrato individual de trabalho devia prever indicação quanto à propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como o responsável pela sua instalação e manutenção e pelo pagamento das despesas de consumo e utilização. Inexistindo tal estipulação no contrato, presumia-se que os instrumentos de trabalho pertenciam ao empregador, o qual deveria assegurar a respetiva

¹⁶ Segundo AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Alameda, 2021, disponível em <https://observatorio.alameda.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>, o teletrabalho perfila-se como uma modalidade de trabalho a distância, sendo que “teletrabalho = trabalho à distância + TIC”.

instalação e suportar as despesas de utilização e manutenção¹⁷. No entanto, a referida regra supletiva “deixando a matéria na livre disposição das partes, tinha sido muito criticada (entre o forte e o fraco, a liberdade oprime...)”¹⁸, exigindo-se uma revisão do regime de modo a que os custos adicionais resultantes do teletrabalho fossem assumidos pelo empregador.

Em termos globais melhorou-se o regime respeitante à responsabilidade pelo pagamento de despesas, embora ainda subsistam muitas dúvidas. Se até ao dia 31 de dezembro de 2021, ficava na disponibilidade das partes essa decisão, desde o dia 1 de janeiro de 2022 que o cenário se alterou passando a ficar cabalmente esclarecido que o trabalhador tem direito a receber uma compensação adicional respeitante às despesas que comprovadamente tenha suportado por estar em regime de teletrabalho, tendo como base de sustentação o facto de ser o beneficiário da prestação a suportar as despesas adicionais.

Mais concretamente, passa a vigorar o princípio de que devem ser “integralmente compensadas pelo empregador todas as despesas adicionais que, comprovadamente, o trabalhador suporte como direta consequência da aquisição ou uso dos equipamentos e sistemas informáticos ou telemáticos necessários à realização do trabalho, incluindo os acréscimos de custos de energia e da rede instalada no local de trabalho em condições de velocidade compatível com as necessidades de comunicação de serviço, assim como os custos de manutenção dos mesmos equipamentos e sistemas” (art. 168.º, n.º 2).

Quando a lei se refere a despesas adicionais que resultem do teletrabalho refere-se a custos agravados pelo desempenho da atividade, nomeadamente, manutenção dos equipamentos, eletricidade, comunicações, entre outras.

A aplicação da nova redação do art. 168.º vem suscitar problemas práticos, nomeadamente em matéria de prova dessas despesas adicionais em virtude da prestação de trabalho em regime de teletrabalho. É muito difícil apurar qual é o acréscimo de despesas que o trabalhador suporta, por exemplo, no seu domicílio. Este mecanismo suscita várias dúvidas e dificuldades de operacionalização. Mais, segundo o n.º 3 do art. 168.º, a comparticipação destas despesas “é calculada por comparação com as despesas homólogas do trabalhador no mesmo mês do último ano anterior à aplicação do acordo de teletrabalho”. Compreendemos que a comparação seja efetuada com o mesmo mês do ano anterior já que os gastos energéticos são bem distintos em função das estações do ano. No entanto, note-se

¹⁷ Já tínhamos identificado esta como sendo uma não questão, porquanto resolvida pelo legislador, cfr. MACHADO, Susana Sousa, Proteção de dados e privacidade do trabalhador em tempos de crescimento do teletrabalho, Atas da “II CIDiT, O Direito do Trabalho e a Revolução Digital”, maio de 2021, Patrícia Anjos Azevedo e Sérgio Tenreiro Tomás (ed), O Informador Fiscal, 2022, p. 63.

¹⁸ AMADO, João Leal, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

que, em virtude de certos períodos de teletrabalho obrigatório durante a pandemia a comparação com o ano anterior pode não ser real.

Reiteramos que o regime do teletrabalho não veio apenas clarificar questões e reforçar a proteção dos teletrabalhadores, ao invés, também levantou novas discussões. Uma dessas questões que gostaríamos de realçar diz respeito aos casos em que há dois ou mais teletrabalhadores no mesmo domicílio. Ora, as faturas que comprovem os consumos, e que o trabalhador tem de entregar ao empregador, podem não estar em seu nome ou pode haver mais do que um teletrabalhador com empregadores distintos no mesmo domicílio. Embora a lei não defina expressamente nenhuma solução, o entendimento de muitos empregadores, bem como da DGAEP¹⁹ para os trabalhadores com vínculo de emprego público, tem sido o da repartição das despesas pelos vários empregadores envolvidos.

Todavia, esta solução pode entrar em conflito com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)²⁰, Isto porque os empregadores terão que articular informação de modo a saber, em concreto, qual o período de trabalho de cada um dos teletrabalhadores (porque um pode trabalhar a tempo completo e outra a tempo parcial), qual a duração dos períodos de teletrabalho (porque um pode trabalhar em regime híbrido entre trabalho presencial e teletrabalho e ou não), quais os recursos utilizados por cada teletrabalhador para desempenhar as suas funções, entre outros. Tudo isto para garantir proporcionalidade e adequação na repartição das despesas.

Neste contexto, parece-nos legítimo que as empresas se recusem a fornecer dados dos seus trabalhadores a outros empregadores ao abrigo do RGPD. Eventualmente, a questão poderia ser ultrapassada tendo em conta o art. 6.º do RGPD que considera como causa lícita do tratamento de dados a partilha sempre que esteja em causa o cumprimento de uma obrigação legal. Mas será esta partilha de dados a única forma de dar cumprimento à previsão legal do art. 168.º do CT? Entendemos que não. Cremos que existem outras formas de garantir o cumprimento da lei, nomeadamente, através de declaração sob compromisso de honra dos teletrabalhadores envolvidos quanto à repartição das despesas. Mas certezas não há... ficam as dúvidas...

Perante este cenário de dúvidas e incertezas, recorda Leal Amado “que, nos termos gerais, o trabalhador disporá de tempo para reclamar, em juízo, o pagamento de tais

¹⁹ Conjunto de perguntas e respostas da DGAEP, aplicável aos trabalhadores com vínculo de emprego público, sobre o teletrabalho, disponível em <https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=74000000>.

²⁰ Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

importâncias, visto que este crédito apenas prescreve um ano após o dia seguinte ao da extinção do contrato de trabalho, por força do art. 337.º do CT²¹.

4. Conclusões

A maior minúcia introduzida no regime jurídico do teletrabalho foi acelerada pela pandemia. Com certeza não teria havido qualquer intervenção legislativa se não fosse a experiência vivenciada por milhares de trabalhadores e empregadores. Cremos que o futuro já não voltará a relegar para um plano no marginal o teletrabalho, sobretudo numa época de crescimento das novas formas de prestar trabalho na era digital. Uma vez mais, o Direito do Trabalho mostrou-se capaz de se adaptar a novas realidades, dar solução adequada a questões nunca antes colocadas.

Através da Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, o legislador português procurou responder a estas demandas. É claro que ficaram esclarecidas muitas questões, mas, também, permanecem algumas dúvidas. No global, o balanço da intervenção legislativa é positivo. O regime jurídico do teletrabalho revisto melhorou substancialmente, matérias como a privacidade dos teletrabalhadores, o teletrabalho como direito do trabalhador e o pagamento de despesas adicionais. Se bem que, neste último caso, como vimos, continuam a ser suscitados problemas práticos.

Bibliografia

AMADO, João Leal (2019). Contrato de Trabalho: Noções Básicas, 3.ª edição, Almedina, Coimbra.

AMADO, João Leal (2020). O teletrabalho: do Código à Covid, Observatório Almedina, 2020, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/25/o-teletrabalho-do-codigo-a-covid-19/>.

AMANDO, João Leal (2021). Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>

http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/79392/livro_verde_do_trabalho_2021.pdf/8d6968cb-fee5-4f8f-b7de-1612d269fc9b.

MACHADO, Susana Sousa (2022). Proteção de dados e privacidade do trabalhador em tempos de crescimento do teletrabalho, Atas da “II CIDiT, O Direito do Trabalho e a Revolução Digital”, maio de 2021, Patrícia Anjos Azevedo e Sérgio Tenreiro Tomás (ed), O Informador Fiscal.

²¹ João Leal Amado, Teletrabalho: o “novo normal” dos tempos pós-pandémicos e a sua nova lei, Observatório Almedina, 2021, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/12/29/teletrabalho-o-novo-normal-dos-tempos-pos-pandemicos-e-a-sua-nova-lei/>.

MARTINS, João Zenha (2020). O teletrabalho revisitado, *Minerva: Revista de Estudos Laborais* | Ano X - II da 4.^a Série - N.º 3.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes (2017). “La Configuración del Teletrabajo en el Derecho Portugués: Algunas Reflexiones al Hilo del Ordenamiento Español”, in AA. VV., 2017, *Los Actuales Cambios Sociales y Laborales: Nuevos Retos para el Mundo del Trabajo*, Vol. 1, Peter Lang, Suíça.

MOREIRA, Teresa Coelho e DRAY, Guilherme (coordenadores científicos), Ana Lima das Neves (coordenadora executiva), Ana Fontes, Maria João Câmara, Sónia Trindade, José Luís Albuquerque, Ana Olim, Ricardo Bernardes, Susana Tavares e Rita Dantas Ferreira, *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*, Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 2021, disponível em: http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/79392/livro_verde_do_trabalho_2021.pdf/8d6968cb-fee5-4f8f-b7de-1612d269fc9b.

DO *LAVORO AGILE* AO TELETRABALHO: COMO AS NOVAS TECNOLOGIAS RESSIGNIFICARAM AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Wilson Engelmann¹

Maique Souza²

Sumário: 1.Introdução; 2. Alternativas contratuais de trabalho: o *Lavoro Agile* e o Teletrabalho; 3. O Trabalho adaptado às Novas Tecnologias para a geração de eficiência; 4. Considerações Finais.

Resumo: Os avanços tecnológicos estão gerando diversos impactos no meio ambiente do trabalho. Um desses elementos é a utilização das tecnologias para a estruturação do *teletrabalho*. Para tanto, se propõe analisar algumas características do *lavoro agile*, do Direito Italiano, e o modo como esse modelo poderá auxiliar na melhor regulação da estrutura laboral semelhante no Brasil. Se fará a pesquisa a partir da pesquisa bibliográfica e legislativa. A regulação deverá ser norteadada pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, onde se encontram as relações trabalhistas.

Palavras-chave: Contratos atípicos; Teletrabalho; Lavoro Agile; Novas Tecnologias.

Abstract: Technological advances are generating several impacts on the work environment. One of these elements is the use of technologies to structure telework. Therefore, it is proposed to analyze some characteristics of agile labor, of Italian Law, and the way in which this model can help to better regulate the similar labor structure in Brazil. The research will be based on bibliographic and legislative research. Regulation should be guided by the application of fundamental rights in private relations, where labor relations are found.

Key-words: Atypical contracts; telework; Lavoro Agile; New technologies.

1.INTRODUÇÃO

As mudanças no modo de organização da sociedade e da economia observadas nos últimos anos, alteraram a estrutura e a dinâmica de interações entre humanos e organizações. A chamada sociedade da informação modificou todas as perspectivas sociais transformando o indivíduo em um ser conectado, com sua personalidade projetada no ambiente virtual. Essa caracterização é própria da “era hiperconectada”, segundo Luciano Floridi, onde não há

¹ Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Doutor e mestre em Direito Público; e graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Coordenador executivo, professor e pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, ambos da Unisinos. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos temas: nanotecnologias, inteligência artificial, direitos humanos, novos direitos, diálogo entre as fontes do direito e riscos.

² Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios (UNISINOS). Especialista em Direito Penal (PUC/RS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior (Faculdade Damásio). Advogado. maique.b.souza@gmail.com

necessidade de se saber se a pessoa está *on-line* ou *off-line*, mas *onlife*, ou seja, a vida humana está inserida e nela se desenvolve³.

A relação de trabalho também é afetada pela difusão acelerada das novas tecnologias para atender a demanda econômica mundial e ao novo padrão de competição globalizado. A evolução tecnológica, no entanto, parece sempre superar a capacidade legislativa de estabelecer instrumentos que coloquem o ser humano em evidência, ao mesmo tempo em que não coíbem o desenvolvimento tecnológico.

Estas mudanças promovem o surgimento de novas estruturas de negócios, baseados no modelo de plataforma que rompem barreiras tradicionais como espaço físico e horários pré-determinados para funcionamento, mas se apresentam como uma via de mão dupla, pois também ocasionam perdas de postos de trabalho e precarização da relação trabalhista.

Assim, objetiva a investigação observar sobre a influência que a introdução de novas tecnologias ocasiona nas relações de trabalho, com foco no ganho de eficiência que podem proporcionar. Nessa perspectiva se questiona como as novas tecnologias ressignificaram as relações de trabalho, especialmente com a implementação dos institutos do teletrabalho no Brasil e do *lavoro agile* na Itália.

No que refere à metodologia, será de base teórica com uma pesquisa qualitativa e abordagem comparativa dos institutos do teletrabalho no Brasil e do *lavoro agile* na Itália. Esta será fundamentada em livros e artigos pesquisados especialmente no Portal de Periódicos da CAPES e no Google Acadêmico.

Para o alcance do objetivo da pesquisa, no primeiro capítulo será apresentado uma breve introdução histórica da relação contratual de trabalho, bem como será abordado ambos os institutos e sua capacidade de adequação a modelos empresariais em linha com as novas tecnologias.

No segundo capítulo, será explicitado as diferenças dos institutos, bem como as vantagens na sua adoção, frente a importância de se colocar o ser humano no centro da relação e o poder de gerar aumento de competitividade para empresas que buscam se adequar ao modelo econômico e social baseado em redes.

2. ALTERNATIVAS CONTRATUAIS DE TRABALHO: O *LAVORO AGILE* E O TELETRABALHO

³ FLORIDI, Luciano. *The 4th Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Formato Kindle.

Na doutrina clássica de Sérgio Pinto Martins é possível observar que o trabalho, em sua concepção tradicional, era observado concebido como algo pernicioso e diminuto da dignidade do homem. Isto porque na Grécia antiga, a dignidade era adquirida ao se participar dos negócios da cidade utilizando somente as palavras. Neste contexto, os homens livres não trabalhavam, relegando aos escravos o ofício baseado na força física⁴. Portanto, nesta época, o trabalho não se destinava, como se discute atualmente, à realização pessoal, mas era ligado à servidão dos escravos que não possuíam a dignidade de serem homens livres.

Na Roma antiga, o trabalho era desenvolvido por seres coisificados pela escravidão. Assim, a “*locatio conductio* tinha por objetivo regular a atividade de quem se comprometia a locar suas energias ou resultado de trabalho em troca de pagamento”⁵.

Posteriormente, num salto histórico, as relações de trabalho evoluíram de um modelo escravagista para a relação de servidão e, posteriormente, para a noção de subordinação fundamentada no pensamento liberal que eleva a valores preponderantes a vontade, o individualismo e a liberdade formal como elementos intrínsecos ao contrato.

Na Itália, em 1927, é promulgada a *Carta dei Lavoro*, por meio da qual o Estado Italiano buscava organizar a economia de acordo com os interesses nacionais. Nesse modelo, a acomodação dos interesses divergentes da Revolução Industrial se dava pelo Estado que interferia diretamente nas relações contratuais e atuava como moderador de interesses e organizador do modelo social⁶. Este formato organizacional serviu de inspiração para diversos países, inclusive o Brasil que baseado neste modelo promulgou em 1943 a Consolidação das Leis do trabalho⁷.

Mais recentemente, as mudanças sociais experimentadas nas últimas décadas (final do Século XX e início do Século XXI) provocaram inúmeras alterações na relação de trabalho. Com base nisso, empresas, empregados e governos buscaram propor soluções que fossem capazes de fomentar a geração de empregos formais, ao mesmo tempo em que atenda às novas necessidades ajustadas pelo desenvolvimento tecnológico.

Assim, no Brasil foi editada em 2017 a chamada Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017 - que promoveu inúmeras alterações na relação contratual entre empresas e empregados. Uma alteração, no entanto, foi especialmente sentida, consistente na possibilidade de contratação para o desenvolvimento de trabalho sem a necessidade de deslocamento até a sede da empresa, sendo este desenvolvido por meios tecnológicos que,

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 38.

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 38.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Breve histórico a respeito do trabalho*. São Paulo: USP, 2000. p. 176.

⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Apróva a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

dada suas características, também não configuram trabalho externo. O artigo Art. 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho define o teletrabalho como sendo “a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo”. Observa-se que esta possibilidade não é descaracterizada, ainda que haja o comparecimento do empregado às dependências do empregador para a realização de atividades específicas.

Este instituto, ao contrário do que se pode pensar, não é novo no Brasil, pois buscando estar em linha com as necessidades de adaptação para tornar flexível o desenvolvimento do trabalho no modelo social formado por redes⁸, o teletrabalho foi pensado desde o ano 2000 com a publicação do *Livro Verde da Sociedade da Informação*⁹. Já naquele momento o documento trabalha a importância de se gerar negócios inovadores com a absorção tecnológica e sua utilização de forma estratégica para o oferecimento de soluções *on-line*.

Assim, o teletrabalho enquanto contrato atípico de trabalho pode ser entendido como a “substituição das rodovias, que conduzem o trabalhador às dependências do empregador, pelas infovias, por meio das quais o trabalho que é transportado até o trabalhador”¹⁰. Portanto, se refere a um modelo de organizar e gerir a relação trabalhista, capaz de proporcionar benefícios para ambas as partes.

Igualmente, no Direito Italiano há a previsão do chamado “*lavoro agile*” - também conhecido como *smart working* - o qual foi introduzido pelo art. 18, da Lei n. 81/2017, que permitiu a contratação para o trabalho subordinado, de forma que sua execução se dê em forma de fases, ciclos e objetivos e sem restrições de tempo ou local de trabalho, e com a possibilidade de uso de ferramentas tecnológicas para a realização das atividades laborais¹¹. Nesse modelo regulatório, uma das principais características é a possibilidade de ser instituído por acordo entre empregado e empresa e visa justamente ajudar o trabalhador a conciliar o tempo da vida com o tempo do trabalho uma vez que favorece a produtividade e a flexibilidade no seu desenvolvimento.

⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. 6. ed. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁹ BRASIL. *Livro Verde da Sociedade da Informação*. Organizador Tadao Takahashi. Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

¹⁰ NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. São Paulo: Futura, 1997.

¹¹ ITÁLIA. Legge 22 maggio 2017, n. 81 (1). Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. Camera dei deputati, 2017. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg>. Acesso em 06 mar. 2022.

Assim, em ambas as situações, tanto o teletrabalho no Brasil quanto o *lavoro agile* na Itália, demonstram uma tendência em preponderar a motivação intrínseca do trabalhador para o cumprimento dos objetivos empenhados, em verdadeiro abandono do modelo baseado em controle do tempo do trabalhador. Dessa forma, viabilizado pelas novas tecnologias, e em consonância com a abordagem de governança ágil, estas novas formas de contratação do trabalho promovem a agilidade, fluidez, flexibilidade e adaptabilidade que o desenvolvimento humano necessita, ao mesmo tempo em que permitem o desenvolvimento dos objetivos empresariais¹², merecendo aprofundamento sobre sua adequação ao modelo social influenciado pelas novas tecnologias que se avizinha.

3. O TRABALHO ADAPTADO ÀS NOVAS TECNOLOGIAS PARA A GERAÇÃO DE EFICIÊNCIA

A relação do homem com o meio ambiente sofre influência das tecnologias que não mais permitem o seu desligamento, mas atuam para transformar o desenvolvimento da vida para um modelo sem intervalos entre o *on-line* e o *off-line*, empurrando-nos para o modelo *onlife*¹³.

Contrariando a noção tradicional presente na filosofia grega de separação do humano de seu entorno, a perspectiva do desenvolvimento em rede promove uma redefinição de cada ator social, não mais como autônomo frente aos demais, mas como diferentes expressões culturais do modelo digital contemporâneo, onde, a partir da concepção de rede, “não existem mais nem externalidade, nem internalidade, mas conexões”¹⁴.

Assim, as relações contratuais decorrentes da relação de trabalho devem estar adaptadas para a absorção dos benefícios que as novas tecnologias podem proporcionar. O trabalho inteligente no modelo italiano e o teletrabalho no Brasil, apesar de não corresponderem exatamente à mesma relação contratual, demonstram serem formas viáveis e adaptadas para a captação de valor oriundo do desenvolvimento tecnológico para empresas e trabalhadores. Estas permitem o desenvolvimento da relação de trabalho com o resguardo de interesses da vida particular do trabalhador, ao mesmo tempo em que direcionam o esforço da força de trabalho para os objetivos da empresa.

O modelo italiano se apresenta como mais permissivo que o modelo brasileiro, pois ultrapassa a noção de localidade e temporalidade do desenvolvimento do trabalho para focar

¹² SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018. p. 315.

¹³ FLORIDI, Luciano. *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*. Springer Open, 2015.

¹⁴ DI FELICE, Massimo. *A cidadania digital: a crise da ideia ocidental de democracia e a participação nas redes digitais*. São Paulo: Paulus, 2020. p. 44.

no elemento flexibilidade em termos de horários e localização de trabalho, permitindo a adaptação de acordo com as necessidades da produção, conferindo maior liberdade e responsabilidade às partes, com forte apelo ao atingimento de objetivos em detrimento de horários e espaços físicos previamente definidos¹⁵.

Entretanto, ambos os modelos tendem a proporcionar a absorção de inúmeras vantagens para todos os envolvidos. Sob a perspectiva do trabalhador, é beneficiado com redução de tempo perdido em deslocamentos; redução de risco de exposição a doenças; maior liberdade para o desenvolvimento de atividades de interesse particular; geração de oportunidades para pessoas com restrições de tempo e de locomoção, entre outras. Já sob o olhar de eficiência do negócio, proporciona a redução da necessidade de investimento em estrutura física da empresa; ampliação da área geográfica de atuação; contratação de talentos em diferentes sítios geográficos; aproximação com o cliente, pois está presente online; e outras que podem ser observados em cada tipo de negócio.

Não se desconhece, no entanto, os questionamentos sobre a saúde do trabalhador e o direito à desconexão¹⁶, ou mesmo de precarização das relações de trabalho¹⁷ que este modelo contratual suscita. Mas se objetiva nesta pesquisa, ressaltar os aspectos positivos relevantes deste modelo contratual que, em linha com o desenvolvimento tecnológico, permite o desenvolvimento de trabalhadores e empresas com a absorção de valor ainda não captado. Além disso, a proteção ao trabalhador que se utiliza das novas tecnologias vem se desenvolvendo globalmente com a exigência de que as empresas tomem melhores atitudes e sejam responsabilizadas por desvios na relação com a sociedade¹⁸. Nessa esteira, ganha força a noção de empresas que curam consideradas como “organizações empresariais preocupadas com o respeito e a aplicação dos direitos humanos e, a partir deles, elaboram programas e projetos que possam compatibilizar o desenvolvimento tecnológico e a manutenção e qualificação do trabalhador e do trabalho”¹⁹.

¹⁵ GETILLI, Federica. *Italy: smart working - agile, performing and increasing*. 2020. Disponível em: <https://www.warwicklegal.com/news/326/italy-smart-working-agile-performing-and-increasing>. Acesso em: 06 mar. 2022.

¹⁶ CNI. *Teletrabalho no Brasil e mundo: legislações comparadas: estudo de relações do trabalho*. Confederação Nacional da Indústria. – Brasília – CNI, 2020.

¹⁷ Engelmann, Wilson. *Como lidar com o impacto da economia digital no mundo do trabalho?* In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Arruda de; MENEZES, Heloísa Regina Guimarães de (Ed.). Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2021. p. 154-162. Disponível em: doi.org/10.52959/2021535418. Acesso em: 06 mar. 2022.

¹⁸ LYTVYNENKO, Jane. Why the balance of power in tech is shifting toward workers: A record number of tech worker unions formed in the US last year. They are part of a global effort. *MIT Technology Review*, 2022. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2022/02/07/1044760/tech-workers-unionizing-power/>. Acesso em: 06 mar. 2022.

¹⁹ ENGELMANN, Wilson. *Desenvolvimento tecnológico e mercado de trabalho - Digitalização e relação homem-máquina: mudanças e tendências na legislação em nível global*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2021. p. 64.

Dessa forma, por tratar-se de uma relação em constante desenvolvimento, ainda será alterada pelo processo de acomodação dos interesses das partes envolvidas. Por outro lado, os modelos contratuais já existentes de teletrabalho ou *lavoro agile*, podem representar uma alternativa já existente de ganho de valor na relação para o equilíbrio dos desejos sem o impedimento ao desenvolvimento tecnológico. Igualmente, a estruturação de contratos atípicos de trabalho possui especial relevância, na medida em que regulam situações específicas da relação de trabalho de forma adaptada à evolução tecnológica, de modo a atender ao processo de flexibilização regulatória²⁰ e ao fomento para a geração de novos postos de trabalho, mas com a condução responsável dos direitos fundamentais aplicados às relações privadas.

O impacto no bem-estar e na qualidade de vida do trabalhador, invariavelmente reflete positivamente no ambiente empresarial. Além disso, a gestão otimizada do tempo proporcionada pelo modelo italiano de trabalho inteligente coloca a pessoa humana no centro da relação, num processo de valorização da confiança na relação contratual.

Sob outro aspecto, ambos os modelos contratuais proporcionam impacto positivo no meio ambiente, pois alinhados com a noção de sustentabilidade, reduzem a emissão de CO₂ na atmosfera em razão da ausência de deslocamento²¹.

Assim, a automação da sociedade que passa a ser dominada por algoritmos, demanda uma adequação das relações de trabalho, a qual coloque o ser humano no centro da relação, com proteção e desenvolvimento de interesses, servindo os modelos apresentados de teletrabalho no Brasil e *lavoro agile* na Itália como instrumentos adequados e adaptados para o fomento de novos postos de trabalho, além de permitir a incorporação tecnológica necessária para a competitividade empresarial na economia algorítmica²². Paralelamente à regulação legislativa, essas mudanças no mundo do trabalho exigirão a observância dos direitos fundamentais, aplicados às relações privadas, preservando, especialmente, os parâmetros de controle de um dever de proteção estatal, que tem a arquitetura normativa da proibição de proteção insuficiente ou proibição de insuficiência²³. Portanto, essa é a estrutura

²⁰ OIT. *O emprego atípico no mundo: desafios e perspectivas*. Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 2016. p. 5. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/publications/WCMS_626383/lang--en/index.htm#:~:text=geral%5D%20...O%20emprego%20at%C3%ADpico%20no%20mundo%3A%20Desafios%20e%20perspetivas%20%5BVis%C3%A3o%20geral,%C3%A0%20Agenda%20do%20Trabalho%20Digno. Acesso em: 07 mar. 2022.

²¹ STENTELLA, Michela. Smart working: cos'è, come funziona, la normativa e i vantaggi per le PA. *Digital 360*, 2021. Disponível em: <https://www.forumpa.it/riforma-pa/smart-working/smart-working-cose-come-funziona-la-normativa-e-i-vantaggi-per-le-pa/>. Acesso em: 06 mar. 2022.

²² ACCOTO, Cosimo. *O mundo dado: cinco breves lições de filosofia digital*. Tradução Eliete da Silva Pereira. São Paulo: Paulus, 2020. p. 108.

²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

jurídica da qual deverá proibir a legislação e ela deverá ser utilizada para o processo hermenêutico da aplicação normativo em cada caso concreto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo social baseado em redes e dominado por novas tecnologias da informação promovem alterações das relações de trabalho, demandando instrumentos adequados de contratação que promovam a proteção do ser humano e viabilizem a inserção de novas tecnologias por empresas na busca pela competitividade exigida.

Dessa forma, levando em conta a instituição de contratos atípicos de trabalho existentes na legislação do Brasil e da Itália, indagou-se: como as novas tecnologias ressignificaram as relações de trabalho?

Considerando a metodologia que direcionou a pesquisa, se observou que o contrato de teletrabalho no Brasil e o acordo feito entre empresa e trabalhador chamado de *lavoro agile* na Itália tem a capacidade de serem instrumentos eficientes para promover o fomento de ganho de eficiência para trabalhadores e empresas, ao mesmo tempo em que incentivam a incorporação de novas tecnologias. Da mesma forma, os contratos atípicos apresentam alternativas regulatórias adequadas para situações específicas da relação de trabalho que demandam a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Neste contexto, se observou que os instrumentos podem apresentar problemas de ordem prática como o direito à desconexão ou a precarização da relação de trabalho, mas também podem contribuir para a redução da exposição do trabalhador a riscos relacionados ao deslocamento e às doenças, bem como permitem à empresa a redução de custos e o direcionamento do trabalho para objetivos específicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCOTO, Cosimo. *O mundo dado: cinco breves lições de filosofia digital*. Tradução Eliete da Silva Pereira. São Paulo: Paulus, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL. *Livro Verde da Sociedade da Informação*. Organizador Tadao Takahashi. Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. 6. ed. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CNI. *Teletrabalho no Brasil e mundo: legislações comparadas: estudo de relações do trabalho*. Confederação Nacional da Indústria. – Brasília – CNI, 2020.

DI FELICE, Massimo. *A cidadania digital: a crise da ideia ocidental de democracia e a participação nas redes digitais*. São Paulo: Paulus, 2020.

ENGELMANN, Wilson. *Como lidar com o impacto da economia digital no mundo do trabalho?* In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Arruda de; MENEZES, Heloísa Regina Guimarães de (Ed.). Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2021. p. 154-162. Disponível em: doi.org/10.52959/2021535418. Acesso em: 06 mar. 2022.

ENGELMANN, Wilson. *Desenvolvimento tecnológico e mercado de trabalho – Digitalização e relação homem-máquina: mudanças e tendências na legislação em nível global*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2021.

FLORIDI, Luciano. *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*. Springer Open, 2015. FLORIDI, Luciano. *The 4th Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Formato Kindle.

GETILLI, Federica. *Italy: smart working - agile, performing and increasing*. 2020. Disponível em: <https://www.warwicklegal.com/news/326/italy-smart-working-agile-performing-and-increasing>. Acesso em: 06 mar. 2022.

ITÁLIA. Legge 22 maggio 2017, n. 81 (1). *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*. Camera dei deputati, 2017. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg>. Acesso em 06 mar. 2022.

LYTVYNENKO, Jane. Why the balance of power in tech is shifting toward workers: A record number of tech worker unions formed in the US last year. They are part of a global effort. *MIT Technology Review*, 2022. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2022/02/07/1044760/tech-workers-unionizing-power/>. Acesso em: 06 mar. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Breve histórico a respeito do trabalho*. São Paulo: USP, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. São Paulo: Futura, 1997.

OIT. *O emprego atípico no mundo: desafios e perspectivas*. Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/publications/WCMS_626383/lang-en/index.htm#:~:text=geral%5D%20...-,%20emprego%20at%C3%ADpico%20no%20mundo%3A%20Desafios%20e%20perspectivas%20%5BVis%C3%A3o%20geral,%C3%A0%20Agenda%20do%20Trabalho%20Digno. Acesso em: 07 mar. 2022.

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018.

STENTELLA, Michela. *Smart working: cos'è, come funziona, la normativa e i vantaggi per le PA*. *Digital 360*, 2021. Disponível em: <https://www.forumpa.it/riforma-pa/smart-working/smart-working-cose-come-funziona-la-normativa-e-i-vantaggi-per-le-pa/>. Acesso em: 06 mar. 2022.

Il seminario “Lavori atipici ed economia digitale - Prospettiva luso-italo-brasiliana”, svolto il 28 aprile 2022, presso l'Università La Sapienza di Roma, ha avuto come obiettivo riunire studenti, ricercatori e docenti per confrontarsi su temi legati ai profondi cambiamenti subiti dal mercato del lavoro, presso un momento in cui l'economia globale non riesce a generare sufficienti posti di lavoro. Tra i cambiamenti analizzati durante il seminario si può citare, tra gli altri, la crescita di forme di occupazione diverse dai modelli tradizionalmente utilizzati. Si osserva che le cosiddette “forme atipici di lavoro” possono servire a finalità specifiche, come situazioni di lavoro stagionale, ma possono anche essere utilizzate per regolare nuove attività e forme di occupazione, derivanti dall'evoluzione della società nel nostro tempo. Quest'opera contiene studi relativi al lavoro su piattaforma digitale, contratti a tempo determinato, lavoro temporaneo, somministrazione, telelavoro o smart working, lavoro intermittente, lavoro part-time, tra le altre forme di contratti atipici.

O seminário “Contratos atípicos de emprego e economia digital - Perspectiva Luso-Ítalo-Brasileira”, realizado no dia 28 de abril de 2022, na Universidade Sapienza di Roma, teve como objetivo reunir estudantes, pesquisadores e professores, para discussão de questões relacionadas às profundas mudanças sofridas pelo mercado de trabalho, num momento em que a economia global não consegue gerar empregos suficientes. As alterações analisadas durante o seminário incluem, entre outras, o crescimento de formas de emprego diversas dos modelos tradicionalmente utilizados. Observa-se que as chamadas “formas atípicas de emprego” podem servir para fins específicos, como situações de trabalhos sazonais, mas também podem ser utilizadas para regulamentação de novas atividades e formas de ocupação, decorrentes da evolução da sociedade em nosso tempo. A presente obra contém estudos relacionados ao trabalho em plataforma digital, a contratos a tempo determinado, ao trabalho temporário, à terceirização, ao teletrabalho, ao trabalho intermitente, ao trabalho em tempo parcial, dentre outras formas de contrato atípico.



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA



IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS