

Organizadores

Viviann Brito Mattos
Marcelo José Ferlin D'Ambroso

DEMOCRACIA, DIREITO DO TRABALHO E NOVAS TECNOLOGIAS

Autores

Adriane Reis de Araújo
Alysson Leandro Mascaro
Carolina Spack Kemmelmeier
Claudia Werneck
Edileny Tomé da Mata
Guilherme Kirtschig
José Eduardo de Resende Chaves Júnior
Marcelo José Ferlin D'Ambroso
Maria Aparecida Gugel
María José Fariñas Dulce
Mario Luis Gambacorta
Ronaldo Lima dos Santos
Simone Beatriz Assis de Rezende
Tarso Genro
Viviann Brito Mattos
Xerxes Gusmão

CARTERA DE TRABALHO
DIGITAL

INSTITUTO RTM
DE DIREITO DO TRABALHO
E GESTÃO SINDICAL

Editora **RTM**®

Organizadores

Viviann Brito Mattos
Marcelo José Ferlin D'Ambroso

Democracia, Direito do Trabalho e Novas Tecnologias

INSTITUTO IRTM
DE DIREITO DO TRABALHO
E GESTÃO SINDICAL

Belo Horizonte
2022

Editora **RTM**®

D383 Democracia, direito do trabalho e novas tecnologias / organizadores:
Viviann Brito Mattos, Marcelo José Ferlin D'Ambroso. - Belo Horizonte:
RTM, 2022.

322 p. - Inclui bibliografia.

1. Direito do trabalho. 2. Tecnologia. 3. Democracia. 4. Relações
trabalhistas. I. Mattos, Viviann Brito. II. D'Ambroso, Marcelo José
Felin. III. Título.

CDU 331:007

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

ISBN: 978-65-5509-107-6

Editoração Eletrônica e Projeto Gráfico:

Equipe RTM

Capa: Equipe RTM

Editor Responsável: Mário Gomes da Silva

Revisão: os organizadores

Editora RTM - Instituto RTM de Direito do Trabalho e
Gestão Sindical

Rua João Euclásio, 80 - Bairro Dom Bosco BH - MG
- Brasil - Cep 30850-050

Tel: 31-3417-1628

WhatsApp: (31) 99913-9998

E-mail : rtmeducacional@yahoo.com.br

Site: www.editorartm.com.br

Loja Virtual : www.rtmeducacional.com.br

Conselho Editorial:

Adriane Reis de Araújo

Adriano Jannuzzi Moreira

Amauri César Alves

Andréa de Campos Vasconcellos

Antônio Álvares da Silva

Antônio Fabrício de Matos Gonçalves

Bruno Ferraz Hazan

Carlo Cosentino

Carlos Henrique Bezerra Leite

Cláudio Jannotti da Rocha

Cleber Lúcio de Almeida

Daniela Muradas Reis

Delaide Alves Miranda Arantes

Elaine Noronha Nassif

Ellen Mara Ferraz Hazan

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade

Fernando Maciel

Gabriela Neves Delgado

Giovani Clark

Gustavo Seferian

Hugo Cavalcanti Melo Filho

Jorge Luiz Souto Maior

José Reginaldo Inácio

Juliana Teixeira Esteves

Leonardo Tibo Barbosa Lima

Livia Mendes Moreira Miraglia

Lorena Vasconcelos Porto

Lutiana Nacur Lorentz

Marcella Pagani

Marcelo Fernando Borsio

Marcelo José Ferlin D'Ambroso

Márcio Túlio Viana

Maria Aparecida Gugel

Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos

Maria Cecília Máximo Teodoro

Maria Rosaria Barbato

Nasser Ahmad Allan

Ney Maranhão

Raimundo Cezar Britto

Raimundo Simão de Mello

Renato César Cardoso

Ricardo José Macedo de Britto Pereira

Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho

Rômulo Soares Valentini

Ronaldo Lima dos Santos

Rosemary de Oliveira Pires Afonso

Rúbia Zanotelli de Alvarenga

Sandro Lunard Nicoladeli

Sayonara Grillo

Valdete Souto Severo

Vitor Salino de Moura Eça

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida

Autores

Adriane Reis de Araújo

Procuradora Regional do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho de São Paulo; Coordenadora Nacional da Coordenadoria de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho do Ministério Público do Trabalho – Coordigualdade (2020); ex-Presidente do IPEATRA (2018-2019); Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Complutense de Madri; Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; Especialista em Relações Sindicais pela Organização Internacional do Trabalho.

Alysson Leandro Mascaro

Advogado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Emérito e implantador de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito em várias instituições no Brasil e autor de diversos livros jurídicos.

Carolina Spack Kimmelmeier

Professora Adjunta da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, campus de Foz do Iguaçu. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo na área de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

Claudia Werneck

Jornalista, escritora, ativista política e empreendedora social, fundadora da ONG Escola de Gente - Comunicação em Inclusão.

Edileny Tomé da Mata

Pesquisador CAPES no âmbito do Programa Nacional de Pós-doutoramento do Ministério de Educação e Cultura do Brasil. Doutor com menção europeia em Direitos Humanos e Desenvolvimento. Universidade Pablo de Olavide. Máster em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavide (Espanha). Coordenador de cursos de formação especializada em Direitos Humanos, Mediação intercultural e desenvolvimento.

Guilherme Kirtschig

Procurador do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho de Santa Catarina; Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e pela Universidad de Alicante – UA; Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Derecho Penal Económico pela Universidad de Castilla-La Mancha.

José Eduardo de Resende Chaves Júnior

Advogado. Professor Adjunto do IEC-PUCMINAS. Desembargador aposentado do TRT-MG. Diretor do IPEATRA. Diretor do Instituto IDEIA - Direito e Inteligência Artificial. Doutor em Direitos Fundamentais.

Marcelo José Ferlin D'Ambroso

Desembargador do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4/RS); Conselheiro da Escola Judicial TRT4; Presidente Fundador e atual Presidente do IPEATRA; Doutorando em Estudos Avançados em Direitos Humanos (Universidade Carlos III de Madrid, Espanha) e Ciências Jurídicas (Universidade Social do Museu Social Argentino); Mestre em Direito Penal Econômico (Universidade Internacional de La Rioja, Espanha) e Direitos Humanos (Universidade Pablo de Olavide, Espanha); Especialista em Direitos Humanos, Jurisdição Social e Relações de Trabalho.

Maria Aparecida Gugel

Subprocuradora-geral do Trabalho, Doutora pela Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Presidenta da Associação Nacional de Membros do Ministério Público de Defesa das Pessoas com Deficiência e Idosos (AMPID) e autora de livros jurídicos.

María José Fariñas Dulce

Professora de Filosofia do Direito da Universidade Carlos III de Madrid. Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (1988).

Mario Luis Gambacorta

Advogado. Investigador. Professor de graduação e pós-graduação: UBA, UNPAZ, FLACSO-UMET, UMSA. Doutor em Ciências Jurídicas.

Ronaldo Lima dos Santos

Procurador Regional do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho de São Paulo. Coordenador da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical – CONALIS/MPT. Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP – Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Psicanalista pelo Instituto Sedes Sapientiae – SP.

Simone Beatriz Assis de Rezende

Procuradora Regional do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso; Doutora e Mestre em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Bolsista taxa da Capes. Especialista em Direito Civil e Empresarial e especialista em Direito Processual Civil.

Tarso Genro

Advogado, Autor de livros de Direito como Teoria de Direito e Teoria Política da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Doutor Honoris Causa da UFPEL e da UNISC, membro do IAB, foi Governador do Rio Grande do Sul, Ministro da Educação e da Justiça.

Viviann Brito Mattos

Procuradora Regional do Trabalho do Ministério Público do Trabalho do Rio de Janeiro, Membro do Conselho Fiscal do IPETRA; Doutoranda em Direito do Trabalho e Previdência Social pela UERJ, Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela ESMPU e Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela ESMP/SP.

Xerxes Gusmão

Juiz do Trabalho do TRT da 17ª Região (ES). Doutor e Mestre em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne. Professor universitário, colaborando com os programas de pós-graduação da UNISANTA/SP, FAESA/ES e ESA/ES, além de Ejuds de TRTs do país. Autor de livros, capítulos de livros e artigos científicos, no Brasil e na França.

APRESENTAÇÃO

A exceção é só um jeito do ser humano manipular as regras de acordo com os interesses que melhor lhe aprouver.

(autor desconhecido)

O ano de 2020 trouxe ao mundo a mais trágica ocorrência desta geração, com intensidade e consequências há muito não experimentadas pela humanidade, abalando, especialmente, a classe trabalhadora, sempre mais vulnerável.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), na data de 11 de março de 2020, reconheceu o estado de emergência sanitária global, afirmando que o surto se transfigurava em uma fase dramática para toda comunidade internacional.

No Brasil, o Congresso, por meio do Decreto Legislativo de nº 06 de 2020, de 20 de março de 2020, dada a rápida disseminação do SARS-COV-2 em território nacional, colocou o país em estado de calamidade pública.

Além do flagelo à saúde pública - que ceifou mais de 5 milhões de vida até março de 2022 -, a pandemia trouxe impactos econômicos e sociais os quais afetaram os meios de subsistência e o bem-estar de milhões de pessoas no mundo, comprometendo não apenas a vida, mas também a segurança alimentar pela disseminação da pobreza e da miséria.

Antes desta calamidade, cerca de 45% de brasileiros se encontravam na informalidade¹, a taxa de desemprego estava em aproximadamente 12,2%², e o país figurava, de acordo com o ranking do coeficiente Gini, entre os dez países com a maior taxa de desigualdade social do mundo³.

¹ https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35116#:~:text=Em%202018%2C%20estavam%20na%20informalidade,%25%20para%2047%2C25%25.

² <https://www.infomoney.com.br/economia/taxa-de-desemprego-no-brasil-cai-a-139-em-dezembro-em-linha-com-o-esperado-mas-e-a-maior-para-o-ano-desde-2012/#:~:text=Isso%20corresponde%20a%20cerca%20de,ficou%20em%2012%2C3%25.>

³ <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres>

A despeito da evidente crise social, o país já vinha na contramão da história, caminhando a passos largos para ruptura do padrão de relações laborais e do Direito do Trabalho anteriormente vigentes, tendo como ápice involutivo a reforma trabalhista de 2017, fundamentada no mito de que “direitos em excesso prejudicam o trabalhador”, que, ao contrário do prometido⁴, aprofundou ainda mais as situações de injustiça social⁵.

Na época, uma série de encadeamentos políticos autoritários marcava o país, levando à desidratação dos direitos laborais fundamentais da classe trabalhadora, pelo desprezo a princípios constitucionais evidenciados em novas leis, decisões e jurisprudências, até à um grande retrocesso na estrutura do pensamento jurídico laboral, que passou a ser elaborado a partir da normatização fascista que despreza a Constituição e dentro de um raciocínio neoliberal de diminuição dos direitos sociais, vistos agora como um “entrave” ao progresso.

Paralelamente a isto, sob os auspícios da palavra mágica “austeridade”, a atividade dos tribunais, neste contexto de crise social, fez emergir uma jurisprudência, que veio se consolidando desde o golpe de 2016, baseada em um direito do trabalho de exceção como resultante normativo da aplicação de medidas de austeridade, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal e espalhando-se rapidamente para a maioria das Cortes laborais do país.

Com a pandemia e o fechamento de empresas em função dela, o aumento do número de desempregados atingiu cerca de 14,7% da força de trabalho brasileira⁶, batendo recorde de informalidade⁷ e extrema pobreza⁸, razão pela qual a sociedade ficou pendente do posicionamento político em torno das medidas preventivas contra a covid e de uma inusitada polêmica terraplanista sobre a vacinação

⁴ <https://www.cartacapital.com.br/economia/estudo-da-usp-indica-que-reforma-trabalhista-nao-favoreceu-a-criacao-de-empregos/>

⁵ <https://www.brasildefato.com.br/2022/04/25/bolsonaro-deve-fechar-2022-com-mais-da-metade-dos-brasileiros-na-pobreza>

⁶ <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30235-com-pandemia-20-estados-tem-taxa-media-de-desemprego-recorde-em-2020>

⁷ <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/11/10/trabalho-informal-bate-recorde-e-deve-continuar-a-crescer.ghml>

⁸ <https://www.cnnbrasil.com.br/business/quase-28-milhoes-de-pessoas-vivem-abaixo-da-linha-da-pobreza-no-brasil/>

Assim, uma situação que já era tensa em um dos países mais desiguais do mundo se intensificou e, com ela, o direito do trabalho de exceção mostrou uma face ainda mais cruel com a edição de algumas Medidas Provisórias pelo Chefe do Poder Executivo Federal, com destaque para as de nº 927, 928, 936, 944, 945 e 966⁹, de alto impacto no mundo do trabalho

No bojo de algumas dessas medidas provisórias se tentou emplacar novas modalidades de contratação, como “tábua de salvação contra o risco do desemprego”, mas que, sob esta máscara, se escondia, na verdade, as formas pioradas de precarização das relações de trabalho e diminuição de direitos sociais.

A Medida Provisória (MP) 1.045/2021 foi uma dessas, editada, originalmente, para a criação de um programa de redução ou suspensão de salários e jornada de trabalho durante a pandemia, mas que sofreu tantos acréscimos na Câmara dos Deputados que acabou recebendo a alcunha de “minirreforma trabalhista”¹⁰.

Felizmente tal MP foi rejeitada pelo Senado Federal, o que, porém, não refreou outras tentativas de emplacar uma supressão de direitos aos trabalhadores, em nome de uma racionalidade de custo-benefício que dissolve o princípio da proteção ao trabalhador.

De outra banda, na mesma proporção que o vírus se disseminou, difundiu-se também o desenvolvimento tecnológico e as novas tecnologias de informação e comunicação, que alteraram compulsória e abruptamente a forma de trabalhar e a organização do trabalho, com a adaptação da tecnologia ao

⁹ MP 927 (Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública) - Vigência encerrada Ato nº 92, de 2020; MP 928 (Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública) - Vigência encerrada Ato nº 93, de 2020; MP 936 (Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública) - Convertida na Lei nº 14.020, de 2020; MP 944 (Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos) - Convertida na Lei nº 14.043, de 2020; MP 945 (Dispõe sobre medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da covid-19 no âmbito do setor portuário e sobre a cessão de pátios sob administração militar) - Convertida na Lei nº 14.047, de 2020; MP 966 (Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19) - Vigência encerrada Ato nº 123, de 2020.

¹⁰ MP 1045 (Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho) – Rejeitada Ato nº 3, de 2022.

distanciamento social e à quarentena, ocorrendo um aprofundamento acelerado do teletrabalho e da plataformização do trabalho.

Por esse motivo, o debate sobre transformações no Direito do Trabalho, que já estava no palco das controvérsias, ganhou mais espaço e novas feições, mantendo, inobstante, no geral, a subversão da lógica de proteção ao trabalho diante das novas tecnologias, com a supressão de direitos sociais conquistados, desta vez arrimada pela crise humanitária.

Relembrando os postulados neoliberais da Escola de Chicago, cujo expoente-mor Milton Friedman sustentava que “uma crise é, também, uma oportunidade” – sempre em referência ao oportunismo cínico de privatizações e de novas possibilidades das empresas obterem mais lucros, aproveitando-se das desgraças e tragédias causadas pelas crises cíclicas do capitalismo -, é dever de toda pessoa comprometida com a justiça social impedir que a pandemia e a realidade pós crise sejam utilizadas para diminuir direitos sociais e rebaixar a condição social da classe trabalhadora.

Nesse contexto, a crise institucional e na saúde pública causadas pelo advento do novo coronavírus (COVID-19) devem ser apreciadas sob o influxo de um novo paradigma jurídico, trazendo a importância da centralização da pessoa humana no debate político-institucional. O fortalecimento das prestações públicas dos Estados deve voltar à pauta, com o questionamento do modelo de estatalidade neoliberal e a necessária observância e desenvolvimento dos direitos sociais em direção ao resgate e aperfeiçoamento do Estado de Bem-Estar Social.

Assim, com vistas a esta realidade, a partir da pandemia e das novas formas de organização do trabalho advindas com as novas tecnologias, esta obra, na linha dos 3 (três) livros anteriores lançados pelo Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - IPEATRA, oferece uma visão crítica e humanista deste contexto contemporâneo, defendendo a manutenção da proteção laboral como instrumento de emancipação social.

Neste quarto livro, na forma de coletânea, se inclui a análise de um processo amplo de reflexão sobre o Direito do Trabalho, no contexto democrático, sob a ideologia neoliberal, agravado durante o período pandêmico e com as novas tecnologias, constituindo-se em um importante ponto de inflexão no processo de excepcionalização do Direito do Trabalho durante a crise, com objetivo de aprofundar algumas constatações desse debate em curso sobre a sociedade contemporânea e as relações de trabalho e responder a algumas

demandas urgentes de fundamentação do papel do Direito do Trabalho no Estado Democrático de Direito.

A organização dos artigos dentro da estrutura da obra norteou-se por três aspectos, seguindo a referência do próprio título da obra: na primeira parte as características atuais das relações de trabalho no Estado Social e as profundas transformações sofridas no atual estágio democrático; a segunda dedicou-se a tratar de alguns aspectos da realidade material da relação de trabalho atingidos pelas mudanças trazidas pela pandemia de modo específico, na sociedade brasileira, devido à maneira como o Brasil vem se aprofundando em uma lógica neoliberal; e a terceira trata das profundas mudanças em curso no mundo e no país redefinidas pelas novas tecnologias.

O livro reúne experiências trazidas por estudiosos ibero-americanos, bem como análise do Direito do Trabalho de crise e o impacto das novas tecnologias na organização do trabalho, escrito por articulistas membros e membras do IPEATRA, seguindo a finalidade do instituto de promover estudos avançados sobre a proteção social da classe trabalhadora.

Boa leitura!

Viviann e Marcelo

SUMÁRIO

PRÓLOGO	13
<i>Antonio Baylos</i>	
CAPÍTULO 1 - DEMOCRACIA E RELAÇÕES DE TRABALHO	17
Legitimidade concreta no Estado Social	19
<i>Tarso Genro</i>	
Desregulacion versus re-regulación: las aporias del estado de derecho	39
<i>María José Fariñas Dulce</i>	
Protección en el ámbito de la economía informal y derechos sociales vs. “no empleables, descartables y excluidos”	55
<i>Mario Luis Gambacorta</i>	
Cumplir la ley. Análisis de exigencias jurídicas convencionales en Catalunya	81
<i>Edileny Tomé da Mata</i>	
CAPÍTULO 2 - DIREITO DO TRABALHO DURANTE A CRISE DA PANDEMIA	93
Características da luta juslaboral brasileira em tempos de crise, golpe e pandemia: uma apresentação	95
<i>Alysson Leandro Mascaro</i>	
Estado de Bem-Estar Social, reforma trabalhista e pandemia de COVID-19: o trabalhador brasileiro reduzido à vida nua	101
<i>Guilherme Kirtschig</i>	
OIT, pandemia e relações de trabalho: reflexões sobre segurança econômica	133
<i>Marcelo José Ferlin D’Ambroso</i>	
Teletrabalho da mulher na pandemia	145
<i>Simone Beatriz Assis de Rezende</i>	
O mercado da mulher na pandemia e o teletrabalho: sonho ou pesadelo?	163
<i>Adriane Reis de Araujo</i>	

**CAPÍTULO 3 - DIREITO DO TRABALHO E NOVAS
TECNOLOGIAS 187**

Multidão, massa e categoria no direito coletivo do trabalho 189
José Eduardo de Resende Chaves Júnior

**Informação e comunicação acessível: direito fundamental e
garantia de acesso a todos os direitos de pessoas com deficiência 211**
Maria Aparecida Gugel
Claudia Werneck

**O Direito ao esquecimento e a *due diligence* nas relações
de trabalho 229**
Ronaldo Lima dos Santos
Carolina Spack Kemmelmeier

O trabalho precarizado e subordinado nas plataformas digitais 263
Xerxes Gusmão

**Plataformização do trabalho e a recomendação nº 198/OIT:
decisão do caso UBER no Uruguai e sua aplicação no Brasil 283**
Viviann Brito Mattos

PRÓLOGO

Entiendo que se puede decir que las categorías fundamentales de las ciencias sociales pivotan en torno a las dos siguientes, clase y género, y a partir de ellas se ha intentado explicar el mundo desde un orden de valores guiados por la tensión hacia la igualdad, es decir por un proceso gradual de nivelación de las desigualdades.

Estas dos categorías en su construcción, contenido y alcance, en su propia definición, han sido duramente cuestionadas dentro y fuera del pensamiento social y en concreto en el terreno de la producción científica. Tanto con la categoría de clase como con la de género se ha transitado por episodios de verdadera guerra civil doctrinaria. Olin Wright en su último libro – *Comprender las clases sociales* – se decanta por serrar esas etapas querracivilistas en torno a un concepto que se pretendía fuera el único enfoque comprensivo del análisis de las relaciones sociales, una noción totalizante que atrapa todos los significados sociales, económicos y políticos. Por el contrario, la clase (o el género, atravesado también por turbulencias profundas en cuanto a su comprensión y definición política y socialmente aceptada) son elementos indudablemente válidos para proponer hipótesis de explicación social no definitivas, sino aproximativas. Que se “encarnan” en estudios concretos de movimientos sociales o de análisis de casos.

No se trata pues de un relativismo epistemológico, sino de aceptar una cierta incapacidad teórica en la explicación de las relaciones sociales con una referencia exclusiva y excluyente a un solo concepto, aceptando un cierto pluralismo epistemológico que no niegue sin embargo el recurso central a las categorías centrales de clase o de género.

Este discurso plantea otro en paralelo. ¿Se puede afirmar que las categorías fundamentales del Derecho del Trabajo se reducen a tres, a saber, el trabajo – asalariado, subordinado –, la ciudadanía – como cualidad política marcada por la inserción social en la condición subalterna de una mayoría de la población – y la igualdad – como espacio en el que clase y género se encuentran y que se va desplazando prevalentemente hacia esta última categoría bajo un principio antidiscriminatorio y el impulso a la consecución de la igualdad efectiva? Un triple orden de nociones que se integran en un orden de valores marcados por el progreso y la justicia social.

Estas categorías fundamentales tienen como contrapunto otras dos con las que debe confrontarse. La libertad de empresa y de mercado, con lo que ello supone de intangibilidad del centro neurálgico de la subordinación, el

poder de dirección y control de la actividad laboral del titular de la empresa u organización productiva, y el contrato libre e individual como expresión del consentimiento en la producción, la fuente de la sumisión y de la legitimación del poder del empresario.

La labor del jurista consiste entonces en verificar en qué medida esta categorización encuentra una positivización en los diversos modelos de los sistemas jurídicos nacionales o supranacionales donde existen como diferentes niveles o escalas de regulación, y en especial en la constitucionalización de éstos como principios políticos de una sociedad democrática. En qué medida el desarrollo o la dinámica de estas categorías fundamentales entre sí determina la subordinación de las políticas del derecho que buscan su centro de gravedad en el trabajo asalariado como el germen de la libertad y la emancipación de las personas que se encuentran en un espacio nacional determinado. Normalmente el jurista se limita a constatar la ambivalencia de los modelos normativos examinados, señalando si en la resolución de los conflictos que plantea la confrontación de derechos predomina la orientación de “progreso” o la de “conservación”, sin que se describa concretamente la relación de confrontación entre las nociones fundamentales que sostienen el Derecho del Trabajo en una perpetua dinámica de conflicto y de inestabilidad.

La respuesta a estas cuestiones debe ir en el sentido de recuperar la centralidad en el examen crítico de la regulación normativa y colectiva del trabajo asalariado subordinado, y con ella los contornos de la explotación del mismo – legal e ilegal -, la autocomplacencia en la posición de estar sometido voluntariamente a un dominio sobre la propia persona durante una buena parte de la vida, la reducción del valor social y político del trabajo concreto a su valor monetario expresado en el salario.

De esta manera el jurista crítico puede enlazar con los enfoques que se han desplazado hacia el espacio de la ciudadanía (social) en el que la mediación de lo público a través de la acción reformista del Estado social condiciona la mediación colectiva de la acción sindical a partir de la importancia constitutiva de la prestación (pública) de servicios y recursos monetarios que previenen frente a estados de necesidad y desmercantilizan esas necesidades sociales. Pero esta deriva hacia la consideración del trabajo como base de la ciudadanía que consecuentemente hace reposar en el Estado (social) una función de regulación social directa en una dirección igualitaria no debe atrapar los esfuerzos de una política del derecho emancipatoria sobre el trabajo, que no resulta posible sin afectar antes el nudo de la subordinación y del dominio que radica en la producción y en el poder privado que la dirige. La incidencia de las crisis económicas y la irrupción de cambios fundamentales en las re-

laciones de producción como las que ha llevado a cabo la digitalización son elementos cuyo análisis puede cobrar autonomía, pero que es conveniente insertar en ese esquema más general de confrontación entre los elementos fundamentales que dan sentido a la construcción del Derecho del Trabajo en un territorio concreto.

En este contexto la igualdad de género, que tiene un alcance indiscutiblemente transversal (e interseccional) que incide sobre las dos categorías fundamentales marcadas por el contrato y la libertad de empresa en el mercado, debe desprenderse de esa confusión con el principio antidiscriminatorio en el que se encuentra confinada, a la vez que plantea problemas profundos en el cuestionamiento del propio trabajo objeto de Derecho del Trabajo, en su reducción a relación salarial mediada por el mercado, ignorando la existencia de trabajo no mercantilizado, trabajo donado y de cuidados que fundamenta y posibilita la vida y la existencia colectiva, y que por el momento se sitúa en la subsanación de esta condición a través de prestaciones públicas que reivindican una condición plena de ciudadanía igualitaria, pero sin entablar una relación directa con la reformulación de la dimensión del tiempo en relación con el trabajo, la persona y la vida. También aquí crisis, salud laboral y salud pública, utilización de medios digitales para la prestación del trabajo y otros elementos importantes de análisis deben ser insertos en esta lógica emancipatoria y subversiva que la igualdad de género y el pensamiento feminista traslada necesariamente al análisis del jurista del trabajo.

Todas estas cuestiones, las tensiones que subyacen a los elementos centrales del derecho laboral y del estado social, subyacen a los trabajos reunidos en el libro que con tanta amabilidad como paciencia sus organizadores – Marcelo D’Amoros y Viviann Mattos - me ha encomendado presentar. En él se pueden encontrar aportaciones muy decisivas sobre la irrevocable condición democrática del estado de derecho como estado social, con especial atención a la irrupción de la crisis provocada a nivel global por la pandemia de Covid19, y la apertura posible hacia un cambio en las coordenadas del derecho laboral tras la conmoción causada por la misma. Una transformación que a su vez está actuando, mediante la irrupción en paralelo del cambio tecnológico de la digitalización, sobre las relaciones de producción, sin alterar los elementos centrales del dominio del titular de la empresa, al contrario, reforzando su poder de dirección y de control y experimentando nuevos modelos de negocios como el trabajo al servicio de las plataformas digitales que pretenden imponer la explotación de las personas trabajadoras fuera de los elementos de contraste y de tutela que proporciona la consideración de estas relaciones como laborales, es decir, sometidas al derecho del trabajo.

El volumen colectivo se nutre de aportaciones de muy reconocidos especialistas, con algunos de los cuales además este prologuista mantiene una relación de estrecha amistad. No es posible en este prefacio ir desgranando un resumen o una pequeña relación de cada una de las aportaciones, que como se puede ver a partir del índice, son muy numerosas y pertinentes. Los trabajos de Fariñas, Gambacorta o Genro enlazan directamente con esa idea de democracia social que da sentido al Derecho del Trabajo, y Pepe Chaves inserta su análisis sobre la multitud y la masa como determinantes del interés colectivo. La diferente respuesta a la crisis sanitaria y económica del Covid aparece en los textos de Mascaro, Kirtschig y D'Ambroso, y la problemática de género atraviesa los artículos de De Rezendem y Araujo, como asimismo los problemas derivados de la digitalización laboral en dos Santos, Kemmelmeier y Mattos. Todos y cada uno de los temas tratados revisten a mi juicio una enorme importancia, y denotan la inteligencia crítica de los organizadores del libro al proponer a sus autores esta panoplia de temas fundamentales. La lectura de *Democracia, Direito do Trabalho e Novas Tecnologias* fomentará en sus lectores y lectoras fundamentales elementos de análisis y reflexión sobre el momento en el que se halla la regulación del Estado social y democrático sobre el trabajo y las perspectivas posibles de emancipación social que se abren. Un libro para paladear en su aprovechamiento como un vino de autor, de fuerte personalidad y retrogusto inolvidable.

Bolonia, 25 de abril de 2022

Antonio Baylos

CAPÍTULO 1

DEMOCRACIA E RELAÇÕES DE TRABALHO

LEGITIMIDADE CONCRETA NO ESTADO SOCIAL

Tarso Genro

Sumário: 1. Instituição da Ordem. 2. Ordem e Legitimidade. 3. Os trânsitos de legitimidade dentro da ordem. 4. O Limite do Regime Liberal Democrático no Estado Dual. Bibliografia.

1. INSTITUIÇÃO DA ORDEM

Nada mais fácil para uma compreensão do Estado Social de Direito do que recorrer à concepção naturalista de Hobbes. Ela parte de uma suposta constatação empírica pela qual as “faculdades” humanas do espírito e do corpo são iguais em todos os seres humanos, porém, atenção: para Hobbes precisamente esta igualdade é que gera a desconfiança e a guerra, bloqueando uma sociabilidade civilizatória pautada pela igualdade.

Para Hobbes “essa igualdade de capacidade gera igualdade de desejos e esperanças em atingi-los e quando dois homens desejam a mesma coisa e não podem usufruí-la, simultaneamente, tornam-se inimigos e esforçam-se para destruir ou subjugar, um ao outro”.¹ A “subjugação”, que elimina esta disputa, seria – para Hobbes – a base da ordem estável e o destino natural das pessoas derrotadas na disputa pelos seus desejos, cuja subjugação seria determinada pela imposição da força e pela astúcia do subjugador.

O Estado de Direito – como oposto da ordem hobbesiana – seria, portanto, uma montagem normativa “antinatural”, baseada em relações de solidariedade com subjugação, que integrará-nos fundamentos da dominação social – os acordos possíveis e os consensos construídos. Desta forma, o uso da força consentida e limitada – já dentro do Estado Social de Direito – seria regularizada, para que o uso da “astúcia” dominadora fosse contida. Assim instaurada, a ordem do Estado Social promoveria uma relação de sociabilidade mais humanizada, que colocaria limites na dominação pelo mais forte.

Instituir uma ordem eficaz requer, preliminarmente, ter poder para tanto. Em segundo lugar, para que o poder que institua ordem obtenha um consenso entre os destinatários da ordem, os seus instituidores precisam da aquiescência dos que são “ordenados”, a saber, que eles reconheçam – no Poder que organiza a ordem – uma força exercida com finalidades lícitas. No auge da formalização jurídica do Estado Moderno a integração entre direito e política atinge o seu ponto máximo, no qual se acentua o ativismo do Poder Judiciário. É quando a “atividade” extraordinária deste poder deixa de ser uma “deformidade” ou “anomalia” e se torna uma nova característica do seu ser concreto.

¹ VEIGA, Eduardo de Lima. “Terrorismo e direito penal do inimigo: Contornos e legitimidade à Luz do direito Internacional”. Rio de Janeiro, 2019, p.121.

Este ativismo em expansão, porém, não se move em especial para dar efetividade aos direitos do Estado Social. Este aspecto “social” é possível do Estado, só começa integrar de forma predominante a vida comum – regrada no Estado de Direito do século passado – quando for hegemônica uma sociabilidade política que impulsione a solidariedade como prática de Estado. É o período que se abrirá quando for superado, politicamente, “o consenso entorpecente, o politicamente correto dos comunicadores televisivos e das elites partidárias e universitárias sobre a justiça”, que tem transformado as decisões da mídia em uma primeira e última instância “para judicial”, nas quais o Estado onipotente “lava a honra” da sociedade em crise.

No período atual, não raramente o Poder Judiciário vem se permitindo prolar decisões que levam ao absurdo os privilégios da desigualdade, reavivando na esfera pública “uma forte tendência a (aceitar) a atuação governamental e legislativa fragmentadora do estoque constitucional de direitos e garantias trabalhistas”². Trata-se de um processo de inovação decadente e prematura do Estado Social de Direito.

Não se trata apenas, no caso, de maus consensos ou de um ataque premeditado à democracia, mas de um novo modo de ser na produção da Justiça, sustentado na mediatização do jurídico como elemento da reprodução social capitalista. É um movimento, tanto espontâneo como induzido, mas sempre apoiado numa hermenêutica incompatível com o sistema de normas que organiza a vida comum no Estado Social.

Este contraditório, entre a Justiça (tornada ideologia do conforto midiático) e a efetividade dos direitos fundamentais (como conduto de afirmação do Estado Social de Direito), deve ser tratado com atenção. Ele versa sobre “os conteúdos, as ideias fundadoras – a igualdade perante a lei e o direito do acesso à Justiça em condições de igualdade, agrego – não as suas lateralidades e as suas evasivas formalidades (...) e esse contraditório (da parte do Estado Social) na essência, (se)assenta em querer melhorar o que está – a partir do Direito – para dar um futuro à Justiça em se conformar com o que está a ser produzido pelo cotidiano”³, manipulado no mercado de ideias da obsolescência doutrinária programada.

Vejamos de maneira esquemática como se dá, em regra, a formalização de ordem jurídica democrático-liberal, utilizando para tanto a parábola de

² MENEZES, Mauro de Azevedo. (Texto solicitado ao autor) e Justiça do Trabalho sob Ameaça de Morte. Roteiro para uma Reação Socialmente Afirmativa. In: Resistência II. Defesa e crítica da Justiça do Trabalho. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p.118.

³ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O futuro da Justiça”. Lisboa: Ed. Nova Veja, 2015, p.8.

uma mesa de refeição: alguém que “põe a mesa” na sua casa – para um jantar entre convidados aleatórios – precisa instituir uma ordem, pois o evento que está sendo composto por indivíduos de diferentes posições sociais e origens, deve assumir uma determinada conformação. E deve ser previsível.

A mesa – de mogno ou de plástico – os pratos, de porcelana ou chineses; os talheres, de prata ou de ferro fundido; a toalha de linho – os guardanapos, as refeições e todo o ambiente – acondicionam a mesa para o desfrute dos convidados. Os lugares das pessoas na mesa, já com os instrumentos de uso postos à disposição, dizem muito a respeito do que será o jantar. Se ele é uma simples celebração formal, se vai ser servido com mais (ou menos) hierarquia; se as pessoas que estão na mesa, pelos lugares que ocupam – mesmo em condições só formais de igualdade – estarão mais próximas ou mais distantes daquele sujeito com “poder” que convocou o acontecimento.

A parábola da mesa é a parábola da instituição de uma ordem. Ela é pretendida, mas nem sempre realizada na vida real como foi prevista. O seu ideal concebido é – entre outros fatores – também condicionado pelo comportamento e as expectativas dos comensais, o que implica que a “ordem” – como resultado – nunca será exatamente como quis o seu poder “instituidor”. Aquele espaço regulado, todavia, vai se organizar dentro de alguns marcos projetados pelo anfitrião, cuja capacidade convocatória foi aceita sem restrições ou foi consensuada.

Os sentidos que resultam de uma ordem são orientados pelas normas emitidas pelo poder que a instituiu, mas estes sentidos também adquirem vida própria, mesmo que sejam estáveis por um certo tempo. O processo de configuração dos sentidos da ordem tensiona os seus limites para um objetivo pressuposto, que nunca é revelado totalmente na norma, mas que esteve presente no processo político em que ela foi construída. Exemplos críticos destes limites: os convidados poderiam por vontade própria “trocar de lugar” – independentemente da permissão do anfitrião – sem que a ordem desmoronasse? Alguma normatização poderia (ou deveria) prever que – dentro da ordem – milhares poderiam morrer de fome ao lado dos abastados e dos ricos?

Estes parâmetros da ordem são claros ou ocultos – supostos ou induzidos – mas necessariamente traçam limites. Suas linhas de resguardo, de um lado evitam a dissolução anômica do compartilhamento (ali proporcionado) e de outro mantém o convívio (previamente organizado) entre os circunstantes. O grau de acolhimento desta ordem permite, portanto, pelas suas formas de recepção legítima, que mesmo aqueles que não tenham as suas expectativas atendidas mantenham os compromissos que os levaram até ali.

A definição do “sentido” que a ordem jurídica na sociedade contemporânea adquire, como ordem concreta, é frequentemente “judicializada” e é possível constatar nos Tribunais Constitucionais, tanto decisões que fazem as harmonizações destes sentidos, coerentes com o Estado Social de Direito, bem como decisões que levam a sua desarticulação, pela resistência dos mesmos Tribunais a ajustar-se ao conteúdo do Estado Social.

Os prolores de tais decisões trazem para a “ordem concreta” a leitura que fazem da ordem normativa, posta pelo Constituinte na Lei Constitucional, sempre em uma destas das suas possibilidades. O conceito de Estado Social contido no Preâmbulo da Constituição do Estado Social, todavia, obriga uma nova hermenêutica que “dê vazão” às possibilidades de igualdade e de solidariedade, já que é nele – Preâmbulo – que o Direito e a Política constituinte estão harmonizados e concentrados.

Tomemos debate sobre o direito de greve como exemplar para melhor compreender o sentido das limitações ao direito de greve, em casos concretos (comonos “serviços essenciais”) a partir de decisão do Tribunal Constitucional Espanhol. A referida decisão indica uma alternativa de interpretação da lei de forma coerente com o sentido do Estado Social, ao examinar uma greve deflagrada num serviço essencial. E ela “modula” a essencialidade desta forma: “não há razão neste momento (de limitar) o direito de greve, (pois) a técnica de conciliação entre ambos os direitos(...) no caso de greve nos meios de comunicação, desdobrando o momento temporal do exercício do direito”, permite a “determinação concreta do conteúdo de serviços mínimos”, registra com maestria Antonio Baylos⁴.

Imaginar uma eventual mudança de “posição nas relações de poder”, que interferem no sentido das normas produzidas na “mesa” constituinte ajuda, de um lado, a compreensão normativa do Direito no Estado Social e, de outro, a compreender que o sistema fixa sua legitimidade por dentro do contexto histórico-político da época, moldando aqueles sentidos possíveis, já expressos nas leis positivas.

Estas normas diretamente positivadas são um dever ser formal, “se é que ainda se pode manter a ideia de norma jurídica, pois alguns preferem falar em regras e princípios, (sendo a) hermenêutica uma tentativa de se manter a estrutura normativa, ampliando as suas fontes de produção de sentido”.⁵

⁴ GRAU, Antonio Baylos, “Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga”. 1ª Ed. Albacete: Editorial Bomarzo, 2018, p. 94.

⁵ ROCHA, Leonel Severo. “Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico.” Universidade de Coimbra .Editora: COIMBRA. p. 1042.

Independentemente de qual seja este sentido, porém, o processo hermenêutico está lá para conciliar as fontes da produção dos sentidos, já que o direito moderno – fundado nas abstrações filosóficas iluministas – organiza uma trama normativa que possibilite o máximo de coerência formal para àquelas abstrações.

2. ORDEM E LEGITIMIDADE

No seu clássico “Crítica da Modernidade”⁶ Alain Touraine, depois de salientar a oposição de Rousseau (defensor da soberania popular como soberania política a serviço da razão) a Voltaire (defensor de que a modernidade conduziria – por si mesma – a uma ordem social racional), Touraine defende que a concepção iluminista “não é uma filosofia do progresso, – mas quase o contrário – uma filosofia da ordem”⁷. Ele percebe que a estrutura de poder como ordem, designa as formas legítimas do Governo soberano no Estado Nacional Moderno. Sem estas formas não haveria a previsão de direitos nem o exercício de prerrogativas. Nem se abririam espaços de legitimação para a resistência ao arbítrio.

A legitimidade da ordem jurídica do Estado Social de Direito, tem sido alvo de inúmeras concepções que se propõem mostrar – através dos juízos sobre o seu desenvolvimento prático – qual é o sentido da ordem. Aqueles juízos formam-se tanto na jurisprudência – que diz o sentido conjuntural das normas – como nascem pelo preenchimento dos seus silêncios normativos, a partir da autoridade do Estado pela “exceção” (ou pelo acordado como interpretação) entre as visões de mundo concorrentes nos espaços de decisão.

O consenso, portanto, é um dos elementos da legitimidade, tanto do Estado como do seu Governo. Já a organização das suas formas jurídicas é tanto necessidade como consciência: menos a consciência da razão abstrata e mais a racionalidade concreta imposta pela vida. Os consensos, em qualquer Estado realmente instituído, aliás, “nunca (foram) (nem são) livres; ao contrário sempre são (e foram) pelo menos em parte força dos e manipulados”⁸. Os seus aspectos forçados dizem da cogência das leis e os seus fundamentos manipulatórios dizem da natureza da política democrática, pelo exercício da inteligência ou só da força.

⁶ TOURAINE, Alain. “A Crítica da Modernidade. Petrópolis”: Ed. Vozes, p.30.

⁷ Idem, p.31.

⁸ BOBBIO, Norberto, METTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco; tradução Carmem C. Varrialle... [et. AL]; coordenação da tradução João Ferreira. “Dicionário de Política.” Brasília: Editora UNB Brasília, (p. 678, verbete “Legitimidade” Lúcio Levi).

As mediações políticas que legitimam a força constituinte vão compondo, então, processualmente sua materialidade, pois, como diz Müller, “quando o termo “povo” aparece em textos de normas, sobretudo em documentos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante compreensão de (força material) plenamente vigente da formulação, na prescrição jurídica (do tipo legal), (que) deve ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado “lege artis”.”⁹

O nascimento dos regimes representativos, fruto das grandes revoluções políticas modernas, criou condições para uma substancial juridificação da política (...) ¹⁰ e fundiu, provavelmente por um longo período, direito e política, na democracia liberal representativa. A discussão do Estado de Direito então, que fez avançar a ideia de soberania – oposta à tradição “fechada” de castas e corporações da Idade Média – parte agora de novos fundamentos, pois neles estão os sentidos possíveis da ordem concreta, tal qual possibilita o Estado Social.

O Estado Social, formatado em países como o Brasil, é produto da expansão do constitucionalismo moderno, que transitou desde a eliminação das ordens jurídicas que aceitaram e “naturalizaram” o escravismo até os dias de hoje. Esta expansão veio através do Direito Público, pela via do direito administrativo, do direito civil como regulador das relações da família e propriedade na democracia – pela via do direito do trabalho como direito social básico – e agora, fortemente, como expressão de um direito penal internacional: neste, o “fenômeno de globalização marca a passagem de um modelo de Sociedade Industrial clássica para um modelo de sociedade de risco, provocado pelo avanço tecnológico e pelo poder econômico”¹¹, através dos quais determinados padrões de criminalidades e universalizaram.

No Estado de Direito possível como Estado Social, fica indicado “um valor (que) alude só a uma direção para a organização do Estado como Estado Social, mas não encerra, em si mesmo, consequências precisas. Este va-

⁹ MÜLLER, Friedrich. “Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia.”. Tradução de Peter Naumann – São Paulo: Editora Max Limonad, 1998. p.83.

¹⁰ COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Organizadores); Estado de Direito, História, Teoria e Crítica. Capítulo, “Para Além do Estado de Direito, tirania dos juizes ou anarquia dos advogados” Pier Paulo Portinaro, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 467.

¹¹ RENNER, Mauro Henrique. “O crime Organizado e a expansão do Direito Penal”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Direito, 2019, p. 9.

lor, na sua trama normativa, é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos”¹² e as suas incidências na vida das pessoas – no Estado Social de Direito – será marcada pelo grau de efetividades direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais.

Mas nesta mesma vida “os direitos sociais, porém, se conformaram – como diz Pisarello– como direitos de “tutela debilitada”, ou praticamente como direitos “não fundamentais”, a saber, direitos “menos sérios” que os demais, em primeiro lugar e, em segundo lugar, porque (outroa) fixados como direitos justiciáveis, (...) não podem ser invocados ante um Tribunal, mais ou menos independente, com o objetivo de que este estabeleça medidas de reparação antes de sua violação (...)”.¹³ A denominada “reservado possível”, usada pelos Tribunais, para não de ferir as postulações vinculadas aos direitos fundamentais, é a base doutrinária da “práxis” que nega sua efetividade.

O Estado de Direito – ora “social de direito”– “composto por diversas culturas jurídicas que atravessam a era moderna” (já juridificada plenamente) “nasce no momento em que a ideia do Governo das Leis interage com a ideia da soberania do Estado Nacional Moderno”.¹⁴ A questão é saber se o resultado da nova interação normativa do Direito com o capitalismo, (tal qual está sendo “ordenada” pelo sistema material e formal do capital financeiro) é um ponto de partida válido para aferir o grau de legitimidade, tanto dos Estados como dos governos, na sociedade democrática da etapa do Estado Social.

A metodológica que constrói uma dogmática capaz de promover os direitos sociais como “justiciáveis”, deve ser coerente com a etapa da modernidade na qual o Estado de Direito é Estado Social. Este (Estado Social) – abriu aquele – (Estado moderno de Direito) para as novas produções de sentido, que imputam um novo sentido ao Estado moderno. Ele não pode mais absorver reformas regressivas ou acolher uma dogmática que ignore a orientação do Preâmbulo que rejeita, de forma radical – por exemplo – tanto o fascismo como o ultraliberalismo.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justiça”. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.21.

¹³ PISARELLO, Gerardo. “Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción”. Madrid: Trotta., 2007, p.79.

¹⁴ COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Organizadores); “Estado de Direito, História, Teoria e Crítica”; Capítulo, Para Além do Estado do Direito, tirania dos juizes ou anarquia dos advogados, Pier Paulo Portinaro, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 467.

A conformação do Estado de Direito como Estado Social, dentro das reais relações de poder, firmou-se com normas jurídicas vinculadas ao Preâmbulo da Constituição¹⁵, pois é nele que a política realizou o Estado de Direito, independentemente do grau de efetividade que o Estado Social já materializou nas promessas dos direitos fundamentais.

Esta conclusão vem na esteira da própria evolução do constitucionalismo moderno, pois o seu “cerne”, no texto da Constituição, é formado “num primeiro momento, por textos de normas; uma Constituição enquanto diploma só pode conter textos de normas (artigo 79, inciso III, alínea I e artigo 20 da LF). Mas já que estes textos de normas devem fornecer o critério de aferição de legitimidade, eles legitimam somente à medida que a práxis constitucional se a coaduna realmente com eles”.¹⁶

3. OS TRÂNSITOS DE LEGITIMIDADE DENTRO DA ORDEM

O Estado moderno não gera mecanicamente um constitucionalismo social, pois o absolutismo “na emergente ordem estatal dos inícios da modernidade não admite, ainda, a diferenciação funcional entre política e direito”, mais tarde unificados para serem separados, quando necessário, com vistas a reforçar ou debilitar o Estado Social: “não obstante, o que surgia como nova, era a tendência à superação dos fundamentos sacros do poder, a dessacralização do direito. Dessa tensão entre instrumentalidade e indisponibilidade do direito surge como evidente”¹⁷ que apolítica radica o Direito, não mais de forma mediata, mas imediatamente, pela sua conformação constituinte. O Estado Social do Direito reconheceu plenamente a pluralidade classista do Direito, regrado na Constituição e assim chancelou normativamente esta pluralidade, dando a ela um sentido de solidariedade e equilíbrio social.

¹⁵ BRASIL, Constituição (1988.) www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. acessado em: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

¹⁶ FRIEDRICH, Müller. “Fragmento (Sobre) O Poder Constituinte Do Povo”. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2004, p.104.

¹⁷ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “Transconstitucionalismo.” São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p.15.

É recorrente no constitucionalismo moderno o convívio entre uma ordem legítima e um governo ilegítimo, assim como são possíveis longos períodos de convívio entre uma ordem legítima e governos ilegítimos. Onde existe uma coincidência permanente, todavia, entre governo ilegítimo e ordem ilegítima o direito desaparece. No caso, o Estado transforma-se em máquina de poder sem direito, dotada de regulações para o exercício criminoso da força. Carl Schmitté quem teoriza e tenta dar dignidade à ordem nazista, que se realiza quando o Estado absorve e elimina a cidadania da vida política do Estado Moderno e assim monopoliza o crime.

Na crítica da cidadania contemporânea de Juan Ramon Capella fica anotada a dissolução de poder que a cidadania sofre (inclusive na esfera de política democrática do Estado Social) pois, segundo Capella, ao “delegar integralmente ao Estado a tutela dos seus direitos”, elas e esvai e pode chegar a aceitar majoritariamente, num momento de crise extrema, o convívio como nazifascismo ou regimes assemelhados.

Hoje este cenário é promovido pelo deslocamento da força normativada Constituição para o poder que o capital financeiro exerce para forçar negação do Estado Social. Este poder do capital financeiro tende a substituir a força normativa da Constituição e também dilui – gradativamente – a energia da política para promover o exercício de direitos fundamentais do Estado Social. Na democracia liberal, ao tolerar uma democratização “falsa e insuficiente”, que não impede o poder político privado de modelar a “vontade estatal” (e) facilitar o crescimento, supraestatal e extra estatal deste poder privado, a renúncia aos direitos cidadãos se completa.”¹⁸

Lembremo-nos que o conceito totalitário de cidadania, foi integrado nas experiências fascistas já durante o período da ascensão nazi, no qual o “estado normativo” e o “estado discricionário” conviveram em conflito. O avanço totalitário sobre a cidadania, em Weimar, já iniciara antes da edição das normas ditatoriais impostas por Hitler, apoiado nas ações violentas dos grupos para militares e do próprio aparato administrativo do Reich. Estas possibilidades de deformação, ainda que com formas jurídicas adaptadas, não estão eliminadas na crise atual do sistema democrático-representativo. Basta conferir as posições defendidas pelo Presidente Bolsonaro na reunião Ministerial do dia 23 de maio, na qual ele defendeu abertamente – na presença do seu Ministro da Justiça emudecido – a criação de milícias armadas para neutralizar os adversários do seu demente projeto de Governo.

¹⁸ CAPELA, Juan Ramon. “Los Ciudadanos Siervos”. Madrid: Editorial Trotta, 1993, p.152.

Não há na história um ascenso linear de “vitórias” nas lutas coletivas ou individuais contra a opressão econômica e social. O mais visível é que os avanços não são cumulativos e apenas revelam “acrescente consciência dos direitos que afrontam perigos cada vez maiores nas sociedades complexas”,¹⁹ inclusive porque os direitos não permanecem fixados na vida comum do povo concreto. A crise global do “coronavírus” leva este afrontamento aos píncaros do drama universal.

O conceito de cidadania, expresso no artigo 2.1 da “Lei da Cidadania” do Reich nazista, é exemplar para explicitar o trânsito da legalidade do Estado-Governo para a norma, desta para a coerção plena e, após, para o assentamento dos consensos manipulados. Tal artigo diz que o “cidadão do Reich” é o súdito do Estado, “de sangue alemão ou similar, o qual, através de sua conduta demonstra, que está disposto e é capaz de servir com lealdade ao povo e ao Reich alemão”.²⁰

Ernst Fraenkel, no seu clássico “O Estado Dual” observa que no nazismo, integrado no “Estado legal” (estado normativo) esteve sempre presente um “estado discricionário” (âmbitos de atuação do complexo poder do nazi) do qual emergia a mais absoluta autoridade (...) “que estava governada exclusivamente por critérios de oportunidade e conveniência, para a conservação dos fins políticos e ideológicos da liderança nazi”.²¹

O “Estado Social”, como totalidade normativa com finalidades vinculadas aos direitos fundamentais, formaliza na norma jurídica os conteúdos que alicerçam sua legitimidade, mas – mesmo neste Estado – estes direitos competem com um sentido discricionário oculto, anterior, que permaneceu impregnado na ordem do Estado Moderno absolutista, transformado em Estado Moderno de Direito.

¹⁹ ZOLO, Danilo. “La ciudadanía en una era post-comunista”, en Política – Revista de estudios sobre el estado y la sociedad”, p.126. “Tanto la Idea de un progreso lineal de los derechos –de la esfera civil, a la política y luego a la social– como la de que su desarrollo es producto de luchas exitosas, y no una evolución autónoma o una concesión benevolente, expresan una visión empática y retórica de la modernidad. Una perspectiva realista de la teoría y la historia de la ciudadanía muestra que la declaración y sanción de los derechos no se corresponde directamente con el triunfo de los valores individuales sobre la opresión económica y política. Antes bien, revelala...”

²⁰ CAMPODERRICHI, Ramón. “La palabra de Behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra “de Carl Schmitt, Madrid, Ed. Trotta, p.94.

²¹ id., p.95.

Impressiona a elaboração de Niklas Luhmann, (“A Nova Teoria dos Sistemas”) para quem “a diferenciação funcional na sociedade moderna, cada vez mais complexa, marca a principal diferença com relação às sociedades arcaicas, cuja característica era a segmentação, e das sociedades antigas estratificadas a partir de ordens superiores/inferiores ou camadas médias, baixas e altas“ (...); mas a sociedade moderna é (todavia) narrada não mais por hierarquias (classes, camadas) (mas) por funções diferenciadas”.²² Certamente, para Luhmann, é a partir destas “funções”, entendidas como núcleo do desvendamento da complexidade, que a cidadania vai ter maior (ou menor) potência para o exercício dos seus direitos.

Luhmann desenvolve – inteligente e meticulosamente – a tese que “paralelamente ao aumento da complexidade das sociedades é preciso desenvolver instrumentos que permitam reduzir esta complexidade”²³ até encontrar – acrescento – o núcleo da sociedade complexa: a função. Penso que Luhmann faz uma simplificação forçada (para a reduzir a “complexidade” à “função”), pois seu método não permite compreender a sociedade atual na sua dimensão econômica e jurídica real. Assim, a totalidade econômico-social e cultural fica fragmentada nas funções, como se elas não fossem destinadas e constituídas para determinados fins, segundo uma hierarquia já presente na estruturadas suas classes sociais.

Ora, nestes “fins” (como teleologia dos seus “sentidos”) os interesses pessoais, interesses de grupos, interesses de classe, regulam e limitam as “funções”, através de normas jurídicas que se vinculam formalmente entre si, mas também materialmente (porque respondem às necessidades econômicas concretas) integrantes da “complexidade” da formação social. A redução da complexidade social às “funções”, na verdade é uma simplificação metodológica para busca, do “complexo” que, se permite que o “simples” apareça, o faz somente como construção especulativa.

4. O LIMITE DO REGIME LIBERAL DEMOCRÁTICO NO ESTADO DUAL

Os instrumentos formais que realizam a democracia representativa, não estão desgastados somente pelos controles que as forças do mercado imprimem aos processos de delegação eleitoral. Trata-se, também, do cansaço dos

²² LUHAMNN, Niklas. Apresentação: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). “A nova teoria dos sistemas” PortoAlegre: Editora da Universidade/Goethe-Instituto, 1997, p11.

²³ Id. p.15

metais. O desgaste se revela na pouca agilidade dos Governos de quaisquer sendas ideológicas, em responder os graves desequilíbrios sociais, ambientais, as desigualdades materiais e ainda pela incapacidade dos Estados proverem as demandas individuais ou coletivas, que se amparam nos direitos fundamentais. A judicialização destes direitos, retirados da sua órbita política de raiz, é também consequência deste desgaste.

A transição dos "estados sociais" erigidos a partir de Weimar, para os "estados mínimos" (ou minimizados), tendo como ponto inicial a revolução tatcherista dos anos 70, fez com que "a proteção efetivados princípios valores democráticos terminassem, cada vez mais frequentemente (nos tempos atuais), com a remissão quase exclusiva às normas de direito e à lógica puramente formal dos serviços jurídicos".²⁴ A fusão acabada do direito com a política instituída no Estado Social, portanto, (que não provisiona recursos e formas técnicas para a concretização dos direitos fundamentais) satura o Poder Judiciário, também já assediado pelo controle ideológico da cultura ultraliberal.

A lógica contratual social democrata que ocupava o espaço público reservado ao contrato social começado em 1789, foi substituída – como consequência – pela dialética das demandas jurídicas, originárias da falta de prestações do Estado e pela mediação espetacular da Justiça. Estas demandas, tornadas "espetáculo", passaram a cancelar a legitimidade da ordem social, excluída do âmbito da intervenção da ação política e subtraída dos dispositivos de representação, ancoradas quase em sua totalidade dentro do espaço jurídico.²⁵

Neste processo as "funções" apontadas por Luhmann – particularmente no âmbito do Estado – podem adquirir força persuasiva, na mecânica de legitimação do Estado, como forma de estabilizar a ordem no Estado de Direito. No tocante ao funcionamento do Poder Judiciário, Boaventura de Souza Santos no seu já clássico "Para uma Revolução Democrática da Justiça" ²⁶ opõe à absorção conservadora dos conflitos, presente no Sistema de Justiça, às possibilidades positivas de decisões emancipatórias.

²⁴ CIARAMELLI, Fabio. "La democracia en bancarrota" edición de José A. Estévez Araújo y Giovanni Messina, prólogo de Fabio Ciaramelli; autores, Antonio Giménez Merino [y seis más]. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2015, p.9.

²⁵ Idem. p.9.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. "Para uma revolução democrática da justiça". São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3ª Edição, p. 30 e 32.

Após lembrar os movimentos camponeses e da agricultura familiar, que acedem ao Judiciário para assegurar determinadas conquistas, Boaventura celebra as possibilidades das classes populares (...), em face da própria “politização” do Judiciário, terem um acolhimento protetor de direitos emancipatórios, o que é verificável, mas – como ele mesmo entende – não é o que ocorre ordinariamente.

A “judicialização” da política no nível em que se encontra hoje – como se percebe – já estava inscrita na Constituição pelo colegiado constituinte, quando este consagrou o Estado Social. E ela veio para ficar: deixou de ser anomalia para se transformar em válvula reguladora (e de resistência) do Estado de Direito, vulnerabilizado pela desconstrução da representação política, promovida não gratuitamente. Seu sentido predominante nos momentos de crise tem sido sempre o deliberar – na ordem concreta – o exercício da força normativa do capital financeiro, cuja tendência dominante é eliminar a força normativa da constituição social, para frear os gastos sociais e tratar da solvência da dívida pública.

Os juristas do Estado Social, na área do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, percebem claramente esta dupla racionalidade do Estado de Direito, que vem por dentro do racionalismo ilustrado, ora como “Estado Dual” – naquela opção de Fraenkel – ora como disputa filosófica entre barbárie e civilização, na esfera do racionalismo clássico. O racionalismo regressivo (oculto) transparece quando se torna “racionalidade neoliberal” e – em relação aos direitos sociais – passa a desqualificar a “priorização do trabalho (celebrando) a fragilidade da proteção social como solução ao desemprego atual”²⁷. É o momento em que o racionalismo regressivo já adquiriu força política suficiente para esvaziar os direitos fundamentais, integrantes da Constituição Social, forçando – aos que se avocam como dotados de direitos subjetivos de natureza pública – buscarem um derradeiro “socorro” no Poder Judiciário.

Embora sem apontar a importância que teve, a opção do Constituinte pelo Estado Social, (que estruturou o arcabouço jurídico que levou a política para os embates permanentes no STF) a constatação de Oscar Vilhena Vieira é correta: “Supremacia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões formadas pelos

²⁷ COSTA, Diego Carneiro. “A Inconstitucionalidade da Modalidade de Contrato Verde e Amarelo à Luz da Teoria da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais Trabalhistas”. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-inconstitucionalidade-da-modalidade-de-contrato-verde-e-amarelo-a-luz-da-teoria-da-dimensao-objetiva-dos-direitos-fundamentais-trabalhistas/>. Acesso em: 01.03.2020.

demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A supremacia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. Sua arquitetura está baseada na concentração de três funções jurisdicionais nas mãos de uma única corte, assim como na criação de canais de acesso direto aos atores políticos para provocar a jurisdição do Tribunal.”²⁸

Agrego outro aspecto ao estudo brilhante de Vilhena, porque entendo que uma compreensão mais adequada do fenômeno exige concebê-lo como uma “subsunção”, que o Supremo realiza da política, que já está contida no Preâmbulo Constitucional, que ilumina toda a política Social e se irradia para o conjunto da Constituição. Vilhena diz, a seguir, que o fenômeno é do avanço do direito “em detrimento da política”, ressecando assim o seu juízo sobre o tema, pois não vincula a teleologia da judicialização dada pela unidade hoje essencial entre a política e direito, que fundamentou o atual Estado Social, como conteúdo normativo do Preâmbulo.

Mauro Menezes, em vários estudos publicados sobre o tema da crise do Direito Laboral flagra esta “unidade essencial”, entre direito e política, quando defende a “articulação sistêmica da matéria trabalhista no texto constitucional, (pois) não há como supor(...) que a enumeração de direitos dos trabalhadores tenha na Constituição uma função estanque, voltada tão somente declará-lo se a preservá-los, isoladamente, de derrogações legais ou negociadas”²⁹. A articulação sistêmica, fundida como Direito e Política no Preâmbulo da Carta de 88, percorre de maneira fluente todo o sistema Constitucional.

Assim como a Constituição de Weimar (1919) pode ter sido mitificada como o primeiro documento do Estado Social de Direito, nossa Constituição de 88 pode estar sendo supervalorizada como “fundadora” do Estado Social brasileiro, mas não restadúvida que ela é uma Constituição social democrata, mesmo que tardia, originária da conciliação negociada entre classes e grupos de interesse no âmbito da democratização pós regime militar, dotada de instituições político-sociais inovadoras.

A situação histórica em que ambas as constituições emergiram – a de Weimar e a de 88 – envolveu um compromisso de forças díspares, mas num

²⁸ OSCAR, Vilhena Vieira. “A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional”. Editora: Companhia Das Letras: São Paulo, 2018, p.162 e 163.

²⁹ Menezes, Mauro de Azevedo. (Texto solicitado ao autor) e Justiça do Trabalho sob Ameaça de Morte. Roteiro para uma Reação Socialmente Afirmativa. In: Resistência II. Defesa e crítica da Justiça do Trabalho. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p. 118).

quadro histórico diverso, com vistas a resolver aquelas questões “(promessas) que no declinante Império”³⁰ (na Alemanha), tinham características diferentes das promessas originárias dos acordos na declinante ditadura (no Brasil).

As forças em confronto ou em concertação, carregavam representatividades políticas e promessas diversas que, em ambos os casos – depois da guerra ou da ditadura – “não tinham conseguido ser cumpridas”, como solução para o que deveria ser regulado, com vistas a instaurar uma ordem nova com um “sentido” democrático e social dominante.

A diferença entre ambos os processos é que a “costura” do Estado Social feita em Weimar, (configurada depois da IIª Guerra) era pressionada pela força da revolução comunista e da luta reformista social democrata, travada na Alemanha, e a tessitura de 88 – no Brasil – foi conscientemente acordada já na instalação do corpodeliberativo constituinte, como conciliação dos opostos, com vistas a um regime de liberdades, pela via da democracia liberal-representativa.

A forma desembaraçada com que o bolsonarismo transita entre estas duas possibilidades – luta de classes aberta em Weimar e conciliação vencedora em 88 – é estimulada por um novo fenômeno, que hoje é levado ao paroxismo: a jurisprudência dos Tribunais não se constrói mais – nas questões constitucionais de fundo – com atenção a aproximar a ordem normativa escrita da ordem concreta em vivência, mas ela se forma a partir da intensidade afirmativa da mídia tradicional, que diz a Constituição ao seu modo, segundo as suas preferências políticas. É a jurisprudência midiática que, quando conclui (como concluiu na disputa entre Haddad e Bolsonaro) que ambos eram iguais em valor para a democracia, convenceram o eleitorado que nas eleições não estavam em disputa os fundamentos da Constituição que dão base à vida democrática, nem o sentido da Carta de 88, mas era uma disputa de “políticos”iguais.

O que impulsionou à Constituição de 88 à constitucionalização social e democrática do País, foram os elementos de radicalização transacionados para uma saída pacificada ditadura. Esta transação permitiu que seu corpo constituinte construísse uma couraça normativa de proteção, tanto da natureza do Estado Social com sua teleologia (afinada no Preâmbulo), como dos vínculos dos direitos sociais com direitos fundamentais – presentes os direitos dos trabalhadores – como direitos “não estanques”, como disse Mauro

³⁰ GIMÉNEZ, Francisco Serra. “Teórico de Weimar”. Pensamento, vol.72, 2017, n.202,p.

Menezes, conforme o Preâmbulo da própria norma Constitucional a do seu art. 7º ³¹.

Este processo político transformado em direito objetivo, promoveu uma “noção do direito subjetivo (que) corresponde a uma relação normativa (Rechtsverhältnis) entre duas ou mais pessoas, de tal modo que uma (a portadora do direito subjetivo) pode exigir da outra (a portadora da obrigação) a realização ou não a realização de uma conduta. Geralmente, a figura jurídica do direito subjetivo está atrelada a uma relação jurídica de direito privado. No entanto, pode-se também acolher um direito público subjetivo, no qual a relação jurídica se estabelece entre pessoa e Estado. Em termos analíticos, não existe diferença formal entre essas duas modalidades do direito subjetivo.”³²

É estranho finalizar este texto com a conclusão (acima), de um penalista brilhante, cuja obra maior busca resgatar – nestes tempos mórbidos – a dignidade democrática do “direito ao devido processo penal”, cujos pressupostos mínimos estão instaurados, – como formulação doutrinária – lá no século de Beccaria(1738-1794).

A opção por este final – todavia – não é inexplicável. Ela é inspirada no momento “antisocial” que vivemos, no qual os Direitos do mundo do trabalho – como Direitos Sociais – passam a ser apontados como uma espécie de direito social do inimigo: os trabalhadores como inimigos e mendigos da história, que afrontam a busca da “estabilidade financeira”, perseguida pela razão ultraliberal.

Neste contexto é que o governo ilegítimo atual - instaurado numa ordem legítima - pode defender que os prestadores da força de trabalho saiam às ruas para vender sua energia vital e exponham-se à morte, pois – se não o fizerem – não merecem respeito político nem proteção social decente do Estado, para compartilharem a vida comum segundo o Direito, na luta contra a pandemia com mais chances de viver um futuro melhor.

³¹ Disponível em:https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_7_.asp.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que vise à melhoria de sua condição social, seus incisos e é único. Acesso em: 06-05-2020.

³² TAVARES, Juarez. “Fundamentos da Teoria dos Delitos”. (Prefácio Eugênio Raúl Zaffaroni) Florianópolis: Editora Ti ant Lo Blabc:, 2018,p. 84.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto, METTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco; tradução Carmem C. Varrialle... [et. AL]. coordenação da tradução João Ferreira. “Dicionário de Política.” Brasília: Editora UNB Brasília.

CAMPODERRICHI, Ramón. “La palabra de Behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra “de Carl Schmitt, Madrid, Ed. Trotta.

CAPELA, Juan Ramon. ”Los Ciudadanos Siervos”. Madrid: Editorial Trotta, 1993.

CIARAMELLI, Fabio. “La democracia en bancarrota” edición de José A. Estévez Araújo y Giovanni Messina, prólogo de Fabio Ciaramelli; autores, Antonio Giménez Merino [y seis más]. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2015.

COSTA, Diego Carneiro. “A Inconstitucionalidade da Modalidade de Contrato Verde e Amarelo à Luz da Teoria da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais Trabalhistas”. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-inconstitucionalidade-da-modalidade-de-contrato-verde-e-amarelo-a-luz-da-teoria-da-dimensao-objetiva-dos-direitos-fundamentais-trabalhistas/>. Acesso em: 01.03.2020.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Organizadores); Estado de Direito, História, Teoria e Crítica.

Capítulo, “Para Além do Estado do Direito, tirania dos juízes ou anarquia dos advogados”.

Pier Paulo Portinaro, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

FRIEDRICH, Müller. “Fragmento (Sobre) O Poder Constituinte Do Povo”. São Paulo: Ed. Revistados Tribunais, 2004.

GRAU, Antonio Baylos. “Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga”.1ª Ed. Albacete: Editorial Bomarzo, 2018.

GIMÉNEZ, Francisco Serra. “Teórico de Weimar”. Pensamento, vol.72, 2017, n.202.

LUHAMNN, Niklas. Apresentação: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). “A nova teoria dos sistemas” Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Instituto, 1997.

MENEZES, Mauro de Azevedo. (Texto solicitado ao autor) e Justiça do Trabalho sob Ameaça de Morte. Roteiro para uma Reação Socialmente Afirmativa. In: Resistência II. Defesa e crítica da Justiça do Trabalho. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

MÜLLER, Friedrich. “Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia.” Tradução de Peter Naumann – São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “Transconstitucionalismo.” São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

OSCAR, Vilhena Vieira. “A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional”. Editora: Companhia Das Letras: São Paulo, 2018.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. “O futuro da Justiça”. Lisboa: Ed. Nova Veja, 2015.

PISARELLO, Gerardo. “Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción”. Madrid: Trotta., 2007.

RENNER, Mauro Henrique. “O crime Organizado e a expansão do Direito Penal”. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Direito, 2019.

ROCHA, Leonel Severo. “Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico.”

Universidade de Coimbra. Editora: COIMBRA.

SANTOS, Boaventura de Souza. “Para uma revolução democrática da justiça”. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3ª Edição.

TAVARES, Juarez. “Fundamentos da Teoria dos Delitos”. (Prefácio Eugênio Raúl Zaffaroni) Florianópolis: Editora Ti ant Lo Blabc, 2018

TOURAINE, Alain.”A Crítica da Modernidade. Petrópolis”: Ed. Vozes.

Democracia, Direito do Trabalho e Novas Tecnologias

VEIGA, Eduardo de Lima. “Terrorismo e direito penal do inimigo: Contornos e legitimidade à Luz do direito Internacional”. Rio de Janeiro, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justiça”. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

ZOLO, Danilo. “La ciudadanía en una era post-comunista , en Política – Revista de estudios sobre el estado y la sociedad”.

**DESREGULACION *VERSUS* RE-REGULACIÓN:
LAS APORIAS DEL ESTADO DE DERECHO**

María José Fariñas Dulce

Sumário: 1. Cambio en las reglas de juego. 2. La desregulación, como técnica jurídica de la Globalización. 3. Desregulación y Liberalización: el “gran oxímoron”. 4. Privatización de espacios jurídicos: nuevo pluralismo jurídico privado. 5. Regulación, (Des)regulación y (Re) regulación. Conclusiones. Bibliografía.

1. CAMBIO EN LAS REGLAS DE JUEGO

Desde principios de la década de los ochenta del siglo XX, comienza a desarrollarse, especialmente en el mundo anglosajón, el debate académico sobre la globalización. Algo diferente nacía. Un nuevo proceso histórico estaba en marcha, cuyo punto de inflexión, fue una nueva revolución tecnológica (la irrupción de la informática y la era digital), que abrió el escenario mundial a momentos de crisis, cambios socioeconómicos y tránsitos paradigmáticos, en los que ahora nos encontramos.

Como en todo proceso histórico, en el de la globalización confluyen unos datos empíricos que tienen que ver con las últimas revoluciones tecnológicas e informáticas, y que han permitido una comprensión global del espacio y del tiempo en todos los ámbitos de la vida, junto con un modelo ideológico, pretendidamente universalizable, que intenta monopolizar el proceso, cual es el neoliberalismo económico y el neoconservadurismo político y social, con los consiguientes efectos de su puesta en práctica: la austeridad económica y el autoritarismo político.

De esta manera, constatar el aumento de los intercambios globales, el papel de las nuevas tecnologías, la inmediatez de la transmisión de mensajes y comunicaciones, la multipolaridad del sistema de producción, la creciente digitalización del trabajo es una cosa, pero decir que el sistema económico y financiero global debe escapar a los controles normativos es otra muy distinta. En este segundo caso, se está prescribiendo la técnica jurídica de la *desregulación*, como si fuera una consecuencia necesaria de unos cambios tecnológicos inexorables, cuando en realidad es una prescripción ideológica. Se sustituye en este caso una descripción empírica exacta por una interpretación ideológica. No hay en ello ningún determinismo mecanicista, sino un proceso de construcción social, basado en una ideología neoliberal y neoconservadora que, por otra parte, está quebrando algunos de los consensos fundacionales de la Modernidad.

En definitiva, estamos asistiendo a un cambio de las reglas del juego en el ámbito de la regulación pública-jurídica, que afecta al equilibrio societario de la Modernidad entre libertad, igualdad y seguridad, entendiendo esta última no sólo en su dimensión policial, sino también en la dimensión del

bienestar social e igualitario de la ciudadanía. Este nuevo proceso histórico está generando cambios importantes en los objetos materiales y formales de la regulación. Aparece en escena una nueva tensión entre regulación, (des)regulación y (re)regulación. A la vez que se (des)regulan y/o se privatizan sectores de la actividad socioeconómica, surgen (re)regulaciones de nuevos actores sociales y nuevas conductas emergidas como consecuencia del cambio de las reglas del juego (por ejemplo, la constitucionalización del poder económico). La diferencia está en que ahora la (re)regulación no siempre, ni sólo, se hace a través del legislador estatal, ni siempre, ni sólo, en defensa del interés general.

Junto al desarrollo de este proceso de globalización existe otro hecho, nada baladí, que está contribuyendo también a dicho cambio en las reglas de juego de la regulación jurídica pública. Me refiero a la aparición de las franquicias políticas y/o *redes* del terrorismo *yihadista* internacional, con la consiguiente puesta en escena en el marco de las relaciones geoestratégicas de la doctrina de la “guerra global contra el terror”, que supone una ontologización del terrorismo. La implementación de esta doctrina conlleva la supresión de libertades en aras de la prioridad de la defensa de la seguridad física de los individuos y de la seguridad nacional (de nuevo el dilema *hobbesiano* entre libertad y seguridad), a la vez que militariza y/o policializa los conflictos sociales en unos casos, o los culturaliza en otros hacia peligrosas regresiones identitarias que fomentan el odio y la xenofobia.

Este hecho tiene también su correspondiente discurso ideológico (no es sólo religioso), que gira en torno al *islamismo político yihadista* que propugna la construcción de una “comunidad islámica global” (la *Umma*) y un “califato islámico” como germen de un nuevo orden mundial. Este discurso está siendo fácilmente difundido por los nuevos medios digitales de comunicación y no ha dudado en iniciar una “guerra santa” global (o violencia sagrada), hasta convertir el terrorismo *yihadista* en un nuevo actor político y social¹. Ahora bien, si este tipo de terrorismo se convierte en un nuevo actor político al que cabe hacer la guerra, también podría plantearse la licitud de una “guerra preventiva” o la posibilidad de limitar o *desregular* los derechos e, incluso, suprimir las libertades civiles de quienes supuestamente lo representan, los “enemigos”, sin que todavía hayan cometido un crimen. Este planteamiento del “todo vale en la lucha contra el terrorismo” quiebra directamente el

¹ La doctrina de “la guerra global contra el terror”, parece olvidar, como apunta Jonathan Raban, que “el terrorismo es un medio de beligerancia, no un objeto o un enemigo, y declararle la guerra es como declarársela a los tanques o a los arcos y las flechas”: Cfr. Jonathan Raban, “La verdad sobre el terrorismo” en “Claves de la Razón Práctica”, nº 150, marzo de 2005.

consenso básico de la Modernidad sobre los derechos humanos, el Estado de Derecho y el propio sistema democrático, en cuanto se ven sacrificados los contenidos esenciales de derechos y libertades fundamentales en el altar de la *desregulación*.

En este nuevo e escindido escenario, se llega a plantear por parte de la regulación jurídico-pública, un dilema tan falso como inútil: el de si los Estados democráticos de Derecho han de proteger jurídicamente la dignidad de los individuos o bien la dignidad de los ciudadanos, inclinando la balanza, según uno u otro caso, hacia la defensa de la seguridad física de los individuos o bien la defensa de la libertad y los derechos de los ciudadanos.

Ambos hechos, el proceso de la globalización neoliberal y el terrorismo *yihadista* global, son irreversibles y precisan de nuevos y adecuados mecanismos de control y de gestión todavía por definir. Nuevos escenarios de (re) regulación jurídica pública, tanto nacional como especialmente global, para las dos caras de una misma moneda, que está cambiando y/o quebrando, según los casos, los elementos éticos y estéticos de la Modernidad.

2. LA *DESREGULACIÓN*, COMO TÉCNICA JURÍDICA DE LA GLOBALIZACIÓN

En las últimas décadas estamos asistiendo a un paulatino proceso de *desregulación*, que está planteando retos importantes al Estado de Derecho moderno y a su monopolio de producción jurídica. Durante mucho tiempo el sistema jurídico estatal ha sido el medio por excelencia de garantizar la regulación de la sociedad, con la consiguiente inflación legislativa en muchos casos. En las últimas décadas se están desarrollando, junto a/o en sustitución de las formas tradicionales de la regulación jurídica, un incremento de formas de regulación que no son las del derecho estatal. Esta es una manera de *desregulación*, siempre y cuando entendamos por tal el hecho de no regular a través del derecho estatal ciertas relaciones sociales anteriormente reguladas. La actual *desregulación* es, por lo tanto, anti-pública y, como veremos, antidemocrática.

Sin embargo, este tipo de *desregulación* no significa ausencia de normas o falta total de regulación, sino que hace referencia a un cambio en los objetos materiales y formales de la regulación. En algunos ámbitos, como veremos, la *desregulación* está afectando fundamentalmente a la supresión de controles jurídicos en ciertas actividades socioeconómicas que, solo aparentemente, se muestran como *liberalizadas*. La consecuencia más inmediata hasta ahora está siendo una organización social cada vez más (des)institucionalizada, (des)orgánica, generadora de corrupción, con escaso tejido social integrativo

y provocadora de un individualismo sistémico, que rechaza los deberes con el grupo social y quiebra las bases solidarias de la estructuración social.

La aporía en la que se encuentra actualmente el Estado de Derecho radica en que la estructura económica global cada vez encuentra más dificultades para acomodarse a las técnicas jurídicas tradicionales del derecho estatal. Y esto está produciendo una erosión del papel regulador del Estado en las relaciones sociales y económicas (políticas *sin* regulación), así como una ya anunciada crisis del Derecho legislado.

Algunos de los ámbitos donde la prescripción de la *desregulación* se está llevando a cabo con mayor incidencia y mayores consecuencias son los siguientes: 1) el ámbito económico-financiero, que ha abierto el sistema económico a la especulación sin control de los capitales (des)territorializados (al *capitalismo de casino*), cambiando radicalmente su fisonomía y pasando de la producción a la especulación ; 2) el de la radiodifusión y medios de comunicación², cuya *desregulación* está evidenciando ya importantes limitaciones al acceso a informaciones de interés público y está favoreciendo la imposición por parte de las empresas transnacionales de *Leyes de secretos comerciales*; 3) el del mercado laboral, con la pérdida de centralidad del trabajo en la estructuración de las sociedades, en el derecho y en la economía³, y el de la flexibilización del trabajo, con las sucesivas *externalizaciones* laborales llevadas a cabo en el ámbito industrial y ahora también en el de servicios, con la consiguiente destrucción neta de empleo y el aumento de las desigualdades; 4) el de la tierra y los denominados bienes públicos globales como por ejemplo, el sol, los minerales o el agua (¿es derecho humano o un producto alimenticio que debe ser privatizado?), que según parece está siendo uno de

² La reciente directiva de “Protección de Secretos Comerciales” aprobada en el Parlamento Europeo en julio de 2016 va a suponer una grave restricción de la libertad de información tal y como está redactada, porque castiga con penas de cárcel y multas de cientos de miles de euros a quienes difundan o filtren información interna de una empresa sin su autorización por el bien común o para denunciar prácticas ilegales o potenciales peligros para los consumidores. En otras palabras, por ejercer el derecho de los ciudadanos a conocer sobre asuntos que les afectan, por ejercer el derecho a la información que periodistas, académicos y otros colectivos necesitan para desempeñar su tarea de servicio a la sociedad (*WeMove.UE*).

³ Pietro Barcellona, “Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social”, Madrid, Ed. Trotta, 1992, hablaba de la pérdida del carácter central del “conflicto entre capital y trabajo” en la configuración de las sociedades modernas.

los principales motivos de las guerras climáticas en el siglo XXI⁴; 5) el de la política, en los tiempos de la pos-política, donde la acción política se va convirtiendo en una mera gestión técnica de bienes y personas; y 6) el de los espacios públicos⁵ de debate y argumentación para la construcción de la experiencia social, ahora banalizados en mera retórica de la confrontación entre populismos de ambos lados.

En todos estos casos la *desregulación* ha consistido, básicamente, en la supresión de mecanismos jurídicos-estatales de control, seguida de procesos de privatización de servicios públicos y espacios sociales. Cada una de estas *desregulaciones* por separado, y todas ellas juntas están produciendo una anomia en la protección jurídica de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos⁶, así como una *desregulación* del estatus de ciudadanía y grandes disrupciones sociales. No olvidemos que sólo las burocracias públicas (los Estados de Derecho) han sido capaces de construir el estatus de la ciudadanía, sólo ellas tienen ciudadanos, sujetos morales con derechos y obligaciones; las burocracias privadas (las grandes corporaciones transnacionales) únicamente requieren de clientes con solvencia económica para consumir.

Sin embargo, paralelamente, se (re)regula con más intensidad diferentes mecanismos represivos del Derecho estatal, como elemento central en la construcción de la ideología de la Seguridad Nacional contra el terrorismo y otras posibles amenazas (criminalización de la disidencia política o de deter-

⁴ Harald Welzer, “Guerras Climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo” XXI, Katz Editores, Buenos Aires, 2010, analiza la tensión directa e indirecta que existe entre el clima y la violencia. Vaticina que este siglo no sólo será testigo de migraciones masivas, sino de la resolución violenta de los problemas migratorios y de refugiados políticos y/o climáticos; y no sólo de tensiones en torno de los derechos del agua y de extracción, sino de “guerras por los recursos”. Esta situación se incrementará más, cuanto menos intervención jurídica y control estatal exista.

⁵ Los espacios públicos “desregulados”, en tanto expresión de subjetividades individuales y colectivas, son ahora sustituidos por la utopía neoliberal del consumo representada por los grandes “shopping center”, los nuevos “no-lugares” sin tiempo ni espacio: cfr. María José Fariñas Dulce, “Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación”, Madrid, Dykinson, 2014.

⁶ Niklas Luhman, “Sistema jurídico y dogmática jurídica”, Madrid, Centro de Estudios Institucionales, 1983, señaló hace algunos años, que la protección jurídica de los derechos humanos no es inmediata, sino que depende de la “oportunidad del mercado” y no tiene como objetivo garantizar la dignidad de los seres humanos, sino la garantía de la propia capacidad funcional de una economía movida únicamente por la acumulación del dinero y la especulación. Al cabo de 30 años esta afirmación sigue vigente y aumenta exponencialmente su vigencia por la fuerza compulsiva de los hechos generados.

minados grupos de inmigrantes, estigmatizados por el color de piel o por la religión transmitida, o de desplazados y refugiados climáticos o por conflictos armados, ...). De nuevo, las dos caras de una misma moneda.

3. DESREGULACIÓN Y LIBERALIZACIÓN: EL “GRAN OXÍMORON”

No es lo mismo (des)regular que liberalizar. Ni es lo mismo (des)regular que privatizar. Y tampoco es lo mismo (des)regular que flexibilizar. Aunque con frecuencia e interesadamente todas estas acciones se conjugan conjuntamente, escenificando así un “gran oxímoron”.

Neoliberalismo y globalización no son términos sinónimos, pero la doctrina neoliberal está monopolizando hasta hora el actual proceso de la globalización. Prescribe ideológicamente la *desregulación* para una supuesta liberalización de la regulación jurídica del espacio social, con el objetivo real de incrementar sus rentas de ganancias. Pero hasta ahora la *desregulación* puesta en marcha no ha tenido como efecto la liberalización de las relaciones socioeconómicas, no las ha hecho más libres y con mayor competencia leal, sino todo lo contrario. Ha consistido en la supresión de los mecanismos jurídicos de control, lo cual conlleva en la práctica a menos y peor libertad, a la vez que a mayores abusos y concentraciones de poder⁷.

Por ejemplo, la *desregulación* en el mercado laboral y en el mercado financiero está generando una creciente desprotección de los ciudadanos por la pérdida de derechos y el debilitamiento y empobrecimiento de amplios sectores de la población en ambos espacios. Las normas constitucionales que regulan derechos y libertades (*la constitución material*) van perdiendo su contenido limitativo, su dimensión de límites al poder, o bien por falta de desarrollo, o bien por el vaciamiento de su eficacia práctica, o bien por su cuestionamiento teórico.

Estamos ante una situación de *anomia constitucional* e, incluso, diría yo, de alarma constitucional, cuyo efecto inmediato es una quiebra en los vínculos sociales de la integración de los ciudadanos con sus sociedades (principalmente, el trabajo y los derechos a él asociados...), de consecuen

⁷ Recuérdese la ley Glass-Steagall (1933), que fue derogada en 1999, lo cual en opinión de diversos economistas eminentes facilitaría el comportamiento irresponsable y abusivo del sector financiero que desembocó en la crisis económico-financiera de 2008-2013. Por ejemplo, Joseph E. Stiglitz, “Cuando el capitalismo pierde la cabeza”, 2003, cap. 4, afirma que la desregulación de los mercados financieros cambió el funcionamiento del capitalismo, haciéndolo más especulativo.

cias todavía no previstas. La *desregulación* de los mecanismos de integración social tiene como consecuencia la pérdida del compromiso de la ciudadanía con sus normas, destruyendo sus bases morales, a la vez que provoca un individualismo sistémico, acomodaticio, basado en el cálculo de las ventajas particulares obtenidas dentro del grupo social.

La mejor libertad, en el mercado o en las demás construcciones sociales, es la que está regulada con eficaces mecanismos de control, para conseguir que la libertad pueda ser ejercida por todos en igualdad de condiciones, sin abusos de poder y protegiendo los derechos de los usuarios. Esto es lo que se pactó en el “contrato social” de la Modernidad. Las normas que regulan mecanismos de control son, por lo tanto, imprescindibles para frenar la concentración de poder en oligopolios o monopolios globales. Por el contrario, las recetas liberalizadoras de la actual globalización son más bien liberales-libertarias (¿un renovado “estado de naturaleza”?), que liberalizadoras, lo cual está provocando una amplia concentración de poder en unas cuantas corporaciones globales, que cada vez se introducen más en las estructuras políticas y jurídicas del Estado de Derecho hasta convertir a éste en un Estado Corporativo⁸ y/o empresarial. Un Estado corporativo que se han conseguido con la progresiva constitucionalización de la política económica neoliberal: estabilidad presupuestaria, techo de gasto (reforma del artículo 135 de la Constitución española del 78).

Por otra parte, todo este proceso ha ido consolidando en el imaginario social una cierta cultura de la *ilegalidad* y la impunidad, una especie de “todo vale” en la consecución del poder, así como una falta de adhesión o compromiso moral con las normas legalmente establecidas o, en el mejor de los casos, una desconfianza hacia las instituciones jurídicas. El problema está no sólo en la quiebra de la autoridad legal y judicial, sino en que sin el compromiso con un orden moral que sustente a la regulación jurídica pública, los individuos no pueden comportarse como ciudadanos, sino como seres aislados cuyo individualismo sistémico implica un rechazo a la regulación como tarea colectiva y recíproca.

Los diferentes aspectos de la desregulación generan *anomia social*, es decir, una deficiente estructuración de las expectativas sociales o, lo que es

⁸ Por ejemplo, EE UU, como en otros países, hace tiempo que el Estado se ha ido configurando como un “Estado Corporativo” en el que las grandes corporaciones de sectores estratégicos han cooptado los sectores públicos y han condicionado la regulación jurídica en favor de sus intereses privados: cfr. James K. Galbraith, “The Predator State. How Conservatives Abandoned the Free Market and Why Liberals Should Too”, The Free Press, New York, 2008.

lo mismo, una falta de adecuación entre los objetivos definidos culturalmente (riqueza, bienestar, estatus y ascenso social, ...) y los medios, siempre limitados y mal repartidos, que las sociedades establecen para alcanzarlos. Este tipo de *anomia* social tiene como consecuencia, una ruptura del equilibrio societario entre objetivos sociales y medios legítimos para alcanzarlos. Roto éste, se debilita el orden moral que sustenta el compromiso ciudadano con sus normas e instituciones societarias. Roto el pacto, todo vale con tal de alcanzar el éxito y el dinero.

4. PRIVATIZACIÓN DE ESPACIOS JURÍDICOS: NUEVO *PLURALISMO JURÍDICO PRIVADO*

Problemas normativos de carácter empírico, tales como los conflictos de inter-legalidad o de inter-normatividad que afectan a grupos de población sometidos a diferentes exigencias normativas, la policentralidad jurídica o pluralidad de centros de decisión jurídica, el pluralismo judicial o el uso de mecanismos alternativos (formales o informales) de resolución de conflictos (como los diferentes tipos de justicias comunitarias), han ido configurando a lo largo de los años el paradigma del *pluralismo jurídico*, en cuanto modelo teórico cognitivo del Derecho.

Tradicionalmente no ha existido unanimidad a la hora de aceptar una definición unívoca del concepto de *pluralismo jurídico*. Se podría establecer una distinción entre el modelo teórico de un *pluralismo jurídico clásico* y el del *nuevo pluralismo jurídico*⁹. El *clásico* hace referencia al fenómeno de coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo espacio temporal y territorial (la *polisistemia simultánea*), algunas veces en armonía y otras en confrontación, pero haciendo casi siempre referencia a un contexto pre-moderno y/o colonial: derechos de comunidades indígenas, derecho de la metrópoli frente al derecho autóctono del país colonizado, etc...

El *nuevo pluralismo jurídico* responde a la convivencia de diferentes esferas y/o redes jurídicas como consecuencia de la fragmentación de las sociedades post industrializadas, de la (des)centralización de los derechos estatales y de la (des)territorialidad de las relaciones socioeconómicas. Actualmente, el *pluralismo jurídico* está cobrando protagonismo como consecuencia de la

⁹ Sobre los diferentes tipo de “pluralismo jurídico”, véase más ampliamente, André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce, “Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico”, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2º edición, 2006; y Antonio Carlos Wolkmer, “Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito”, 3ª edição, São Paulo, Ed. Alfa-Omega, 2001.

quiebra y de la fragmentación de la soberanía de los Estados nacionales, tanto en el ámbito nacional o interno, como en el externo o transnacional. Se ha puesto en cuestión la tradicional estructura piramidal y centralista del derecho, emergiendo ahora una estructura circular e, incluso, *reticular*, basada en la inevitable multiplicidad y complejidad de los centros de decisión jurídica, a veces legítimos, otras no, y otras incluso de carácter delictivo.

En las tres últimas décadas se han ido consolidando potentes agentes y estructuras económico-financieras privadas de ámbito global, que están actuando como nuevos actores de la regulación social. Van generando sus propias normas jurídicas privadas de regulación, sus principios organizativos, sus mecanismos extra-estatales de decisión, sus criterios de validación, sus tribunales globales de arbitraje y sus órganos jurisdiccionales *privados* de resolución de conflictos. Una especie de *soft law* frente al derecho formal de los Estados. Por ejemplo, con la aprobación del TTIP entre EE UU y la Unión Europea (EU), la justicia se puede sustituir por tribunales privados (“tribunales de arbitraje”), y los denominados “mecanismos de cooperación” van a permitir que las compañías transnacionales generen las normativas y las reglas, cooptando el monopolio jurídico del Estado. Puede darse el caso de que sean ellas las que diseñen el contenido de las leyes, y no los legisladores.

Aparece, de esta manera, en escena una nueva forma de juridicidad hasta ahora desconocida, la del *derecho global sin Estado* que tiene un carácter *privado, desterritorializado, difuso, de textura blanda y no democrático*, pero una fuerte capacidad procesal para crear e implementar normas. Se genera por la acción de las empresas transnacionales y está dando lugar a la nueva *lex mercatoria* del siglo XXI que suplantán y/o coopta a la legislación pública y territorial de los derechos estatales. Esto, a su vez, está colocando a los Estados de Derecho en una situación de excepcionalidad constitucional en la que se legitima de *facto* la existencia de sistemas jurídicos y socioeconómicos paralelos a los sistemas jurídicos públicos estatales. Hasta el punto de que éstos imponen la modificación de las legislaciones internas de los Estados e, incluso la (des)constitucionalización de derechos constituciones conseguidos a través de muchas luchas sociales.

Una de las *aporías* del Estado de Derecho se sustancia, actualmente, en un conflicto directo entre las constituciones nacionales que incorporan elementos esenciales de democracia social (el *constitucionalismo social*), y la fuerza normativa de las instituciones del capital financiero que incorporan intereses privados, con suficiente capacidad procesal para implementar sus exigencias normativas. Se socava el imperio del derecho estatal, que se ve en la necesidad de actuar, a veces, *localmente* para defender los derechos

adquiridos de sus ciudadanos frente a los efectos negativos generados por los intereses privados del capitalismo global y sus corporaciones transnacionales.

Estamos, pues, ante la emergencia de sistemas jurídicos *privados* que rompen el monopolio estatal de la producción jurídica, a la vez que ponen en cuestión sus propios criterios de legitimación. Es un sutil proceso de *privatización* de la regulación social que busca la flexibilización y el aprovechamiento de los diferentes sistemas jurídicos estatales, para obtener ventajas competitivas en favor de los intereses particulares de las grandes corporaciones globales. Éstas compiten entre sí, cual nuevos *señores feudales*¹⁰, en el mercado global, ocupándose menos del respeto a la soberanía y al imperio de las leyes estatales, que de “costes de sumisión” y de “costes de transacción” económica. Incurren, en muchas ocasiones, en verdaderas corrupciones legales, porque intentan debilitar o, incluso, *comprar* las normas jurídicas internas de los Estados y su aplicación a cambio de inversiones económicas. Operan mediante *redes* globales que trascienden las fronteras y las leyes de cualquier país.

Paralelamente, van surgiendo nuevos actores socio-jurídicos y nuevos centros de decisión y poder, que añaden un plus de complejidad sistémica. La cuestión está en saber cómo se va a desarrollar la interacción entre los nuevos y los clásicos niveles jurídicos que siguen subsistiendo (globales, nacionales, regionales, internacionales). Necesariamente alguno de ellos perderá efectividad y quizá otros se reforzarán.

La tensión se sitúa entre la normatividad privada orientada por intereses económicos particulares y la normatividad pública orientada hacia la defensa de los intereses generales ahora de una ciudadanía global, todavía por construir. La paradoja es que la normatividad pública muchas veces se repliega hacia un proteccionismo únicamente nacional e interno, que no logra interactuar eficazmente en los nuevos escenarios jurídicos globales (véase la victoria electoral de D. Trump basada en la promesa del proteccionismo como un intento de restablecer una cierta soberanía perdida).

¹⁰ La falta de control permite que las nuevas fuerzas económicas de las grandes corporaciones globales impongan sus normas de regulación social y jurídica que más les conviene a sus intereses particulares, compitiendo, incluso, entre ellas, en detrimento de la fuerza normativa del Estado de Derecho: cfr. André-Noël Roth, “La transformación del Estado y del Derecho frente al proceso de globalización de la economía”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca”, Colombia, vol. 1, noviembre, 1996.

5. REGULACIÓN, (DES)REGULACIÓN Y (RE)REGULACIÓN

Los juristas y políticos se lanzaron hace tres décadas abiertamente a demostrar las ventajas de la *desregulación*, con el objetivo de servir a los intereses del neoliberalismo económico. Pero, al mismo tiempo, se asiste a una demanda cada vez mayor de (re)regulación de nuevas materias.

La técnica jurídica de la *desregulación* puesta en marcha por el proceso de globalización ha colocado en el centro del debate la importancia que está teniendo el abandono por parte del Estado de su monopolio de la producción jurídica y la pérdida de su función normativa e, incluso, ideológica. La estructura de los sistemas jurídicos está cambiando bajo nuestra mirada. La concepción jerárquica, monista y piramidal del Derecho del Estado ya no sirve para explicar las nuevas regulaciones jurídicas estatales y no estatales, nacionales, regionales y globales. El Estado de Derecho está perdiendo su monopolio jurídico-normativo frente a un sistema de gobernanza informal controlada tanto por actores privados como estatales o públicos.

Regulación, (des)regulación y (re)regulación muestran ahora un juego jurídico de carácter circular e, incluso, rizomático¹¹, pero no por ello menos estable. La regulación jurídica se mueve ahora entre la centralidad y la (des)centralidad o, parafraseando a François Ost, entre el orden y el desorden. Pero, lo cierto, es que la reconfiguración del control, de este tipo de (re)regulación parece ahora un elemento clave para el sostenimiento de los Estados de Derecho dentro del nuevo escenario global.

Sin embargo, las soluciones no pueden ser ya sólo *ad hoc*, para los conflictos que van surgiendo, como se ha hecho hasta ahora. En el ámbito jurídico habrá que comenzar a actuar en *red*. Desde este nuevo funcionamiento se debería ir construyendo una nueva cultura de la legalidad transnacional, caracterizada por un pluralismo jurídico de tipo horizontal, no centralizado, donde tendrán que coexistir diferentes maneras de gestionar los conflictos.

Pero la dimensión *rizomática*, probablemente, no sólo estará en las estructuras y en los procedimientos, sino también en los criterios materiales de decisión, que ya no podrán ser únicos, ni unilaterales. Es el momento de incorporar otras voces, en un mundo cada vez más multipolar, con diferentes y contrapuestos polos de dominación.

¹¹ Desde el punto de vista epistemológico, un “rizoma” es un modelo cognitivo en el que la organización de los elementos cognitivos no sigue un modelo tradicional de subordinación jerárquica. El rizoma carece de centro, pero no por ello es menos estable. Es múltiple, y sus diversas conexiones pueden ser determinantes para el resto: cfr. Gilles Deleuze y Félix Guattari, “Capitalisme et Schizophrénie 1.L’Anti-Edipe”, París, Ed. Minuit, 1972.

El orden global es cada vez más *apolar* o *no-polar*¹², es decir, la globalización nos ha colocado ante un escenario en el que no existen uno o dos centros delimitados de poder y de decisión (la era de la bipolaridad ya fracasó y el mundo unipolar fue un sueño efímero que nos condujo al mundo *posamericano*), sino en un escenario sin polos, en el que ninguna potencia lo domina totalmente, pero en el que existen múltiples centros de poder (estatales y no estatales, legales, a-legales o ilegales) con suficiente capacidad procesal para generar normas y hacerlas cumplir. Este es un nuevo escenario de juridicidad.

Esto es un hecho, no una prescripción ideológica. Es preciso trabajar con él, incorporando nuevos elementos de seguridad jurídica, y a la vez de estabilidad política, económica y fiscal, con el objetivo de reconstruir las bases institucionales de nuestras sociedades globales.

CONCLUSIONES

Ante estos nuevos espacios jurídicos generados en el ámbito del comercio mundial, las culturas jurídicas tradicionales necesitan buscar modelos jurídicos alternativos para dar respuesta a los nuevos conflictos normativos derivados de la presencia de aquéllos. Todo lo que tiene que ver con la regulación jurídica ha de ser comprendido ahora desde la perspectiva de un *campo jurídico* transnacional o global.

Las técnicas jurídicas y regulativas tradicionales vinculadas exclusivamente al Estado nación se están quedando obsoletas y están perdiendo su exclusividad. Esto obliga a replantear los esquemas regulativos hasta ahora existentes tanto en el ámbito nacional, como en el internacional, puesto que la dinámica de la economía global está operando como un motor de cambio de las técnicas jurídicas de la regulación social.

Las nuevas formas de (re)regulación y los nuevos espacios de regulación deberán ir construyendo la nueva cultura de la legalidad que el mundo necesita, con unos valores compartidos por todos, unos criterios de respeto a la diversidad biocultural y unos mecanismos para resolver los conflictos. Cuanto más complejo (no sólo complicado) y plural sea el sistema, mayores conflictos existirán. Pero el problema no está en los conflictos en sí mismos, sino en la manera en que éstos se van a abordar. Las soluciones no pueden ser sólo tomadas *ad hoc* para los conflictos que van surgiendo. Éstas deberían ser abordadas desde una juridicidad en *red*, que ha de interactuar con diferentes

¹² Richard Haas, “La era de la No-Polaridad”, en “Foreign Affairs”, n°3, 2008, pp.44-56, califica la “era de la a-polaridad” como un “cambio tectónico” respecto al pasado. Irreversible y de consecuencias no previstas todavía.

*campos jurídicos semiautónomos*¹³ con capacidad procesal para crear y hacer cumplir sus normas jurídicas.

Lo que todavía no se ha alcanzado es una adecuada gobernanza política de la actual globalización, un control jurídico, político y democrático de la misma desde unos criterios de legitimación social aceptados por todos. La cooperación jurídica transnacional en *red* se hace imprescindible, para gestionar un mundo cada vez más multipolar, incierto e ingobernable. La multipolaridad o la *a-polaridad* es un hecho, la gestión jurídica en *red* multilateral y transnacional del mismo no lo es, al contrario, es una opción política y jurídica, que en mi opinión se debe adoptar sin ambagos.

Desde la perspectiva del Estado de Derecho, la cuestión ahora está en cómo poder (re)regular nuevos vínculos sociales dentro de sus estructuras nacionales, cómo reconfigurar la virtud cívica, el espacio público y los espacios comunes de cooperación y de desarrollo de subjetividades colectivas, para recuperar el compromiso moral de los ciudadanos con sus normas, instituciones y autoridades jurídicas. Pero sin caer en el paradigma de la simplicidad, ni en el del monismo, que han caracterizado a la racionalidad jurídica moderna y que han excluido siempre la complejidad y pluralidad en la que los intercambios jurídicos se desarrollan, hoy más que nunca.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELLONA, Pietro. (1992) Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social, Madrid, Ed. Trotta, 1992, hablaba de la pérdida del carácter central del “conflicto entre capital y trabajo” en la configuración de las sociedades modernas.

DELEUZE, Gilles. GUATTARI, Félix. (1972) Capitalisme et Schizophrénie 1. L’Anti-Edipe, París, Ed. Minuit, 1972.

DULCE, María José Fariñas. (2014) Democracia y Pluralismo: Una mirada hacia la emancipación, Madrid, Dykinson, 2014.

¹³ Los “campos jurídicos semiautónomos” se definen y delimitan no mediante su organización, sino mediante una característica “procesal”, es decir, mediante el hecho de que pueden crear normas, asegurando su cumplimiento con la fuerza o con la inducción: cfr. Sally F. Moore, “Law and Social Change: the Semiautonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, en “Law and Society Review”, 19973 pp. 719 y ss.

_____. ARNAUD, André-Jean. (2006) *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2ª edición, 2006.

GALBRAITH, James K. (2008) *The Predator State. How Conservatives Abandoned the Free Market and Why Liberals Should Too*, The Free Press, New York, 2008.

HAAS, Richard. (2008) “La era de la No-Polaridad”, en *Foreign Affairs*, nº3, 2008, pp.44-56.

LUHMAN, Niklas. (1983) *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Institucionales, 1983.

RABAN, J. (2005), “La verdad sobre el terrorismo” en *Claves de la Razón Práctica*, nº 150, marzo de 2005.

ROTH, André-Noël. (1996) *La transformación del Estado y del Derecho frente al proceso de globalización de la economía*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca*, Colombia, vol. 1, noviembre, 1996.

WELZER, Harald. (2010) *Guerras Climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, Katz Editores, Buenos Aires, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. (2001) *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 3ª edição, São Paulo, Ed. Alfa-Omega, 2001.

**PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA INFORMAL
Y DERECHOS SOCIALES VS. “NO EMPLEABLES,
DESCARTABLES Y EXCLUÍDOS”¹**

Mario Luis Gambacorta

¹ Trabajo elaborado sobre la base de la ponencia presentada en el Congreso Internacional 100 años de la OIT, realizado en la ciudad de Tucumán, durante los días 2 y 3 de mayo de 2019..

Sumário: 1. A modo de aclaración previa. 2. De hegemonías deslaboralizadoras. 3. Adentrándonos en la protección tutelar: economía informal, distribución, derecho social y sobre todo industrialización. 4. Postulados antagónicos ante la problemática socio-laboral. 5. Una batalla jurídico-social, pero cultural. 6. Protección, economía informal y rol del Estado. 7. La falacia desregulatoria. 8. ¿La tutela general inclusiva es invisible a los ojos? 9. A modo de conclusión. Bibliografía.

1. A MODO DE ACLARACIÓN PREVIA

Estamos atravesando un momento crucial para el derecho del trabajo y de la seguridad social, en el marco referencial de los 100 años de la OIT.

En efecto, a cien años de creada esta organización vemos que seguimos debatiendo sobre aspectos que no terminan de decantar en términos conceptuales uniformes, persistiendo una serie de caracterizaciones que giran en torno a la vigencia o el debilitamiento de la relación de dependencia formal.

En línea con estos debates, entendemos, se nos propuso como título disparador para formular nuestra ponencia: “La protección en el ámbito de la economía informal, los no empleables”.

Adelantamos que para su tratamiento llevamos adelante una pequeña modificación, inspirada en nuestra particular visión de la problemática que nos ocupa y a los fines de realizar un análisis crítico de la temática señalada.

En tal sentido, conceptos asociados a los trabajadores y eventualmente a los desocupados, como: empleables, excluidos, y hasta descartables; evidencian una fortísima crisis impuesta por la prevalencia hegemónica neoliberal al derecho del trabajo, en el intento de configurar un escenario que aún no termina de mostrar las verdaderas transformaciones desprotectorias a las que puede dar lugar.

En la misma inteligencia de falta de caracterizaciones precisas, se suele declamar, inclusive por quienes tienen que gestionar el Estado, que vivimos en escenarios de incertidumbre. Aunque, paradójicamente, no se discrimina que no se trata siempre-replicando el concepto- de la misma incertidumbre para todos y todas.

Es así que, en algunos escenarios se invoca incertidumbre por la innovación tecnológica que excluiría, pero en otros hay exclusiones que distan mucho de la incorporación de la tecnología asociada a la tercera o cuarta revolución industrial.

Para intentar echar un poco de luz, me permitiré citar a Zygmunt Bauman y la hoy tan mencionada -aunque genéricamente y sin precisar sus alcances y proyecciones-, incertidumbre.

Por ello, aclaramos en las propias palabras del autor: *“El sector que gana la mayor influencia es el que consigue hacer de su propia conducta una incógnita variable en las ecuaciones elaboradas por los otros sectores para hacer sus cálculos, a la vez que logra hacer de la conducta ajena un factor constante, regular y previsible. Dicho de otra manera, las unidades con mayor poder son aquellas que constituyen fuentes de incertidumbre para los demás”*.²

La, a menudo frecuente, falta de completud conceptual que se impulsa desde la hegemonía prevalente, también puede apreciarse sobre los dichos de Bauman, especialmente, cuando se referencia la sociedad líquida.

Pero Bauman no hablaba solo de una sociedad líquida sino también de la necesidad de una educación para entender y adecuarse a esa sociedad líquida, y así, refiriéndose a Nils Christie, expresaba: *“...cuando prevalece el conocimiento personal en la vida cotidiana, es mayor el interés por enmendar el daño que la exigencia de castigar al culpable.”*³

¿Por que elegí este párrafo de Bauman? Porque mucho se suele hablar de la incertidumbre en la que tenemos que aprender a vivir pero suelen omitirse los conceptos integrales de Bauman, entre otras cosas, cuando enseñaba que había que educar para esa incertidumbre. Y sobre todo sobre valores democráticos.

Permítanme aquí una apreciación personal. Considero que la solución a estos problemas no se halla en una invocación genérica a la necesidad de mejorar la educación, sino a precisar en que aspectos se requiere educar más.

Así, sostengo que la educación no es correr todo el tiempo detrás de la tecnología. Sino tener elementos para humanizar la tecnología y que esté al servicio de las personas humanas.

Umberto Eco ya señalaba que. *“...para hacer frente a la posibilidad de reciclajes acelerados, la educación profesional debería convertirse en gran parte en formación intelectual...”*

El mismo autor, en ese mismo póstumo trabajo precisaba: *“...en lugar de pensar en una escuela que en un determinado punto se bifurca...habría*

² Bauman, Zygmunt. “La globalización consecuencias humanas”. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires, 1999.

³ Bauman, Op. cit.

que pensar en una escuela que produce solo bachilleres en humanidades o de ciencias, porque incluso el que vaya a trabajar, qué se yo, como barrendero del futuro, tendrá que tener una formación intelectual que le permita un día pensar y programar su propio reciclaje.” “...De otro modo, la innovación producirá siempre y solo desocupación.”⁴

El correlato de esto en el mundo del trabajo, a mi juicio, es que la tecnología sirva para mejorar las condiciones de vida y laborales en un escenario de relación de dependencia, que ya adelantamos, postulamos ampliar.

El propio Bauman pensaba y enseñaba que lo que hay que hacer es formar a las personas para que recuperen el concepto y el valor de la democracia, porque si bien nos han cambiado el escenario en la actualidad con una sociedad líquida; la incertidumbre la vamos a frenar con una educación que no se limite, por ejemplo, a borrar la enseñanza de la historia.

Por el contrario, considero ineludible conocer mejor la historia para poder llevar adelante las transformaciones necesarias y para que toda esta tecnología esté al servicio del hombre y la mujer y no al servicio de los que se aprovechan de ella generando una exclusión.

Por ejemplo, y sospechando que, desde algunas usinas teóricas de intereses prevalentes, se quiere dejar afuera de los nuevos escenarios que se están reconfigurando a mucha gente, advertimos sobre las propuestas de lo que califico como asignaciones o salarios de asistencia mínima universal.

En centros de poder como Silicon Valley ya se está pensando en una suerte ingreso básico de subsistencia-.

No me gustaría concluir que se está diseñando una sociedad con un doble estándar social.

Pero no se puede desconocer que el poder hegemónico ha aprendido mucho de las grandes confrontaciones del pasado, y quizás prefiera evitar que los conflictos sociales ante la carencia absoluta desarticulen el orden prevalente. Las denominadas guerras híbridas podrían considerarse un indicio en tal sentido.

Se trataría entonces de excluir, pero manteniendo de alguna forma un límite mínimo de supervivencia garantizada.

Con ello, se definiría un modo sutil de contener avances en un sentido de conflictos laborales y/o sociales caracterizables como abiertos. Mejor aún,

⁴ Eco, Umberto. “De la estupidez a la locura: Crónicas para el futuro que nos espera.” La nave di Teseo Editore. Milán, 2016 .

en esta lógica, no llegar a la manifestación del conflicto. Y sin éste, difícilmente se produzcan grandes transformaciones.

Por su parte, se induce que para algunos empleadores la mejor empresa pareciera ser la empresa sin trabajadores. Sin trabajadores no habría conflicto.

Por ello, nuestro desafío es generar condiciones para que la tecnología esté al servicio de los seres humanos. Y esto, adelante, hoy es un conflicto.

Así, en una reconfiguración del discurso en vista de un nuevo paradigma, podríamos pensar que, en vez de considerar como ineludible la destrucción de puestos de trabajo, se podría reducir la jornada de trabajo para tener mejor calidad de vida y una mejor distribución de los tiempos de trabajo y de la renta.

Hablo de estricta protección en el ámbito formal.

Planteo, sin más, volver al derecho del trabajo y de la seguridad social. Repotenciar la laboralización y la consecuente relación de dependencia como vínculo integrador social.

En este mismo trabajo también analizaremos dos herramientas que considero estratégicas para el derecho del trabajo y de la seguridad social: la inspección del trabajo y la proyección de la estructura sindical en la negocial.

Mi mayor esperanza para el que está fuera del sistema, es que esté en relación de dependencia. Sí; algo tan sencillo, que todavía está vigente; pero tan difícil, para sostener y ampliar en la hegemonía flexibilizadora que impregna el presente.

Quien quiera ser empleador que lo sea, pero el éxito y la realización personal no se logran ni se pueden asociar solamente al empleador y al emprendedor. Pero este ya es un debate cultural que tiene que ver con las hegemonías.

2. DE HEGEMONÍAS DESLABORALIZADORAS

La hegemonía prevalente ha confundido a muchos trabajadores y trabajadoras haciéndoles pensar que su mínima participación en emprendimientos, economía colaborativa o su asociación (?) a aplicaciones digitales, los transforma automáticamente en prósperos empresarios.

En el lenguaje también se evidencian o diluyen las subjetividades.

Pienso por ello, que el derecho del trabajo, como señalo en mis clases, tendría mejor que llamarse derecho de los trabajadores y las trabajadoras.

En igual inteligencia, y como otro ejemplo de contraposición de paradigmas, el derecho de consumo, tendría que devenir en derecho de las y los consumidores.

Me preocupa el impulso necesario para que esos hombres y mujeres logren estar protegidos por el marco que brinda el derecho del trabajo.

Parto de una concepción juslaboral, y para superar la instalada incertidumbre, me planteo hacer un análisis macro; no micro.

El análisis micro es propio de la estructura de pensamiento que quiere construir e instalar el neoliberalismo, y su enfoque marginalista.

Llegado a esta instancia quiero remarcar que, el neoliberalismo es una estructura global pero no todos ocupamos el mismo rol dentro del neoliberalismo.

Algo similar ocurría cuando se referían las estructuras de dominación colonial.

Todo era colonialismo; pero el problema era que, a algunos les tocaba ser la metrópoli, y a otros, nos tocaba ser la colonia.

Y en la globalización, y en el análisis del *main stream*, estamos todos supuestamente en el mismo escenario. Pero algunos tienen la hegemonía, algunos la aceptan; y otros, tratamos de construir una contrahegemonía.

Por ello, señalo que para atender estas complejas temáticas nos falta impulsar, más aún, enfoques interdisciplinarios.

Se suele hablar mucho de la interdisciplinaridad, pero cuando apreciamos análisis, sobre todo desde muchos medios de comunicación, se sostienen análisis marginales, vgr: “si le va bien a tal persona (en general quienes llevan adelante ciertas políticas públicas) o me va bien a mi, nos va ir bien a todos...”

Esto no es más que un lamentable reduccionismo histórico que desatiende aspectos centrales y estratégicos.

En Argentina, por ejemplo, el tipo de cambio está condicionado por la restricción externa, entonces se frenan -quiebran- sistemáticamente los procesos de industrialización. Eso empezó a pasar, una vez más, en 2011 y 2012, amén de la crisis internacional de 2008.

Y aquí, es que queremos destacar que el derecho del trabajo puede cumplir una función estratégica. No la única, pero si estratégica en un modelo dado de país.

En efecto, como se puede apreciar *ut supra*, el título elegido en este trabajo para caracterizar esta problemática ha quedado redactado como: “Pro-

tección en el ámbito de la economía informal y derechos sociales vs. “no empleables, descartables y excluidos”.”

La razón de algunas pequeñas, pero entendemos sustanciales modificaciones, tiene su origen en una concepción desde lo preminentemente juslaboral, inclusive dirigidas a la economía informal.

Partimos de la premisa, ante dicho ámbito referencial de informalidad que, lo laboral sigue siendo, amén de quienes elijan otros caminos, el centro de la vida y el factor ordenador de la organización que adopta de la sociedad.

La deslaborización o la creación de nuevas figuras *extra-laborales*, se dirigen, a nuestro juicio, a abonar la consolidación de sistemas que no suplen acabadamente la tutela que brinda el derecho del trabajo y de la seguridad social.

En este trabajo, y en vista a la ponencia que nos fuera requerida, presentamos un desarrollo que en gran parte se apoya en estudios e investigaciones que hemos llevado a cabo en los últimos años; los cuales han tratado diversos aspectos que se vinculan con la economía informal, pero siempre con una mirada prioritariamente sostenida en las relaciones laborales como concepto abarcador, entre otros aspectos y disciplinas; o sea del derecho del trabajo y de la seguridad social.

Muchos de estos trabajos, desarrollados en artículos y libros, son señalados en las notas que acompañan este artículo.

Así, pretendemos estructurar y relacionar diversas problemáticas que a menudo se nos presentan analizadas sesgadamente y como compartimentos estancos.

Por nuestra parte, metodológicamente entendemos que solo mediante enfoques interdisciplinarios que, aunque a veces necesitan de una articulación compleja, se pueden brindar respuestas con suficiente sustentabilidad para atender los impactos negativos de la denominada economía informal en cuanto al mundo del trabajo.

3. ADENTRÁNDONOS EN LA PROTECCIÓN TUTELAR: ECONOMÍA INFORMAL, DISTRIBUCIÓN, DERECHO SOCIAL Y SOBRE TODO INDUSTRIALIZACIÓN

Para encarar la problemática de la protección en el ámbito de la economía informal en la Argentina, no puede desatenderse la existencia de una

redistribución paradójal de la riqueza⁵ y de una estructura productiva desequilibrada, al decir de Marcelo Diamand.⁶

En Argentina existe un desequilibrio estructural por el modelo productivo imperante y los condicionamientos e incidencia sobre el tipo de cambio. Especialmente, cuando se trata de avanzar en la industrialización de Argentina.

Cuando hablamos de redistribución paradójal, nos referimos a que la economía de mercado también redistribuye la riqueza, pero en un sentido que nos atrevemos a caracterizar como contra-mayoritario.

A tal fin, “paradójalmente”, también se ceden por sus acólitos, competencias del Estado al sector privado a partir de considerar a aquel ineficiente, según sus propios estándares de rentabilidad.

Es decir, que cuando impera la lógica de libre mercado se pretende que el Estado no intervenga; pero sí se vale, el poder institucionalizado en ese momento, del Estado para desregular en el sentido deseado.

Es verificable que en contextos de desregulación -desprotectoria- se genera una forma de acumulación que beneficia a ciertos sectores de la producción primaria y, simultáneamente, a quienes integran lo que puede definirse como, un modelo de apertura financiera.

Esto último, a la vez nos ratifica que se da un tipo -paradójal- de redistribución de la riqueza; apreciándose que, amén de la carga emotiva del lenguaje, por sí misma dicha redistribución no implica, linealmente, que redunde en beneficio de los más necesitados.

Es entonces que sostenemos que el derecho del trabajo y de la seguridad social viene a cumplir una función estratégica en el marco de un proyecto de país.

Y dentro del derecho del trabajo, el derecho colectivo entiendo es el mayor ariete para llevar adelante esta estrategia.

Cuando Juan D. Perón en el año 1945 pensó y estructuró el modelo sindical argentino, estaba pensando en un modelo de país industrial. Y amén de otras variables también convergentes a dicho objetivo, desde lo laboral institucionalizó dicha herramienta estratégica.

⁵ Gambacorta, Mario L. Relaciones laborales, endeudamiento y desocupación: la redistribución paradójal en Argentina.

⁶ Diamand, Marcelo. La estructura productiva desequilibrada. La Estructura Productiva Desequilibrada Argentina y el Tipo de Cambio. Desarrollo Económico Vol. 12 N° 45. 1972.

Concretamente, desde una estrategia articulada con otras políticas públicas, se buscaba la industrialización.

Allí, el trabajo y los derechos sociales, como herramientas potentes de distribución, se entroncaban con el consumo y el mercado interno a impulsar. Todo ello para desarrollar y sostener la industrialización.

Dicha necesaria industrialización puede evolucionar, complejizarse y revestir cambios en la actualidad. Pero hoy la seguimos considerando un objetivo central para Argentina y la región.

Consideramos que, con matices y especificidades, es un proceso similar a los impulsados por Getulio Vargas en Brasil, Lázaro Cárdenas en México, Batlle y Ordoñez en Uruguay, Gaitán en Colombia, y hasta Arbenz en Guatemala.

Las naciones latinoamericanas buscaban industrializarse, o al menos, agregar un poco más de valor a sus productos, para así no estar tan perjudicados en los términos de intercambio internacional, y a la vez, ampliar su soberanía e independencia.

Reitero, creo que tenemos algunas herramientas estratégicas; y voy a referenciar por lo menos dos, aunque esto pueda requerir una mayor integridad y sistematización que la que aquí se enuncia; pero que ya se encuentra más ampliamente tratada en los trabajos que se citan.

Así, creo que, la inspección del trabajo y de la seguridad social en Argentina es o puede ser una de las herramientas estratégicas para el bienestar general.⁷

Y para lograrlo no puede tomarse a ésta sólo como un tema normológico, puesto que lo jurídico no se agota, en ello.

Cuando desarrollé mi tesis sobre este tema, tuve, en dicho temperamento, que recurrir al trialismo porque encara y relaciona problemas normológicos, axiológicos y sociológicos.

La insuficiencia de lo normológico es corroborable, ya que luego de diversas normas relacionadas con la registración, no se ha resuelto el núcleo duro de informalidad que hoy asciende al 35% en Argentina. Este problema se nos presenta como mucho más profundo.

De hecho, la OIT ha desarrollado estudios que indican que si solamente se cumpliera con el salario mínimo en América Latina se sacaría de la pobreza a muchísima gente.

⁷ Gambacorta, Mario L. La inspección del trabajo como herramienta para el bienestar general. Editorial UMSA, 2018.

Lo expuesto no quiere decir que con la sola vigencia del salario mínimo resolveríamos todos los problemas, pero imaginemos si en Argentina se aplicara efectivamente a todos los trabajadores no registrados.

O más aún, si se respetaran todos los salarios de convenios inclusive para los no registrados.

Como suele señalar el destacado laboralista Héctor Recalde, los que no están registrados también tienen convenio colectivo de trabajo, lo que ocurre es que no se lo aplican.

Pero la otra herramienta estratégica, más potente todavía, es el modelo sindical argentino.

En esa planificación estratégica que se hizo, la estructura sindical fue pensada para tener un correlato en la estructura de la negociación colectiva.⁸

Sin la estructura negocial por actividad difícilmente se podría, en su momento, haber llevado adelante un proyecto como el que se desarrolló desde la Subsecretaría de Relaciones Laborales del entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para el impulso de nuevos contenidos para la negociación colectiva⁹; hoy, lamentablemente, devenido en Secretaría.

Difícilmente podemos pensar esto en otros modelos sindicales -desconcentrados-y negociales -descentralizados-.

Por ejemplo, imaginemos un modelo de organización sindical por empresa: la articulación sería imposible, más allá que he escuchado que hay articulación dentro de la empresa entre sectores. Esto sería risible sino ofensivo a un análisis serio.

En efecto, la redistribución que implica el reconocimiento de derechos laborales y de la seguridad social -sintetizados conceptualmente para este trabajo como derechos sociales-, no reviste una implicancia menor en la forma en que se accede, en mayor o menor sentido, a la distribución de la renta.

Junto a lo expresado en el párrafo precedente -y en una necesaria articulación-, hemos señalado que la inspección del trabajo y de la seguridad social es una herramienta para promover el bienestar general (al decir de nuestra

⁸ Gambacorta, Mario L. (Director). La estructura de la negociación colectiva como proyección del modelo sindical vigente. Editorial UMSA, 2018.

⁹ Ruiz, Alvaro D. (Director) Gambacorta, Mario L. (Coordinador General). MTEySS. Nuevos contenidos de la negociación colectiva Colección sobre Negociación Colectiva y Diálogo Social -en cuatro volúmenes-; Buenos Aires, agosto 2013.

Constitución),¹⁰ que puede impulsar un círculo virtuoso de regularización y recaudación en vista a incrementar los recursos de la seguridad social.

Esto último, por su parte, y recurriendo a una *sinetización conceptual*, podemos sostener que tiende a mejorar la calidad de vida y de trabajo, facilita el consumo y contribuye a la demanda en un marco de búsqueda de sustentabilidad para los procesos de industrialización.

Ello, en el marco de un proceso de incentivo del consumo para complementar las acciones de industrialización que se impulsen, en un modelo productivo de país que contempla la inclusión como aspecto inescindible de la idea de ciudadanía.

A la vez, contribuye a limitar flagelos relacionados con la economía informal, tales como las peores formas de trabajo infantil y la trata de personas con fines de explotación laboral.¹¹

Este proceso se articula con la otra herramienta estratégica referida para la distribución desde el universo de las relaciones laborales, a saber: la negociación colectiva.

Hemos desarrollado y constatado en un trabajo de investigación, que la estructura de la negociación colectiva está directamente relacionada con la estructura sindical (en nuestro caso el modelo sindical argentino) y que esto también se entronca con un proyecto de país y particularmente con su industrialización.¹²

De igual modo, el desarrollo de los denominados contenidos negociales tiene mucho que ver con la estructura de la negociación colectiva.¹³

De hecho, y a modo de ejemplo, indicamos que resulta difícil pensar en una articulación que enriquezca contenidos de la negociación colectiva de no estar ello previsto por la normativa, o peor aún en un escenario en que la negociación colectiva se circunscribe a la negociación por empresa.

Esto, a la vez, incide en la densidad de la afiliación sindical y en los alcances de la cobertura convencional.

¹⁰ Gambacorta, Mario L. La inspección del trabajo como herramienta para el bienestar general. Editorial UMSA, 2018.

¹¹ Gambacorta, Mario L. Sistemas de inspección y trata de personas en el mundo del trabajo. La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 5, Nº 2, Buenos Aires, abril 2012.

¹² Gambacorta, Mario L. (Director). La estructura de la negociación colectiva como proyección del modelo sindical vigente. Editorial UMSA, 2018.

¹³ Gambacorta Mario L. Ruiz, Alvaro D. Guía teórico-práctica para el desarrollo de nuevos contenidos de la negociación colectiva. Editorial UMSA, 2017.

No será entonces indiferente el marco o niveles de la negociación colectiva en cuanto a que contenidos se pueden tratar; inclusive la informalidad.

Entre otras cuestiones ya históricas, el desarrollo de nuevos contenidos negociales,¹⁴ y hasta las tan mentadas, pero poco exploradas a nuestro juicio, problemáticas en torno a las nuevas tecnologías; requieren marcos, contextos y regulaciones tutelares para los trabajadores.

Queremos remarcar entonces que las regulaciones o desregulaciones existentes no son inocuas, asépticas ni indiferentes en sus proyecciones sobre el derecho del trabajo, las relaciones laborales y la economía -en lo que nos ocupa en este caso- informal.

4. POSTULADOS ANTAGÓNICOS ANTE LA PROBLEMÁTICA SOCIO-LABORAL

Mencionamos con anterioridad a las nuevas tecnologías, y destacamos a título ilustrativo lo poco que aún se debate y negocia en cuanto a su impacto y potencialidades; particularmente, en que aspectos van a, o deberían beneficiar a los y las trabajadoras.

Temática que deviene en general ignorada, en función de una visión complaciente y prevalente que, considera que llegadas las tecnologías hay que adaptarse y subordinarse a ellas indefectiblemente. Inclusive en términos sindicales.¹⁵

Lo expresado en el párrafo anterior, simultáneamente, suele significar que se postula en función, solamente, de quienes las poseen y/o administran dichas tecnologías. Que también vale recordar, se encuentran profundamente concentradas en pocas empresas transnacionales.

Para disminuir o impedir instrumentalizaciones como las que propugnamos, partiendo de una estrategia de recursos vinculados con la vigencia de las herramientas propias de los derechos sociales (como señalamos la inspección y la negociación colectiva); desde enfoques antagónicos, se presentan, periódica y sistemáticamente, nuevos intentos para reflotar viejos paradigmas

¹⁴ Ruiz, Alvaro D. (Director) Gambacorta, Mario L. (Coordinador General). MTEySS. Nuevos contenidos de la negociación colectiva Colección sobre Negociación Colectiva y Diálogo Social -en cuatro volúmenes-; Buenos Aires, agosto 2013.

¹⁵ Gambacorta, Mario L. Modelo de sindicato y modelo sindical: un tema estratégico para las organizaciones gremiales ante la tecnología y su potencial incidencia en los derechos sociales. Revista Argentina de Derecho Social Año I, N° 2. Buenos Aires, mayo de 2019.

flexibilizadores en un sentido desprotectorio y deslaborizador, en términos generales, entendido como desregulatorio.¹⁶

Particularmente, con el emprendedurismo hoy en Argentina se viene a acompañar una construcción que nos atrevemos a definir como cultural de exacerbación de lo individual y la meritocracia.

De igual modo, el capital avanza en todo cuanto puede -y le permitamos- sobre lo social. Especialmente, en forma conceptual.

A modo de ejemplo, se suele hablar -erróneamente a mi juicio- de capital social y eso demuestra que hay una batalla cultural que librar.

Cuando se estructuró la teoría del capital social, entiendo que no se pensaba excluyentemente en un valor prioritario de los seres humanos, sino también en la mayor rentabilidad que podrían brindar las personas a las empresas que se impulsaran. La entiendo como una teoría economicista, no una teoría de prevalencia social.

Así, la tercerización, el derecho de empleo, el análisis económico del derecho y más recientemente el emprendedurismo son argumentaciones en vista de la deslaborización, fragmentación y a una desarticulación instrumental que facilite la redistribución de la renta en el sentido paradójal que antes mencionamos.

En la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ) integramos un equipo interdisciplinario -que tengo el honor de dirigir- en un proyecto de investigación sobre heterogeneidades laborales en el noroeste del Gran Buenos Aires.¹⁷

Personalmente, pongo foco en el estudio del emprendedurismo como categoría compleja y los dobles estándares a los que puede dar lugar.

Para comprender la esencia de estas figuras, que llamo deslaborizadoras, entre ellas el emprendedurismo; hay que tener presente que la nueva ley de apoyo al capital emprendedor -Ley 27.349- es, en primer término, una ley que complementa la ley de mercado de capitales.

¹⁶ Gambacorta, Mario L. Ruiz, Alvaro D. Nuevos intentos en torno a viejos paradigmas: la flexiseguridad y otros argumentos como herramientas para deslaborizar el derecho del trabajo en una lógica de prevalencia del análisis económico del derecho”. Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Año LXXIV, Número 10, octubre 2014.

¹⁷ Proyecto de Investigación y Desarrollo: “Lógicas organizativas del trabajo en la región noroeste del Gran Buenos Aires. Complejizando las heterogeneidades sociolaborales en contextos de desigualdad”.

Está claro entonces su marco ideológico. Es un proyecto financiero, un paradigma de prevalencia financiera¹⁸ que no por casualidad coincide con un modelo de país caracterizable como aperturista financiero.

De hecho, e interpretando que su definición legal al presente lo circunscribe y vincula en la práctica a las plataformas digitales; tendería más a ámbitos como las fintech y agrotech que a otras actividades productivas.¹⁹

En la misma inteligencia, si vamos al tan mencionado en Argentina, pero no tan conocido o definido en profundidad, *modelo chileno*, la insuficiencia de salarios y de negociación colectiva deviene en que los trabajadores se tengan que endeudar, y si se endeudan, también es un paradigma de prevalencia financiera en que algunos se benefician más que otros, y que, a la vez, disciplina socialmente.

Por su parte, ante el declamado impacto de las nuevas tecnologías, nos proponemos aportar algunos elementos para atenderlas desde una política pública.

No me atrevo a hablar de política de Estado porque diferencio política pública de política de Estado. Política de Estado sería, a mi entender, cuando hay un consenso para llevarla adelante y creo que hoy en Argentina se presentan visiones antagónicas de difícil síntesis.

Los antagonismos exacerbados, los reduccionismos y los -aunque todavía no suficientemente visibilizados modelos de país- dificultan, a mi juicio, tal posibilidad.

Cuando se nos plantea en vez de la industrialización, un modelo de inversión y de exportaciones tampoco es algo nuevo.

Ya en un trabajo de 2013 publicado por la OIT²⁰ se exponían las complejas consecuencias para la región; y los problemas de un pretendido crecimiento impulsado por restricciones fiscales, flexibilidad, competitividad y exportaciones.

Hay también una discusión que, ya se había dado hace varias décadas en Harvard, y es una discusión en torno a un *anarcocapitalismo*. Se relaciona

¹⁸ Gambacorta, Mario L. El emprendedurismo y la ley de apoyo al capital emprendedor: otro paradigma de la prevalencia financiera”. En el libro *El trabajo en el Conurbano Bonaerense: Actores, instituciones y sentidos*. Nora Goren, Paula Isacovich (compiladoras). EDUNPAZ, Editorial universitaria. José C. Paz, 2018.

¹⁹ Op. cit.

²⁰ Capaldo, J. Izurieta, A. Tasa de desempleo: ¿puede medir los problemas de absorción de la fuerza de trabajo en países en desarrollo? OIT, Oficina Internacional del Trabajo. Revista Internacional del Trabajo. Volumen 132, marzo de 2013.

con lo que Eric Sadin²¹ llama *tecnolibertarismo*, que se opone no solo a la intervención sino casi a la existencia del Estado. Y esto último tiene que ver también con la institucionalidad estatal.²²

Por eso, en otro trabajo de investigación que también tuve el gusto de dirigir, reivindico el rol del Estado, y tratando de superar confusiones o afirmaciones. Concretamente, me refiero a una conceptualización de: intervención tutelar en contraposición con la de injerencia indebida.²³

Cuando la Constitución Nacional de Argentina, en el artículo 14 bis dice que hay que proteger el trabajo en sus diversas formas, me atrevo a sostener que ya no es neutra.

Estoy convencido que el derecho del trabajo puede ser imparcial, no neutral.

En síntesis, se trata de entender que el debate es por configurar un modelo político para el país en que, las distintas disciplinas se interrelacionen y no se den respuestas unívocas genéricas.

De más no está recordar y reiterar que, prevalecen en la lógica hegemónica actual -amén de la dilución del lenguaje-, el análisis y las respuestas economicistas.

5. UNA BATALLA JURÍDICO-SOCIAL, PERO CULTURAL

Hemos llegado a hablar de quienes llevan adelante actividades productivas, más como capital social que como seres humanos, personas o trabajadores/as con derechos sociales que, valga la redundancia, incorporen derechos laborales y de la seguridad social.

Es una batalla en el lenguaje y la cultura que se orienta a definir una hegemonía sobre la institucionalidad que rige o pretende regir las relaciones laborales.

Por su parte, ciertas construcciones jurídicas como algunas de las nuevas figuras en el nuevo Código Civil y Comercial (CCC), dan pie, en determi-

²¹ Sadin, Eric. La silicolonización del mundo: la irresistible expansión del liberalismo digital. Caja Negra, 2018.

²² Gambacorta, Mario L. Institucionalidad estatal, relaciones laborales y paradigmas desreguladores neoliberales en Argentina: hacia un Estado social de derecho más allá de la economía social de mercado. Revista Juris Poiesis. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio De Sá. Vol.20-nº22, 2017.

²³ Gambacorta, Mario L. (Director). La estructura de la negociación colectiva como proyección del modelo sindical vigente. Editorial UMSA, 2018.

nados contextos, a interpretaciones desprotectorias, tales como las pretensiones de nuevos sistemas para regir el trabajo en un nuevo marco desregulatorio o desregulado.²⁴

En algunos casos, se pretende olvidar, inclusive las propias previsiones del CCC en cuanto a las fuentes, aplicación y coherencia con todo el ordenamiento jurídico.

En síntesis, no puede desatenderse ni olvidarse la prevalencia del principio protectorio.

De lo contrario, y de consolidarse una lógica restrictiva y desregulatoria, se facilitaría la erección de un escenario carente de tutelas específicas, pletórico de generalidades y de nuevas figuras *para-laborales*.

Muy probablemente entonces quedaría para la mayoría de los y las trabajadoras apenas una cultura que, al decir del Papa Francisco, cuando rechaza una economía de exclusión; caracteriza como “del descarte”, relacionándola directamente con el libre mercado y la ilusión de la teoría del derrame.²⁵

Consideramos que cuando nos preguntamos sobre el futuro del trabajo deberíamos reflexionar no solo sobre el impacto de las tecnologías sino como vamos a permitir que impacten: ¿sólo en beneficio de sus poseedores o para el bienestar general?

Y llegados a este punto, no tememos introducir una pregunta en torno a: ¿cuál es el rol del Estado?

6. PROTECCIÓN, ECONOMÍA INFORMAL Y ROL DEL ESTADO

¿Debe el Estado abstenerse de actuar hasta el extremo, llegando así al ya preconizado y caracterizado por algunos como *anarcocapitalismo*?

O mejor, debe llevar adelante una intervención tutelar en beneficio de los más vulnerables, en general; y de los menos protegidos en el marco del mundo del trabajo, en cuanto al derecho social.

Consideramos que la respuesta surge en Argentina del propio artículo 14 bis de la Constitución Nacional, su mandato de protección del trabajo en sus diversas formas, y los consecuentes derechos que deben asegurarse a los hombres y mujeres que trabajan.

²⁴ Gambacorta, Mario L. Contrataciones del nuevo Código Civil y Comercial, y Derecho del Trabajo: criterios laboralizadores para evitar el fraude laboral. Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Año LXXV, Número 11, noviembre 2015.

²⁵ Francisco, Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium (2013:53-54).

Sin desmedro de lo anterior, entendemos que dicha lógica tutelar no puede hacer que dejemos o evitemos discutir en el terreno de la economía. Y esto no es un planteo economicista sino estratégico en términos protectorios.

Es menester mostrar lo que se evidencia en la economía argentina: no alcanza con un *modelo de exportación-inversión*.

El modelo que impulso es para la industrialización. Esta última es la palabra estratégica central.

Se trata de un modelo que se apoya en la negociación colectiva, el trabajo en general, la distribución y en un *consumo*, que paradójicamente entiendo debe ser *no consumista*.

El postulado que señalamos; reiteramos, no está imbuido de parámetros economicistas pero sí impulsa un temperamento contrahegemónico en cuanto al marco referencial que orienta la forma en que se construye la sociedad.

Me explico, suele debatirse la problemática laboral desde la economía, con foco crítico en lo laboral (vgr: impulso de reformas laborales y previsionales); pero suele discutirse menos la crítica de lo económico desde lo laboral.

No se sistematizan las problemáticas que tienen, más su causa en lo económico y financiero que, en el derecho social.

Postulamos este cambio de paradigma para no quedar “encorsetados” en tal o cual norma laboral - defendiéndola o justificándola- cuando las decisiones políticas respecto de lo económico son las que afectan lo social y lo económico.

A modo de ejemplo, queremos recordar -y hacer recordar- que, los derechos sociales como los conocemos empiezan a articularse e institucionalizarse luego de la revolución industrial.

Sin la industria, no se habrían desarrollado ni alcanzado los niveles pertinentes en donde efectivamente lo lograron.

Por ello, cuando se nos señala que el problema son los derechos sociales (laborales y/o de la seguridad social) consideramos que, por el contrario, se trata de la preconización de una falacia reflejable en una suerte de *profecía autocumplida*.

7. LA FALACIA DESREGULATORIA

Para explicar lo expresado en el último párrafo del punto anterior, es decir, la necesidad de una regulación desprotectoria, también caracterizable como desregulación flexibilizadora, lo que se suele plantear -sobre todo desde

la ortodoxia económica- es que las normas tutelares del derecho social *estão de más*, limitan la productividad o no son competitivas.

A modo de ejemplo, en Argentina, no desconocemos que la tecnología puede destruir puestos de trabajo, pero en Argentina de los alrededor de 200.000 puestos de trabajo perdidos en el actual modelo de primarización y apertura financiera, la mayor parte están vinculados con el sector industrial, y por lo tanto, no se están destruyendo, prioritariamente, por la tecnología.

Irónicamente, señalo en mis clases que preferiría tener el problema de destrucción de puestos por la tecnología. Porque es el problema que tienen que afrontar estructuralmente los países más desarrollados.

No es nuestro problema inmediato. Desde ya que lo tenemos que estudiar y atender; pero nuestro problema hoy es que nos estamos desindustrializando y reprimarizando.

Me gusta afirmar que Argentina no es un país industrial sino un país con industria en algunos ámbitos.

Pese a esa carencia de completud, alcanzó el desarrollo social que pudo lograr dentro de esos parámetros, como consecuencia de ellos, y hasta donde esos parámetros se lo permitieron.

Lamentablemente, se están destruyendo o perdiendo, puestos industriales y/o bajando el valor agregado por los mismos.

Y esto es lo que da lugar a lo que denomino la *falacia desreguladora*.

Esta última, consiste en la supuesta necesidad de llevar adelante una reforma laboral porque el derecho del trabajo no se podría sostener en la actual situación.

O sea, primero se destruyeron puestos de trabajo industrial, los más relacionados con el derecho del trabajo. Pero, falazmente, luego se atribuye el problema al derecho del trabajo.

El derecho del trabajo no se desarrolló pensado en la agricultura, aunque luego se haya proyectado y tutelado también a los trabajadores rurales.

Es consecuencia de la industrialización.

Por eso también, y en la misma falacia, cuando usinas del pensamiento neoliberal plantean para Latinoamérica que la solución a las actuales crisis es atender los problemas de la agricultura; como metalenguaje están diciendo que sigamos cumpliendo un rol periférico de producción primaria.

Después nos sorprendemos cuando les preguntamos a los estudiantes en que país piensan cuando decimos “chocolate” y responden Suiza.

Y eso no está mal en si mismo como respuesta, el problema es que “no hay muchas plantas de cacao en Suiza”.

Pero sí desarrollaron una industria del chocolate.

Estamos viviendo una batalla jurídico-social, pero considero que esa caracterización no alcanza plenamente a definirla. Esta batalla es cultural, ideológica.

García Márquez explicaba que en el lenguaje se peleaban batallas porque se construían sentidos.

Por su parte, el neoliberalismo hace dos cosas: construye un falso sentido común, y para eso, le quita valor al significado de las palabras.

Cuando las palabras pierden el valor y todo parece lo mismo podemos escuchar la paradoja o, mejor dicho, la falacia, de que se va a defender a los trabajadores con reformas que les quitarán sus derechos.

Ante esto, es fundamental la interacción entre las organizaciones sindicales y sociales, priorizando la relación de dependencia y haciendo todos los esfuerzos para que se unifiquen no solo en la acción sino en la integración al trabajo dependiente y su revalorización.

De lo contrario, difícilmente se evitará la fragmentación y la posibilidad de un más amplio colectivo laboral.

Los países más desarrollados tienen a la mayoría de su población en relación de dependencia.

La tutela que esta última conlleva, luego de dramáticas luchas históricas (lamentablemente no siempre bien conocidas), son también una consecuencia del proceso de industrialización.

Por ello, cuando lo afectado es la industria y la industrialización (lo cual los propios datos oficiales de Argentina, como es de público y notorio al momento de escribirse este artículo nos lo corroboran), no es que la crisis económica y la pérdida y destrucción de puestos de trabajo se produzca por los derechos sociales, sino que los derechos laborales se ven afectados por la afectación de la industria.

Sin embargo, la interpretación economicista invierte el orden de causa-efecto, en la que denomino *la falacia desreguladora*.

Simultáneamente, se desatiende, al señalarse el concepto de ciudadanía; que el mismo posee tres condimentos en términos de derechos: civiles, políti

cos y sociales. Se olvida o se soslaya, como explicaba el propio Marshall, que la ausencia de uno torna incompleta su conceptualización e integralidad.²⁶

Por ello, y para sincerar las posiciones y los intereses que conlleva su caracterización, debemos preguntarnos también, que tipo de ciudadanía suscriben los distintos y hasta antagónicos actores en el seno de una sociedad.

Las respuestas seguramente se acercarán mucho al tipo de sociedad que se quiere configurar e institucionalizar desde posiciones hegemónicas y contrahegemónicas.

Referenciamos que, los modelos económicos, articulan y contribuyen a configurar modelos políticos. El hoy modelo vigente en Argentina se limita y pone sus esperanzas en la inversión y la exportación. Desatendiendo la industrialización, el consumo, la distribución en sentido inclusivo y el trabajo.

En consecuencia, cuando nos proponemos tratar la protección en el ámbito de la economía informal, no podemos hacerlo en forma aislada o asistémica del resto del derecho social y otras variables de incidencia.

Olvidar lo anterior, implicaría una toma de posición ideológica -que a menudo pretende diluir tales aspectos- y en la que no nos enrolamos.

De hecho, el derecho del trabajo y de la seguridad social tampoco es, a nuestro juicio, neutral, y así entendemos lo expresa el propio artículo 14 bis al decidir proteger el trabajo, el cual no puede ser interpretado en otro sentido que proteger a las y los trabajadores.

Asimismo, pretender proteger es un concepto del derecho del trabajo. Recordemos, en tal sentido, la desigualdad tutelar que reconoce y explica el hoy artículo 17 bis de la LCT.

Por todas estas razones, para intentar aportar a la problemática que nos ocupa partimos de lo socio-laboral.

Sin perjuicio de reconocer y respetar diversos caminos (de acción, integración y organización social), a los que a menudo se debe recurrir para subsistir por parte de quienes son excluidos o nunca incorporados a los procesos productivos; suscribimos el temperamento que prioriza a la relación de dependencia en el marco de la normativa vigente en la actualidad, como la que tiende más a integrar y homogenizar los reclamos a partir de las necesidades comunes que serán atendidas como sujeto colectivo por las organizaciones sindicales.

²⁶ Marshall, T. Bottomore, Tom. Ciudadanía y clase social. Alianza Editorial, 1998.

Reiteramos que percibimos que la interacción entre las organizaciones sindicales y sociales, sobre todo en los últimos tres años, marchan en ese sentido. Y hacemos votos para que se fortalezca.

Cabe destacar que, alrededor del 70% del cuentapropismo en Argentina es de bajo nivel educativo e ingresos relativos bajos, y que las características socio-ocupacionales de los cuentapropistas de bajo nivel educativo tienden a asimilarse a la de los asalariados informales. Por su parte, la tasa de salarización en promedio en los países de la OCDE ronda el 86%.²⁷

Es decir que, muchos de los países más desarrollados tienen un alto porcentaje de trabajadores en relación de dependencia.

Sostenemos que esto tiene que ver con la inclusión y participación en los derechos laborales y en los consecuentes beneficios de la seguridad social.

8. ¿LA TUTELA GENERAL INCLUSIVA ES INVISIBLE A LOS OJOS?

Sirva también de ejemplo, esta vez *por contrario sensu*, para no apartarnos de una lógica inclusiva mayoritaria del derecho social, el caso de los trabajadores y trabajadoras -a nuestro decir- de plataformas digitales.

Suele plantearse, en general, el reconocimiento de derechos desde una lógica convalidadora de la realidad existente, y en especial, a partir de las nuevas tecnologías y/o la realidad económica imperante.

Todo ello, a mi criterio, más que trabajar por una regularización de estas trabajadoras y trabajadores en vista de que sean plenamente reconocidas desde el derecho del trabajo, contribuye a argumentaciones como a la de la lógica de la denominada “economía colaborativa”.

Por el contrario, lograda la plena laboralización, se correspondería ética y normativamente el acceso directo a los derechos sociales por verificarse tal situación.

Ahora bien, esto no es tan fácil, ni hacia el sector empleador ni, paradójicamente, hacia algunos trabajadores o ciertas formas de organización sindical; ya que hay también trabajadores y trabajadoras que, por su entendible necesidad o por la premura en algunos reconocimientos, pretenden que se generen soluciones específicas diferenciadas.

²⁷ Radiografía del trabajo argentino Documento de trabajo en versión preliminar. Elaborado por Eduardo Levy Yeyati, Martín Montane y Daniel Schteingart, para el programa Argentina 2030 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Argentina, febrero 2018.

Pero debe advertirse que este proceder puede afectar otros aspectos en términos, laborales, de seguridad social y de derechos colectivos vigentes; y hasta de alcance mayoritario para el resto de los trabajadores.

En consecuencia, una vez más, la falta de respuestas y soluciones sistémicas pueden ser utilizadas para recargar en la sociedad toda, obligaciones que, no se hallan por la lógica antes descripta, en cabeza de quienes se valen de sus servicios o para promover formas de organización sindical como la por empresa, con su consabida menor tutela para los trabajadores y trabajadoras.²⁸

No descarto y respeto profundamente todos los caminos que adopte el que tiene que sobrevivir. Ahora bien, mi objetivo como laboralista, y entendiendo todo lo que nos ha dado el derecho del trabajo y de la seguridad social a través de las luchas sociales, es promover la relación de dependencia.

No se puede pretender, con una convalidación lineal de la hegemonía imperante que, todo se adapte a la intervención disruptiva de las nuevas tecnologías cuando desarticulan lo vigente sin más; ya que, por ejemplo, todos tendríamos que financiar la seguridad social de quienes no reconocen la relación de dependencia, es decir financiar que tales empresas se ahorren supuestos “costos”.

La negociación colectiva, se yergue una vez más en una herramienta estratégica ante las tecnologías para: a) democratizar, en este caso su irrupción, b) promover la distribución de la riqueza que generan y c) atender la especificidad de cada actividad.

En síntesis, los tres aspectos que, suelo destacar en mis clases al explicar el sentido de la negociación, y que propongo se tengan en cuenta ante ellas.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos tratado a lo largo de este trabajo brindar algunos modestos aportes para atacar la problemática de como proteger a quienes se desempeñan en la economía informal o informalmente.

En primer término, preferimos indicar que, términos como “no empleables, excluidos o descartables” se oponen y tienden a debilitar la visión integradora e inclusiva del derecho social.

²⁸ Gambacorta, Mario L. Modelo de sindicato y modelo sindical: un tema estratégico para las organizaciones gremiales ante la tecnología y su potencial incidencia en los derechos sociales. Revista Argentina de Derecho Social. (Artículo en prensa, 2019).

Intentamos luego brindar algunos contextos en que se desarrolla la problemática y algunas de las principales razones estructurales que la aquejan, como la estructura desequilibrada que ostenta Argentina por su modelo productivo prevalente.

Planteamos el rol estratégico que, en un modelo industrialista de país, juegan la inspección, en vista a la regularización, y la potencia de la negociación colectiva, por la distribución y los amplios alcances de sus contenidos.

Sintetizamos estas ideas en una batalla cultural tanto respecto de terminologías, como en los alcances y elecciones que formulamos en torno a la dependencia, el cuentapropismo y sus limitaciones, y el emprendedurismo en su redefinición normativa.

Tratamos de evidenciar aspectos de lo que denominamos *falacia desreguladora* y sus efectos restrictivos y disruptivos en términos de derechos, y en los alcances de la idea de una ciudadanía plena.

Finalmente, y a partir de lo expuesto precedentemente, entendemos que:

- la protección en el ámbito de la economía informal y la informalidad en general debe laborizarse en un sentido integrador,
- los sindicatos están llamados también a la defensa de los intereses de los trabajadores y trabajadoras no reconocidos como tales por temperamentos unilaterales, también en el escenario global,²⁹
- primigeniamente los Estados deben diseñar políticas públicas que construyan y convaliden institucionalidades para la inclusión de los más postergados,
- tales postulados requieren de acciones y políticas integradas,
- el diálogo social y el conflicto, se presentan como acciones y derechos a tener en cuenta para su implementación en un enfoque sistémico.

El diálogo social que desconoce el conflicto no es diálogo pleno, si coincidimos en que las relaciones laborales llevan implícito el conflicto entre capital y trabajo.

Considero que las relaciones laborales tienen que gestionar, administrar, encausar el conflicto.

Es preocupante que desde 2012 se verifica en OIT, formalmente, el desconocimiento por el Grupo empleador del derecho de huelga.

²⁹ En tal sentido, desde el ámbito académico estamos llevando adelante el Laboratorio Global Unions en el Marco de la Maestría en Estudios y Relaciones del Trabajo de FLACSO -Sede Argentina-, del cual soy coordinador.

Valoramos los logros de OIT en estos 100 años, pero lamentamos que en dicho lapso no se llegó a un convenio en que se reconozca formalmente el derecho de huelga. Esto, amén de entender, por nuestra parte, que el Convenio 87 lo garantiza.³⁰

Por ello siempre señalamos que, para algunos países la OIT puede ser un punto de partida y para otros de llegada, de acuerdo con su desarrollo normativo nacional.

Si no avanzamos en superar las barreras que sostienen la economía informal como expresión de lo irregular, la consecuente exclusión que conlleva y la falta de equidad que evidencia; podremos apreciar el peor rostro de la problemática social.

Veríamos entonces que la desprotección -disfrazada de empleabilidad, nuevas contrataciones o carencia de figuras laborales- no solo afectaría individualmente a algunos de los integrantes de la población de Argentina y la región (como suelen a menudo enfocarse las problemáticas desde un criterio sesgado y restringido en nuestro país desde un plano hegemónico), sino que nos hará tomar cabal y crudo conocimiento, tarde o temprano, de que alcanzaría a las mayorías, de una forma u otra, pudiendo consolidar una sociedad en la que la justicia social se tornare un principio vacío.

Entonces, como suele hacerse desde algunas categorías de análisis eurocéntricas, seremos criticados por tener demasiada regulación social, pero sin cumplirla.

Y, tal vez, algunos concluirán -erróneamente, a nuestro parecer,- que el problema es solo ese.

Llegados a esta instancia, estamos ante una verdadera y compartida responsabilidad social.

BIBLIOGRAFÍA

BAUMAN, Zygmunt. La globalización consecuencias humanas. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires, 1999.

CAPALDO, J. IZURIETA, A. Tasa de desempleo: ¿puede medir los problemas de absorción de la fuerza de trabajo en países en desarrollo? OIT, Oficina

³⁰ Ruiz, Alvaro D., Gambacorta, Mario L. Denis, Martín. Los límites de las facultades de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la pretendida ausencia de reconocimiento del derecho de huelga en el marco de la OIT, Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Año LXXIII, Número 5, mayo 2013.

Internacional del Trabajo. Revista Internacional del Trabajo. Volumen 132, marzo de 2013.

DIAMAND, Marcelo. La estructura productiva desequilibrada. La Estructura Productiva Desequilibrada Argentina y el Tipo de Cambio. Desarrollo Económico Vol. 12 N° 45. 1972.

ECO, Umberto. De la estupidez a la locura: Crónicas para el futuro que nos espera. La nave di Teseo Editore. Milán, 2016.

GAMBACORTA, Mario L. Relaciones laborales, endeudamiento y desocupación: la redistribución paradójica en Argentina.

_____. Sistemas de inspección y trata de personas en el mundo del trabajo. La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 5, N° 2, Buenos Aires, abril 2012.

_____. Contrataciones del nuevo Código Civil y Comercial, y Derecho del Trabajo: criterios laboralizadores para evitar el fraude laboral. Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Año LXXV, Número 11, noviembre 2015.

_____. Institucionalidad estatal, relaciones laborales y paradigmas desreguladores neoliberales en Argentina: hacia un Estado social de derecho más allá de la economía social de mercado. Revista Juris Poiesis. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio De Sá. Vol.20-n°22, 2017.

_____. La inspección del trabajo como herramienta para el bienestar general. Editorial UMSA, 2018.

_____. (Director). La estructura de la negociación colectiva como proyección del modelo sindical vigente. Editorial UMSA, 2018.

_____. El emprendedurismo y la ley de apoyo al capital emprendedor: otro paradigma de la prevalencia financiera”. En el libro El trabajo en el Conurbano Bonaerense: Actores, instituciones y sentidos. Nora Goren, Paula Isacovich (compiladoras). EDUNPAZ, Editorial universitaria. José C. Paz, 2018.

_____. Modelo de sindicato y modelo sindical: un tema estratégico para las organizaciones gremiales ante la tecnología y su potencial incidencia en los derechos sociales. Revista Argentina de Derecho Social. (Artículo en prensa, 2019)

MARSHALL, T. BOTTOMORE, Tom. Ciudadanía y clase social. Alianza Editorial, 1998.

RUIZ, Alvaro D., GAMBACORTA, Mario L. DENIS, Martín. Los límites de las facultades de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la pretendida ausencia de reconocimiento del derecho de huelga en el marco de la OIT, Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Año LXXIII, Número 5, mayo 2013.

RUIZ, Alvaro D. (Director) GAMBACORTA, Mario L. (Coordinador General). MTEySS. Nuevos contenidos de la negociación colectiva Colección sobre Negociación Colectiva y Diálogo Social -en cuatro volúmenes-; Buenos Aires, agosto 2013.

_____. (Director). _____. (Coordinador General). MTEySS. Nuevos contenidos de la negociación colectiva Colección sobre Negociación Colectiva y Diálogo Social -en cuatro volúmenes-; Buenos Aires, agosto 2013.

_____.; _____. Nuevos intentos en torno a viejos paradigmas: la flexiseguridad y otros argumentos como herramientas para deslaborizar el derecho del trabajo en una lógica de prevalencia del análisis económico del derecho”. Revista Derecho del Trabajo, La Ley, Año LXXIV, Número 10, octubre 2014.

_____. _____.; Guía teórico-práctica para el desarrollo de nuevos contenidos de la negociación colectiva. Editorial UMSA, 2017.

SADIN, Eric. La silicolonización del mundo: la irresistible expansión del liberalismo digital. Caja Negra, 2018.

**CUMPLIR LA LEY.
ANÁLISIS DE EXIGENCIAS JURÍDICAS CONVENCIONALES
EN CATALUNYA**

Edileny Tomé da Mata

Sumário: 1. Introducción. 2. Las normas como productos culturales. 3. Apuntes contextuales en torno al cumplimiento de las Sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional (TC). Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La función del Estado ‘nación’ es puesta en cuestión en la actual sociedad contemporánea, entre otras, mediante la irrupción de agentes transnacionales y supranacionales que según consideramos se han hecho con las prerrogativas de éste último. En este sentido, Polanyi (2007) ya analizó en su trabajo sobre el significado de la función del Estado y del capital resaltando, así, desde el concepto de arraigo, que el Estado es cómplice en el desarrollo del sistema capitalista neoliberal y, por ende, se trata de una concesión intencionada. Balilar (2003) abordó en sus reflexiones la ausencia de superación de concepto tradicionalista de Estado-nación incluso por las nuevas formas de Estado y, de sus características supranacionales. Amin (1997) nos hizo ver cuánto la falacia del secuestro del Estado por el capitalismo neoliberal conlleva a la recuperación y defensa férrea de la forma más rancia del Estado nación y sus características territoriales e identitarias. Strange (2001) resaltó, en su agudizado análisis, sobre la pluralidad de agentes que intervienen en el proceso de la extensión de los límites políticos del Estado que trascienden el ámbito territorial convencional. Con ello y, tantos otros análisis ya realizados sobre la materia, pretendemos demostrar que el debate sobre neoliberalismo, democracia, Estado...no es una cuestión contemporánea.

En el presente trabajo nuestra intención es tratar de reflexionar sobre lo que significó la crisis catalana en España a la supuesta neutralidad en la interpretación jurídica, así como al proceso y sistema democrático. Tampoco pretendemos ser precursores de este debate, pues, Serra, Ubasart y Martí (2018) ya trataron de demostrar la triple crisis existente en el conflicto catalán, siendo la económica, la política y la territorial, y, López (2016) trató de plantear la posibilidad de una revisión constitucional y, de un proceso constituyente tras los revuelos y debates fruto de la crisis catalana.

Sin interrogantes ni titubeo, sólo el cumplimiento estricto de la ley, de las cláusulas establecidas por la norma, nos sitúa ante el positivismo jurídico, con sus luces y sombras. Por ello, la interpretación y el cumplimiento de la norma es un tema de amplio debate desde hace siglos. De hecho, la Filosofía del Derecho aborda el sentido de lo justo desde diferentes y, a la vez, complementarios enfoques como, la universalidad a priori, el iusnaturalismo, el positivismo jurídico, la filosofía de la liberación (Mora, 2004), la sociología jurídica (Fariñas, 2006; Salamanca, 2011), el pluralismo jurídico (Wolkmer,

2003) y/o la concepción y percepción de las normas en tanto que productos culturales (Herrera, 2005), y todavía sigue coleando. ¿Será debido a los criterios de enseñanza en las Facultades de derecho o, que la sociedad en general deja en manos de unos supuestos especialistas el debate en torno al tema?

En el marco constitucional español, en este momento histórico y en el sentido antes señalado, dos son los principios jurídicos más repetidos en relación a la intervención policial en Catalunya el pasado día 01 de octubre de 2017: PROPORCIONALIDAD y RAZONABILIDAD. Ambos hacen referencia al cumplimiento de las leyes en el marco del Estado de Derecho por parte de los agentes de fuerzas y cuerpos de seguridad, dicen sus defensores y defensoras. En este sentido, desde el *authonomy y subjectivity of migration* (Mezzadra y Neilson, 2013; Casas-Cortes, M et al., 2015) recuerdo una reunión en el antiguo y extinguido Ministerio de Igualdad en la que debatíamos y discutíamos sobre la discriminación racial, étnica, por género, por edad, religiosa, entre otras. Dicho debate y discusión lo hacíamos en el marco del proyecto actualmente casi desprovisto de presupuesto, Red Antena. Uno de los argumentos en torno a los dos principios jurídicos antes mencionados hacía referencia a las identificaciones policiales a los y las migrantes, es decir, las redadas policiales por perfiles étnicos-raciales amparadas por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, derogada por la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana 4/2015, de 30 de marzo. Preguntados por el carácter desigual y discriminatorio de la normativa en cuestión, tanto los responsables políticos allí presentes, como representantes de cuerpos y fuerzas de seguridad argumentaban la actuación en torno a la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, que los fines justificaban los medios. En otras palabras, antes que el aspecto desigual y discriminatorio de la ley lo que prevalecía era la lucha contra la inmigración ilegal, compromiso adquirido y asumido por el Estado español desde su entrada en la Unión Europea (UE) en el año 1986.

¿Si los fines justifican los medios, qué justifican los fines?, se preguntaría el maestro Herrera Flores. Es decir, si la proporcionalidad y la razonabilidad en la actuación policial tanto en Catalunya como en las redadas policiales por perfiles étnicos-raciales son medios legítimos debido a que es necesario contener el incumplimiento de las normas por parte de las autoridades y ciudadanos/as catalanas y, por exigencia de luchar contra la supuesta inmigración ilegal, ¿qué justifica, a su vez, estos fines? Dado la extensión en el tiempo de este debate, consideramos que, al menos, desde el iusnaturalismo, el universalismo a priori, y el positivismo jurídico no se ha logrado o no se quiere responder a este interrogante porque no procede. Por ello, trataremos

brevemente de abordar este tema desde la percepción de la norma en tanto productos culturales (Herrera, 2005) sin entrar en el tema de la crítica de Maquiavelo a los resortes del poder ni en la exigencia ética que suele apuntar Mora (2004) en relación a que los medios deben justificarse por sí mismos a la hora de alcanzar un bien común propuesto.

Nuestro objetivo en este trabajo es reflexionar brevemente en torno a la contaminación socioeconómica, sociopolítica, sociocultural, moral y ética de las normas teniendo como enfoque el discurso y las narrativas del anterior gobierno del partido popular. Ello no significa, en momento alguno, nuestra defensa o apoyo a la independencia y, tampoco miopía frente a los mismos hechos y discursos jurídicos contaminados en el lado catalán.

En este pequeño y modesto trabajo plantearé en un primer momento el carácter de las normas en tanto que productos culturales contrapuesto a los puntos de vista y discursos que la defienden como entes metafísicos alejados de la realidad; y en un segundo lugar, señalaremos algunos apuntes contextuales a tener en cuenta antes de invocar el cumplimiento de la Ley *tout-court*, tales como la UNIDAD, el consenso y el ‘hacer humano’ de los máximos intérpretes de la Constitución.

2. LAS NORMAS COMO PRODUCTOS CULTURALES

Tal como dijimos antes, trataremos de reflexionar en torno a la percepción de las normas en tanto que productos culturales y, no como entes metafísicos de razón o de ficción. Por productos culturales entendemos los derechos en tanto pertenecientes a un contexto en el cual surgen y el para cual funcionan como categorías legitimadoras o antagonistas de la idea hegemónica de vida digna que prima en una determinada y concreta formación social (Herrera, 2005: 20). Los productos culturales, pues, no son un mero reflejo directo y puro de la realidad, sino una forma de ver dicha realidad en función de los contextos y los sistemas de intereses en que estamos situados. De hecho, los humanos reaccionamos culturalmente simbolizando la realidad. En otras palabras, lo cultural sería lo que antes era un mero producto natural o una forma de relación no percibida como tal, que se representa simbólicamente y así se convierte en producto cultural (Herrera, 2005: 125-126). A título de ejemplo, la Constitución Española (como todas las normas constitucionales) es un producto cultural, pues surge en un contexto temporal y espacial determinado, funciona como legitimadora de determinados comportamientos y acciones y no es un mero reflejo directo y puro de la realidad, sino dependiendo de los sistemas de valores y las relaciones de poder que marcaron su creación y concepción, así como su interpretación. En tanto representación simbólica de la

realidad cultural española, podría servir para el acceso igualitario a la realidad y a los derechos así como en las relaciones entre nosotros mismos, con los demás y con la naturaleza, sin embargo consideramos que la desigualdad entre las fuerzas de la derecha y de la izquierda en la transición española torpedeó que ello fuera posible (Navarro, 2002; De la Cuadra, 2015). Más adelante profundizaremos sobre esta cuestión a fin de no distraernos el análisis de las normas en tanto que producto cultural.

En el sentido mencionado en el párrafo anterior, Facio defiende que se requiere una visión integral del derecho, es decir, sus tres componentes, siendo: formal-normativo; institucional-estructural; y político-cultural (Facio y Fries, 1999). Infelizmente en estos días vemos y escuchamos discursos en torno al cumplimiento o no de la ley que denota una autosuficiencia, carácter místico y ficticio de la norma. Como decía Herrera:

“La utopía de la validez formal presupone, pues, la ficción de un legislador y un intérprete omnisciente que es capaz de conocer los límites y fundamentos del derecho sin tener que recurrir a alguna entidad externa a él; y, asimismo, se basa en la creencia – o, asimismo en la ficción – de que el ordenamiento jurídico es una máquina autosuficiente que camina por sí sola al otorgarle a sí misma los criterios que la convierten en válida para todos los que van a regularse por ella” (Herrera, op. cit.: 205).

Consideramos entonces que la ausencia de la percepción del derecho en tanto que productos culturales nos llevaría a acabar construyendo un discurso político o una ideología acerca de cómo deber ser concebido el Derecho, esto es, una concepción apriorística del mismo...un sistema jurídico-estatal unificado, jerarquizado, pleno y coherente de normas jurídicas y autoridades normativas, dotado de validez objetiva y obligatoriedad intrínseca (Fariñas, 1997), del cual han sido amputados los hechos y las mismas relaciones de poder (Herrera, op. cit.: 206).

En esta línea de la percepción de la norma en tanto productos que culturales, Herrera complementó en una obra posterior (Herrera, 2008) la doble trampa de lo jurídico. La “doble trampa” hace referencia, por un lado, a la concepción de lo jurídico como el único sistema de efectividad de los derechos y, por otro, percibir la norma como neutral y aséptica.

La concepción de la norma como el único instrumento de garantía y efectividad de los derechos acarrea la tautología lógica de graves consecuencias sociales, económicas, culturales y políticas (Herrera Flores, 2008). Ello significa que, en situaciones de crisis cuando los ámbitos sociocultural, sociopolí-

tico y socioeconómico entran en relación o están relacionados con el ámbito jurídico no se suele atribuir la anomalía al ámbito normativo y, por ende, este marco jurídico no sufre apenas cambios. En otras ocasiones se dan circunstancias en las cuales las normas se convierten en meros postulados metafísicos o meras declaraciones de intenciones (Desiderátum), siendo, pues, la principal preocupación la lejanía entre los sistemas de garantías y lo que debe ser garantizado y, por consiguiente, la incapacidad del legislador, o del que interpreta la norma, en aplicarla en un contexto social concreto y determinado con principios reales de justicia y de lo justo.

En torno a la segunda falacia, el hecho de creer que las normas son asépticas o neutrales significaría no tener en cuenta que, a pesar de que sean leyes, pueden ser desiguales, discriminatorias o desproporcionadas, dependiendo de los sistemas de valores dominantes o de los procesos del hacer humano (Herrera Flores, 2008). En este sentido, el disfrute o acceso a los derechos no dependerá simplemente de la aplicación de la normativa, sino igualmente de las ideologías y expectativas que controlan su funcionamiento a niveles nacional, internacional y/o global y, en definitiva, de los sistemas de valores y la relación de poder imperantes.

De las dos reformas constitucionales realizadas en España (en 1992 y en el 2011), los cambios se han dado como forma de encuadrarse en el contexto europeo. Por un lado, para permitir el voto de los migrantes europeos en las elecciones municipales incluyendo el inciso “y pasivo” (art. 13.2 CE) y, por otro, por cumplir con el llamado Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la zona euro (art. 135 CE). En ningún otro contexto de crisis sociocultural, sociopolítica y socioeconómica se han dado circunstancias de reforma constitucional y, por tanto, la percepción de lo normativo como un elemento más en el engranaje de los sistemas de garantía y, no el supremo.

Asimismo las leyes no son asépticas ni neutras, y pueden ser desiguales y discriminatorias, entre otras, como vimos en párrafos anteriores en el análisis de las identificaciones policiales por perfiles étnico-raciales.

Por todo lo antedicho, desde un punto de vista más actual, es ineludible contemplar – al menos – la tridimensionalidad del Derecho así como las relaciones entre cultura y economía, ética y política, y política y Derecho.

3. APUNTES CONTEXTUALES EN TORNO AL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)

Tal como hemos expuesto en párrafos anteriores, no se puede invocar el cumplimiento de la Ley como lo vienen haciendo miembros del anterior gobierno del Partido Popular y sus aliados de Ciudadanos y del Partido Socialista, así como tertulianos conservadores, como si se tratara de un ente metafísico sin arraigo sociocultural. Por ello, en las próximas líneas trataremos de señalar algunas cuestiones que creemos contaminan lo jurídico y las decisiones del TC.

Chapman (2017) señaló algo de gran interés y relevancia en su reciente artículo sobre el conflicto catalán, pues, tanto Gran Bretaña como España son Estados que, habiendo sido grandes potencias con colonias ultramarinas, perciben sus nacionalismos como superiores a otras prácticas nacionalistas y, por consiguiente, son hostiles a toda reivindicación diferencial relativa al idioma u otras prácticas culturales que no encajan o no son conformes a la unidad prestablecida¹. Además, en los análisis en torno a los nacionalismos, a menudo se obvian dichas prácticas nacionalistas preestablecidas, debido sobre todo a su status hegemónico. Nosotros consideramos que la supremacía de la unidad que forma parte del discurso español desde hace siglos es lo que predomina en estos días en el ámbito del conflicto catalán. Enric Juliana, periodista de La Vanguardia, se preguntaba en una entrevista en la SER el pasado domingo 01 de octubre de 2017 si lo que reivindica el gobierno central es el cumplimiento de la norma o la salvaguarda de la Unidad Nacional (nosotros añadimos, o una es sucedánea de otra). Probablemente, como dice De Sousa (2017) en su análisis sobre el conflicto catalán, en el análisis de las normas con el contexto político lo que debe prevalecer no es el cumplimiento de la misma a secas (mecánica), sino dialéctica.

En definitiva, lo que se identifica a priori como elemento clave a tener en cuenta en el análisis de las normas antes señaladas, es que existe un principio (LA UNIDAD) que no siempre es compartido de la misma manera por toda la ciudadanía. Ello hace pues que la relación de poder desigual en el manejo, manipulación e interpretación del mismo resulte difícil plantearlo como un elemento consensuado desde la transición del 78 y que, por lo tanto sea inmutable e indisoluble.

¹ Sobre todo si pretenden formar parte de lo nacional. Es decir, si dicha práctica es periférica e incluida en el marco de la multiculturalidad se suele tolerar.

En segundo lugar y, en relación con el tema planteado antes, consideramos que lo que se considera consenso entre los demócratas desde la Transición, no es del todo una realidad. Es decir, no sólo hubo un desequilibrio entre las fuerzas de la derecha y las de la izquierda en el proceso de negociación del supuesto consenso, que conllevó a una desigualdad de medidas adoptadas (Navarro, 2002), sino que se legitima la Constitución por su aprobación en el referéndum celebrado el 06 de diciembre de 1978, obviando que su proceso se hizo a espaldas de la sociedad civil (De la Cuadra, 2015). Cuatro son los hechos que testifican lo aquí expuesto: en primer lugar la reunión en el Parador Nacional de Gredos (Ávila) en febrero de 1978 celebrada entre los siete ponentes del proyecto constitucional, siendo tres de Unión de Centro Democrático (UCD), uno del PSOE, otro de AP (hoy Partido Popular), otro del PCE y otro de la Minoría Catalana; en segundo lugar, el primer encuentro liderado por los números dos del gobierno, Fernando Abril, y del PSOE, Alfonso Guerra en una cena en el madrileño restaurante José Luis el 22 de mayo de 1978; en tercer lugar la reunión en el despacho de Peces-Barba en la madrileña calle Conde de Xiquena la noche del 09 de junio de 1978; y por último, la reunión confidencial de la Comisión Mixta Congreso-Senado. En la primera reunión en Gredos se recluyeron los siete ponentes para sistematizar las enmiendas, alejados de la prensa, denuncia De la Cuadra (2015) en su trabajo. En el segundo, se desatascaron nada menos que 25 artículos que ya llevaron negociados en la Comisión del Congreso. En el despacho de uno de los padres de la Constitución, Peces-Barba, se recluyeron tratando de ocultar la participación vasca en el proceso de negociación. Y, por último, en la reunión confidencial de la Comisión Mixta Congreso-Senado ha sido conciliado los textos diferentes de las dos Cámaras a espaldas de la ‘propiedad pública’ (De la Cuadra, 2015: 24-26).

Además, creemos que es necesario contextualizar el 91,81% de los SI al referéndum constitucional del 78. Se venía de un régimen represor al que nadie pretendía regresar ni tampoco volver a vivir.

Una tercera cuestión de especial relevancia frente a la unidireccionalidad y el monologuismo en torno al concepto unidad, así como la desmitificación del consenso, es el de los intérpretes de la Constitución Española (en adelante CE). El Tribunal Constitucional (TC) democrático, inevitablemente heredó prácticas, miembros e ideologías propias del régimen franquista, como fue el caso de las ‘astillas’ erradicaba en el año 1985 (De la Cuadra, 2015). La creación del gobierno de los jueces (Consejo General del Poder Judicial - CGPJ) tampoco supuso la ausencia de relación intrínseca entre éstos últimos y el poder ejecutivo como solía darse en la época franquista. Prueba

de la ausencia de neutralidad del propio TC es la reforma realizada en el año 2015 por el Partido Popular. Dicha reforma surgió fruto del Proyecto No de Ley presentada por Xavier García Albiol frente al proyecto secesionista de ArturMas. La reforma en cuestión publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el sábado 17 de octubre de 2015 como Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho, incumple preceptos constitucionales y, por ende, fue denunciada por gran parte de constitucionalistas del país. El elemento clave de la Ley en cuestión es la efectividad de las decisiones del TC, pero con efectividad no nos referimos a tener en cuenta otros sistemas de garantías existentes y que están en permanente relación con lo jurídico (socioeconómico, sociocultural, sociopolítico, entre otros), sino al puro cumplimiento estricto de las resoluciones del TC.

Concretamente se modifica el art. 87.1 que queda redactado en los siguientes términos:

“1. Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva.

En particular, el Tribunal Constitucional podrá acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario”.

Igualmente se modifica el art. 92 en los siguientes términos:

“1. El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.

Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó”.

En el punto 4 de la cláusula en cuestión se advierte sobre las medidas en caso de incumplimiento de la resolución del TC (hemos seleccionado tan solo dos de las medidas):

“4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije in-

formen al respecto.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:

a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal”.

En base a ello, creemos que, de partida, no existe ni igualdad en la interpretación de los hechos en Catalunya ni neutralidad por parte de personas que emiten resoluciones que deberían ser cumplidas. En definitiva, el proceso del hacer humano en este caso depende, en gran medida, de los sistemas de valores ideológicos-políticos-partidistas que impulsaron la Ley Orgánica 15/2015 antes mencionada.

CONCLUSIONES

Este breve trabajo pretende ser una pequeña contribución al arduo debate sobre uno de los aspectos en el ámbito del conflicto catalán. No hemos pretendido en ningún momento realizar análisis y exposiciones de ideas e ideologías sobre los diferentes enfoques filosóficos y jurídicos en torno al cumplimiento de la Ley.

Así, aunque hayan pasado siglos y siglos desde la famosa frase crítica de Macchiavello, sigue resonando en nuestros días con fuerza, que para el poder con tal de cumplir determinados fines todos los medios le son legítimos. La narrativa moderna y jurídica se apodera así de la realidad y revitaliza lo que ya predijo Goya en el siglo XVIII cuando se suele recurrir a la razonabilidad como punto de partida y de llegada en la legitimidad de los hechos.

En este sentido, la falacia de lo jurídico y/o círculo vicioso en torno a lo jurídico que se suele enseñar en gran parte de Escuelas y Facultades de Derecho no nos permite ver más allá de este sistema de garantía hasta el punto de dotarlo de un carácter casi natural, metafísico y autosuficiente. Las palabras de los dirigentes políticos-partidistas, entre otros, defendiendo el cumplimiento de la ley a secas denota la creencia en un ente supremo que resulta ser inmutable, contemplando así sólo uno de los componentes en la visión integral del Derecho, el formal-normativo. Dicha creencia conlleva a considerar a la norma como el único instrumento de garantía existente en la

sociedad, obviando pues todos los sistemas sociopolíticos, socioeconómicos y socioculturales que influyen e interactúan con el mismo. Igualmente a la creencia de que la norma es justa por el simple hecho de que sea ley, desconsiderando los valores predominantes en el tiempo y espacio de su creación y fomento, se suman las subjetividades de quiénes la interpretan a la hora de aplicar el marco constitucional establecido.

Nosotros consideramos, pues, que la Unidad de España pregonada desde hace siglos forma parte de los sistemas de garantía a tener en cuenta en estos días en torno al ámbito jurídico relacionado con el conflicto catalán. En este caso, por unidad no nos referimos a los aspectos comunes de clase, género, raza, laboral, entre otros, que han unificado a muchos españoles y españolas, así como los otros residentes en España, sino a aquella relativa a la unión homogénea a partir de la cual se castiga toda aquella práctica nacional (en torno a las nacionalidades de la Constitución) que pretenda ser interlocutora en igualdad de condiciones con el nacionalismo español legítimo.

El segundo elemento señalado en este trabajo a tener en cuenta en esa defensa acérrima de la norma es el consenso que tanto se pregonaba como común y aceptable entre todas las fuerzas sociales y políticas y la propia ciudadanía favorable a la Transición del 78. Tal como hemos expuesto brevemente en párrafos anteriores, no se puede considerar que la constituyente en la Transición haya sido suficientemente participativa y pública. Por ello, lo que se logró en su momento quedó abierto a mejoras posteriores, desde la cohesión social, económica y territorial más solidarias y, a la vez, autónomas.

El tercer y último elemento que consideramos debe formar parte de esta concepción holística de lo jurídico es la desigualdad en los agentes encargados de interpretar la norma suprema en el ámbito del conflicto catalán. Consideramos que no se puede pretender dialogar en igualdad de condiciones cuando la manipulación, el manejo y la interpretación de las reglas de juego del diálogo están contaminadas y son favorables a una de las partes, tal como vimos en el análisis de Ley 15/2015. A no ser que no contemplemos que existan dos partes en este conflicto, lo que supondría eludir el conflicto real, la diversidad de convicciones, la capacidad de negociación y acuerdos para lograr un mayor Bien Común, y la necesaria flexibilidad normativa que dé respuesta al contexto de la realidad histórica presente.

Siendo nuestras reflexiones una pequeña contribución al debate, no pretendemos señalar soluciones y respuestas ante este desafío pero sí invitar a ampliar el espectro de las exigencias en el cumplimiento de la Ley con el fin de afrontar mejor el presente y el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

Casas-Cortes, M et al. (2015) “New Keywords: Migration and Borders”. *Cultural Studies*, 29: 1, 55-87.

De la Cuadra, B. (2015) “Democracia de papel. Crítica al poder, desde la transición hasta la corrupción,” Madrid. Catarata.

Facio, A y Fries, L. (ed.) (1999) “Género y derecho,” La Morada, LOM edic.

Fariñas Dulce, M. J. (1997) “Los derechos humanos: desde una perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna”. Madrid. Dykinson.

Herrera, J.(2005) “Los derechos humanos como productos culturales. Crítica al humanismo abstracto,” Madrid, ed. Catarata.

__(2008) “La Reinención de los Derechos Humanos,” Sevilla, ed. Atrapasueños. Colección Ensayando.

López Aguilar, Juan F. (2016) “Cuestión catalana y la crisis constitucional.” UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37: 273 – 308.

Mezzadra, S. y Neilson, B. (2013) “Border as method, or, the multiplication of labor,” Duke University Press.

Mora Galiana, J. (2004) “Ignacio Ellacuría, filósofo de la Liberación,” Nueva Utopía.

Salamanca Serrano, A. (2011) “Teoría socialista del derecho. (Iusmaterialismo). Tomo I.” Quito, Editorial Jurídica del Ecuador.

Serra, M.; Ubasart G., G.; Martí i P., S. (2018). “Cataluña y la triple crisis española.” *Nueva Sociedad*, nº 273: 22-32.

Wolkmer, A. C. (2003) “Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina.” *CENEJUS*.

CAPÍTULO 2
DIREITO DO TRABALHO DURANTE A CRISE
DA PANDEMIA

**CARACTERÍSTICAS DA LUTA JUSLABORAL BRASILEIRA
EM TEMPOS DE CRISE, GOLPE E PANDEMIA:
UMA APRESENTAÇÃO**

Alysson Leandro Mascaro

Sumário: 1. O arcabouço jurídico da regressão presente. 2. As características da luta juslaboral brasileira hoje.

Os movimentos atuais da luta de classes no campo juslaboral brasileiro revelam tanto um sintoma das lutas mundiais na crise capitalista e na pandemia de Covid-19 quanto, ainda, uma específica situação histórica de uma sociedade em regressão: o presente momento do Brasil se estabelece sob a dinâmica de um golpe. Apresentar ao mundo tal horizonte é dizer que, mais que a própria pandemia, são a crise das formas do capital e a crise na formação político-econômico-social brasileira as determinantes últimas das investidas das classes capitalistas contra as classes trabalhadoras.¹

1. O ARCABOUÇO JURÍDICO DA REGRESSÃO PRESENTE

A história do trabalho no Brasil é marcada pelos séculos de escravidão. O regime de trabalho escravista só foi abolido no país no ano de 1888. Desde então as relações de trabalho são formalmente contratuais. No entanto, o arcabouço moderno de organização das relações trabalhistas somente adveio no governo de Getúlio Vargas, nas décadas de 1930 e 1940. No ano de 1943, é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº 5.452/1943. Tal conjunto normativo sistematiza a proteção aos trabalhadores e organiza o sistema político, jurídico e econômico das relações entre capital e trabalho.

Todas as décadas posteriores à promulgação da CLT enfrentaram combates por parte das classes burguesas e seus aparelhos ideológicos, contrários às proteções garantidas às classes trabalhadoras. A ditadura militar-civil-empresarial brasileira, a partir de 1964, buscou rebaixar o conjunto das proteções trabalhistas. Fê-lo, mas manteve boa parte de sua estrutura. Na década de 1980, as lutas operárias no Brasil voltam a ganhar fôlego. Com o fim da ditadura, promulga-se uma nova Constituição Federal, a de 1988. Direitos trabalhistas e sociais são garantidos constitucionalmente e ganham nova sistematicidade.

Após 1988, dá-se uma nova investida burguesa contra os direitos trabalhistas e sociais. Trata-se, a partir de então, de um combate de perfil neoliberal. O governo de Fernando Henrique Cardoso empreende tentativas de flexibilização dos direitos sociais. Embora com alguns incrementos nas polí-

¹ Texto-base da entrevista concedida em março de 2021 ao projeto “Law, Development & Conflict Research Group”, da University of Westminster, Inglaterra.

ticas sociais, os governos de Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff apenas parcialmente estancam tal movimento neoliberal. Com o golpe de 2016, que depôs Rousseff e pôs em seu lugar Michel Temer, e com a subsequente eleição e subida ao poder de Jair Bolsonaro, num governo de extrema-direita, a legislação trabalhista brasileira passa então a ser desmontada em níveis pronunciados. De 2017 a 2019 todo o arcabouço jurídico trabalhista e previdenciário é desfigurado e as proteções trabalhistas rebaixadas. Quando em 2020 advém a pandemia, o Brasil estava já no auge do retrocesso do direito do trabalho. Assim sendo, as legislações especificamente feitas por conta da pandemia são apenas complementos do movimento regressista das legislações imediatamente anteriores.

São estas as principais legislações trabalhistas brasileiras dos últimos anos:

- * Lei nº 13.467/2017. Flexibilizou o número máximo de horas de trabalho semanal, o intervalo de descanso intrajornada e o gozo de férias. Permitiu a criação de banco de horas para compensação de dias de trabalho excedente. Ampliou a possibilidade de trabalho parcial e aceitou pela primeira vez a possibilidade de trabalho intermitente. As horas *in itinere*, as atividades como higiene, descanso e troca de uniforme deixam de ser contabilizadas como jornada de trabalho. Retirou a maior parte das proteções trabalhistas às gestantes e lactantes. Pôs as negociações acima da legislação. Retirou a exigência de contribuição sindical dos empregados e permitiu que a homologação de demissões não seja feita perante o sindicato da categoria. Todo esse conjunto fragilizou os sindicatos e o direito coletivo do trabalho.

- * Lei nº 13.874/2019. Lei da Liberdade Econômica. Alteração no sistema de formalização das carteiras de trabalho e dos contratos de trabalho.

- * Medida Provisória nº 905/2019. “Contrato Verde e Amarelo”. Flexibiliza ainda mais as condições de trabalho para jovens trabalhadores.

- * Emenda Constitucional nº 103/2019. Altera o direito previdenciário, aumentando exigências de idade para a aposentadoria de homens e mulheres.

- * Lei nº 14.020/2020: Permite que, na pandemia, faça-se a suspensão do contrato de trabalho e a redução salarial.

2. AS CARACTERÍSTICAS DA LUTA JUSLABORAL BRASILEIRA HOJE

O conjunto das atuais alterações normativas no ordenamento jurídico brasileiro é patentemente regressista, de perfil neoliberal. Trata-se da continuidade de uma linha de força do capitalismo do/no país. Passados os tempos

dos últimos ganhos institucionais da classe trabalhadora na década de 1980, a luta de classes, desde o início da década de 1990, tem sido conduzida para o sobrepujamento da classe burguesa. O Brasil vive desde então sob diretrizes econômicas neoliberais. Os governos de Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso pautaram-se por políticas econômicas privatistas, submissas ao mercado financeiro e especulativo, subordinando o país a interesses econômicos imperialistas. Os governos de Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, por sua vez, fazem uma inflexão parcial nesse caminho. Estancam parcialmente os efeitos do neoliberalismo, propondo inclusive algumas políticas de perfil neodesenvolvimentista, embora não tenham revertido as características gerais do capitalismo brasileiro e do neoliberalismo. O parcial movimento autonomista e progressista de tais dois governos é combatido frontalmente, vindo a sofrer um golpe em 2016, consolidado pelo impeachment de Rousseff. Os governos subsequentes, de Michel Temer e Jair Bolsonaro, avançam patentemente na destruição da estrutura estatal e das possibilidades de políticas de desenvolvimento e de inclusão social. Proponho, assim, ler o neoliberalismo brasileiro em três momentos: 1) primeiro levante (de Collor a FHC); 2) parcial estancamento (Lula e Dilma); 3) segundo levante (Temer e Bolsonaro).

Se a primeira fase do levante neoliberal brasileiro, na década de 1990, buscava se esconder em torno de bandeiras como a democracia, a eficiência e a entrega à população de melhores condições sociais e políticas – discursos de eficiência administrativa às empresas privatizadas, aumento de investimentos etc. –, o segundo levante, da década de 2010, deixa às claras seu pendor autoritário e sua orientação apenas para a satisfação imediata dos mercados. As regressões no campo juslaboral não buscam esconder seu fundamento ideológico. Pelo contrário, afirmam às claras a necessidade da liberdade negocial para a mera acumulação e combatem publicamente as lutas das classes trabalhadoras e seus interesses. Encontram um tempo de fragilização da organização da resistência proletária, induzida pelas décadas de desmonte da produção industrial e pela primazia do capital financeiro, articulado com os setores agrominerais exportadores. No quadro geral de tal segundo levante, não se trata apenas de ferir parcialmente a economia brasileira e seu Estado interventor, como antes o fora; agora, seu objetivo é destruir seus aparelhos e instituições restantes. No primeiro levante, o ferimento; no segundo levante, a morte de um modelo que, de Vargas a Lula, deve fenecer em favor de uma dominação interna de grau extremamente conservador e de uma posição subsidiária do capitalismo nacional em face do capitalismo e do imperialismo internacionais.

A pandemia apenas aparece, nesse quadro, como mais uma justificativa para a regressão social. A classe trabalhadora brasileira, nos tempos pandêmicos atuais, posiciona-se entre a exaustão física e mental – capturada pela interpelação ideológica do capital, que se impõe sob forma de discursos de meritocracia, autoajuda, reforço da ordem política, militar, social e moral etc. – e a possibilidade de luta que reorganize tanto a resistência em face do neo-liberalismo quanto o combate estrutural ao capitalismo. Aponte, em *Crise e Pandemia* (Boitempo Editorial, 2020), que, mesmo com a contundência da crise social e sanitária, provavelmente a pandemia aumentaria a prostração e o sofrimento das classes trabalhadoras, sem que se dessem reações de monta, dada a coerção das formas sociais capitalistas, que se impõem à reprodução social. E, de fato, até o presente momento, a crise e a pandemia têm sido oportunidades ainda mais excelentes para a acumulação capitalista, de modo totalmente interligado à desgraça da massa pobre da população brasileira.

Os séculos de capitalismo historicamente decantaram três instâncias de luta dos trabalhadores: a sindical; a partidária; a social. No campo sindical, o Brasil conheceu, desde o século XX, várias formas de organização. Desde a década de 1980, os sindicatos conheceram uma relativa capacidade de financiamento e relação imbricada e coesa com o mundo empresarial. Nos anos de mandatos do Partido dos Trabalhadores (PT), sindicalistas e representações sindicais alcançaram inclusive espaços de governo. O golpe de 2016 e as alterações juslaborais posteriores destruíram substancialmente tal formato de estabelecimento sindical. Nos dias atuais, pouco se avista uma capacidade de força transformadora a partir do modelo já dado de sindicalismo.

A luta partidária das massas trabalhadoras, desde a redemocratização, se aglutina em torno de partidos de esquerda cujo maior representante foi o Partido dos Trabalhadores. Seu relativo sucesso de inserção no governo da dinâmica capitalista, num viés de manutenção desenvolvimentista das bases sociais já dadas, fez com que as lutas operárias se canalizassem para benefícios imediatos, em desfavor da politização que aumentasse o antagonismo de classe e o vislumbre de transformações estruturais na economia e na sociedade. Com os processos de combate aos governos do PT e de perseguição institucional e ideológica à esquerda, nos dias atuais a ação partidária das classes trabalhadoras tem por horizonte ou resistir à atual regressão ou conseguir sucessos eleitorais que, se aceitos pela burguesia, pelo judiciário, pelos militares e pelos meios de comunicação de massa, voltarão no máximo ao mesmo padrão de conciliação de classes já estabelecido pelos governos petistas anteriores.

No que tange à luta social, dois grandes movimentos se abrem. O primeiro deles, o da luta de grupos, cujas formas mais adaptáveis à reprodução do capital são albergadas e permitidas – demandas por representação de mulheres, negros, LGBTQIA+, povos originários etc. –, mas cujas formas mais contundentes de combate são perseguidas – contra a inclusão e o empoderamento social-econômico, o genocídio e o encarceramento da população jovem negra e a regressão governamental a políticas inclusivas. O segundo grande movimento é o da luta contestadora da classe trabalhadora no seio da própria sociedade. Tal dinâmica tem sido sistematicamente bloqueada, em especial pela constituição ideológica capitalista, dominante de modo avassalador da compreensão de mundo e das ações possíveis de luta dos explorados. O capitalismo cada vez mais é naturalizado como único modo de produção possível. A esquerda, o socialismo e o comunismo são demonizados socialmente. A luta socialista perde espaço em favor das perspectivas individualistas e capitalistas da autoajuda e da meritocracia, que andam em conjunto com a fragilização das condições de trabalho.

A crise atual se caracteriza pela ausência massiva de um horizonte de luta superadora da sociabilidade capitalista. A decadência juslaboral presente é também a afirmação do capitalismo rompante – embora em crise – sem que encontre oposição materialmente relevante. O socialismo, o grande ausente das lutas de classes contemporânea, é no entanto a única chave material verdadeiramente de superação das contradições de nosso tempo. Trazê-lo à tona é deixar de resistir à força que se faz irresistível e construir o totalmente outro. Então, a defesa de ganhos sob forma juslaboral deixará de ser a bandeira da classe trabalhadora, para passar a se empunhar o poder laboral.

**ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL, REFORMA TRABALHISTA
E PANDEMIA DE COVID-19: O TRABALHADOR BRASILEIRO
REDUZIDO À VIDA NUA**

Guilherme Kirtschig

Sumário: 1. Introdução. 2. Estado de Bem-Estar Social e sua incorporação a constituições rígidas. 3. Desconstitucionalização e reforma trabalhista. 4. Trabalho e pandemia no Brasil – Exceção permanente?. Considerações Finais. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem, por objeto, o fenômeno da desestruturação dos Estados de Bem-Estar Social na contemporaneidade, em especial no caso brasileiro, com maior enfoque nos aspectos relacionados à matéria laboral; e as repercussões, nessa realidade, da pandemia da COVID-19. Seu objetivo geral é atribuir sentido às respostas oferecidas pelo Estado aos desafios da pandemia, que tenham impacto na vida e na saúde dos trabalhadores brasileiros.

Inicialmente, delinea-se um panorama geral dos Estados de Bem-Estar Social, tratando de suas características e do papel, neles, das relações de trabalho e seus atores. Endereça-se a constitucionalização desse formato estatal, com o advento dos Direitos Fundamentais Sociais, e discute-se o constitucionalismo rígido do 2º pós-guerra, com seus traços definidores. Também se cuida da compatibilidade dessas categorias ao desenho institucional brasileiro, provido pela Constituição de 1988.

A seguir, considera-se a crise do modelo e os processos desconstituintes em marcha, resultando na paulatina desestruturação dos Estados de Bem-Estar Social; bem como a repercussão dessas irritações na regulamentação jurídica laboral. Novamente, apresenta-se uma abordagem geral, para posteriormente focar com maior especificidade o caso brasileiro.

Finalmente, expõe-se a atuação dos Estados de Bem-Estar Social diante dos desafios proporcionados pela pandemia de COVID-19, e das repercussões desse evento disruptivo nos processos desconstituintes antes mencionados; tendo por norte a concepção de Estado de Exceção e elementos relacionados a essa categoria. Também aqui, esboça-se primeiramente um panorama geral, e a seguir enfoca-se, com maior detalhamento, o caso brasileiro, sempre destacando aspectos laborais.

2. ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E SUA INCORPORAÇÃO A CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS

O Estado de Bem-Estar Social é um arquétipo de organização estatal que, juntamente com os Estados Liberal e Socialista, origina-se nas grandes correntes do pensamento político moderno, desenvolvidas a partir das revolu-

ções burguesas do Século XVIII ¹. Para melhor delineá-lo, interessam breves referências aos outros dois modelos.

O Liberalismo Clássico remonta à assunção do poder político pela classe burguesa, no contexto das aludidas revoluções; e estruturava-se em torno da propriedade privada, da liberdade individual, da livre iniciativa, do mercado livre de controles estatais, da liberdade contratual, dos direitos políticos relacionados à representação, e da igualdade formal perante a lei². A tais ideais correspondia um Estado mínimo, protetor unicamente da ordem e da segurança, da propriedade e da liberdade individual³.

Esse arranjo embasou o desenvolvimento econômico capitalista, que resultou na Revolução Industrial e na denominada Questão Social, ou seja, o descontentamento popular gerado pela superexploração da força de trabalho, para a qual o ideário liberal carecia de respostas⁴.

O Socialismo surgiu na esteira desse descontentamento, e seus adeptos defendiam a igualdade material, e não apenas formal, assim como a coletivização dos meios de produção⁵. A sua vertente marxista propunha a tomada do poder político pelas classes trabalhadoras, através de uma revolução, e a implantação de um Estado Socialista como passo necessário à emancipação proletária⁶.

Já o Estado de Bem-Estar Social é um desenho híbrido, decorrente de uma modificação do Estado Liberal clássico, no qual a sua estrutura jurídico-política é mantida, mas, à garantia de liberdades individuais, é acrescido “[...] o reconhecimento de direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção [...] de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos”⁷.

¹ BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L’età dei Diritti*. p. 206 e 207; CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29 e 30.

² CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. Curitiba: Juruá, 2009. p. 92 e 93; STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. “Ciência Política e Teoria do Estado”. 5. ed. rev.e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 58 a 61.

³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. “Ciência Política e Teoria do Estado”. p. 61.

⁴ CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. p. 112.

⁵ CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. p. 127.

⁶ CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. p. 139 a 142.

⁷ CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. p. 163.

Gregório Peces-Barba⁸ aponta que, para rechaçar o absolutismo monárquico, que obstava o desenvolvimento de suas pretensões individualistas, a burguesia impulsionou a construção de um consenso quanto à necessidade de positivação de Direitos Fundamentais, com vistas a limitar, regular e racionalizar o exercício do poder.

Conquanto tais Direitos tivessem conteúdos restritos aos interesses da classe burguesa, não tardou o surgimento de lutas sociais por sua expansão e evolução. Isso deveu-se à própria linguagem na qual foram expressos, nos documentos mais importantes do período inicial de sua positivação, aliada a contradições insolúveis entre a amplitude de suas possibilidades, e seu desfrute por uma escassa minoria⁹.

Ipojucan Demétrius Vecchi, Marcos Leite Garcia e Liton Lanes Pilau Sobrinho¹⁰ apontam que a potencialidade evolutiva dos Direitos Fundamentais decorreu, especialmente, da ideia-motriz de dignidade humana, enquanto atributo de todos os integrantes do gênero humano; a qual foi desenvolvida pela filosofia moral no trânsito para a modernidade. Baseados nas lições de Peter Häberle, eles sustentam que tal ideia foi encampada pelos movimentos de trabalhadores do século XIX para embasar suas reivindicações, e assim “[...] adentrou no campo da prática jurídica como postulação concreta de melhores e dignas condições de trabalho [...]”¹¹

E justamente a ampliação e generalização dos direitos de sufrágio e associação, deu origem aos partidos políticos e aos sindicatos profissionais; permitindo que, a partir dessa base, a classe trabalhadora se aglutinasse e pudesse aceder aos parlamentos, nos quais passou a defender pautas distintas daquelas, afetas à burguesia¹².

Esse processo propiciou o direcionamento do exercício do poder estatal para a adoção de medidas que mitigassem os aspectos mais perversos do

⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales.” Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 2009. p. 138 e 139.

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 154 e 155.

¹⁰ VECCHI, Ipojucan Demétrius; GARCIA, Marcos Leite; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O Princípio da Dignidade Humana e suas Projeções no Âmbito Laboral: possibilidades e limites. “Revista Sequência”, Florianópolis, n. 85, p. 249 a 286, ago.2020. p. 256 e 257.

¹¹ VECCHI, Ipojucan Demétrius; GARCIA, Marcos Leite; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O Princípio da Dignidade Humana e suas Projeções no Âmbito Laboral. p. 257 e 258.

¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 168 e 169.

sistema capitalista, desse modo isolando as facções revolucionárias que havia entre os trabalhadores¹³. Ou seja, estabeleceu-se uma relação de complementaridade entre as garantias de um mínimo de bem-estar, apto a permitir uma vida digna, e de liberdade econômica, por ele condicionada¹⁴.

Desse modo, o constitucionalismo passou a proporcionar a atuação positiva e promocional dos poderes públicos, levando à formulação de Direitos Fundamentais então novos, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵. Tais Direitos voltam-se à garantia do patamar mínimo de bem-estar, incluindo condições adequadas de trabalho e no trabalho, além do próprio direito a um posto de trabalho; e prestações relacionadas à saúde, à educação e à seguridade social¹⁶. Surge, assim, o Estado de Bem-Estar Social, vocacionado a estender, à classe trabalhadora, os benefícios da revolução liberal¹⁷.

Importante ressaltar que, inobstante consista em um modelo de organização estatal, são caracteres do Estado de Bem-Estar Social justamente o reconhecimento, o estímulo, e a proteção de diversas manifestações exteriores a essa seara, precisamente porque, através delas, a Sociedade efetiva e concretiza inúmeras posições jurídicas por ela valorizadas¹⁸.

Desse modo, as características do Estado de Bem-Estar Social não se realizam apenas no Estado, mas sim através dele, sob a proteção de suas instituições. Afinal, a própria origem do Estado de Bem-Estar Social remonta a conquistas obtidas a partir dos movimentos sociais, especialmente dos trabalhadores, perante uma organização estatal antes instrumentalizada pelos interesses das classes abastadas.

Nessa toada, Maurício Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto¹⁹ destacam a garantia institucional e jurídica aos sindicatos profissionais, re-

¹³ CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. p. 117; STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. “Ciência Política e Teoria do Estado”. p. 76.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”. p. 207.

¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 203.

¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 169 e 170.

¹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 203.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (orgs). “Welfare State”. Os grandes desafios do Estado de Bem-estar Social. São Paulo: LTr, 2019, p. 23 a 49. p. 32 a 34.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo. p. 46.

conhecendo-se uma esfera de autonomia dos trabalhadores, concretizada nas negociações coletivas, que é intimamente ligada à sua dignidade.

As versões mais estruturadas e consolidadas do Estado de Bem-Estar Social desenvolveram-se principalmente a partir do período posterior à Segunda Guerra Mundial²⁰.

Segundo Luigi Ferrajoli ²¹, o quinquênio compreendido entre 1945 e 1949 consistiu em período diferenciado na história constitucional, a partir do qual o advento de constituições rígidas, supraordenadas às maiorias parlamentares, modificou o perfil da Democracia, para impor, ao poder da maioria, os limites e vínculos destinados à garantia dos Direitos Fundamentais.

O objetivo, segundo o autor²², seria atribuir ao sistema político uma fonte de legitimação diversa do consenso majoritário, com o escopo de evitar a repetição das tragédias vivenciadas durante as ditaduras fascistas europeias, que redundaram na mencionada guerra.

A rigidez constitucional, assim, cria uma dimensão substancial para a Democracia, vinculando o conteúdo das decisões dos poderes públicos às determinações emanadas dos Direitos Fundamentais; desse modo unindo a legitimidade do exercício do poder, no plano político, à validade das normas produzidas por esse exercício, no plano jurídico²³.

Dentre as Garantias aos Direitos Fundamentais, que decorrem da dimensão material da Democracia, encontram-se tanto aquelas negativas, voltadas às proibições de lesões ou violações às imunidades, quanto as positivas, consistentes em prestações ativas do Estado.²⁴ Não só: também os poderes privados estão vinculados às Garantias substanciais que lhes supraordenam, sendo por isso limitados, em seus conteúdos, pelos Direitos Fundamentais.²⁵

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo. p. 25.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2018. Título original: p. 13 a 16. Título original: Costituzionalismo oltre lo Stato.

²² FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 14.

²³ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 47 e 48.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 16.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 57 e 58.

Portanto, o Estado de Bem-Estar Social não apenas se incorpora nas constituições dos Estados onde foi adotado, como o faz em um contexto de transformação das próprias ideias de Constituição e de Democracia. Ele agrega “[...] ideais de liberdade, democracia, valorização da pessoa humana e do trabalho, justiça social e bem-estar das populações envolvidas”²⁶; assegurados por mecanismos de rigidez constitucional voltados a mantê-los resguardados das maiorias ocasionais, formando desse modo uma combinação apta a proporcionar condições de pacífica convivência²⁷.

Em seu conjunto, os Direitos Fundamentais permitem reconhecer o que Ferrajoli²⁸ denomina de “esfera do não decidível”, ou seja, limites ao conteúdo das decisões adotadas pelos poderes públicos e privados, que estão proibidos de lesar os direitos de liberdade e autonomia, e também de se omitir e abster de atuar para concretizar os Direitos Sociais.

Embora os exemplos de Estados de Bem-Estar Social melhor desenvolvidos possam ser encontrados na Europa Ocidental, Austrália, Nova Zelândia e Canadá, observa-se sua implantação também na América Latina, embora de forma incompleta²⁹.

Para Roberto Gargarella³⁰, a experiência histórica constitucional latino-americana apontava para um viés liberal-conservador em suas constituições, razão pela qual os Direitos Sociais precisaram ser enxertados em organismos que lhes eram hostis, gerando problemas de efetividade. No entanto, o autor³¹ reconhece que, após as experiências ditatoriais da segunda metade do Século XX, as novas constituições que emergiram na região apresentaram um compromisso reforçado com os Direitos Sociais.

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. “O estado de bem-estar social no século XXI”. São Paulo: LTr, 2007. p. 20.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 16.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Título original: *La democrazia attraverso i diritti*. p. 58.

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. “O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo”. p. 25.

³⁰ GARGARELLA, Roberto. “Latin American Constitutionalism 1810-2010”. The Engine Room of the Constitution. New York: Oxford University Press, 2013. p. 132 a 134.

³¹ GARGARELLA, Roberto. “Latin American Constitutionalism 1810-2010.” p. 148.

Paulo Bonavides, por seu turno, tratando especificamente do caso brasileiro, assenta que a Carta de 1988 é, essencialmente, uma constituição de Estado Social, estruturada para que o poder público conceda e garanta Direitos Sociais básicos³².

No mesmo sentido, Delgado e Porto³³ assentam que a estruturação do Estado brasileiro, sobre um conjunto de medidas e políticas civilizadoras, indica que a Carta de 1988 determinou a construção de um Estado de Bem-Estar Social no País. Esses autores³⁴ observam que eventuais conflitos e problemas envolvendo direitos subjetivos ou relações de poder devem ser resolvidos à luz da matriz constitucional do Estado de Bem-Estar Social.

Quanto à sua rigidez, não remanescem maiores controvérsias. O próprio Ferrajoli³⁵ identifica, na Carta brasileira, diversos exemplos de rigidez absoluta, que exclui qualquer espécie de revisão; e outros de rigidez relativa, permitindo as emendas através de um procedimento mais complexo do aquele, concernente à legislação ordinária.

Nessa toada, o conjunto de características do Estado de Bem-Estar Social podem ser entendidas como a racionalidade da Constituição Brasileira de 1988, ou seja, o modo pelo qual ela mostra sua razão de ser, os pressupostos por meio dos quais ela se sustenta e que a justificam e lhe conferem sentido³⁶.

No entanto, não é essa a lógica que vem orientando a atuação do legislador brasileiro nos últimos anos, conduta essa que tem especial reflexo no campo das relações de trabalho, como se examinará no próximo tópico.

3. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E REFORMA TRABALHISTA

Conforme foi possível perceber da abordagem acima, o Estado de Bem-Estar Social consiste em um arranjo que logra conectar, através dos

³² BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 337 e 338.

³³ DELGADO, Maurício Godinho, PORTO, Lorena Vasconcelos. “O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo”. p. 46.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional. p. 336; DELGADO, Maurício Godinho. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo. p. 46.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. p. 73.

³⁶ NEVES, Antônio Castanheira. “Metodologia Jurídica.” Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.p. 34 e 35.

Direitos Fundamentais, as dimensões éticas e políticas do Liberalismo e do Socialismo³⁷.

Os Direitos Sociais têm uma relação indissociável com o que Peces-Barba denomina Direitos Liberais, que primam pela abstenção de interferência no exercício da liberdade; pois aqueles criam condições materiais para que todos possam beneficiar-se destes, e não apenas alguns³⁸.

Em seu conjunto, os Direitos Fundamentais logram regular e limitar o exercício do poder, e não apenas o político, mas também econômico e cultural; de modo que os destinatários dos atos desses poderes sejam também partícipes em sua formação, e compartilhem dos benefícios auferidos através deles, por meio da valorização do trabalho, e não somente do capital.³⁹

No mesmo sentido, Ferrajoli ensina que todas as quatro dimensões da Democracia presentes no desenho institucional do Estado de Bem-Estar Social, quais sejam, a civil, a política, a liberal e a social - sendo as duas primeiras formais e as duas últimas, substanciais – são necessárias, e somente em conjunto, suficientes para regular e estabelecer limites aos poderes públicos e privados⁴⁰.

Ocorre que, como nota o próprio Ferrajoli⁴¹, esse arranjo está em crise, podendo-se constatar uma série de processos desconstituintes em curso, em diversos Estados, decorrentes da globalização e do predomínio da ideologia neoliberal, propugnando a *lex mercatoria* como norma fundamental rígida da ordem global.

O autor explica que esses processos consistem “[...] na remoção da Constituição do horizonte de ação do governo e na redução das promessas ‘excessivas’ da democracia constitucional”⁴². Eles ocorrem através de uma inversão das relações entre Sociedade e representação política; parlamentos e governos; e política e economia⁴³. Desse modo, os poderes econômicos e financeiros, em lugar de submeter-se a regras e controles ditados pelos poderes públicos e pelas constituições; impõem-nas, conforme os seus próprios inte-

³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 171.

³⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 202 a 204.

³⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales”. p. 198 e 199.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. p. 58 e 59.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 16 a 18.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. p. 163.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 18 e 19.

resses, aos governos, que obtêm a concordância dos parlamentos mediante consensos de governabilidade, tornados possíveis, por seu turno, face à crescente desvinculação entre os partidos políticos e as forças sociais⁴⁴. Ocorre, assim, um “[...] *retroceso de las esfera pública en sus clásicas funciones de gobierno de la economía* [...]”⁴⁵.

O resultado disso é um processo de desmontagem das estruturas que compõem o Estado de Bem-Estar Social, por meio de cortes de despesas públicas que inviabilizam a concretização dos Direitos Sociais; além da precarização das relações de trabalho, que passam a ser caracterizadas pela instabilidade e pelo crescente desemprego⁴⁶.

Pode-se perceber, assim, que a desconstitucionalização implica em esvaziar, precisamente, o componente social da estrutura do Estado, que interessa predominantemente às classes economicamente débeis, com isso recriando-se um arcabouço eminentemente liberal, focado na garantia da liberdade econômica e da propriedade.

Privados do mínimo existencial, que inclui saúde, educação e moradia, além da garantia de uma renda mínima⁴⁷; os trabalhadores passam a compor o Precariado, um contingente marcado por intensa sujeição ao poder do capital, diante incógnita quanto à segurança de sua fonte de sustento.⁴⁸ Tal condição inviabiliza a participação democrática da classe trabalhadora na definição dos rumos da Sociedade, para efeitos de reverter ou frear a destruição do Estado de Bem-Estar Social.

Não é de admirar, pois, que as relações de trabalho protegidas – estáveis, duradouras e enriquecidas por progressiva negociação coletiva – estejam entre os principais alvos dos processos desconstituintes em andamento⁴⁹.

Pedro Ibarra e Francisco Letamendía observam que a função dos sindicatos vai muito além da representação da classe, pois, em conjunto, formam o que denominam Movimento Obreiro, cujos desígnios ultrapassam as categorias ou filiados de cada sindicato, e contemplam o conjunto de trabalhadores

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 18 e 19.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. p. 20.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. p. 162 e 163.

⁴⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção do ambiente”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 264.

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo. “Estado de Crise”. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2016. Título original: State of Crisis. p. 52 e 138.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. p. 166.

de um Estado, ou mesmo todos os seus cidadãos, ou até a humanidade inteira⁵⁰.

Recorde-se que, como abordado no item anterior, o Estado de Bem-Estar Social não apenas favorece, como também pressupõe essa atuação coletiva, articulada com a participação política dos trabalhadores; razão pela qual é da sua essência a proteção e o estímulo a tais atividades.

O processo desconstituinte, introduzindo formas precárias de contratação, e minando as modalidades coletivas de negociação e a solidariedade de classe; individualiza os trabalhadores e os põe a concorrer entre si próprios, provocando estresse, medo, e insegurança nas suas condições de vida, em prejuízo à sua dignidade⁵¹.

Como afirma Ferrajoli, a economia nunca aceitou, realmente, ser governada pela política democrática⁵².

É possível, inclusive, vislumbrar nessa quadra o fenômeno que Jacques Rancière descreveu como sendo o Ódio à Democracia, em obra do mesmo nome.

Para esse autor⁵³, o regime democrático caracteriza-se pela potencialidade de exercício do poder por parte de qualquer pessoa, mesmo que não seja dotada de nenhum título, tal como o nascimento em família nobre ou a posse de riquezas - ou seja, é um arranjo fulcrado na indistinção primeira entre governantes e governados. Por conta disso, as manifestações dessa indistinção estão sujeitas às críticas, aos ataques e à resistência de todos quantos se vislumbrem como dotados desses títulos, principalmente, em nosso contexto atual, a riqueza⁵⁴.

Ecoando o diagnóstico de Ferrajoli, reproduzido anteriormente, Rancière⁵⁵ aponta que as elites burocráticas, entranhadas nos Estados, conjugam-se com o poder do dinheiro, para gerir o fluxo de recursos e populações, e desse modo reduzir a dimensão da política, comprimindo-a ao pensamento único.

⁵⁰ IBARRA, Pedro; Letamendía, Francisco. Los Movimientos Sociales. In: BADIA, Miquel Caminal (Editor). "Manual de Ciencia Política". Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 375 a 403. p. 391.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. "A Democracia através dos Direitos". p. 166 e 167.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo más allá del estado". p. 16.

⁵³ RANCIÈRE, Jacques. "O Ódio à Democracia." Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014. Título original: La haine de la démocratie. p. 118 e 119.

⁵⁴ RANCIÈRE, Jacques. "O Ódio à Democracia". p. 119 e 120.

⁵⁵ RANCIÈRE, Jacques. "O Ódio à Democracia". p. 120.

As narrativas desfiadas para conferir legitimidade a esse processo, e descritas pelo autor como denúncias dos excessos da Democracia, são exatamente aquelas já mencionadas por Ferrajoli, enquanto promessas excessivas dos Direitos Sociais: o suposto exagero de demandas oriundas da atividade coletiva imporia pressão demasiada sobre as instituições, tornando o Estado ingovernável⁵⁶.

Não surpreende que as percepções dos autores citados sejam idênticas, embora o primeiro trate da Democracia e o segundo, dos Direitos Fundamentais Sociais. Afinal, como apontado anteriormente, ambos estão indissociavelmente conectados, já que, sem as prestações destinadas a proporcionar a igualdade substancial, não há Democracia.

Interessante, nesse sentido, que Rancière apresente, como exemplos do excesso democrático a ser coibido, aqueles do “[...] assalariado reivindicativo”⁵⁷ e do “[...] sindicalista que tenta tirar cada vez mais do Estado-providência”⁵⁸. A valorização do trabalho e a dignidade do trabalhador estão intimamente ligadas a uma concepção pluralista do exercício do governo, que admite os segmentos organizados de trabalhadores como parte integrante do sistema político, compondo vasos comunicantes com o Estado e suas instituições⁵⁹. O governo do trabalhador é o governo de qualquer pessoa, e suscita, precisamente por isso, o ódio e o desmonte.

O quadro descrito não é estranho ao Brasil, com o agravante, já mencionado no item 1, de que o Estado de Bem-Estar Social, no País, nunca chegou a atingir um nível elevado de concretização, inobstante a racionalidade da Constituição de 1988.

Garcia⁶⁰ apresenta como exemplos do processo desconstituente local a limitação dos gastos públicos (EC 95/2016, denominada de “EC do teto de gastos”), que retira capacidade de investimento do Estado; a reforma da Previdência Social (EC 103/2019), a qual acaba com a possibilidade de aposentadoria e outros benefícios para vários segmentos da população, especialmente os mais pobres; e a reforma trabalhista, esta, inteiramente por legislações ordinárias.

⁵⁶ RANCIÈRE, Jacques. “O Ódio à Democracia”. p. 16 e 17.

⁵⁷ RANCIÈRE, Jacques. “O Ódio à Democracia”.p. 40 e 41

⁵⁸ RANCIÈRE, Jacques. “O Ódio à Democracia”. p. 29.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. p. 45.

⁶⁰ GARCIA, Marcos Leite. A Pandemia da Covid-19 e o Futuro da Sociedade Contemporânea: Algumas Reflexões sobre Lições para o Amanhã. “Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos”, v. 6, n. 2, p. 76 a 97, jul a dez. 2020. p. 78 e 79.

Aliás, boa parte dos processos desconstituintes é implementado exatamente desse último modo, sem necessariamente utilizar as emendas constitucionais; sendo esse o caso, também, das modificações introduzidas na Itália, que geraram a precarização das relações de trabalho naquele país⁶¹.

Isso ocorre porque os Direitos Fundamentais Sociais estão sujeitos ao que Ferrajoli denomina de Garantias Constitucionais Positivas Fracas, as quais consistem “[...] no dever, dirigido ao legislador, de produzir uma legislação de atuação [...]”⁶². Será essa a legislação a estabelecer as Garantias Fortes, ou seja, os aparatos institucionais necessários para tornar concretos e efetivos esses Direitos⁶³. A revogação ou modificação deletéria dessas Garantias legais, facilitada por sua desproteção por mecanismos de rigidez constitucional, esvazia os Direitos Fundamentais, sem que haja mudança na redação dos dispositivos impositivos das Garantias Fracas.

A reforma trabalhista brasileira, dotada dessas características, consistiu em um conjunto de inovações aportado, majoritariamente⁶⁴, pela Lei 13.467, de julho de 2017, a qual alterou mais de 200 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943), principal diploma normativo relativo à matéria trabalhista no País⁶⁵.

Seu teor geral permite vislumbrar “[...] uma estratégia de desconstrução direta e/ou indireta do arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas”⁶⁶

Para ilustrar esse quadro, pinçam-se dois exemplos de disposições constantes da reforma, os quais mostram o seu papel desconstituinte, de Ódio à Democracia, e claramente contrário à racionalidade do Estado de Bem-Estar Social: o contrato de trabalho intermitente, e o tratamento dispensado às entidades sindicais.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos. p. 166.”

⁶² FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. p. 75.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. p. 79.

⁶⁴ Majoritariamente, porque a Lei 13.429/2017 e a Medida Provisória 808/2018 também trataram de matérias contempladas na lei 13.467/2017, com objetivos similares aos dela.

⁶⁵ FURTADO, Emmanuel Teófilo. A reforma trabalhista e o trabalho intermitente – o tiro de misericórdia na classe trabalhadora. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs). “Reforma trabalhista”. Visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017, p. 107 a 116. p. 108.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. “A Reforma Trabalhista no Brasil”. Comentários à lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 42.

O primeiro consiste em uma modalidade de negócio jurídico destinada à obtenção de trabalho humano, marcada pela descontinuidade e pela ausência de garantia de recebimento de qualquer parcela⁶⁷.

Conforme Marcos Paulo de Oliveira e Maria Cecília Máximo Teodoro, cria-se a figura de um trabalhador “[...] ‘zero digno’, que não pode projetar sua vida, que não pode fazer quaisquer compromissos em longo prazo, que trabalha mais [...] e que por isso está mais sujeito ao adoecimento no trabalho”⁶⁸.

Percebe-se, assim, o esvaziamento da dignidade do trabalhador, que informa os Direitos Fundamentais a ele atribuídos; e, dada a extrema dificuldade de gerir sua própria vida pessoal, certamente estarão prejudicados os laços de solidariedade que permitiriam, a ele, participar, enquanto integrante de sua classe, dos rumos da vida política do País.

Em relação às entidades sindicais profissionais, observa-se que vários dispositivos da legislação aludida trataram de excluir a participação delas em inúmeras situações típicas, nas quais era assegurada pela legislação revogada⁶⁹. Priorizou-se, desse modo, a atuação individual dos próprios trabalhadores frente ao seu empregador, em claro prejuízo à dimensão da negociação coletiva como instrumento de regulação das relações entre capital e trabalho⁷⁰.

⁶⁷ FILGUEIRAS, Vítor Araújo; BISPO, Bruna; COUTINHO, Pablo. A reforma trabalhista como reforço a tendências recentes no mercado de trabalho. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luís dos (coords). “Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil”. Campinas: Curt Nimunendajú, 2018, p. 123 a 154. p. 130.

⁶⁸ OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. TEODORO, Maria Cecília Máximo. A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente. “Revista da Faculdade de Direito da UFRGS”, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 175 a 191, dez. 2018. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77450/51650>>. p. 182 a 185. Acesso em 26.mar.2021. p. 184.

⁶⁹ BORBA, Fernanda Santos. O sistema sindical brasileiro: da Constituição de 1934 à lei n. 13.467/2017. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da; JORGE, Rosa Maria Campos; RASSY, Rosângela Silva. “Reforma trabalhista”: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da lei 13.467/2017 para os trabalhadores. São Paulo: LTr, 2019, p. 311 a 324. p. 319 e 320.

⁷⁰ MICHILES, Francimary de Oliveira. Reforma trabalhista: impacto no direito coletivo do trabalho e no poder sindical. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da; JORGE, Rosa Maria Campos; RASSY, Rosângela Silva. “Reforma trabalhista”: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da lei 13.467/2017 para os trabalhadores. São Paulo: LTr, 2019, p. 297 a 310. p. 301.

Suprimiu-se, ainda, uma fonte segura de custeio para suas atividades⁷¹, sem que a reforma tenha contemplado aquelas relativas às entidades representativas patronais, que continuam beneficiando-se de robustas contribuições arrecadadas compulsoriamente⁷².

Dessa forma, afigura-se patente que o legislador reduziu consideravelmente a estatura dos sindicatos profissionais e do Movimento Obreiro em geral, enquanto interlocutores políticos no contexto da Democracia pluralista brasileira.

No contexto dos processos desconstituíntes descritos, porém, o mundo foi surpreendido por acontecimento novo, altamente disruptivo, que afetou profundamente a trama das relações sociais, econômicas, jurídicas, familiares, e todas as demais: a pandemia de COVID-19. No próximo tópico, serão abordados os efeitos dessa pandemia sobre a aludida desconstitucionalização.

4. TRABALHO E PANDEMIA NO BRASIL – EXCEÇÃO PERMANENTE?

Há uma multiplicidade de possíveis abordagens acerca da relação entre a pandemia de COVID-19 e os variados arranjos institucionais existentes no mundo, inclusive o Estado de Bem-Estar Social. São tentativas de construir sentido para esse “[...] divisor de águas na história da humanidade, dada a magnitude consequências até então mapeadas e do tensionamento de categorias jurídico-políticas tradicionais por ela posta”⁷³.

Uma vertente dessas abordagens revolve em torno dos conceitos de Exceção, notadamente - mas não apenas - no tocante às medidas adotadas pelos vários Estados, com objetivo de contenção da disseminação do vírus.

Byung-Chul Han⁷⁴, por exemplo, vislumbra uma recuperação da vitalidade de noções tradicionais de soberania, antes em xeque por conta da globalização; especialmente aquela atinente à capacidade de decidir pela adoção

⁷¹ MICHILES, Francimary de Oliveira. Reforma trabalhista: impacto no direito coletivo do trabalho e no poder sindical. p. 299.

⁷² OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. “Contribuições sindicais”. Modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical. São Paulo: LTr, 2019.p. 114.

⁷³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORAIS, José Luís Bolzan de. Da Exceção Agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli: Desafios Impostos pela Pandemia do Novo Coronavírus às Categorias Jurídico-políticas Tradicionais. “Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM”, Santa Maria, v. 15, n.1, p. 1 a 29, 2020. p. 4.

⁷⁴ HAN, Byung-Chul. La Emergencia Viral y el Mundo de Mañana. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan”. Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 97 a 112.p. 98.

de medidas de Exceção, tais como o fechamento de fronteiras e a restrição à circulação de pessoas. Ele⁷⁵ observa que o Estado de Bem-Estar Social europeu - que, como visto anteriormente, tem a liberdade como um de seus pilares – fracassa na contenção do vírus, enquanto organizações políticas mais autoritárias têm apresentado melhores resultados⁷⁶.

Também Giorgio Agamben⁷⁷ interpretou as medidas de restrição à liberdade de circulação e exercício das atividades sociais, inclusive laborais, sob o prisma do Estado de Exceção, que caracteriza sua produção científica.

Em sua visão⁷⁸, a pandemia não seria mais que um pretexto, para que o Estado exercesse controle redobrado sobre os cidadãos, transformando-os em inimigos, retirando-lhes direitos básicos, e fazendo degenerarem-se as interações políticas e culturais entre eles. Através da disseminação do medo da perda da vida biológica pela COVID-19, o soberano, revestido de um biopoder totalitário, estaria despiando os súditos de suas dimensões sociais e coletivas, reduzindo-os à vida nua⁷⁹.

Embora o filósofo tenha sido criticado por conta de tais posicionamentos, não menos porque é real a ameaça representada pela doença pandêmica, por ele menosprezada⁸⁰; não parece despropositada a ideia de que ela seja um pretexto para a retirada de direitos, pelo menos em alguns contextos. Essa reflexão será retomada adiante, neste mesmo item.

Antes, porém, insta pincelar uma outra vertente de análise, que é de interesse para este artigo: não apenas a revalorização do Estado de Bem-Estar Social, e dos direitos prestacionais que lhe são característicos, como também o discurso quanto à necessidade de sua expansão e internacionalização.

⁷⁵ HAN, Byung-Chul. “La Emergencia Viral y el Mundo de Mañana.” p. 99 a 102.

⁷⁶ HAN, Byung-Chul. “La Emergencia Viral y el Mundo de Mañana.” p. 99 a 102.

⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. La Invención de uma Epidemia. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan.” Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 17 a 19; AGAMBEN, Giorgio. Contagio. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan.” Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 31 a 33.

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. “La Invención de uma Epidemia”; AGAMBEN, Giorgio. Contagio.

⁷⁹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORAIS, José Luís Bolzan de. Da Exceção Agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli. p. 8 e 9.

⁸⁰ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORAIS, José Luís Bolzan de. Da Exceção Agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli. p. 9; NANCY, Jean Luc. Excepción Viral. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan”. Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 29 e 30.

Boaventura de Sousa Santos⁸¹, por exemplo, sustenta que, em razão da degradação das políticas salariais e dos cortes nos serviços de saúde, muitos países estavam melhor preparados para enfrentar a pandemia há dez ou vinte anos, do que no atual momento. A doença incita o rompimento com o pensamento único neoliberal que provocou esse despreparo, e traz de volta, à arena política, as alternativas antes expulsas pelo consenso mercadológico⁸².

Para o autor⁸³, essa é de uma das mais importantes lições aprendidas com a pandemia: a necessidade do regresso do Estado e da comunidade, desalojando o mercado dos espaços indevidamente ocupados por ele. Os Estados que apresentaram a melhor resposta eram, justamente, aqueles não estritamente aderentes à lógica da demonização dos serviços públicos⁸⁴.

José António Pérez-Tapias⁸⁵, no mesmo sentido, aponta que “[...] na relação, tantas vezes colocada como antagônica, entre mercado e Estado, será necessário diminuir a gratuita primazia absoluta concedida ao primeiro e reparar na medida em que, de verdade, necessitamos do segundo”. Ele⁸⁶ propõe que a humanidade estabeleça a globalização da salubridade como meta, garantindo condições de vida saudáveis a todos os seres humanos.

Ferrajoli, por seu turno, afirma que a pandemia inseriu, na ordem do dia global, a implementação de um constitucionalismo planetário, através da criação de instituições de garantia global de Direitos Humanos como saúde, educação e alimentação básicas, assim como proteção a bens comuns como o Meio Ambiente – todas, dotadas de estruturas orçamentária e fiscal próprias⁸⁷. Trata-se, de certo modo, de uma versão global do Estado de Bem-Estar Social.

Ambas vertentes repercutem na seara do trabalho.

⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Cruel Pedagogia do Vírus”. Coimbra: Almedina, 2020.p. 5 e 6.

⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Cruel Pedagogia do Vírus”. p. 5 e 6.

⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Cruel Pedagogia do Vírus”. p. 24, 25, 27 e 28.

⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Cruel Pedagogia do Vírus”. p. 24, 25, 27 e 28.

⁸⁵ PEREZ-TAPIAS, José Antonio. “Entre o Risco e o medo, a Biopolítica em Alta”. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-e-o-medo-a-biopolitica-em-alta>> Acesso em 26.3.2021.

⁸⁶ PEREZ-TAPIAS, José Antonio. “Entre o Risco e o medo, a Biopolítica em Alta”.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. O que nos ensina o Coronavírus? Tradução de Doglas Cesar Lucas. “Revista Direitos Humanos e Democracia”, Ijuí, ano 8, n. 15, p. 7 a 11, jan/jun 2020. p. 11.

De um lado, a paralisação de inúmeras atividades econômicas, em razão do adoecimento e do isolamento de trabalhadores, das medidas de restrição à circulação de pessoas, e do fechamento de locais de trabalho, com impactos no consumo e interrupções nas cadeias de suprimentos; gerou redução de horas trabalhadas, encerramento de vagas, desemprego e perda de renda para um imenso contingente de trabalhadores⁸⁸.

É possível vislumbrar, como aponta Pérez-Tapias⁸⁹, que as medidas de confinamento, inclusive de trabalhadores, e o fechamento dos seus locais de atividade, estejam associadas à preservação da capacidade de resposta, à pandemia, dos sistemas de saúde dos países atingidos, visando assim evitar que entrem em colapso.

De outro lado, verificou-se a necessidade de intervenções do Estado para aportar de recursos destinados a evitar ou reverter o fechamento de vagas de trabalho; assegurar renda aos trabalhadores durante a impossibilidade de comparecer presencialmente aos locais de atividades; garantir condições de saúde e segurança nesses locais, para todos quantos permanecessem em labor presencial, ou o retomassem; e criar de postos de trabalho decentes, protegidos por direitos, para a etapa de reabertura⁹⁰.

⁸⁸ REIS, Suzete da Silva. As Repercussões da pandemia do Coronavírus no Mundo do Trabalho. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região”, Florianópolis. V. 23, n. 32, 2020, p. 397 a 414. p. 398; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “À medida que a crise do emprego se agrava, OIT adverte que a recuperação do mercado de trabalho é incerta e incompleta”. Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_749513/lang-pt/index.htm> Acesso em 26.3.2021; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “COVID-19 causes unprecedented jobs crisis, almost all workers and businesses affected by lockdown measures”. Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_748441/lang-pt/index.htm> Acesso em 26.3.2021; ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. “Apoio às pessoas e empresas para lidar com o vírus COVID-19”: opções de respostas imediatas para o emprego e as políticas sociais. Disponível em <<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/apoio-as-pessoas-e-empresas-para-lidar-com-o-virus-covid-19-opcoes-de-respostas-imediatas-para-o-emprego-e-as-politicas-sociais-3771a5e3/>> Acesso em 26.3.2021.

⁸⁹ PEREZ-TAPIAS, José Antonio. “Entre o Risco e o medo, a Biopolítica em Alta.”

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT: É necessário garantir a proteção dos trabalhadores agora e após o fim do confinamento. Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_743059/lang-pt/index.htm> Acesso em 26.3.2021; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “COVID-19 causes unprecedented jobs crisis, almost all workers and businesses affected by lockdown measures”; ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. “Apoio às pessoas e empresas para lidar com o vírus COVID-19.”

Passou-se a valorizar mais o equilíbrio das relações de trabalho, pois empregos mais estáveis propiciam maior resiliência dos trabalhadores para enfrentamento das crises sanitária e econômica.⁹¹

Apenas para ilustrar, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico indica que diversos países, organizados como Estados de Bem-Estar Social, tais como Alemanha, Áustria, Grã-Bretanha e Portugal, vêm aportando recursos às empresas, para reposição dos gastos com salários de trabalhadores impedidos de comparecer aos seus postos de trabalho, em decorrência da necessidade de afastamento social⁹².

Ilustrativo, também, que jornal britânico *Financial Times*, paladino do Neoliberalismo, tenha publicado editorial⁹³, em abril de 2020, afirmando que a pandemia conclamava pela reiteração do compromisso expresso no Relatório Beveridge, documento fundador do Estado de Bem-Estar Social inglês do pós-guerra, segundo o qual a principal função do governo seria a erradicação de cinco males na Sociedade: necessidade, doença, ignorância, miséria e desocupação.

Desse modo, a intervenção do Estado, aportando recursos para propiciar a sobrevivência das empresas e a manutenção postos de trabalho, e para garantir a salubridade dos locais de trabalho remanescentes, torna efetivas as medidas de restrição de circulação; pois evita que a população precise sair às ruas em face de necessidades prementes de sustento. O conjunto das providências assegura a dignidade e os direitos à saúde, ao trabalho e ao mínimo existencial, dentre outros.

Essa interrelação torna menos nítido o caráter excepcional das medidas de restrição à circulação de pessoas e fechamento de locais de trabalho, nos Estados de Bem-Estar Social.

⁹¹ HIDALGO, Daniel Castillo. “Keynes contra o Coronavírus”. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/espiritualidade/78-noticias/597415-keynes-contra-o-coronavirus-artigo-de-daniel-castillo-hidalgo>> Acesso em 26.3.2021; GARCIA, Marcos Leite. A Pandemia da Covid-19 e o Futuro da Sociedade Contemporânea. p. 79, 80, 89 e 90.

⁹² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. “Apoyo às pessoas e empresas para lidar com o vírus COVID-19.”

⁹³ FINANCIAL TIMES. “Virus lays bare the frailty of the social contract”. Disponível em <<https://www.ft.com/content/7eff769a-74dd-11ea-95fe-fcd274e920ca>> Acesso em 26.3.2021. O relatório em sua íntegra pode ser encontrado no sítio do Arquivo Nacional britânico. Cf: REINO UNIDO DA GRÃ BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. National Archives. “The Beveridge Report and the foundations of the Welfare State”. Disponível em <<https://blog.nationalarchives.gov.uk/beveridge-report-foundations-welfare-state>> Acesso em 26.3.2021.

Afinal, como afirma Agamben, “[...] o estado de exceção não é um direito especial [...] mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou conceito-limite”⁹⁴.

Ferrajoli, examinando a situação italiana, em lição que pode perfeitamente servir para outros Estados de Bem-Estar Social, consigna que a restrição de certos direitos, em prol da preservação de outros, adotada segundo procedimentos democráticos e conforme diretrizes constitucionais, não implica a instauração de um Estado de Exceção⁹⁵. Não se enxergaria, aqui, uma zona de indefinição ou suspensão da ordem jurídica, mas o seu funcionamento normal, diante de uma situação desafiadora.

No Brasil, duramente atingido pela pandemia, estudiosos como Garcia⁹⁶ apontam, na mesma toada que suas contra-partes europeias, os estragos na capacidade de resposta do Estado para preservação dos Direitos Fundamentais da população, provocados pelos movimentos desconstituintes.

No entanto, um exame das providências adotadas pelo Estado, relativamente à pandemia, especialmente em relação à área do trabalho; permite perceber que a sua lógica é invertida, em relação àquela que perpassa a atuação dos Estados de Bem-Estar Social europeus.

Embora tenham sido adotadas, no País, medidas de confinamento, distanciamento e restrição às atividades e circulação de pessoas, o discurso subjacente apontava para a sua flexibilidade, em nome da retomada da economia e do retorno à normalidade, inobstante o aumento contínuo do número de mortos⁹⁷. São copiosas as notícias sobre o desestímulo a medidas de isola-

⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. “Estado de Exceção”. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. “O que nos ensina o Coronavírus?” p. 7; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORAIS, Jos”é Luís Bolzan de. Da Exceção Agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli. p. 14 a 18.

⁹⁶ GARCIA, Marcos Leite. “A Pandemia da Covid-19 e o Futuro da Sociedade Contemporânea”. p. 79.

⁹⁷ BORBA, Ítalo do Nascimento Oliveira. Biopolíticas e Covid-19: um esforço para entender o Brasil. “Voluntas: Revista Internacional de Filosofia”, Santa Maria, v. 11, e. 48, p. 1 a 8, jul. 2020. p. 5 a 7.

mento por parte de mandatários brasileiros.⁹⁸ É, de fato, a contramão do restante do mundo⁹⁹.

No tocante à proteção da saúde, da vida e da dignidade dos trabalhadores, porém, o discurso é o da Exceção.

A crise econômica justificaria a flexibilização de normas de proteção ao trabalhador, com reduzida (ou nula) participação sindical no processo, em face da urgência configurada pela pandemia; de modo a, supostamente, assegurar a continuidade da existência das empresas e a manutenção dos empregos¹⁰⁰.

Observe-se, por exemplo, que entre as providências inicialmente adotadas, e posteriormente revogada em face da péssima repercussão, estava a possibilidade de suspensão total dos contratos de trabalho, através de acordo individual entre empregado e empregador, sem a necessidade de chancela sindical e sem contraprestação alguma¹⁰¹. Haveria, assim, um posto de trabalho meramente nominal, e o trabalhador, deixado à míngua em plena pandemia.

Todavia, adotou-se uma versão atenuada dessa medida, prevendo-se novamente a possibilidade de suspensão dos contratos de trabalho, ou de redução de horas trabalhadas e salário, sem a chancela sindical e sem sequer a necessidade de comprovação de efetivas dificuldades econômicas, em câmbio do pagamento, por parte do Estado, de um benefício emergencial - cujos valores eram muito distantes da manutenção dos níveis de renda anteriores

⁹⁸ Por exemplo: BRASIL. Câmara dos Deputados. Agência Câmara de Notícias. “Governadores reclamam de falta de coordenação federal no combate à Covid-19”. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/671625-governadores-reclamam-de-falta-de-coordenacao-federal-no-combate-a-covid-19/>> Acesso em 26.3.2021; BRASIL DE FATO. “Sem isolamento Brasil pode ultrapassar sete milhões de casos da covid em um mês”. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2020/08/09/sem-isolamento-brasil-pode-ultrapassar-sete-milhoes-de-casos-da-covid-em-um-mes>> Acesso em 26.3.2021; FOLHA DE SÃO PAULO. “Bolsonaro diz que povo brasileiro não tem medo do perigo e volta a criticar isolamento social.” Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/01/bolsonaro-diz-que-povo-brasileiro-nao-tem-medo-do-perigo-e-volta-a-criticar-isolamento-social.shtml>> Acesso em 26.3.2021.

⁹⁹ BORBA, Ítalo do Nascimento Oliveira. “Biopolíticas e Covid-19”. p. 7.

¹⁰⁰ REIS, Suzete da Silva. “As Repercussões da pandemia do Coronavírus no Mundo do Trabalho.” p. 407 e 410.

¹⁰¹ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; KROST, Oscar. Direito do Trabalho de Exceção ou Exceção ao Direito do Trabalho? “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região”, Florianópolis, v. 23, n. 32, p. 221 a 238, 2020. p. 233.

à pandemia - e de uma suposta garantia de emprego - intercambiável por ínfima indenização¹⁰².

Isso, apesar do claro comando da Constituição brasileira, no sentido de que qualquer redução salarial somente seria possível mediante negociação coletiva¹⁰³, na linha do prestígio à atuação coletiva dos trabalhadores, característica do Estado de Bem-Estar Social, como apontado acima.

Almiro Eduardo de Almeida e Oscar Krost relacionam inúmeros outros exemplos de medidas aplicáveis às relações de trabalho que, sob justificativa de enfrentamento à pandemia, afrontam previsões constitucionais, princípios sedimentados do Direito do Trabalho, e normas internacionais, tais como: a possibilidade de substituição de trabalhadores grevistas nos portos, esvaziando tal Direito Fundamental; a suspensão de férias de trabalhadores essenciais, por decisão unilateral do empregador; e a suspensão de exames médicos e outras exigências atinentes à preservação da saúde dos trabalhadores.¹⁰⁴ Laís Vieira Cardoso¹⁰⁵ aponta que diversos itens da suposta legislação excepcional, para enfrentamento da pandemia com manutenção dos níveis de emprego, consiste em pleitos antigos da classe empresarial, que nenhuma relação têm com a COVID-19 e seu enfrentamento.

Sintomático, ainda, que tais providências tenham sido adotadas por Medidas Provisórias, ato unilateral do Poder Executivo, sem nenhuma discussão de seu conteúdo com o Movimento Obreiro¹⁰⁶. Trata-se de comportamento coerente com o desempoderamento político das entidades sindicais profissio-

¹⁰² ALMEIDA, Almiro Eduardo de; KROST, Oscar. “Direito do Trabalho de Exceção ou Exceção ao Direito do Trabalho?” p. 229 e 230; REIS, Suzete da Silva. As Repercussões da pandemia do Coronavírus no Mundo do Trabalho. p. 406, 408 e 410.

¹⁰³ REIS, Suzete da Silva. “As Repercussões da pandemia do Coronavírus no Mundo do Trabalho.” p. 406.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; KROST, Oscar. “Direito do Trabalho de Exceção ou Exceção ao Direito do Trabalho?” p. 229, 234 e 235. Observe-se que a suspensão de exames médicos claramente aumenta o risco sanitário, em tempos de pandemia.

¹⁰⁵ CARDOSO, Laís Vieira. Direito do Trabalho: Antes e Depois da Pandemia. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região”, Florianópolis, v. 23, n. 32, p. 297 a 309, 2020, p. 300.

¹⁰⁶ Sobre o Movimento Obreiro, Vide item 1, acima. Sobre a ausência de envolvimento dos sindicatos profissionais, as discussões sobre as medidas de enfrentamento à pandemia, interessante a contribuição de BORBA, Joselita Nepomuceno. Atuação Sindical em Tempos de Coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra Belmonte, MARTINEZ, Luciano; MARRANHÃO, Ney. “Direito do Trabalho na Crise da COVID-19”. Salvador: JusPodium, 2020, p. 525 a 561. p. 543 a 549.

nais, malgrado a racionalidade do Estado de Bem-Estar Social, que promana da Constituição brasileira.

Destaque-se, novamente, que toda essa afronta tem sido fundamentada sob a necessidade de adoção de medidas excepcionais, não faltando, na doutrina, quem lhe teça elogios, enaltecendo a agilidade das modalidades de solução escolhidas, face à premência da situação¹⁰⁷.

Almeida e Krost, em um viés bem mais crítico, negam que as medidas apresentadas caracterizem qualquer excepcionalidade; antes, representam um *continuum* em relação à racionalidade da reforma trabalhista de 2017, em direção à precarização das formas de contratação e ao desprestígio à atuação coletiva dos trabalhadores, como forma de regulação das relações entre o capital e o trabalho¹⁰⁸. Eles¹⁰⁹ visualizam apenas a acentuação de algumas características já presentes na reforma pré-pandemia, assim como sua tendência à permanência, mesmo com a cessação da emergência.

Reis e Cardoso recordam ainda que a reforma anterior já havia precarizado e lançado à informalidade um expressivo contingente de trabalhadores, que, na pandemia, são justamente os mais vulneráveis aos seus efeitos sanitários e econômicos¹¹⁰.

Como se percebe, enquanto nos Estados de Bem-Estar Social mais robustos, o Ódio à Democracia pareça estar em recesso;¹¹¹ no Brasil, ele continua em plena marcha, face a um de seus alvos mais tradicionais: o trabalhador.

Conquanto autores, referidos anteriormente, neguem a excepcionalidade às medidas adotadas, pois elas teriam um caráter de permanência; torna-se difícil não vislumbrar uma suspensão da ordem jurídica, aplicável a tal categoria de cidadãos, despidos seguidamente de seus direitos, e tendencialmente reduzidos à vida nua.

¹⁰⁷ BELMONTE, Alexandre Agra. Apresentação. In: BELMONTE, Alexandre Agra Belmonte, MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. “Direito do Trabalho na Crise da COVID-19”. Salvador: JusPodium, 2020, p. 3 a 5. p. 4.

¹⁰⁸ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; KROST, Oscar. “Direito do Trabalho de Exceção ou Exceção ao Direito do Trabalho?” p. 235 e 236.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; KROST, Oscar. “Direito do Trabalho de Exceção ou Exceção ao Direito do Trabalho?” p. 235.

¹¹⁰ REIS, Suzete da Silva. “As Repercussões da pandemia do Coronavírus no Mundo do Trabalho”. p. 401, 403 e 404; CARDOSO, Laís Vieira. Direito do Trabalho: Antes e Depois da Pandemia. p. 301 a 303.

¹¹¹ Muito embora autores como Santos alertem que a conta será, eventualmente, cobrada. Vide SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Cruel Pedagogia do Vírus”. p. 24 e 25.

Embora a permanência seja incompatível com o estado de exceção tradicional, trabalhado por Carl Schmitt, Agamben dedicou-se à produção de extensa obra acerca de uma modalidade de Exceção permanente, que convive com a normalidade: o Campo¹¹².

O Estado de Exceção não precisa ser aplicável a todos, mas tão somente àqueles que, por decisão do soberano, são excluídos da *polis*; ou seja, são despidos das dimensões sociais, culturais e coletivas de sua existência, assim reduzidos à vida biológica¹¹³. Eles são, desse modo, subtraídos do bando – ou seja, abandonados – e assim submetidos de forma imediata ao poder do soberano, que decidirá sobre suas vidas e seus corpos, aí incluído o valor ou desvalor de sua vida¹¹⁴. Esse Ser, dotado apenas de sua vida nua, abandonado, é o *Homo Sacer*, e o espaço de Exceção ao qual é lançado, é o Campo, “[...] no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação”¹¹⁵.

Embora o autor se referisse, constantemente, ao exemplo melhor acabado dessa realidade, o campo de concentração implementado pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial; é interessante a ponderação de Lucas de Moraes Martins, no sentido de que o Campo não necessariamente tem uma localização definida, de modo que “[...] o mais conveniente na atualidade não é perguntar se há um Estado de exceção, mas identificar [...] os espaços de exceção que tendem à permanência”¹¹⁶.

Precisamente aqui, assim, cabe recuperar a reflexão introduzida acima, em relação ao pensamento de Agamben sobre a pandemia, e as medidas de restrição à liberdade de reunião e locomoção, adotadas pelos Estados europeus para combatê-la.

Embora essa visão tenha recebido acertadas críticas, como já aludido anteriormente; seria possível vislumbrar sua adequação, enquanto como ferramenta de análise para a situação dos trabalhadores brasileiros diante da pandemia. Tal adequação ocorre, no entanto, não em razão das medidas sa-

¹¹² MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o Campo e a Experiência Biopolítica. “Revista Seqüência”, Florianópolis, n. 71, p. 177 a 196, dez. 2015. p. 183 e 184.

¹¹³ AGAMBEN, Giorgio. “Estado de Exceção”. p. 78 a 80; AGAMBEN, Giorgio. “Homo Sacer”. O Poder Soberano e a Vida Nua. Volume I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007. Título original: *Homo Sacer. Il Potere Sovrano e la Nuda Vita*. Volume I. p. 16.

¹¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. “Homo Sacer.” p. 16, 24 a 26.

¹¹⁵ AGAMBEN, Giorgio. “Homo Sacer”, p. 177 e 178.

¹¹⁶ MARTINS, Lucas Moraes. “Estado de Exceção Permanente”. p. 193 e 194.

nitárias, de afastamento social e limitações à locomoção; mas da franca insuficiência de providências de manutenção da renda e da saúde do trabalhador.

Nessa linha, a pandemia, apesar de sua realidade implacável, ainda se revela como um pretexto para o aprofundamento de um Estado de Exceção permanente, ao qual foram lançados os trabalhadores brasileiros, abandonados, descoletivizados, dessindicalizados, precarizados, expulsos da *polis* e sujeitos, em sua vida nua, à matabilidade pelos poderes do soberano.¹¹⁷

Ainda que não seja uma realidade perfeita e acabada, o processo de redução dos trabalhadores à vida nua está em marcha, sem sinais de reversão, mas de aceleração, juntamente com a pandemia e seu progresso arrasador. Como aponta Jorge Souto Maior, há no Brasil um “[...] descompromisso com a sorte das pessoas que se situem fora das classes mais favorecidas”¹¹⁸. A transformação paulatina do trabalhador em *Homo Sacer* só faz revelar isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo, é possível afirmar que, conquanto a pandemia de COVID-19 seja uma realidade indiscutível, e represente uma ameaça existencial à civilização humana; tal quadro não é incompatível com seu uso a título de pretexto, para a adoção de medidas por parte do Estado, que representem sua instrumentalização pelos poderes econômicos e sociais. Tais atos voltam-se a aprofundar celeremente um quadro de Ódio à Democracia, que já se desenhava antes do evento disruptivo que lhe serve de justificativa.

Tal situação é especialmente verdadeira no Brasil, e, em especial, para a classe trabalhadora, já de longa data destituída progressivamente de direitos conquistados em árduas lutas, e cujos percalços a pandemia somente fez acentuar.

Desse modo, embora Agamben tenha errado o alvo, ao criticar duramente as medidas de distanciamento social na Europa como o advento do Estado de Exceção, e da redução do cidadão à vida nua; esse ferramental

¹¹⁷ Borba, p. 7. O “Abandono”, como exclusão do bando, é uma categoria importante na obra de Agamben, baseada nos ensinamentos de Jean Luc Nancy. Ele consiste justamente no processo de redução do ser humano à vida nua, despida das dimensões coletivas que a pertinência ao agrupamento social, o bando, lhe traz. A respeito, vide CASTRO, Edgardo. “Introdução a Giorgio Agamben”: uma arqueologia da potência. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. Título original: Giorgio Agamben: uma Arqueologia de la Potência. p 61. Nesse sentido, percebe-se a gravidade e a excepcionalidade do Abandono do trabalhador brasileiro, diante dos poderes econômicos e da pandemia.

¹¹⁸ Apud ALMEIDA, Almiro Eduardo de; KROST, Oscar. Direito do Trabalho de Exceção ou Exceção ao Direito do Trabalho? p. 223.

teórico permanece afiado e preciso, para recortar a realidade dos trabalhadores brasileiros.

No País, a pandemia serve, de fato, como escusa para a redução dos trabalhadores à vida nua, através de retiradas de direitos, dotadas da mesma racionalidade que animou a reforma trabalhista neoliberal, porém com maior agressividade. Para o trabalhador brasileiro, o Direito do Trabalho pandêmico é, sim, uma zona de Exceção, de suspensão do Direito por decisão do soberano. É, porém, uma Exceção permanente; é o abandono do trabalhador à sua própria sorte.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. Contagio. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan.” Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 31 a 33.

AGAMBEN, Giorgio. “Estado de Exceção.” Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15. Título original: Stato di Eccezione.

AGAMBEN, Giorgio. “Homo Sacer.” O Poder Soberano e a Vida Nua. Volume I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007. Título original: Homo Sacer. Il Potere Sovrano e la Nuda Vita. Volume I.

AGAMBEN, Giorgio. La Invención de uma Epidemia. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan”. Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 17 a 19.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; KROST, Oscar. Direito do Trabalho de Exceção ou Exceção ao Direito do Trabalho? “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região,” Florianópolis, v. 23, n. 32, p. 221 a 238, 2020.

BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo. “Estado de Crise”. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2016. Título original: State of Crisis.

BELMONTE, Alexandre Agra. Apresentação. In: BELMONTE, Alexandre Agra Belmonte, MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. “Direito do Trabalho na Crise da COVID-19”. Salvador: JusPodium, 2020, p. 3 a 5.

BOBBIO, Norberto. “A era dos direitos”. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L’età dei Diritti*.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BORBA, Fernanda Santos. O sistema sindical brasileiro: da Constituição de 1934 à lei n. 13.467/2017. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da; JORGE, Rosa Maria Campos; RASSY, Rosângela Silva. “Reforma trabalhista”: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da lei 13.467/2017 para os trabalhadores. São Paulo: LTr, 2019, p. 311 a 324.

BORBA, Ítalo do Nascimento Oliveira. Biopolíticas e Covid-19: um esforço para entender o Brasil. “Voluntas: Revista Internacional de Filosofia”, Santa Maria, v. 11, e. 48, p. 1 a 8, jul. 2020.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Atuação Sindical em Tempos de Coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra Belmonte, MARTINEZ, Luciano; MARRANHÃO, Ney. “Direito do Trabalho na Crise da COVID-19”. Salvador: JusPodium, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Agência Câmara de Notícias. “Governadores reclamam de falta de coordenação federal no combate à Covid-19.” Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/671625-governadores-reclamam-de-falta-de-coordenacao-federal-no-combate-a-covid-19/>> Acesso em 26.3.2021;.

BRASIL DE FATO. “Sem isolamento Brasil pode ultrapassar sete milhões de casos da covid em um mês.” Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2020/08/09/sem-isolamento-brasil-pode-ultrapassar-sete-milhoes-de-casos-da-covid-em-um-mes>> Acesso em 26.3.2021.

CARDOSO, Laís Vieira. Direito do Trabalho: Antes e Depois da Pandemia. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região”, Florianópolis, v. 23, n. 32, p. 297 a 309, 2020.

CASTRO, Edgardo. “Introdução a Giorgio Agamben”: uma arqueologia da potência. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. Título original: *Giorgio Agamben: uma Arqueologia de la Potência*.

CRUZ, Paulo Márcio. “Política, poder, ideologia e estado contemporâneo”. Curitiba: Juruá, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (orgs). “Welfare State”. Os grandes desafios do Estado de Bem-estar Social. São Paulo: LTr, 2019, p. 23 a 49.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. “O estado de bem-estar social no século XXI”. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. “A Reforma Trabalhista no Brasil”. Comentários à lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. “Direitos fundamentais e proteção do ambiente”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo más allá del estado”. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2018. Título original: p. 13 a 16. Título original: Costituzionalismo oltre lo Stato.

FERRAJOLI, Luigi. “A Democracia através dos Direitos”. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Título original: La democrazia attraverso i diritti.

FERRAJOLI, Luigi. O que nos ensina o Coronavírus? Tradução de Douglas Cesar Lucas. “Revista Direitos Humanos e Democracia”, Ijuí, ano 8, n. 15, p. 7 a 11, jan/jun 2020.

FILGUEIRAS, Vítor Araújo; BISPO, Bruna; COUTINHO, Pablo. A reforma trabalhista como reforço a tendências recentes no mercado de trabalho. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luís dos (coords). “Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil”. Campinas: Curt Nimunendajú, 2018, p. 123 a 154.

FINANCIAL TIMES. “Virus lays bare the frailty of the social contract”. Disponível em <<https://www.ft.com/content/7eff769a-74dd-11ea-95fe-fcd274e-920ca>> Acesso em 26.3.2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. “Bolsonaro diz que povo brasileiro não tem medo do perigo e volta a criticar isolamento social”. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/01/bolsonaro-diz-que-povo-brasileiro-nao-tem-medo-do-perigo-e-volta-a-criticar-isolamento-social.shtml>> Acesso em 26.3.2021.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. A reforma trabalhista e o trabalho intermitente – o tiro de misericórdia na classe trabalhadora. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs). “Reforma trabalhista”. Visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017, p. 107 a 116.

GARCIA, Marcos Leite. A Pandemia da Covid-19 e o Futuro da Sociedade Contemporânea: Algumas Reflexões sobre Lições para o Amanhã. “Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos”, v. 6, n. 2, p. 76 a 97, jul a dez. 2020.

GARGARELLA, Roberto. “Latin American Constitutionalism 1810-2010”. The Engine Room of the Constitution. New York: Oxford University Press, 2013.

HAN, Byung-Chul. La Emergencia Viral y el Mundo de Mañana. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan”. Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 97 a 112.

HIDALGO, Daniel Castillo. “Keynes contra o Coronavírus.” Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/espiritualidade/78-noticias/597415-keynes-contra-o-coronavirus-artigo-de-daniel-castillo-hidalgo>> Acesso em 26.3.2021

IBARRA, Pedro; Letamendía, Francisco. Los Movimientos Sociales. In: BADIA, Miquel Caminal (Editor). “Manual de Ciencia Política”. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 375 a 403.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o Campo e a Experiência Biopolítica. “Revista Seqüência”, Florianópolis, n. 71, p. 177 a 196, dez. 2015.

MICHILES, Francimary de Oliveira. Reforma trabalhista: impacto no direito coletivo do trabalho e no poder sindical. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da; JORGE, Rosa Maria Campos; RASSY, Rosângela Silva. “Reforma

trabalhista”: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da lei 13.467/2017 para os trabalhadores. São Paulo: LTr, 2019, p. 297 a 310.

NANCY, Jean Luc. Excepción Viral. In: AGAMBEN, Giorgio et al. “Sopa de Wuhan”. Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemias. [s.l.]: Editorial ASPO, 2020, p. 29 e 30.

NEVES, Antônio Castanheira. “Metodologia Jurídica.” Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. “Contribuições sindicais”. Modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical. São Paulo: LTr, 2019.

OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. TEODORO, Maria Cecília Máximo. A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente. “Revista da Faculdade de Direito da UFRGS”, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 175 a 191, dez. 2018. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77450/51650>>. p. 182 a 185. Acesso em 26.mar.2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. “Apoio às pessoas e empresas para lidar com o vírus COVID-19”: opções de respostas imediatas para o emprego e as políticas sociais. Disponível em <<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/apoio-as-pessoas-e-empresas-para-lidar-com-o-virus-covid-19-opcoes-de-respostas-imediatas-para-o-emprego-e-as-politicas-sociais-3771a5e3/>> Acesso em 26.3.2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “À medida que a crise do emprego se agrava, OIT adverte que a recuperação do mercado de trabalho é incerta e incompleta.” Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_749513/lang--pt/index.htm> Acesso em 26.3.2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “COVID-19 causes unprecedented jobs crisis, almost all workers and businesses affected by lockdown measures”. Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_748441/lang--pt/index.htm> Acesso em 26.3.2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT: “É necessário garantir a proteção dos trabalhadores agora e após o fim do confinamento”.

Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/brasil/noticias/WCMS_743059/lang-pt/index.htm> Acesso em 26.3.2021.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. “Curso de Derechos Fundamentales.” Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 2009.

PEREZ-TAPIAS, José Antonio. “Entre o Risco e o medo, a Biopolítica em Alta”. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-e-o-medo-a-biopolitica-em-alta>> Acesso em 26.3.2021.

RANCIÈRE, Jacques. “O Ódio à Democracia”. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014. Título original: La haine de la démocratie.

REINO UNIDO DA GRÃ BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. National Archives. “The Beveridge Report and the foundations of the Welfare State”. Disponível em <<https://blog.nationalarchives.gov.uk/beveridge-report-foundations-welfare-state>> Acesso em 26.3.2021.

REIS, Suzete da Silva. As Repercussões da pandemia do Coronavírus no Mundo do Trabalho. “Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região”, Florianópolis. V. 23, n. 32, 2020, p. 397 a 414.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “A Cruel Pedagogia do Vírus.” Coimbra: Almedina, 2020.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. “Ciência Política e Teoria do Estado”. 5. ed. rev.e at. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VECCHI, Ipojucan Demétrius; GARCIA, Marcos Leite; PILAU SOBRI-NHO, Liton Lanes. O Princípio da Dignidade Humana e suas Projeções no Âmbito Laboral: possibilidades e limites. “Revista Sequência”, Florianópolis, n. 85, p. 249 a 286, ago.2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORAIS, José Luís Bolzan de. Da Exceção Agambeniana à Constituição Planetária de Ferrajoli: Desafios Impostos pela Pandemia do Novo Coronavírus às Categorias Jurídico-políticas Tradicionais. “Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM”, Santa Maria, v. 15, n.1, p. 1 a 29, 2020.

**OIT, PANDEMIA E RELAÇÕES DE TRABALHO:
REFLEXÕES SOBRE SEGURANÇA ECONÔMICA**

Marcelo José Ferlin D'Ambroso

Sumário: 1. A pandemia e as necessidades atuais da humanidade: entre o neoliberalismo e a morte. 2. A segurança econômica e as relações de trabalho. Conclusões. Bibliografia.

1. A PANDEMIA E AS NECESSIDADES ATUAIS DA HUMANIDADE: ENTRE O NEOLIBERALISMO E A MORTE

O tema proposto merece uma pergunta: do que precisamos como integrantes da sociedade nos tempos de hoje?

Os tempos de pandemia revelaram muitas situações que nos obrigam a refletir sobre alguns paradigmas na sociedade atual.

Um deles afeta diretamente a questão da economia, ou seja, que economia queremos? Quando uma pessoa não pode trabalhar nem abrir seu negócio, quem a protege, quem lhe garante a subsistência?

Obviamente que a resposta não é a “mão invisível” do mercado. Nem serão os bancos e muito menos as grandes corporações multinacionais. Pelo contrário, a entidade que pode garantir a vida é o Estado, e por aqui começamos.

Décadas de políticas neoliberais fomentadoras de um Estado mínimo, originadas desde um pensamento hegemônico neoliberal mundial, comprometeram severamente as estruturas de prestação de serviços públicos ao povo, enquanto que os recursos públicos eram dirigidos para garantir a exploração pelos bancos e em defesa do grande capital. Agora fica evidente a falência do sistema atual, que costuma reduzir todos os aspectos da vida à perspectiva econômica. Entretanto, economía para quem?¹

O COVID-19 não discrimina, mas parece feito sob medida para um sistema neoliberal: elimina as pessoas idosas (já improdutivas para o sistema), as detentoras de comorbidades (que custam mais ao Estado) e vulneráveis (minorias, pobres, migrantes, que sofrem discriminações estruturais ou que possuem dificuldades adicionais para acessar os serviços públicos de saúde). O vírus neoliberal seria um grande “depurador” do planeta, permitindo uma

¹ GAMBACORTA (2017: 2) oferece uma resposta clara: “Los paradigmas desreguladores neoliberales suelen actuar como barreras a las transformaciones sociales inclusivas; o cuando esta se consigue, se presentan como cuestionadores de la afectación de aspectos, fundamentalmente esgrimidos desde una seguridad jurídica restringida a la propiedad, tal como ya lo indicaba el Consenso de Washington, y consecuentemente, sin contemplar mayormente aspectos laborales estables ni cobertura social solidaria o universal.”

eugenia ao “natural”, selecionando as pessoas mais fortes e produtivas, e, por conseguinte, mais úteis para produzir².

A aplicação do modo de produção toyotista “*just in time*”³ também para os serviços públicos, que reduz os serviços estatais ofertados à população, nos quais somente se atendem necessidades extremas, que não são nem de longe suficientes para la demanda pandêmica, está produzindo milhares de mortes de maneira global. Por outro lado, a versão neoliberal de administração pública, a “*new public management*”⁴, preconizando impor ao público as mesmas formas operativas de uma empresa privada, demonstra claramente que o caminho está equivocado. O Estado não deve buscar o lucro nem proveito, sua razão de ser deveria focar-se no bem-estar da população em seu conjunto, sem discriminação, com vistas a uma sociedade justa e igualitária. Sua lógica de existência teria de ser totalmente distinta de sistemas privados ou individualistas, pois sua criação parte da coletividade para operar no público, em favor de todas as pessoas. Com o perdão de dizer o óbvio, mas muitas vezes o óbvio precisa ser dito e reafirmado.

² Segundo VALVERDE GEFAELL (2015: 25): “El capitalismo neoliberal solo desea cuerpos rentables. Los que no pueden o no quieren ser emprendedores ni consumir (para enriquecer all %) son excluidos. Aunque, en realidad, la mayoría está en una situación precaria porque es el sistema mismo el que los excluye. Los enfermos crónicos, los discapacitados, los ancianos con pensiones miserables, los parados o con trabajos mal pagados, los sin techo, los niños hambrientos, los jóvenes sin futuro, los enfermos mentales sin red de apoyo y los inmigrantes de países del Tercer Mundo son el producto de las desigualdades que crea el neoliberalismo. Pero se les etiqueta como culpables de su situación, como irresponsables y sospechosos. O, en el mejor de los casos, como personas con mala suerte”. Também FARIÑAS (2018) denuncia que o neoliberalismo está impondo uma lógica de ódio a seus adversários e, inclusive, a suas vítimas (os “perdedores”).

³ Na década de 1970, o modelo toyotista de produção, utilizado na indústria automobilística em substituição ao fordista, se acoplou perfeitamente ao neoliberalismo, que estava tornando-se hegemônico, ao preconizar a redução de custos, aumento da produtividade e garantia do lucro do capital, mediante a entrega do serviço ou produto somente na medida do necessário. Segundo CHAVES JÚNIOR, a produção da grande indústria se desloca para o novo modelo ohnista/toyotista, no qual a produção linear e vertical é substituída por uma concepção mais reticular e horizontal, diminuindo a capacidade da pessoa trabalhadora de paralisação do sistema produtivo (CHAVES JÚNIOR, 2017: 106). O modelo aplicado à administração pública implica num Estado neoliberal diminuído em suas ações sociais, privatizador e aberto ao capital especulativo.

⁴ Com o “New Public Management” há um enfoque na redução dos custos da administração pública, em especial os relacionados aos gastos de proteção social, permitindo o direcionamento do Estado para o favorecimento dos meios de produção.

Se ocorreu algo de bom na crise pandêmica, foi a retirada do véu dos olhos das pessoas para entender que é preciso um Estado forte, que é preciso ter serviços públicos maximizados e não mínimos, e que a lógica do lucro, do proveito, não se aplica ao que é público. O uso de uma ferramenta medieval, como a quarentena, não seria necessário se os Estados tivessem um sistema de saúde dimensionado para atender toda a população e não apenas como um *slogan* político. E se a indústria farmacêutica fosse pública e não privada, os esforços poderiam ser rapidamente direcionados para a produção de vacinas e medicamentos (devidamente aprovados), e entregues à população gratuitamente, sem lucro. A situação atual, porém, é que o mundo tende a depender de algumas multinacionais que teriam capacidade de produzir a vacina e os medicamentos em grande escala, sem saber quanto podem lucrar com eles (lucrar com a desgraça alheia é permitido?). Questão semelhante acontece com os testes, porque, devido à falta de capacidade dos Estados, o setor privado pode fazê-los mediante um preço alto pago pela população - é a privatização da pandemia. Esta negligência estatal, com a falta de compromisso para com o povo, anda junto com as empresas privadas e também com as estatais que colocam obstáculos para fazer a testagem necessária a suas trabalhadoras e trabalhadores enquanto seguem exigindo o trabalho presencial.

Ao mesmo tempo, para controlar as pessoas em quarentena e monitorar o avanço da pandemia, o Estado assume a responsabilidade de contratar serviços de informática de grandes empresas oligopólicas. Mas o que essas corporações fazem? Violam a privacidade das pessoas ao obterem informações sobre a sua vida (loais visitados, percursos e consumos habituais, preferências, opiniões, inclinações políticas, etc., ou seja, o perfil dos indivíduos), recebendo esses recursos públicos para arrecadar milhões de dados que serão destinados ao mercado de *big data*. É o “ganha-ganha” unilateral, no qual as empresas contratadas ganham duas vezes, quando recebem o pagamento pelos seus serviços de TI e, posteriormente, quando vendem os dados obtidos para o maior lance.

Uma das primeiras preocupações globais com a pandemia foi garantir o sistema financeiro - quando trilhões de moedas foram injetadas como garantia para bancos privados e, da mesma forma, vários bancos centrais de diferentes países se comprometeram a pagar títulos de bancos privados, compostos por dívidas que não são pagas por falências de empresas, por meio da compra de seus títulos “lixo”.

Consequentemente, o que se pode mostrar às pessoas é que o atual sistema visa a proteger os bancos e as grandes corporações - que sob nenhum ponto de vista admitem a possibilidade de danos, exigindo medidas imedia-

tas dos governos e parlamentos em seu benefício, enquanto são os únicos não afetados pela pandemia e ainda aumentando seus lucros. No exemplo do Brasil, o Banco Central, entre outras medidas, dobrou o fundo garantidor de crédito, injetando mais de um trilhão de reais no sistema financeiro⁵, valor superior ao alegado como economia necessária na precarizante reforma previdenciária de 2019. Infelizmente, essa ação não ampliou a oferta de crédito à população, ao contrário, os bancos privados restringiram ainda mais a concessão de créditos e aumentaram as taxas de juros⁶.

2. A SEGURANÇA ECONÔMICA E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Desde uma perspectiva laboral, é evidente que, em um sistema capitalista, as pessoas que não possuem propriedades e as que possuem pequenas ou médias propriedades, em tempos de crise, precisam de ajuda estatal, ou seja, segurança econômica.

Segurança econômica é um conceito incorporado na Declaração de Filadélfia, da Organização Internacional do Trabalho (doravante, OIT), no final da Segunda Guerra Mundial, em 1944, na qual reafirma o fundamento da Constituição da entidade no sentido de que A duradoura a paz só pode ser estabelecida com base na justiça social, afirmando que: “todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar seu bem-estar material e desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e de igualdade de oportunidades”⁷. A segurança econômica, portanto, é um instrumento de equidade econômica para dotar as pessoas de liberdade e dignidade, manifestando-se no seu poder aquisitivo. Em 2004, a OIT, observando em uma de suas análises que os sistemas convencionais de seguridade social eram inadequados para responder a novas formas de risco sistêmico, bem como a incerteza que caracterizava o sistema econômico mundial emergente, levantou a necessidade de medir a segurança

⁵ Conforme notícia do jornal “Infomoney”, intitulada “Com crise, Banco Central já anunciou R\$ 1,2 trilhão em recursos para bancos”. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/economia/com-crise-banco-central-ja-anunciou-r-12-trilhao-em-recursos-para-bancos/>.

⁶ E isso a pesar de que o Banco Central do Brasil tinha baixado a taxa referencial de juros ao menor nível histórico. Os dados foram extraídos da notícia do sítio UOL, intitulada “Bancos prometem ajuda, mas dobram juros e seguram dinheiro, dizem empresas”, do dia 26/03/2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/26/coronavirus-juros-alta-prazo-corte-linha-credito-antecipacao-recebivel.htm>.

⁷ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf.

financeira em seus relatórios. A entidade indica que esta medida serve para que os Estados possam tomar as medidas pertinentes para a promoção do bem-estar pessoal, felicidade e tolerância, além de ser benéfica para vislumbrar o caminho para o crescimento e estabilidade social. Ao contrário, sua antítese, a insegurança econômica causa ansiedade e raiva no mundo, além da intolerância, do estresse, da inquietação social, da violência social⁸, e, também, pode-se crescer, fascismo⁹.

De forma bastante tímida, já existem iniciativas em diversos países de assegurar uma distribuição universal de renda mínima ao povo, sendo exemplos Itália, Espanha¹⁰ e os países nórdicos (Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia e Islândia)¹¹. É, também, uma maneira de tornar efetiva a segurança

⁸ Fonte: OIT - artigo “La seguridad económica mundial en crisis Un nuevo informe de la OIT descubre un ‘mundo lleno de ansiedad e ira’” (2004).

⁹ O ressentimento e a frustração de não ter um trabalho escolhido, a angústia, o medo do desemprego, fome e miséria, o descrédito da política, são condições que permitem o crescimento de ideologias fascistas nas sociedades.

¹⁰ No Brasil, a Lei 10835, de 08 de janeiro de 2004, instituiu a “renda básica de cidadania”, ainda que sem especificar valores, dispondo que o benefício deverá corresponder a uma quantia suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde – a lei, não obstante, ainda não tem efetividade. (Fonte: Lei 10835/04. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.835.htm). Na Espanha, foi aprovado em 2020, o Real Decreto-lei 20/2020, de 29 de maio, estabelecendo o “*ingreso mínimo vital*”, conceituado como uma prestação econômica dirigida a prevenir o risco de pobreza e exclusão social de pessoas que moram sozinhas ou integradas em unidade de convivência, quando se encontram em situação de vulnerabilidade por falta de recursos econômicos suficientes para suprir suas necessidades básicas. (Fonte: Real Decreto-lei 20/2020. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5493>). Na Itália, foi criado o “*Reddito di Cittadinanza*” e o “*Reddito di Emergenza*”, o primeiro dividido em 18 quotas mensais às pessoas desempregadas ou aquelas que trabalham só ocasionalmente e que tenham um ingresso de menos de 9.360 euros por ano; o segundo, em duas quotas mensais para atender à emergência do COVID-19, não sendo compatível a percepção dos dois benefícios. (Fonte: artigo intitulado “*Reddito di Emergenza e Reddito di Cittadinanza: differenze*”, da redação do jornal PMI.It, de 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.pmi.it/economia/lavoro/333124/reddito-di-emergenza-e-reddito-di-cittadinanza-differenze.html>).

¹¹ Como descrevem MACHADO-GALVÃO JÚNIOR (2018), sob a orientação do economista sueco Karl Gunnar Myrdal, que dividiu o Prêmio Nobel de Economia de 1974 com Friedrich von Hayek, os países nórdicos implantaram o modelo de Estado do Bem-Estar Social após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a imposição de alta tributação e garantia de renda mínima, entre outros direitos. O modelo nórdico de social-democracia combina uma economia de mercado com um Estado forte, com altos gastos sociais, altos impostos, altos salários, manutenção do nível de atividade econômica em pleno emprego, além de proporcionar educação e saúde de qualidade.

econômica, mas o conceito, tal qual previsto pela OIT, pressupõe uma renda capaz de proporcionar liberdade e dignidade, a tal ponto que seja possível à pessoa eleger trabalho¹². Portanto, não pode ser mínima ou básica. A renda universal deve ser acima de tudo digna, levando em consideração as expectativas das pessoas de acesso ao direito à moradia, saúde, educação, alimentação, cultura e lazer.

Uma vez instalada a crise, pandêmica ou não, a primeira coisa que se deve fazer é garantir renda às pessoas, ou seja, que no uso de recursos extremos como a quarentena e o isolamento social, que obrigam as pessoas a não sair de suas casas, isso não vai comprometer sua subsistência. Em segundo lugar, garantir empregabilidade e renda, manter postos de trabalho, proibir demissões e redução de salários. Depois, garantir a sobrevivência das pequenas e médias empresas. Se o rendimento não é garantido às pessoas (e quando se fala em rendimento entende-se auxílio estatal e não concessão de crédito, que não é a mesma coisa), sendo essas pessoas trabalhadoras ou proprietárias de pequenas e médias empresas, dificilmente seria sustentável, a longo prazo, uma quarentena sem revoltas ou consequências sociais brutais, relacionadas com a falência generalizada de empresas, desemprego e aumento da desigualdade social. Outra medida imprescindível seria a imposição de alíquotas progressivas de tributação ao grande capital, isto é, partindo de um mínimo de 50% até 99%, a partir de um certo grau de concentração de renda e lucro, para sustentar uma previdência social adequada, cujos mecanismos de renda encaminhem a todas e todos a obter uma vida digna em qualquer circunstância¹³. Mas, para isso, seria indispensável consolidar um novo modelo de Estado da Previdência Social, que permita o cumprimento do objetivo de justiça social proclamado desde a criação da OIT em 1919.

As consequências de uma quarentena sem garantia de renda e trabalho serão inevitavelmente o aumento da desigualdade social, da fome e da miséria, da violência.

No Brasil, onde se fez uma quarentena, ou seja, sem uniformidade nacional, e onde a manutenção dos empregos não foi garantida, permitindo-se o desligamento de pessoas do trabalho durante a pandemia, faz com que hoje

¹² BUENO (2018: 169) destaca que o direito ao trabalho, conforme previsto no art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, contempla o direito a eleger e aceitar livremente o trabalho.

¹³ Segundo GAMBACORTA (2017: 7): “Las políticas tributarias cumplen un rol de distribución ineludible, pero la distribución incluyente e inclusiva puede darse, reconocer y hacer reconocer socialmente a los trabajadores su derecho a la efectiva participación en cómo se distribuyen las rentas en una sociedad.”

o número de pessoas sem emprego seja maior do que o número de pessoas ocupadas. O país que privilegiou a economia antes da vida de seu povo oscila, infelizmente, disputando o segundo lugar do mundo em número de infecções e mortes, atrás apenas dos Estados Unidos, outra nação que adotou um comportamento semelhante ao do Brasil e que tem consequências ainda piores em relação ao desemprego, estimando-se lá mais de quarenta milhões de pessoas desempregadas.

As medidas do governo brasileiro incluíram um pacote para redução da jornada de trabalho e salários e ajuda temporária de R\$ 600,00 (equivalente a menos de 150 dólares). A primeira medida simplesmente transfere o ônus da pandemia para a classe trabalhadora, enquanto a segunda estabelece uma quantia insignificante e absolutamente insuficiente para enfrentar a fome e o desemprego, razão pela qual seu catastrófico resultado não é nada surpreendente. Enquanto isso, o grande capital no Brasil continua sem pagar taxas e operando o parasitismo financeiro, aumentando seu lucro em meio à pandemia. O endividamento das famílias sobe, obviamente, produzindo uma população escrava dos bancos.

Em situações como esta, em que a política nacional é separada do povo, é importante que haja marcos internacionais de atuação governamental que permitam um marco seguro para a ativação do equilíbrio na tradicional divisão tripartite de poderes, seja por medidas legislativas internas compensatórias, ou por meio de ações judiciais corretivas e implementadoras da normativa mundial. As ações das Nações Unidas e de seus órgãos, notadamente a Organização Mundial da Saúde (doravante OMS) e a OIT, devem ser coordenadas e impostas aos diferentes países, uma vez que a comunidade internacional pode ser afetada coletivamente por desvios de conduta de um governo. É mais: este atuar normativo global não pode ter conteúdo meramente recomendatório nem isolado¹⁴ – a questão econômica se vincula com o trabalho e a saúde -, e deve considerar situações com diferenças nas medidas, como a desigualdade social nas distintas partes do mundo. As medidas devem contemplar tudo que seja necessário para reduzir o impacto do agente nocivo, inclusive mediante ajudas internacionais, subsidiadas por tributações internacionais ao grande capital.

¹⁴ A especialização dos órgãos das Nações Unidas é um obstáculo à ação internacional. Por exemplo, a OMS não considera a desigualdade social, fator de fundamental importância para conter as consequências da pandemia.

CONCLUSÕES

Por fim, é tempo de parar, refletir e repensar o mundo. Não se vislumbra um mundo em que a doença de alguém possa significar o lucro de outrem (como empresas farmacêuticas multinacionais, bancos, corporações gigantes de tecnologia de informação, etc.), e não é mais possível conviver com a miséria e com o evento morte que atinge as pessoas mais vulneráveis, enquanto grandes concentrações de capital continuam seguras e aproveitando-se das crises, aumentando seus lucros. Assim, é necessário seguir denunciando, até que as pessoas entendam o que está acontecendo com elas e passem a exigir mudanças, e com urgência!

A centralidade do trabalho nas pessoas foi objeto da Declaração do Centenário da OIT¹⁵ do ano 2019 e é importante para, junto com a segurança econômica, terminar com as políticas neoliberais, colocar um freio ao mecanismo de concentração de renda que atualmente precariza o trabalho com a promoção de verdadeiras necropolíticas¹⁶. Se continuam as políticas neoliberais, não há mudanças no sistema, e nos encaminhamos diretamente para um retorno à escravidão, resumida na frase de que “tem de escolher entre ter direitos ou ter emprego”, discurso muito conhecido no Brasil¹⁷.

É necessário estabelecer um novo modelo de Estado de Bem-Estar Social fortalecido e aprimorado, com novas formas de não só reduzir, mas também evitar e banir as desigualdades sociais.

Consequentemente, espera-se que a crise traga um aprendizado à humanidade com aptidão para a mudança urgente do sistema econômico mundial, a

¹⁵ Segundo o documento, intitulado “Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo”, a centralidade do trabalho no ser humano demanda enfoque em três ações prioritárias: aumentar o investimento na capacidade das pessoas, aumentar os investimentos nas instituições do trabalho, e aumentar o investimento no trabalho decente e sustentável. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang-es/index.htm>.

¹⁶ Necropolítica, conforme MBEMBE (2018), significa eleger quem pode viver e quem vai morrer no sistema. Preciosas as palavras de VALVERDE GEFAELL (2015: 127): “La necropolítica del neoliberalismo despolitiza (quita contenido político a los temas sociales) manipulando el lenguaje, culpabilizando e individualizando. La repolitización podría ocurrir cuando los incluidos llenen de contenido político la realidad nombrando las injusticias y abandonando la falsa seguridad”.

¹⁷ Como se pode conferir na notícia intitulada “‘Ou todos os direitos e desemprego ou menos direitos e emprego’, diz Bolsonaro”, publicada no jornal Estadão, no dia 09.11.2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,recebi-projetos-sobre-previdencia-e-pouco-sera-aproveitado-diz-bolsonaro,70002599184>.

partir de normas internacionais que venham da ONU e de seus órgãos, como OMS e OIT, para garantir, a título de exemplo:

- o estabelecimento de uma obrigação universal para os Estados de criar mecanismos de renda decente (nem básica nem mínima) para todas as pessoas que vivem em seus territórios, garantindo a segurança econômica, como condição básica de seu desenvolvimento material e espiritual, e da concretização da dignidade humana, possibilitando às pessoas a escolha do trabalho de acordo com sua vocação e não como fonte de subsistência;

- a garantia da manutenção do emprego e da renda em situações de crise, proibindo despedidas e redução de salários;

- a garantia da sobrevivência das pequenas e médias empresas, através de mecanismos de auxílios estatais distintos da concessão de empréstimos, incluindo a possibilidade de o Estado assumir o pagamento de salários e encargos sociais em tempos de crise;

- a imposição universal de tributação progressiva sobre o grande capital através da cobrança de taxas de um mínimo de 50% até 99%, v.g., constitutiva de orçamento para financiar o incremento da seguridade social e mecanismos de renda digna para todas as pessoas, independentemente de trabalharem ou não;

- um sistema de ajudas internacionais e incondicionadas – econômicas, sanitárias, humanitárias -, com aptidão para reduzir os impactos de crises em países com mais desigualdade social, obtido desde a tributação internacional aos bancos e às empresas multinacionais.

É tempo de mudar a visão da economia: com todos os problemas ambientais gerados pelo consumo desmedido de uma sociedade hedonista, movida pela propaganda e pela indústria cultural, o pensamento deve ser de inverter a ordem atual - as pessoas não devem estar a serviço da economia, é a economia que deve estar a serviço das pessoas.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G. et alli. “Sopa de Wuhan” . 2020. Pablo Amadeo Editor. [em linha], [consultado 30 junho 2020]. Disponível em: http://tiempode-crisis.org/wp-content/uploads/2020/03/Sopa-de-Wuhan-ASPO.pdf?fbclid=IwAR386959-_q7FG9ZCeGsEFSxGBOerZNNMf3s1hmLn8nYjcieT-4QA-yyx6zE.

BUENO, N. Del derecho al trabajo a la libertad frente al trabajo: introducción a la economía humana. Em NAMORA, N. C., et al. (Edit.). “The balance between worker protection and employer powers: insights from around the

world.” 2018. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, pp. 167-200.

CHAVES JÚNIOR, J. E. R. (2017). O Direito do Trabalho e as plataformas eletrônicas. Em “Revista de Derecho Social Latinoamerica”, Albacete: Editorial Bomarzo, (nº3-4), pp. 99-118.

DOWBOR, L. “A era do capital improdutivo”. 2018. 2ª.ed., São Paulo: Outras Palavras.

ESTÉVEZ, C.; TAIBO, C. (Editores). “Voces contra la globalización”. 2008. Barcelona: Crítica.

FARIÑAS DULCE, M. J. (2018). “Guerra Jurídica y Estrategia Neoliberal.” Dominio Público, dezembro de 2018. [consultado 22 janeiro 2018]. Disponível em: <https://blogs.publico.es/dominiopublico/27431/guerra-juridica-y-estrategia-neoliberal/>.

FARIÑAS DULCE, M. J. “Mercado sin Ciudadanía: Las falacias de la Globalización Neoliberal”. 2005. Madrid: Biblioteca Nueva.

FOUCAULT, M. “La sociedad punitiva: curso en el Collège de France (1972-1973)”. 2016. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

GAMBACORTA, M. L. (2017). Institucionalidad estatal, relaciones laborales y paradigmas desreguladores neoliberales en argentina: hacia un estado social de derecho más allá de la economía social del mercado. Em “Revista Juris Poiesis”, Rio de Janeiro, vol.20, (nº22), pp. 01-16.

GEORGE, S. Es necesaria otra globalización (entrevista). Em ESTÉVEZ, C.; TAIBO, C. (Editores). “Voces contra la globalización”. 2008. Barcelona: Crítica, p. 37-52.

KLEIN, N. “Não basta dizer não: resistir à nova política de choque e conquistar o mundo do qual precisamos”. 2017. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro.

MACHADO, L. A., GALVÃO JÚNIOR, P. (2018). Países nórdicos: números de causar inveja. [em linha], [consultado 30 junho 2020]. Disponível em: <https://espacodemocratico.org.br/artigos/paises-nordicos-numeros-de-causar-inveja/>.

MASCARO, A. L. B. “Crise e Pandemia”. 2020. São Paulo: Boitempo.

MBEMBE, A. “Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte.” 2018. 3ª.ed., São Paulo: N-1 Edições.

NAMORA, N. C., et al. (Edit.). “The balance between worker protection and employer powers: insights from around the world.” 2018. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing.

VALVERDE GEFAELL, C. “De la necropolítica neoliberal a la empatía radical: violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización.” 2015. Barcelona: Icaria Editorial.

TELETRABALHO DA MULHER NA PANDEMIA

Simone Beatriz Assis de Rezende

Sumário: 1. Introdução. 2. Mulher no mercado de trabalho: sempre um desafio. 3. O teletrabalho: inovação que veio para ficar. 4. Teletrabalho da mulher e em tempos de pandemia: a difícil equação. Considerações finais. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia global do novo coronavírus (COVID-19)¹, uma ameaça real à saúde pública, afetou profundamente o mundo do trabalho, provocando choques econômicos e sociais e colocando em risco os meios de subsistência e o bem-estar das pessoas.

A declaração da epidemia da COVID-19 pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ocorreu em 30/01/2020, e a sua caracterização como pandemia sucedeu-se em 11/03/2020 (OPAS, 2020). No Brasil, o Decreto Legislativo nº 6, de 20/03/2020, reconheceu, para os fins do Art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000², a ocorrência do estado de calamidade pública.

De acordo com o monitoramento feito pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), em 11/11/2020, havia 5.751.297 “casos acumulados”, o que se pode entender como diagnósticos positivos de COVID-19 e 163.456 óbitos (FIOCRUZ, 2020). No sítio eletrônico do Ministério da Saúde, atualizado até as 19h30min do dia 12/11/2020, constam 5.781.582 casos confirmados e 164.281 óbitos por COVID-19 confirmados (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)³.

Em meio à pandemia, afloram crises institucionais e radicalismo político. Medidas de distanciamento social foram tomadas, tanto em níveis leves quanto com o estabelecimento de bloqueios de rodovias e de acesso às cidades e *lockdown*⁴, na tentativa de minimizar a exposição e, conseqüentemente, o contágio pelo vírus. A classe trabalhadora vive nova era de incertezas e tenta organizar-se em meio à situação de vulnerabilidade.

A desigualdade social continua fazendo vítimas, pois a morte é desigual até na pandemia. Grande parte dos trabalhadores não tem escolha, não dispondo de condições para fazer ou mesmo manter o isolamento social. Ou

¹ Abreviação, do inglês, para Coronavirus Disease 2019 (Doença do Coronavírus 2019).

² O Art. 65 trata de várias providências de entes federados no caso de ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, enquanto perdurar essa situação.

³ De acordo com o G1, em 01/11/2020, o Brasil havia registrado 150.104 óbitos e 5.544.815 diagnósticos de COVID-19, segundo levantamento nas secretarias estaduais de saúde (G1, 2020).

⁴ “Confinamento” em inglês.

cumprem a quarentena e morrem de fome ou se submetem ao risco para obter o pão de todo dia.

Nesse cenário, segue também a discriminação da mulher trabalhadora, especialmente da mulher trabalhadora negra; agora, de forma potencializada pela pandemia, o que leva a merecer uma reflexão em face da profunda mudança no mundo laboral causada pelo teletrabalho em *home office*, em virtude da crise pandêmica que assola a contemporaneidade.

2. MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: SEMPRE UM DESAFIO

Ser mulher no mercado de trabalho requer perseverança e resiliência para os embates diários que se apresentam. As estatísticas são claras e demonstram a desigualdade de oportunidades e de tratamento quando se confrontam os resultados entre homens e mulheres.

As mulheres negras têm ainda um fator a mais de vulnerabilidade, como legado da escravidão, estando em condição mais desfavorável em face das “irmãs brancas”, como aduz Angela Davis (2016, p. 30):

Proporcionalmente, as mulheres negras sempre trabalharam mais fora de casa do que suas irmãs brancas. O enorme espaço que o trabalho ocupa hoje na vida das mulheres negras reproduz um padrão estabelecido durante os primeiros anos da escravidão. Como escravas, essas mulheres tinham todos os outros aspectos de sua existência ofuscados pelo trabalho compulsório. Aparentemente, portanto, o ponto de partida de qualquer exploração da vida das mulheres negras na escravidão seria uma avaliação de seu papel como trabalhadoras.

O mundo do trabalho é o tema central das ciências humanas e sociais e sempre exerceu influência na organização e no funcionamento das sociedades, por garantir a sobrevivência de homens, mulheres e de suas famílias. A concepção de labor, em suas diferentes formas de efetivação, é construída e reconstruída ao longo da história das sociedades humanas, “variando de acordo com os modos de organização da produção e da distribuição de riqueza e poder” (MANFREDI, 2002, p. 33-34).

Inegável a importância das relações sociais familiares como processo preparatório para a iniciação de crianças e de adolescentes para o trabalho. Na Roma antiga, o filho homem mais velho acompanhava o pai no trabalho da terra, no foro ou na guerra, e as filhas ajudavam as mães em suas tarefas, em nítida distribuição sexual do trabalho (ENGUITA, 1989).

A Revolução Industrial, no fim do século XIX e início do século XX, trouxe mudanças significativas na dinâmica da família e no *modus operandi* das atividades laborais, pois o local da produção passou a ser diferente daquele de sua vivência. Com o empobrecimento dos trabalhadores, a mobilização da mão de obra feminina e infantil apresentou-se vantajosa, e a exploração, cada vez mais presente. De acordo com Barros (2010), o trabalho da mulher e o infantojuvenil superou o dos homens, diante da diminuição da necessidade de esforço físico nas máquinas.

As operárias, que na época representavam 78,3% da força de trabalho na indústria, principalmente têxtil, começaram a tomar iniciativas para a melhoria das condições de trabalho, inclusive quanto à redução da jornada de trabalho e pelo aumento de salários (ARAÚJO; MOURÃO, 2012), já que o trabalho afastou a mulher de seu lar por mais de 14 horas diárias, mas não de seus afazeres domésticos e familiares, que continuam sob sua responsabilidade (NASCIMENTO, 2010).

Apesar da participação positiva nas relações de trabalho e da evidente contribuição para o crescimento e evolução da sociedade, a forma precarizada da inserção da mulher no mercado de trabalho ainda remanesce, sem tréguas quanto ao preconceito e à discriminação. Essa desigualdade segue em patamares alarmantes, tanto nos trabalhos que exigem pouca qualificação quanto naqueles que exigem médio ou alto grau de estudo e especialização.

As estatísticas da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) comprovam a necessária continuidade da luta pela igualdade de tratamento entre mulheres e homens, pois, mesmo com maior escolaridade, elas continuam a perceber menores salários, conforme se depreende dos dados relativos ao 4º trimestre de 2017 (IBGE, 2018):

Das 40,2 milhões de trabalhadoras, 24,3% haviam completado o ensino superior, enquanto entre os homens ocupados a proporção era de 14,6%. Apesar disso, em média, as mulheres que trabalham recebem rendimentos 24,4% menores que os dos homens.

A pesquisa mostra que 6,0% dos homens trabalhadores eram empregadores, enquanto a proporção das mulheres ocupadas nessa posição era praticamente a metade: 3,3%. Já o percentual de mulheres na posição de trabalhador familiar auxiliar (3,6%), caracterizada pelo não recebimento de salário, era muito superior ao dos homens (1,5%).

A PNAD Contínua mostra, também, que a participação das mulheres supera a dos homens em algumas profissões culturalmente identificadas como “femininas” e associadas a menores salários.

A maior disparidade é encontrada na categoria dos empregados domésticos, na qual 92,3% são mulheres. Mas elas também predominam no magistério, nas enfermarias e na assistência social. Nesse sentido, no setor da administração pública, defesa e seguridade social, educação, saúde e serviços sociais, a participação das mulheres (25,2%) era bem maior que a dos homens (10,9%).

Ou seja, o tratamento desigual a que são submetidas as mulheres trabalhadoras vai além da falta de oportunidade e condições de trabalho precárias, como se vê em recente matéria jornalística inserta na Revista Exame, de 08/03/2020 (AGÊNCIA BRASIL, 2020):

Em 2011, homens com ensino superior ganhavam, em média, R\$ 3.058, enquanto as mulheres com o mesmo nível de formação ganhavam, em média, R\$ 1.865, o que representa uma diferença de salário de 63,98%.

Em 2012, essa diferença começou a cair, passando para 61,78%. Em 2018, chegou a ser 44,7%, com homens ganhando, em média, R\$ 3.752 e, mulheres, R\$ 2.593.

Em 2019, a diferença aumentou e passou a ser de 47,24%, com homens ganhando em média R\$ 3.946 e, mulheres, R\$ 2.680.

Do confronto dos dados acima, extrai-se que a discriminação contra a mulher é facilmente detectada ao se constatar a diferença salarial, que apresentou queda por sete anos e, em 2019, voltou a crescer, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 – Diferença salarial entre homens e mulheres em 2011, 2018 e 2019

Ano	Média salarial dos homens (em reais)	Média salarial das mulheres (em reais)	Percentual da diferença
2011	3.058,00	1.865,00	63%
2018	3.752,00	2.593,00	44,7%
2019	3.946,00	2.680,00	47,24%

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados extraídos da Revista Exame, publicada em 08/03/2020.

A PNAD Contínua do 4º trimestre de 2017 (IBGE, 2018) traz, ainda, outra informação relevante acerca dos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos, pois a dedicação das mulheres é de 18 horas semanais, ou seja, 73% mais tempo do que os homens, cuja dedicação semanal é de apenas 10,5 horas. Consta-se que a reprodução social estruturada na divisão sexual do trabalho continua presente na atualidade.

Ressalta-se a existência do Projeto de Lei nº 88/2015, apresentado pelo senador Fernando Bezerra Coelho (MDB-PE), que impõe multa administrativa para o empregador caso seja constatada a discriminação salarial por motivo de sexo ou etnia. O projeto, aprovado pelo Plenário do Senado, ainda tramita na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2015).

3. O TELETRABALHO: INOVAÇÃO QUE VEIO PARA FICAR

Com a revolução industrial, houve o deslocamento do local de trabalho – antes o mesmo da reprodução humana, o lar – para a fábrica ou o escritório. O local de labor não mais se confundia com o local de vivência familiar. Os homens foram separados de suas mulheres, os filhos de seus pais, e os “efeitos práticos dessas transformações foi prodigioso no tocante à produção de bem-estar, mas desastrosos no que diz respeito à estética e à qualidade de vida urbanas” (DE MASI, 2003, p. 255).

Com as inovações tecnológicas, principalmente da tecnologia da informação, ocorreu outra mudança estrutural da sociedade com o surgimento do teletrabalho, que tornou mais fluido o tempo e espaço das atividades laborais e, consequentemente, as relações entre as partes envolvidas.

Anular distâncias e perceber as vantagens do teletrabalho foram consequências lógicas, mas não ficaram tão óbvios os efeitos desse movimento inverso ao da Revolução Industrial, qual seja, o deslocamento e retorno do local de produção laboral para o mesmo local da reprodução social. Atualmente, tudo isso é potencializado pelas incertezas e apreensões da pandemia.

O deslocamento do local de trabalho não é um fenômeno novo. O trabalho em domicílio, considerado como aquele “executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”⁵, é um exemplo dessa relação laboral, que ainda carece de estudos e de análise apurada sobre suas consequências sociais, sendo certo que algumas características são tradicionalmente a ele associadas como a feminização e baixa qualidade do emprego, diante tanto da falta de mobilidade e de flexibilização de opções quanto das responsabilidades familiares (IPEA, 2000).

⁵ Art. 83 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por sua vez, o teletrabalho, definido no Art. 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁶ como 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”, trouxe novos desafios para o trabalhador.

O teletrabalho pode ser executado em local especificado, como os *call centers*⁷, ou na própria residência do trabalhador, em *home office*⁸. A modalidade *call centers* reveste-se de ambiguidades, pois se trata de trabalho intelectualizado, porém repetitivo, e que tem suas atividades muito bem controladas. Essas características podem ser encontradas também no trabalho em *home office*, em grau de maior ou de menor intensidade, ou seja, um trabalho informacional com alto controle.

O acompanhamento da produtividade do trabalhador – como o panóptico de Bentham⁹ – mudou também. O local de trabalho não é mais uma variável independente da gestão organizacional, e o horário rígido deixou de constituir uma exigência do trabalho e a “administração por objetivos e a autonomia profissional dos trabalhadores permitem-lhes vender obras concretas e não tempo, permitem a seus chefes controlarem à distância os resultados, em vez de controlar de perto os processos” (DE MASI, 2003, p. 259). Agora, o controle do trabalhador e de sua produtividade se faz de forma também intensa, mas por outros meios, o da própria tecnologia.

Não há consenso sobre as vantagens e desvantagens do teletrabalho, e vários autores citam, como efeitos positivos, o melhor entendimento dos processos organizacionais, a agilidade na execução das tarefas, o equilíbrio entre trabalho e vida pessoal, a elevação da produtividade e a competitividade e redução do desemprego. Outros apontam efeitos deletérios, tais como maior controle exercido pela empresa, menor criatividade nas atividades executadas e jornadas de trabalho que se prolongam além do horário normal (BARROS; SILVA, 2010).

⁶ Dispositivo incluído pela Lei nº 13.467, de 2017.

⁷ “Call center” é uma estrutura que visa ao atendimento de clientes com a utilização de um terminal de computador e de um aparelho telefônico” (SCOLARI; COSTA; MAZZILLI, 2009).

⁸ Significa “escritório em casa”, em inglês.

⁹ Termo criado pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, em 1785, para designar uma penitenciária ideal, que permite a um único vigilante observar todos os prisioneiros, sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. A expressão foi utilizada por Michel Foucault, em “Vigiar e Punir”, para demonstrar a situação de poder que advém da vigilância excessiva e visível, porém “inverificável” (FOUCAULT, 1987, p. 252).

Sanfelici e Fleischmann (2018) fazem um alerta sobre a possibilidade de jornadas exaustivas dos trabalhadores em teletrabalho, agora incluídos no rol do Art. 62 da CLT¹⁰, que trata dos empregados não sujeitos à jornada normal de trabalho, e ainda afirmam (SANFELICI; FLEISCHMANN, 2018, p. 102 e 103):

[...]

Veja-se: o legislador poderia ter deixado para incidir à espécie a previsão do inciso I do art. 62 da CLT. No entanto, preferiu manter o controle (art. 6º da CLT), incluindo aí a definição de horário, o controle horário.

Em resumo: criou-se a figura do empregado sem limites de horário controlado à distância.

[...] O teletrabalhador, na literalidade do texto, é controlado e não tem limite de horário, equipara-se ao empregador apenas na faceta prejudicial.

[...] Essa nova redação não faz sentido: trata-se do mesmo trabalho (apenas com deslocamento de local), com comando, controle e supervisão. Qual valor jurídico ou moral justo pode embasar esta alteração? (grifos no original)

O Ministério Público do Trabalho (MPT), já antevendo possíveis violações dos direitos sociais, lançou, em março de 2020 e, portanto, logo no início da pandemia, a Nota Técnica Conjunta 03/2020 (MPT, 2020a), que traça diretrizes de atuação para assegurar a igualdade de oportunidades e tratamento no trabalho para trabalhadoras e trabalhadores com encargos familiares, mencionando algumas medidas, tais como garantir o direito à realização de atividades laborais de modo remoto e estabelecer flexibilidade de jornada (diante

¹⁰ “Art. 62 Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

III - os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).” (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994) (grifo nosso)

do funcionamento irregular de transporte, creches, escolas), mas observando o princípio da irredutibilidade salarial.

Ainda no ano de 2020 e durante a pandemia, várias outras notas técnicas foram expedidas pelo Ministério Público do Trabalho para orientar trabalhadores em teletrabalho, empregadores e operadores do Direito, como a Nota Técnica – GT COVID 19 – 11/2020 (MPT, 2020b), quanto ao trabalho de professores e professoras por meio de plataformas virtuais e/ou em *home office*, e a Nota Técnica 17/2020 (MPT, 2020c), que tem a finalidade de garantir a proteção de trabalhadoras e trabalhadores no trabalho remoto ou *home office*. Essa última nota insta empresas, sindicatos e administração pública a adotarem medidas e diretrizes, tais como:

- RESPEITAR a ética digital no relacionamento com os trabalhadores e trabalhadoras;
- OBSERVAR os parâmetros da ergonomia quanto às condições físicas ou cognitivas de trabalho;
- OFERECER apoio tecnológico, orientação técnica e capacitação;
- OBSERVAR a jornada contratual na adequação das atividades na modalidade de teletrabalho e em plataformas virtuais;
- ADOTAR modelos de etiqueta digital em que se oriente toda a equipe, com especificação de horários para atendimento virtual da demanda, assegurando os repousos legais e o direito à desconexão;
- ADOTAR mecanismo de controle da jornada laboral da trabalhadora ou trabalhador para o uso de plataformas digitais privadas ou abertas na realização de atividade de capacitação;

A Nota Técnica 19/2020 (MPT, 2020d) trata, especificamente, de medidas de proteção de trabalhadoras e trabalhadores em empresas de teleatendimento.

Assim, o Ministério Público do Trabalho, além de ações repressivas, tem também atuação de relevância na orientação e promoção de ações preventivas de garantias constitucionais dos direitos do trabalhador, visando reduzir os impactos negativos decorrentes da pandemia de infecções por COVID-19.

4. TELETRABALHO DA MULHER E EM TEMPOS DE PANDEMIA: A DIFÍCIL EQUAÇÃO

Para Antunes (2015), compreender o futuro do trabalho e da classe trabalhadora significa necessariamente entender também o processo de feminização do trabalho, cuja força de trabalho supera os 40% ou 50% em diversos

países¹¹ e alerta para as demais tarefas que cabem às mulheres diante da reprodução social (ANTUNES, 2015, p. 141):

E, ainda mais, através da duplicidade do ato laborativo, a mulher trabalhadora é duplamente explorada pelo capital, tanto no *espaço produtivo* como no *reprodutivo*. Além de atuar crescentemente no *espaço público*, fabril e de serviços, ela realiza centralmente as tarefas próprias do *trabalho doméstico*, garantindo a esfera da *reprodução societal*, esfera do *trabalho não diretamente mercantil*, mas indispensável para a reprodução do sistema de metabolismo social do capital. (grifos originais).

A desigualdade entre homens e mulheres tem uma dimensionalidade universal. A falta de equidade também é vista ou sutilmente sentida nas relações familiares, que não podem ser associadas apenas ao casamento ou à sexualidade. Quando se faz menção à família, o trabalho e o dinheiro estão presentes e, quando se fala em casamento, surgem temas como “educação, profissão e mobilidade, especialmente de repartição desigual, mesmo que entretimentos os pré-requisitos educacionais se tenham nivelado (consideravelmente)” (BECK, 2010, p. 149).

Essa desigualdade vai muito além dos números, e a situação pandêmica de 2020 acentuou-a, sendo certo que as mulheres são mais afetadas que os homens, como já ocorreu em outras ocasiões de crise, tal como destaca a revista *Nature*, de 8 de julho de 2020 (WENHAM; SMITH; DAVIES *et al.*, 2020, p. 194):

It is all too familiar. During outbreaks of Ebola and Zika viruses in the past few years, women’s socio-economic security was upended, and for longer than men’s. During the West African Ebola outbreak of 2014-16, for example, quarantines closed markets for food and other items. This destroyed the livelihoods of traders in Sierra Leone and Liberia, 85% of whom were women. Men lost jobs, too, but 63% had returned to work 13 months after the first case was detected. For women, the proportion was 17% (ref. 2).¹²

¹¹ Antunes cita como exemplo o Reino Unido em 1998.

¹² “É tudo muito familiar. Durante os surtos dos vírus Ebola e Zika nos últimos anos, a segurança socioeconômica das mulheres colapsou e por mais tempo que a dos homens. Durante o surto de Ebola na África Ocidental de 2014-16, por exemplo, as quarentenas fecharam os mercados de alimentos e outros itens. Isso destruiu os meios de subsistência dos comerciantes em Serra Leoa e na Libéria, 85% dos quais eram mulheres. Os homens também perderam o emprego, mas 63% voltaram a trabalhar 13 meses após a detecção do primeiro caso. Para as mulheres, a proporção era de 17% (ref. 2).” (Tradução livre da autora).

Além de as mulheres estarem na linha de frente contra a pandemia, atuando como profissionais de saúde, socorristas, voluntárias da comunidade, diante da saturação do sistema de saúde e do fechamento das escolas, a responsabilidade de cuidar das crianças, dos idosos e familiares doentes recai sobre seus ombros (ONU MULHERES BRASIL, 2020a) e os afazeres domésticos consomem o seu tempo de descanso.

Necessário também salientar o impacto que a pandemia do novo coronavírus (COVID-19) trouxe na vida das mulheres negras, tornando nítido o racismo, a violência e as desigualdades sociais, como alerta Lúcia Xavier¹³ (ONU MULHERES BRASIL, 2020b):

A sociedade brasileira não pode escolher sacrificar as mulheres negras nesse grave quadro de violência e violação dos direitos face ao impacto da pandemia do novo coronavírus (Covid-19) no país. Queremos viver em um país democrático com direitos e dignidade. A solução das crises e da pandemia Covid-19 no Brasil, *[sic]* passa pela garantia de vida digna para as mulheres negras.

A dinâmica cultural da sociedade ainda impõe à mulher o sentimento de dever fazer os trabalhos domésticos mesmo que tenha a opção de não fazê-lo. Essa jornada tem atingido mulheres em teletrabalho e em *home office* que passaram a vivenciar, na pandemia, o que é enfrentado por outras brasileiras, qual seja, conciliar o trabalho remunerado com o trabalho doméstico realizado em seus próprios lares.

Além das agravantes acima mencionadas, diante da assunção das tarefas domésticas pela mulher, em face da reprodução social, o teletrabalho torna-se seu aliado e, paradoxalmente, a sua ruína (BARROS; SILVA, p. 75-91):

Perin (1998) pondera que, culturalmente, as mulheres tendem a assumir maior número de tarefas da casa, tornando-as menos disponíveis para a organização. Mesmo em lares onde os homens participam mais ativamente na divisão das atividades domésticas, estes assumem no máximo 40% delas. Isso levaria as mulheres a serem mais propensas a aderir ao teletrabalho. Ainda segundo Haddon (1998), a mulher pode optar pelo teletrabalho quando do nascimento de filhos e, mais tarde, retornar ao trabalho tradicional na empresa. Por outro lado,

¹³ Assistente social, coordenadora-geral da ONG Criola e membra do Comitê Mulheres Negras Rumo a um Planeta 50-50 em 2030.

autores como Hartig, Kylin e Johanson (2007), Hilbrecht et al [sic] (2008) e Osnowitz (2005) observam que as mulheres teletrabalhadoras tendem a ter mais dificuldades do que os homens para separar as atividades profissionais da rotina doméstica. Como consequência, elas também tendem a ser mais suscetíveis a perceber os custos pessoais – e não somente os benefícios associados ao teletrabalho na modalidade *home-office* [sic]. Hilbrecht et al [sic] (2008) verificaram, por exemplo, que no esforço de conciliar os papéis de profissional e de mãe, as mulheres teletrabalhadoras raramente convertem a flexibilidade obtida com o trabalho realizado em casa em cuidados com elas mesmas – sempre acabam priorizando o trabalho e as demandas da família.

A pandemia trouxe, além das tarefas domésticas usuais, que na maioria das residências recaem sobre a mulher ou então não se apresentam de forma equitativa entre os membros da família, outras preocupações, como higienização de compras, máscaras e outros objetos e o aumento do fluxo de pessoas em casa, que intensifica o número de refeições, de compras, ou seja, as interações diárias sob a responsabilidade das mulheres cresceram exponencialmente.

De acordo com o Observatório da Organização Internacional do Trabalho, em documento intitulado *La COVID-19 y el mundo del trabajo. Sexta edición* (OIT, 2020), de 23/09/2020, nos países em que se determinou o fechamento dos estabelecimentos comerciais, a perda de horas de trabalho levou ao aumento do desemprego e da inatividade, que é uma das principais consequências da atual crise do trabalho e, em geral, afetou mais as mulheres do que os homens.

Percebe-se, pois, que, ao mesmo tempo que o teletrabalho pode contribuir para a inserção da mulher no mercado do trabalho, o *home office* trouxe desvantagens sobre o seu labor. A inexistência de separação entre o ambiente de trabalho e o familiar sobrecarregou as mulheres, expondo-as a riscos para a saúde física e mental, maximizados pelo isolamento social.

Dessa forma, não sem motivos, a ONU Mulheres e o Pacto Global criaram os Princípios de Empoderamento das Mulheres, visando à incorporação, nas práticas empresariais, de ações de equidade de gênero e de empoderamento de mulheres. São eles (ONU MULHERES BRASIL, 2020c):

1. Estabelecer liderança corporativa sensível à igualdade de gênero, no mais alto nível;

2. Tratar todas as mulheres e homens de forma justa no trabalho, respeitando e apoiando os direitos humanos e a não-discriminação;
3. Garantir a saúde, segurança e bem-estar de todas as mulheres e homens que trabalham na empresa;
4. Promover educação, capacitação e desenvolvimento profissional para as mulheres;
5. Apoiar empreendedorismo de mulheres e promover políticas de empoderamento das mulheres através das cadeias de suprimentos e marketing;
6. Promover a igualdade de gênero através de iniciativas voltadas à comunidade e ao ativismo social;
7. Medir, documentar e publicar os progressos da empresa na promoção da igualdade de gênero.

A mulher sempre teve um papel relevante no mundo do trabalho, seja para o crescimento da economia, seja para o desenvolvimento humano. Garantir o empoderamento das mulheres contribui para a melhoria da qualidade de vida de todos e, também, para o efetivo desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mesmo tempo que o teletrabalho pode favorecer a inclusão da mulher no mercado de trabalho, o *home office* pode expor sua saúde física e mental aos fatores negativos acima delineados, diante da inexorável acumulação desse com a sobrecarga dos afazeres domésticos e da responsabilidade pelos familiares que recaem, majoritariamente, sob seus ombros.

A pandemia do novo coronavírus demonstrou que as mulheres são muito mais expostas a riscos que os homens, estão muito mais suscetíveis de se contaminarem com a doença, por serem a maioria dos profissionais de saúde, e ainda podem ficar expostas à violência doméstica, em razão do isolamento. As mulheres sofrem, também, com o fechamento das escolas e creches e com as mudanças na rotina da família.

A luta da mulher, sobretudo a negra, pela sobrevivência à pandemia, não é a mesma guerra sanitária dos demais indivíduos, pois agrega-se o embaite para a garantia de seus direitos sociais, a luta contra a miséria, a desigualdade social, o racismo e a violência doméstica, problemas esses intensificados pelo isolamento social.

Para superar essas crises, é preciso ter como esteio os direitos humanos. A Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável (ONU, 2018), aprovada em 2015 na Assembleia Geral das Nações Unidas, com seus 17 objetivos globais

e 169 metas globais, traz expressamente no Objetivo 5 a igualdade de gênero, e outros 12 objetivos o mencionam também.

Nesse diapasão, a ONU Mulheres lançou a campanha intitulada “Por um planeta 50-50 em 2030: um passo decisivo pela igualdade de gênero”, com compromissos assumidos por mais de 90 países, para que todas e todos “trabalhem de maneira determinada, concreta e sistemática para eliminar as desigualdades de gênero” (ONU MULHERES BRASIL, 2020b).

A pandemia da COVID-19 não serve de justificativa para reduzirem-se medidas sociais protetivas à trabalhadora em *home office*, e sim para aumentá-las; da mesma forma, não serve de desculpa para a manutenção da desigualdade social, do racismo e da violência contra a mulher, pois a dignidade humana não comporta flexibilização e deve ser compreendida como patamar mínimo de garantia civilizatória.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA BRASIL. Após 7 anos em queda, desigualdade salarial entre gêneros aumenta no país. “Revista Exame”, de 8 de março de 2020. Disponível em: <https://exame.com/carreira/apos-7-anos-em-queda-diferenca-salarial-de-homens-e-mulheres-aumenta/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ANTUNES, Ricardo. “Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho”. São Paulo: Cortez, 2015.

ARAÚJO, Adriane Reis de. MOURÃO, Tânia Fontenele. “Trabalho da Mulher: Mitos, riscos e transformações.” São Paulo. 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. “Curso de Direito do Trabalho.” São Paulo. 2010, p. 67.

BARROS, Alexandre Moço. SILVA, José Roberto Gomes da Silva. Percepções dos indivíduos sobre as consequências do teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na Shell Brasil, “Cad. EBAPE.BR”, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 71-91, mar. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 nov. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-3951201000100006>.

BRASIL. “Consolidação das Leis do trabalho”. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. “Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31993957>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. “Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. “Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. “Projeto de Lei do Senado nº 88, de 2015.” Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119903>. Acesso em: 23 nov. 2020.

BECK, Ulrich. “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.” São Paulo: Editora 34, 2010.

DAVIS, Angela. “Mulheres, raça e classe.” São Paulo: Boitempo, 2016.

DE MASI, Domenico. “O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial.” Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

ENGUITA, Mariano Fernández. “A face oculta da escola”: educação e trabalho no capitalismo. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

FOUCAULT, Michel. “Vigiar e punir: nascimento da prisão”. Petrópolis: Vozes, 1987.

FIOCRUZ. “Monitora COVID-19. 2020”. Disponível em: <https://bigdata-covid19.iciet.fiocruz.br/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

IBGE. “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua).” 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20287-no-dia-da-mulher-estatisticas-sobre-trabalho-mostram-desigualdade>. Acesso em: 4 nov. 2020.

IPEA. “Trabalho a domicílio: novas formas de contratualidade”. Texto para discussão n. 717. Rio de Janeiro. 2000. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2310/1/TD_717.pdf. Acesso em: 4 nov. 2020.

MANFREDI, Silvia Maria. “Educação Profissional no Brasil.” São Paulo: Cortez, 2002.

MELO, Aline Araújo de Albuquerque. “O trabalho doméstico e a COVID-19”: a invisibilidade dentro de casa. In: Pandemia e Mulheres. Org. Carla Estela Rodrigues, Ezilda Melo e Maria Júlia Poletine. Vol. 1. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. “Painel Coronavírus.” 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MPT. “Nota Técnica 03/2020.” 2020a. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/coronavirus-veja-aqui-as-notas-tecnicas-do-mpt>. Acesso em: 26 nov. 2020.

MPT. “Nota Técnica – GT COVID 19 - 11/2020.” 2020b. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/coronavirus-veja-aqui-as-notas-tecnicas-do-mpt>. Acesso em: 26 nov. 2020.

MPT. “Nota Técnica 17/2020.” 2020c. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/coronavirus-veja-aqui-as-notas-tecnicas-do-mpt>. Acesso em: 26 nov. 2020.

MPT. “Nota Técnica 19/2020.” 2020d. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/coronavirus-veja-aqui-as-notas-tecnicas-do-mpt>. Acesso em: 26 nov. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo. 2010.

WENHAM, Clare. SMITH, Julia. DAVIES, Sara R. *et al.* “Nature.” Women are most affected by pandemics – lessons from past outbreaks. Springer Nature Limited. Vol. 583, p. 194-198. 9 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-02006-z>. Acesso em: 26 out. 2020.

OIT. “Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo”. Sexta edición. Estimaciones actualizadas y análisis. 23 de setembro de 2020.

Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-e&q=Observat%C3%B3rio+da+OIT+intitulado+%E2%80%9CLa+COVID-19+y+el+mundo+del+trabajo.+Sexta+edici%C3%B5n%E2%80%9D%2C+de+23-+de+setembro+de+2020#>. Acesso em: 4 nov. 2020.

OPAS BRASIL. “OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus.” 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em: 27 nov. 2020.

ONU. “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.” 2018. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 21 maio 2019.

ONU. MULHERES BRASIL. “Gênero e Covid-19 na América Latina e no Caribe: Dimensões de gênero na resposta”. *Brief* março 2020. 2020a. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-e&q=onu+mulheres+brief+mar%C3%A7o+2020#>. Acesso em: 4 nov. 2020.

ONU. MULHERES BRASIL. “Mulheres negras agem para enfrentar o racismo na pandemia Covid-19 e garantir direitos da população negra no “novo normal”. 22 de julho de 2020. 2020b. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/mulheres-negras-agem-para-enfrentar-o-racismo-na-pandemia-covid-19-e-garantir-direitos-da-populacao-negra-no-novo-normal/>. Acesso em: 4 nov. 2020.

ONU. MULHERES BRASIL. “Princípios de empoderamento das mulheres.” 2020c. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SCOLARI, Carolina; COSTA, Silvia Generali da; MAZZILLI, Cláudio. Prazer e sofrimento entre os trabalhadores de *Call Center*. “Psicol. USP,” São Paulo, v. 20, n. 4, p. 555-576, oct/dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642009000400005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 nov. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-65642009000400005>.

SANFELICI, Patrícia de Mello; FLEISCHMANN, Rogério Uzun. Teletrabalho: liberdade ou escravidão? “Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho”. Salvador: Jus PODIVM, 2018.

**O MERCADO DA MULHER NA PANDEMIA
E O TELETRABALHO: SONHO OU PESADELO?**

Adriane Reis de Araujo

Súmary: Introdução. 1. O impacto do Brasil patriarcal, colonial e escravista no mercado de trabalho da mulher. 2. Os direitos previstos para o trabalho em domicílio: a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e o *home office*. 3. O impacto da pandemia no mercado de trabalho da mulher. 4. O princípio da não discriminação como direito fundamental no trabalho. Conclusões. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Para enfrentamento da crise sanitária, em março deste ano, o Ministério Público do Trabalho criou o GT COVID-19¹, composto pelas membras e membros a frente da coordenação das oito coordenadorias temáticas da instituição. Assim, todas as situações de trabalho foram pensadas em conjunto pelas coordenadoras e coordenadores para orientar a atuação do *parquet* trabalhista no país em face de denúncias que surgiram nesse momento de crise sanitária. Um tema recorrente que adquiriu destaque como resposta à manutenção da atividade econômica e respeito ao distanciamento social foi o *home office*.

A solução do trabalho realizado na residência do profissional, sem contato físico com terceiros, apareceu como um oásis no deserto ditado pela crise econômica derivada das medidas sanitárias e da parca política econômica para a pandemia. Como consequência, a grande maioria das notas técnicas elaboradas pelo GT COVID-19 recomenda a utilização do *home office*, sendo elaborada uma nota técnica específica para tratar dos direitos das trabalhadoras e trabalhadores nessa modalidade de prestação de serviços (Nota Técnica 17/2020).

Com foco principalmente na proteção das pessoas do grupo de maior risco, como gestantes e lactantes, pessoas idosas com mais de 60 anos, pessoas com deficiência e pessoas com comorbidades, orientou-se as empresas a encaminhar o maior número de profissionais para a prestação de serviços em domicílio. O *home office* também foi indicado para acomodar a situação peculiar em que profissionais com responsabilidades familiares viram delinear da noite para o dia, haja vista a impossibilidade de contar com a rede de apoio regular (escolas, creches, trabalhadoras domésticas e familiares). Essa modalidade de prestação de serviços foi a melhor resposta para assegurar o cumprimento da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, inscrita no art. 227 da Constituição da República de 1988, sem exigir investimento público.

¹ Portaria n. 470/2020.

O *home office* ganhou importância nacional como modelo de manutenção da atividade econômica com menor risco de contágio diante da crise sanitária e se transformou em uma reivindicação frequente de trabalhadoras e trabalhadores em diversos setores da atividade econômica. Como resultado, ao final do ano de 2020, segundo o IBGE, havia mais de 8 milhões de pessoas trabalhando no sistema de *home office* ou teletrabalho, sendo cerca de 3 milhões de pessoas no setor público e 5 milhões no setor privado. A maioria eram do gênero feminino (55,5%).

O novo regime de trabalho, adotado às pressas e sem o devido preparo, evidenciou os desafios enormes que cercam a consolidação dessa modalidade de trabalho em solo brasileiro. As desigualdades estruturais, principalmente a marginalização digital e as precárias condições de habitação das camadas mais pobres da sociedade, fizeram com que o trabalho remoto passasse a ser um indicador de desigualdade social.

Durante os meses de março a outubro de 2020, a maioria das denúncias recebidas pelo Ministério Público do Trabalho sobre trabalho em *home office* se referiu a empresas que, mesmo podendo, não adotaram essa modalidade de prestação de serviços. Em poucos casos, o empregador não quis ressarcir custos do uso do equipamento e estrutura utilizados pela mão de obra ou houve invasão da vida privada do empregado, como em denúncias de pressão empresarial para que se mantivesse a câmera ligada durante todo o horário de expediente.

Na imprensa nacional, as maiores queixas retratadas foram o excesso de jornada de trabalho, a dificuldade de mulheres compatibilizarem a jornada laboral e o cuidado familiar, diante da sobrecarga da responsabilidade familiar desigual que se lhes atribui, a necessidade de adultos, crianças e adolescentes compartilharem o mesmo equipamento e banda larga de internet, como também a dificuldade das pessoas de se adaptarem à nova forma de prestação de serviços.

Em termos trabalhistas, há a preocupação com o risco de precarização e degradação das condições de vida e trabalho nessa modalidade de prestação de serviços, em face da ruptura dos laços de solidariedade da categoria e invisibilidade (ou opacidade) da atividade aos órgãos de fiscalização (públicos ou sindicais) em razão de se realizar em domicílio. Saltam à tona igualmente o acentuado risco de invasão da intimidade das pessoas subordinadas e de adoecimento mental por ansiedade, *burnout*, entre outros.

Muitas das situações e preocupações que permeiam o teletrabalho no Brasil são encontradas em outros países, contudo, aqui eu quero demonstrar os fatores de agravamento desse quadro de precarização e de sobrecarga para

a teletrabalhadora, ou seja, o impacto do Brasil patriarcal, colonial e escravista no mercado de trabalho da mulher. Nesse estudo, por consequência, a referência será na maior parte das vezes às teletrabalhadoras, razão pela qual, salvo em situações pontuais, será utilizado o gênero feminino para se referir a pessoa que executa essa modalidade de trabalho subordinado.

1 . O IMPACTO DO BRASIL PATRIARCAL, COLONIAL E ESCRAVISTA NO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

As estatísticas de gênero evidenciam o elevado grau de violência de gênero que vivemos na sociedade brasileira. O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo, é o quarto país em casamentos infantis e é o quinto que mais mata mulheres de forma violenta. Trago à baila alguns dados ilustrativos.

Em 2018 tivemos 66 mil vítimas de estupro no Brasil, cuja maioria (53,8%) eram meninas de até 13 anos. São 4 estupros de meninas por hora no país, ou seja, 180 estupros por dia.

Com a pandemia, houve aumento dos casos de feminicídio, ou seja, o homicídio praticado contra a mulher por ser mulher. Foram 648 casos no primeiro semestre desse ano, segundo os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Nesse período foram registrados 147,4 mil chamados para a polícia militar em razão da violência doméstica (Anuário Brasileiro de Segurança Pública). Os dados, porém, estão aquém da realidade em face do aumento de subnotificação decorrente da maior dificuldade de registros por parte das mulheres em situação de violência doméstica durante as medidas de distanciamento social.

O Brasil ocupa a liderança e mortalidade de gestantes ou mulheres no pós parto diagnosticadas com COVID-19. Até o dia 18 de junho, das 978 grávidas ou mulheres no pós parto diagnosticadas com COVID-19 em nosso país 124 morreram. Nos EUA, no mesmo período, 8 mil gestantes foram diagnosticadas com a doença e desse total 16 morreram. A taxa de letalidade da doença para gestantes no Brasil é de 12,7%, a mais alta do mundo. O quadro não se modificou até o final de setembro, em que se contabilizaram mais de 270 mortes maternas por COVID-19, sendo 155 de gestantes². As mortes

² OPAS/OMS. “Atualização epidemiológica: COVID-19”, doença causada pelo novo coronavírus. Disponível em https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53019/OPASBRAPHECOVID-1920145_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07.12.2020. Em 14 de julho de 2020, o Brasil registrava o óbito de mais de 200 gestantes por COVID-19. Foram mais de 76 casos em menos de 30 dias.

maternas aumentaram 7% neste ano no Brasil. A mortalidade materna entre as mulheres negras é duas vezes maior do que entre as mulheres brancas.

A Dra. Melania Amorim, Professora da Universidade Federal de Campina Grande (PB), em estudo publicado na *International Journal of Gynecology and Obstetrics*³, afirmar que o aumento de mortes maternas é decorrência de falhas graves no atendimento das gestantes brasileiras, e eu acrescento, da impossibilidade de planejamento da gravidez, fruto da violência de gênero, da precariedade e informalidade do mercado de trabalho da mulher, da ausência de políticas públicas de garantia de renda e emprego para essas trabalhadoras, bem como, em casos extremos, da resistência de empresas em afastar as trabalhadoras gestantes e lactantes do ambiente de trabalho, o que as expõe com mais frequência ao novo coronavírus.

A mulher branca ainda recebe remuneração média inferior em 22% do que a remuneração paga aos homens brancos, segundo dados do IBGE. As mulheres negras recebem menos da metade, ou seja, remuneração média equivalente a 44,4% dos valores pagos aos homens brancos. O forte traço de gênero na desigualdade salarial está enraizado no machismo e divisão sexual do trabalho, que repercute em maior dificuldade de acesso da mulher a determinados setores profissionais, como são os setores de exatas (ciência, tecnologia, engenharia e matemáticas), no labirinto de vidro, que impede as mulheres de ocupar cargos de mando e gestão (melhor remunerados), e na precariedade e informalidade do mercado de trabalho feminino.

Nesse contexto, a violência de gênero aparece como efeito da exclusão e desqualificação profissional da mulher pelo patriarcado ao mesmo tempo em que é instrumentalizada para desestimular as reivindicações de igualdade entre os gêneros. Como exemplo, é possível perceber o quanto o assédio sexual é nocivo à carreira das mulheres, desde o momento de sua formação profissional. Em cerca de 15% dos casos, as vítimas desse tipo de violência no trabalho pedem demissão, segundo pesquisa Percepções sobre a violência e o assédio contra mulheres no trabalho, do Laudes Foundation, Instituto Locomotiva e agência Patricia Galvão⁴. A violência de gênero compromete o regular desenvolvimento da carreira profissional da mulher, que termina por

³ TAKEMOTO, MLS. et. al. "The tragedy of COVID-19 in Brazil." *International Journal of Gynecology Obstetrics*, July, 2020. Disponível em <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/1067-nota-oficial-de-alerta-as-mortes-maternas-associadas-a-covid-19>. Acesso em 07.12.2020.

⁴ Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/12/07/40percent-das-mulheres-dizem-que-ja-foram-xingadas-ou-ouviram-gritos-em-ambiente-de-trabalho-contr-13percent-dos-homens-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em 07.12.2020

ser mais interrompida, com maior desgaste emocional e mental, bem como piores condições de trabalho.

A desigualdade salarial repercute com mais força sobre as mães solo. Atualmente temos 11,5 milhões de mães solo, ou seja, mulheres que criam sozinhas seus filhos sem contar com o auxílio dos pais das crianças. Dessas, 35% não tiveram renda suficiente para comprar alimentos e 31% não conseguiram adquirir itens de higiene. De cada 10 mães solo, 8 tiveram a renda familiar reduzida devido ao COVID-19 e 54% atrasaram o pagamento das contas. Quando constatamos que, conforme pesquisa realizada pela FGV, no setor privado 48% das mulheres são desligadas de seus trabalhadores nos doze meses subsequentes ao retorno da licença maternidade, percebemos o nível de vulnerabilidade dessas famílias.

Se a mulher é negra, a situação é ainda mais crítica. O racismo estrutural reforça a falta de acesso à educação básica, saúde, saneamento e transporte, razão pela qual 20% das mulheres negras ocupadas estão no trabalho doméstico, o trabalho pior remunerado, com alta taxa de informalidade (perto de 80%) e baixa proteção social. As mulheres negras também compõem a maior parte da mão de obra do setor de enfermagem, a categoria do setor de saúde com o maior índice de letalidade pela COVID-19.

A violência de gênero se repete no trabalho reprodutivo, com padrões discriminatórios em prejuízo da mulher. De acordo com o IBGE, homens e mulheres ocupadas com mais de 14 anos de idade dedicam, respectivamente, 10,5 e 18,1 horas por semana aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos. O tempo despendido pelas mulheres é quase o dobro do despendido pelos homens. A retirada da rede de apoio diário das mulheres (creches, escolas, trabalhadoras domésticas e familiares), a sobrecarga mental em organizar as necessidades e rotinas de todos, o trabalho de cuidado de crianças, adolescentes, pessoas idosas, pessoas doentes e pessoas com deficiência, a realização de tarefas de limpeza e higienização para evitar a contaminação, bem como a confusão entre o espaço profissional, público e privado, explicam as queixas de esgotamento e exaustão das mulheres. Corriqueiramente nos deparamos com relatos de mulheres extenuadas, mulheres que cederam seus equipamentos de trabalho para os filhos estudarem, mulheres com ansiedade e depressão, ameaçadas de perda do emprego por não atingimento de metas, entre outros. Essa atividade, em regra invisível, reage à invasão da vida privada promovida pelo trabalho remoto: episódios de crianças se apresentando para saudar aos participantes de uma tele reunião de suas mães, alterando as configurações do aplicativo de transmissão ou pedindo alimentos viralizaram.

O mercado de trabalho brasileiro, permeado pelo machismo e racismo estrutural, não é, portanto, amigável às mulheres. Mesmo no setor público, em que as mulheres são maioria (55%) em todos os níveis da administração (federal, estadual e municipal) e tem melhores possibilidades de conciliar as responsabilidades familiares e profissionais, permanece o desafio da superação do “labirinto de vidro”. Dada as características da mão de obra e das condições de trabalho do setor público (melhor escolaridade, remuneração, infraestrutura laboral e segurança), 50,7% das pessoas ocupadas neste setor tem potencial de teletrabalho enquanto que no setor privado, esse percentual cai para 18,6% das pessoas ocupadas. No mês de junho, 24,7% de trabalhadoras e trabalhadores do setor públicos realizaram sua atividade de forma remota contra 8,2% da economia privada, com prevalência dessa modalidade para o setor de serviços⁵.

Os fatores apontados anteriormente explicam que mesmo quando há condições privilegiadas para o desempenho do trabalho remoto, as condições de vida e trabalho de mulheres são piores do que a dos homens nessa pandemia. Como exemplo, se observa o impacto negativo na redução da produção

⁵ A desigualdade social e a diferença da base da economia entre as unidades da federação refletem a marginalização digital em nosso país. Há acentuada diferença de ocupação no teletrabalho pelas unidades da federação. O estado que lidera o número de pessoas afastadas em trabalho remoto é o Distrito Federal, seguido do Rio de Janeiro (25,8%) e São Paulo (18%). Os estados com o menor percentual de pessoas em trabalho remoto são o Mato Grosso (4,8%) e o Pará (4,1%). Um em cada quatro brasileiros não tem acesso à internet. “Quase a metade das pessoas que não têm acesso à rede (41,6%) diz que o motivo para não acessar é não saber usar. Uma a cada três (34,6%) diz não ter interesse. Para 11,8% delas, o serviço de acesso à internet é caro e para 5,7%, o equipamento necessário para acessar a internet, como celular, laptop e tablet, é caro”. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>. Publicado em 29 abr 2020, acesso em 06 set. 2020. GOES, G. S. MARTINS, F. S. NASCIMENTO, J. A. Nota Técnica “O teletrabalho no setor público e privado na pandemia: pontencial versus evolução e desagregação do efetivo”. Carta de Conjuntura, numero 48, 3º trimestre de 2020, IPEA. Esse estudo ressalta também a desigualdade social e a diferença da base econômica entre as unidades da federação como reflexo da acentuada diferença de ocupação no teletrabalho nas diversas unidades da federação. O estado que lidera o número de pessoas afastadas em trabalho remoto é o Distrito Federal, seguido do Rio de Janeiro (25,8%) e São Paulo (18%). Os estados com o menor percentual de pessoas em trabalho remoto são o Mato Grosso (4,8%) e o Pará (4,1%).

científica de mulheres⁶ e no maior esgotamento e piora do humor das mulheres magistradas⁷.

Os dados acima têm o intuito de contextualizar o quadro cultural e social hostil em que as mulheres realizam o *home office* no Brasil. Entretanto, esse cenário deve ser associado ao quadro desconstrução de direitos e debilitação social promovido pela Reforma Trabalhista.

2. OS DIREITOS PREVISTOS PARA O TRABALHO EM DOMICILIO: A REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017) E O HOME OFFICE

A evolução da tecnologia móvel e da rede mundial de computadores rompeu as barreiras do tempo e do espaço e permitiu a permanente conectividade entre a mão de obra subordinada e as empresas ou tomadores dos serviços. A potencialidade de permanente disponibilidade ao tomador dos serviços, sem fronteiras entre a vida profissional e a vida privada, por meio da tecnologia móvel, faz com que a empresa acompanhe a pessoa teletrabalhadora em sua rotina diária, do despertar ao adormecer. A tecnologia de geolocalização e das redes sociais expandiu as possibilidades de conhecimento detalhado (quando não, sorrateiro) sobre as rotinas, hábitos, opiniões e contatos de empregadas e empregados. A informação oferecida espontaneamente e de forma pública pelas profissionais permite um largo controle ideológico da mão de obra.

O desenvolvimento tecnológico oportunizou a supervisão tecnológica da atividade produtiva sem fronteiras espaço-tempo, o que tornou em muitos casos obsoleto ou irrelevante o horário de início e de término da prestação de serviços. Nesses casos em que a prestação é assíncrona, para a empresa basta a realização das atividades contratadas.

⁶ No segundo semestre de 2020, houve o menor percentual de autoras mulheres assinando artigos científicos submetidos à revista (28%) segundo levantamento realizado desde o primeiro semestre de 2016, sendo que a média no período 2016-2020 foi de 40,8%. A revista alerta que os dados são preliminares e demandam cautela analítica. Outros estudos em revistas científicas estrangeiras apontaram esse decréscimo.

⁷ O CNJ promoveu a pesquisa Diagnóstico sobre a Saúde Mental dos Magistrados e Servidores por ocasião da pandemia, em que se apurou na Justiça do Trabalho (7.255 respondentes) que 61% das magistradas se sentem mais cansadas em relação à situação anterior, percentual superior aos 45,7%, resultado este obtido para os magistrados. Além disso, a mudança de humor para pouco ou significativamente pior foi declarada por 62,8% das respondentes do sexo feminino e por 51,1% dentre os do sexo masculino. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_SAUDE_MENTAL_COVID_V2.pdf. Acesso em 07.12.2020.

A dispensa do cumprimento estrito da jornada de trabalho não significa a ausência de subordinação. Muitas vezes a prestação remota de serviços está muito mais condicionada pelo modelo imposto pelo sistema informático ou plataforma digital, configurando uma subordinação mais intensa. Contudo, a ausência de ordens quanto aos horários da prestação de serviços tem sido utilizada por muitas empresas (e acolhida pelo Poder Judiciário) como fator excludente da subordinação, facilitando, desse modo, que diversas empresas pratiquem a concorrência desleal ao se desvencilhar dos encargos trabalhistas.

O modelo de vigilância panoptica digital ou tecnológica, da mesma forma que o modelo arquitetônico, condiciona a vontade do subordinado, na medida em que a constante observação e avaliação (ou sua simples hipótese) faz com que a trabalhadora não ouse sequer querer algo distinto do interesse da empresa. Com o agravante de que o relatório informatizado e a supervisão tecnológica suprimem qualquer iniciativa de diálogo entre as partes do contrato de trabalho, isolando a teletrabalhadora e responsabilizando-a pelo sucesso ou fracasso em seu desempenho.

O trabalho realizado em domicílio sempre foi admitido pelo Direito do Trabalho brasileiro. A redação original do artigo 6º da CLT assinalava a ausência de distinção entre trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que estivessem presentes os elementos de laboralidade: pessoalidade, continuidade da prestação de serviços, subordinação e remuneração. O artigo 83 da CLT, que permanece sem alterações, assegura o recebimento de um salário mínimo à trabalhadora em domicílio.

A nova realidade imposta pelas tecnologias móveis exigiu, porém, a atualização do conceito de subordinação previsto na CLT, o que sucedeu pela promulgação da Lei 12.551/1, que alterou o artigo 6º da CLT para equiparar os meios telemáticos informatizados de comando, controle e supervisão, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e de direitos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, sem distinção se o trabalho é realizado no estabelecimento do empregador, ou executado em domicílio do empregado ou aquele realizado à distância.

Posteriormente a Lei 13.467/2017, ignorando as possibilidades de controle informático, excepcionou sem restrição ou recortes as empregadas e os empregados, em regime de teletrabalho, da jornada legal e direitos respectivos (art. 62, III, CLT). Tal norma dedicou um capítulo inteiro ao teletrabalho, nos artigos 75-A a 75-E, para flexibilizar os direitos trabalhista e aprofundar a assimetria entre o capital e o trabalho, sem consideração da repercussão negativa ao interesse público, como procurarei demonstrar.

A reforma trabalhista conceituou de forma ampla o teletrabalho como 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; conceito que abrange o trabalho realizado na modalidade *home office*. O modelo adotado pelo legislador ordinário desprezou a necessidade de apoio pela entidade sindical para a negociação das condições de trabalho dessa profissional com o empregador e afirmou que a alteração do regime presencial para o remoto pode ser realizada individualmente por mutuo acordo, embora assegure que sua reversão seja possível por mera decisão unilateral do empregador.

O teletrabalho, segundo a nova regra, deve ser formalizado por contrato, em que se definirá a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como reembolso de despesas pela pessoa do empregado. A autorização legal para que as partes contratantes definam sobre quem recairá os encargos financeiro de aquisição, manutenção de equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, não tem o condão de dar uma carta branca ao empregador. Transferir todo o risco da atividade econômica à trabalhadora é abusivo e esta cláusula pode vir a configurar redução salarial ilícita. Tal equívoco pode ter resultados ainda mais nefastos para a empresa, na medida em que ela tem responsabilidade objetiva em caso de doença ocupacional e acidente de trabalho (arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, §3º, da Constituição da República e do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81) e a transferência dos custos com equipamentos e infraestrutura terá necessariamente impacto na ergonomia, constituindo-se fator de presunção favorável ao nexo causal em caso de adoecimento.

Com a intenção de prevenir acidentes, corrigir erros e diminuir riscos, a ergonomia tem como principal objetivo aumentar o conforto, a saúde e a segurança da pessoa trabalhadora. Ela visa adequar o ambiente e seus recursos às necessidades do ser humano, considerando fatores físicos, cognitivos, sociais e outros que possam se caracterizar como um risco para a saúde física, psicossocial e mental das pessoas. A ergonomia se classifica em ergonomia física, organizacional e cognitiva.

As regras relacionadas à segurança e medicina do trabalho incorporadas pela Lei 13.467/2017, porém, restringiram-se à obrigação de o empregador instruir expressa e ostensivamente a mão de obra sobre as precauções relacionadas à segurança e medicina do trabalho, o que deve ser documentado em um termo de responsabilidade a ser assinado pela empregada ou empregado.

Os princípios da precaução e da prevenção indicam o responsável pela atividade impactante como a pessoa encarregada da adoção de providências que objetivem eliminar, ou, ao menos, minimizar os danos causados ao meio ambiente. A mera instrução à trabalhadora é apenas um passo no sentido de relembrar a obrigação a respeito da observância das regras de segurança e medicina do trabalho, mas não tem o condão de isentar a empresa da responsabilidade em prevenir acidentes de trabalho e doenças ocupacionais e fiscalizar o cumprimento das regras ergonômicas.

Os riscos decorrentes do desempenho da atividade produtiva por meio de equipamentos e mobiliários inadequados à prestação de serviços é responsabilidade do empregador. As regras reformistas claramente não podem alterar a responsabilidade objetiva constitucional por uma “canetada”. Para exemplificar, vamos pensar a organização da atividade produtiva, contida ou não em um sistema informático. Ela, em regra, atende a uma orientação do empregador. Logo, cabe a ele a correção e adequação do sistema. Além do mais, a empresa pode inserir bloqueios ou alertas no programa utilizado para que a trabalhadora faça uma pausa. A empresa tem o poder de orientar o número de reuniões e de plantões determinados pelos supervisores, o escopo e a dinâmica dessas atividades, ou seja, decide sobre o equilíbrio da distribuição de tarefas entre as pessoas envolvidas. A responsabilidade do empregador não se restringe à trabalhadora, pois, em caso de afastamento previdenciário, os prejuízos causados ao INSS poderão também ser reclamados judicialmente contra o empregador, pelo direito de regresso. Logo, a normativa legal indica a necessidade de a empresa envidar esforços para o respeito às diretrizes ergonômicas, a qual pode inclusive se iniciar pelo custeio do equipamento e estrutura necessária à realização da atividade.

O fato de o legislador brasileiro ter excepcionado o controle da jornada da teletrabalhadora igualmente não pode ter por efeito desobrigar a empresa de organizar o trabalho e suas atividades em conformidade com uma jornada de trabalho razoável e proporcional, de preferência tomando-se por base a jornada legal prevista no texto constitucional. Não há qualquer justificativa legal para que a direção e os supervisores da empresa desrespeitem os períodos de repouso, como finais de semana, feriados, férias e intervalos entrejornadas. O artigo 6º da Constituição da República de 1988 prevê como direitos sociais, *a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*, e no artigo 7º estabelece o direito a jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada (XIII), o repouso semanal remunerado (XV) e as férias (XVII). Permitir que

a trabalhadora fique à disposição de seu empregador, em tempo integral, ofenderia essas normas constitucionais. Assim, é possível extrair da normativa constitucional a obrigação de as empresas garantirem o “direito à desconexão” das trabalhadoras em períodos regulares de repouso para reposição de energia, convívio social e familiar e busca de seu projeto de vida, sob pena de violação ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, haja vista serem direitos incidentes em todas as em relações de trabalho subordinado.

O princípio da igualdade, vale lembrar, está previsto no artigo 24 da Convenção Americana e proíbe a discriminação de direito ou de fato, não apenas quanto aos direitos contidos na Convenção, mas no que respeita a todas as leis promulgadas pelo Estado e sua aplicação. Como afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão jurisdicional ao qual compete aplicar as disposições da Convenção Americana em face dos Estados Partes, incluindo o Brasil, que expressamente reconheceu sua jurisdição em 10 de dezembro de 1998):

334. (...), se um Estado discrimina no que tange ao respeito ou à garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, por outro lado, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna ou de sua aplicação, o fato deve ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana, 467 em relação às categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção.

335. De outra parte, a Corte estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, e dispõe sobre a obrigação dos Estados Parte de respeitarem e garantirem o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos “sem discriminação alguma”. Isto é, qualquer que seja a origem ou a forma assumida, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório em relação ao exercício de um direito garantido na Convenção será, per se, incompatível com a mesma. O descumprimento da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos por parte do Estado, através de qualquer tratamento discriminatório, gera sua responsabilidade internacional. Por esta razão existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação. A este respeito, a Corte destaca que diferentemente de outros tratados de direitos humanos, a “posição econômica” da pessoa é uma das causas de discriminação proibidas pelo artigo 1.1 da Convenção Americana.

336. A Corte indicou que “os Estados devem se abster de rea-

lizar ações as quais, de qualquer maneira, estejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de jure ou de facto”. Os Estados estão obrigados “a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em prejuízo de determinado grupo de pessoas. Isso significa o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com respeito a atuações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias”.

A disponibilidade permanente da trabalhadora, além de mais, colocaria em risco a higidez mental e o convívio familiar da profissional e, do meu ponto de vista, ameaçaria ou seria passível de gerar um dano existencial ou ao projeto de vida⁸ (lembrando que toda espécie de dano ao projeto de vida pode ser considerado como o gênero dano existencial).

A flexibilização do contrato de trabalho e a redução de direitos trabalhistas de teletrabalhadoras têm gerado maior insegurança e maior adoecimento mental (“tecnoestresse”) dessas profissionais. Resultados preliminares de

⁸ “Há duas variantes terminológicas e também da extensão do dano: o dano existencial e o dano ao projeto de vida. Em geral, no Brasil, são tratados como sinônimos, sendo nítida a influência do direito italiano na terminologia de dano existencial. É possível fazer uma distinção e entender que todo o dano ao projeto de vida é uma dano existencial, que afeta o ser individual (a ideia de indivíduo prepondera), específico aos casos em que há a inviabilização do projeto de vida desenvolvido até então pela vítima no âmbito da sua autonomia privada. De acordo com esta visão, o Dano ao Projeto de vida pode ser concebido dentro do gênero de dano existencial, este um conceito muito mais amplo. No entanto, registre-se a proposta de Sessarego para quem pode haver o dano às coisas e o dano à pessoa e, este último, em consideração às consequências pode ser classificado, como dano psicossomático (saúde, biológico, bem-estar) e dano à liberdade, que engloba o projeto de vida. Para Sessarego (SESSAREGO, 2000, p. 29ss) o dano à pessoa pode comportar aspectos patrimoniais (como lucros cessantes e danos emergentes) ou extrapatrimoniais quando atinge, por exemplo, a própria liberdade. (...) O dano ao Projeto de Vida é mais preciso, mais circunscrito, decorre da autodeterminação e das escolhas que o homem pode fazer em sua vida com o objetivo de alcançar um projeto de vida futuro. Quando as suas escolhas são frustradas pela ação de terceiros ou, então, nas situações em que o indivíduo é levado a ter que reformular, por ato lesivo de outrem, as suas escolhas (WESENDONCK 2012, pp. 334- 5). Está presente o seu caráter coexistencial, ou seja, é exercido em sociedade e o seu caráter temporal, pois só se pode falar em dano moral, partindo da noção de tempo - o homem como único ser que projeta seu futuro (SESSAREGO, 2000)”. (SCHÄFER, G. MACHADO, C.E. A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, janeiro/junho de 2013. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/304930628.pdf>. Acesso em 07.12.2020)

pesquisas feitas nesse momento de crise sanitária têm apontado aumento nos relatos de sintomas de ansiedade, depressão, insônia e irritabilidade. Para citar algumas, estudo da FGV relata que 45,8% das pessoas perceberam um aumento da carga de trabalho e encontraram mais dificuldade para manter o foco⁹. Outro, da rede social de empregos, LinkedIn¹⁰, mostrou que 62% se dizem mais ansiosos e estressados com o trabalho do que antes. E 68% têm trabalhado pelo menos uma hora a mais por dia, com alguns (21%) chegando a trabalhar até quatro horas/dia a mais, e com enormes dificuldades em se desligar das atividades laborais. Incumbe à empresa adotar as medidas necessárias para adaptar de maneira mais cômoda a relação homem máquina, estudando a carga mental exigida pelo trabalho, definir os processos de tomada de decisão, assegurar a confiabilidade humana, cuidar para prevenir o estresse de origem profissional, ter atenção à formação da concepção de pessoa-sistema e ao treinamento concernente aos projetos que envolvem seres humanos e sistemas.

Os riscos psicossociais, portanto, tem forte incidência no *home office* e podem se agravar em razão de o isolamento das pessoas teletrabalhadoras romper com o senso coletividade e tornar mais pesada a carga mental do trabalho intelectual, situação que pode ser agravada quando se soma ao desafio da produtividade. Ademais, esses riscos podem se aliar a situações de violência de gênero ou violência doméstica. A empresa tem obrigação de orientar e adotar as medidas necessárias para combater o assédio e a violência no trabalho, mesmo no meio digital. Práticas como o cyberbullying, ou seja, a utilização da internet para a depreciação, envio mensagens intrusivas da intimidade, envio ou adulteração de fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social, não podem ser toleradas (Lei 13.185/2015, art. 2º, parágrafo único, e art. 3º, VII).

Finalmente, é preciso mencionar que o *home office* exige maior cuidado na proteção ao direito à intimidade da mão de obra subordinada, requerendo que a empresa organize a atividade e utilize os meios tecnológicos com vistas a preservar a intimidade do ambiente familiar de seus empregados, como por exemplo a utilização de fundos virtuais para as videoconferências.

⁹ Disponível em <https://www.sinprodf.org.br/teletrabalho-se-consolida-em-gangorra-emocional-trazida-pela-pandemia>. Acesso em 07.12.2020.

¹⁰ Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/covid-19-mais-de-60-estao-estressados-com-o-trabalho-em-casa>. Acesso em 07.12.2020.

3. O IMPACTO DA PANDEMIA NO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

A Organização Internacional do Trabalho - OIT, no IV Relatório da Declaração de seu Centenário, expressamente aduziu a necessidade de reforçar as instituições do trabalho para garantir a proteção adequada de todos os trabalhadores num contexto caracterizado por formas de trabalho novas e emergentes e que independentemente da sua situação profissional ou vínculo contratual, todos os trabalhadores devem ter como garantia: (i) o respeito pelos seus direitos fundamentais; (ii) um salário que assegure condições de vida adequadas; (iii) limites à duração máxima do trabalho; (iv) a segurança e saúde no trabalho; (v) a proteção da privacidade e dos dados pessoais; e (vi) oportunidades para conciliar melhor a vida pessoal e profissional graças a um maior controle sobre o seu tempo de trabalho, em condições que respeitem as necessidades da empresa e promovam uma eficiência produtiva e benefícios comuns.

Nesses tempos de pandemia, a ONU tem destacado a importância de se olhar para as condições de vida e trabalho das mulheres. Nesse período, esta organização afirma que apenas 25 entre 206 países adotaram medidas amplas para proteção do mercado de trabalho das mulheres e garantia da igualdade de gênero na pandemia. De todas as medidas relacionadas a gênero identificadas no mundo, 71% focavam principalmente na prevenção da violência contra mulheres e meninas, e 10% visaram fortalecer a segurança econômica das mulheres. Menos de um terço das medidas anunciadas abordaram o trabalho de assistência não remunerado nas famílias e comunidades. A organização estimou que a taxa de pobreza entre as mulheres deve aumentar em 9,1% por causa da pandemia e suas consequências.

O Brasil consta como tendo lançado pelo menos 11 medidas “que abordam gênero” durante a pandemia, incluindo pagamentos do auxílio emergencial em dobro para mães responsáveis pelo sustento da família e política de combate à violência doméstica (campanha Sinal Vermelho e registro online do boletim de ocorrência). No entanto, o país aparece com um destaque negativo quando se trata de apoiar trabalhadoras não remuneradas ou mesmo de apoio às micro e pequenas empresas, as quais em sua maioria contratam mulheres.

Em julho, o McKinsey Global Institute informou que a crise tornou os empregos das mulheres mais vulneráveis numa escala 1,8 vez maior do que a dos homens nessa condição¹¹. No Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sete milhões de mulheres abandonaram o mercado de trabalho desde março 2020, início da quarentena da pandemia do novo coronavírus. São dois milhões a mais do que homens. Atualmente temos mais mulheres desempregadas do que mulheres trabalhando no Brasil de 2020. Isso decorre das escolas fechadas e do impacto do isolamento social nos setores em que, majoritariamente, os postos de trabalho são ocupados por mulheres, a saber: serviços, comércio, educação e trabalho informal. É o menor índice de participação das mulheres no mercado de trabalho nos últimos 30 anos de acordo com o Ipea.

O governo brasileiro não tem efetivado a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, como prevê a Constituição da República de 1988, no artigo 7º, inciso XX, sendo imperativa a adoção de medidas de proteção ao mercado de trabalho da mulher e da mulher trabalhadora em atividade no *home office*.

4. O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO TRABALHO

No âmbito da comunidade internacional, a eliminação da discriminação em matéria de emprego é tida pela Organização Internacional do Trabalho como direito fundamental no trabalho, ou *core obligation* (art. 2, “d”, da Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998), vinculando todos os Membros da Organização, ainda que não ratifiquem as convenções que a regulamentam. No mesmo sentido, o artigo 7º, c, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, assegura “Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade”. E, ainda, o art. 1º da Declaração Sociolaboral do Mercosul, que prevê a todo trabalhador a garantia de “igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes”, comprometendo-se os Estados

¹¹ Maioria dos países falha em apoiar mulheres na pandemia, diz ONU. Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/maioria-dos-pa%C3%ADses-falha-em-apoiar-mulheres-na-pandemia-diz-onu/a-55091001>. Acesso em 07.12.2020.

Partes a “realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho”.

A Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil e incorporada ao ordenamento interno pelo Decreto 10.088/2019, Anexo XXVIII (aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964; vigente a partir de 26 de novembro de 1966 e promulgada em 19 de janeiro de 1968) conceitua discriminação como toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, ou qualquer outra distinção, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Na ordem jurídica interna, a Constituição da República de 1988 alude, logo em seu preâmbulo, à igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, garantindo a igualdade de todos, sem distinção (art. 5º, *caput*). Ela estabelece como objetivo fundamental a promoção do bem de todos (art. 3º, III) e define que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, conforme os ditames da justiça social, devendo ser observados os princípios da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego (art. 170). Impõe, a um só tempo, a proibição de privilégios, distinções e discriminações injustas e, também, a necessidade de serem diferenciadas situações não assemelhadas, garantindo o tratamento igual entre as pessoas, respeitadas as suas diferenças.

O texto constitucional afirma expressamente a repressão de qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, e art. 5º, XLI), igualmente no âmbito da relação de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI e XXXII). A legislação infraconstitucional que proíbe qualquer prática discriminatória ou limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção no âmbito laboral (art. 1º da Lei 9.029/1995), por motivo de sexo, estado civil, situação familiar, entre outros, em seu artigo 4º, determina a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A intenção do ato do sujeito que discrimina é irrelevante. A discriminação pode ocorrer de forma inconsciente, tendo frequentemente raízes culturais, educacionais e estruturais. É o caso da discriminação indireta, ou seja, quando uma norma aparentemente neutra agrava ou gera um resultado particularmente prejudicial a um grupo vulnerável. Em conclusão, para configurar a discriminação basta que a conduta comissiva ou omissiva reproduza ou perpetue a ideia de uma cidadania de segunda classe.

Ainda, segundo a Convenção 111 da OIT, artigo 5.2, qualquer Membro pode dentro de certos condicionantes definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural. O art. 373-A, parágrafo único, da CLT, na esteira do artigo 7º, inciso XX, da Constituição da República, há 21 anos, prevê a possibilidade de empresas adotarem medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular para corrigir as distorções que afetam a formação profissional e as condições gerais de trabalho da mulher.

O princípio da não discriminação associa à dimensão negativa (como a proibição de discriminar) uma perspectiva mais positiva que exige a prática de ações concretas para a superação das desigualdades, ou seja, para ações que ativamente promovam efetivamente a igualdade de gênero no ambiente de trabalho. A dimensão positiva do princípio da não discriminação¹² permite vislumbrar a aplicação do princípio da igualdade na promoção da inclusão de grupos estigmatizados e marginalizados. A igualdade substancial ou material, verdadeira base da Justiça, requer, pois, uma atitude proativa de todos os atores sociais. Medidas de equidade e de adaptação às necessidades de determinado grupo em situação de vulnerabilidade são ingredientes que permitem humanizar a implementação da Lei, considerando as inevitáveis desigualdades de fato¹³.

¹² ADPF 467- MG, Rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão por unanimidade do Tribunal Pleno, sessão virtual, DJe 07.07.2020.

¹³ Um dos instrumentos eficazes na experiência do direito comparado, em especial os países da União Européia, é a transversalidade. A transversalidade se operacionaliza pela realização de um relatório, cuja necessidade é verificada diante do caso concreto. Este relatório deve avaliar dados separados por gênero, raça, etnia, deficiência e verificar se há diferenças entre os grupos comparados no que se refere a direitos, acesso a recursos ou participação nas decisões. Se a resposta revelar resultados díspares, deve-se avaliar o impacto potencial da proposta em função das diferenças constatadas pelo gênero, raça e classe social, por exemplo. As questões analisadas no relatório são: “a) acesso a recursos, em seu sentido mais amplo, para abranger tempo, espaço, informação, formação, trabalho e carreira profissional, oportunidades de acesso e novas tecnologias, entre outros; b) nível de participação e representação nos cargos de decisão; c) influência sobre a divisão sexual, racial, de classe sobre as atitudes e comportamentos dos integrantes dos grupos e o valor que se imputa aos papéis sociais ou às características individuais; d) suficiência do nível de reconhecimento de direitos para compensar a discriminação direta ou indireta, o nível de respeito aos direitos humanos e os obstáculos no acesso à justiça e aos procedimentos de tutela e garantia antidiscriminatória. Final-

A expansão do conteúdo essencial do princípio da não discriminação ultrapassa, pois, a dimensão subjetiva, atributiva de direitos fundamentais aos indivíduos, e assume uma concepção objetiva, como conjunto de valores norteadores da atuação do Estado em todas as suas esferas.

O teletrabalho e, em especial o trabalho em *home office*, na observância aos parâmetros da ergonomia física, cognitiva e organizacional, deve cuidar para que a organização do trabalho leve em consideração os aspectos relacionados a normas específicas de produção, às operações a serem realizadas, a exigência de tempo, a determinação do conteúdo de tempo, ao ritmo de trabalho e ao conteúdo das tarefas. Desse modo, a dimensão positiva e horizontal do princípio da igualdade e não discriminação de gênero incide no ajuste do desenho da organização do trabalho com vistas a salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivo do gênero. Lembro nesse aspecto principalmente, a adequação das metas para a produção, a adoção de horários flexíveis de expediente de trabalho, a reorganização da mão de obra, privilegiando o afastamento de mulheres gestantes do ambiente presencial, a proibição de alteração de horário de pessoas responsáveis pelo cuidado de crianças e adolescentes deficientes, entre outros.

A promoção da igualdade e não discriminação deve abranger a assimetria entre as partes contratantes, como também as diferenças associadas à essência do cada indivíduo (físicas, culturais ou relativas ao exercício de um direito humano), em todas as áreas de convívio social (trabalho, espaços comunitários, política), conformando-se a um princípio de transversalidade.

O princípio da transversalidade ou *mainstreaming* atende ao fato de que as desigualdades, inseridas na organização social, são prévias e extrapolam o marco das relações produtivas e do mercado, ainda que as considere, em conjunto com a proteção social, decisivas para a projeção da vida social, econômica e cultural. Por ser coletivo, esse princípio adere à proibição de discriminações indiretas e se vincula às ações afirmativas, uma vez que busca a igualdade real e se distancia do valor abstrato ou neutro do princípio da igualdade. Portanto, ele deve ser objetivo do Estado e traço característico nas

mente este relatório deve indicar critérios de ação para contribuir a eliminar as desigualdades e promover a igualdade” (PEREZ DEL RÍO, Teresa. Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario. In Lan Harremanak. “Revista de Relaciones Laborales”, n.13, vol II, 2005. Disponível em <<http://www.a360grados.net/>>. Acesso em 19.4.2017). Assim, a transversalidade permite de forma transparente avaliar se a prática laboral de determinada empresa resulta em alguma forma de exclusão, prejuízo ou sobrecarga à mulheres.

ações de enfrentamento à desigualdade em todos os seus âmbitos e níveis. Esse princípio obriga a modificação de antigas concepções¹⁴.

O princípio da igualdade e não discriminação fundamenta igualmente as interações digitais entre pessoas (ética digital), censurando e corrigindo práticas discriminatórias ou de violência de gênero. Entre as medidas afirmativas, está a obrigação empresarial em difundir campanhas e capacitações contra a violência de gênero no trabalho e censurar atitudes como *manterrupting*, *bropriating*, *manexplaining*, entre outras.

Outra medida proativa de promoção da igualdade de gênero, trata do enfrentamento violência doméstica. Nesse caso, as empresas podem incentivar e orientar as trabalhadoras a denunciar a violência antes que ela se encaminhe para os quadros mais graves de feminicídio, assegurando a manutenção do emprego. Esse tipo de violência é grave, com inúmeras vítimas secundárias (filhos e familiares), o que requer a compreensão da empresa para permitir a adaptação da trabalhadora à nova situação familiar, com a manutenção do vínculo de emprego, pois a independência econômica é fator decisivo para a ruptura do ciclo de violência. A adoção de medidas de apoio às mulheres vítimas de violência doméstica em regra reverte de forma favorável dentro do clima organizacional e fortalece o vínculo entre a trabalhadora e a organização produtiva.

A adequação da organização e das condições de trabalho às necessidades pessoais da trabalhadora, dentro da razoabilidade, atende tanto ao princípio da prevenção (art. 7º, XXII, e incisos II, III, IV e V do § 1º do art. 225 da CF/88) que consiste na 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, como ao princípio da precaução, que consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Tais princípios apontam para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom-senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

¹⁴ A alteração da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto a interpretação da igualdade de gênero é bastante emblemática. A jurisprudência, que antes tratava a desigualdade de gênero no trabalho pelo prisma exclusivo da situação de trabalhadora, empurrada pela evolução do contexto social e jurídico comunitário, passou a levar em consideração a necessidade de compatibilizar as condições de trabalho com os encargos familiares da trabalhadora (CASAS BAAMONDE, 2009, p. 42).

CONCLUSÃO

O teletrabalho era uma tendência que já crescente e irá se consolidar mesmo depois da pandemia. Segundo estudo da consultoria Marz, 86% das empresas brasileiras mandaram suas equipes inteiras, ou parte delas, trabalhar em casa¹⁵. Os mais recentes dados do Ipea (*Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*) e da PnadC (*Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*) do IBGE mostram que o potencial estimado de trabalho atualmente no Brasil passa dos 20 milhões. Outro estudo, coordenado pelo FMI, mediu o que chamaram de “índice de viabilidade do teletrabalho” e aponta que, sim, o teletrabalho será uma tendência crescente daqui pra frente mas pode atingir negativamente as mulheres, uma vez que estão desproporcionalmente concentradas nos setores mais atingidos, como serviços de alimentação e hospedagem e carregam uma carga maior de cuidados com as crianças e tarefas domésticas¹⁶.

As novas relações flexíveis de trabalho promovem mudanças significativas em nossa sociabilidade, nossa forma de lidar com o tempo e com a auto-referência pessoal, tendo em vista que alteram a relação tempo de vida/tempo de trabalho. O tempo de vida tem sido colonizado pelo tempo de trabalho. A invasão da esfera reprodutiva pela esfera produtiva tem demonstrado que, por exemplo, os limites entre os horários de trabalho ou lazer e as interrupções dos familiares sejam potenciais fontes de conflito. Uma recente pesquisa da Escola de Administração de Empresas da FGV (*Fundação Getúlio Vargas*) mostrou 56% dos trabalhadores têm problemas para conciliar os dois universos¹⁷. Tudo isso se intensifica ainda mais quando falamos de mulheres nesta condição do chamado *home office*.

A ONU difunde a Agenda 20-30 e identifica 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, que devem ser compreendidos de forma integral e indivisível. Ela traz de forma equilibrada as 3 dimensões do desenvolvimento sustentável: social, econômica e ambiental. A igualdade de gênero e a erradicação da pobreza são 2 desses objetivos (ODS 5 e ODS 1, respectivamente). A agenda 20-30 demonstra que a defesa da igualdade e da não discriminação não se esgota no combate a privilégios, mas, sobretudo, se manifesta na cons-

¹⁵ Disponível em <https://www.sinprodf.org.br/teletrabalho-se-consolida-em-gangorra-emocional-trazida-pela-pandemia>. Acesso em 07.12.2020.

¹⁶ Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/19/estudo-do-fmi-aponta-empregos-mais-ameacados-com-a-pandemia>. Acesso em 07.12.2020.

¹⁷ Disponível em <https://portal.fgv.br/noticias/56-brasileiros-tem-dificuldade-equilibrar-atividades-profissionais-e-pessoais-isolamento>. Acesso em 07.12.2020.

trução de pontes. O desafio é se equilibrar – profissional, física e emocionalmente – entre o trabalho, questões domésticas e familiares e o sentido do trabalho. A Recomendação sobre Emprego e Trabalho Decente para a Paz e a Resiliência, 2017 (Nº 205) segue a mesma linha e apela à aplicação de uma perspectiva de gênero em todas as atividades de elaboração, execução, monitoramento e avaliação da resposta à crise¹⁸.

No contexto atual, espera-se que as mulheres sejam mais atingidas por choques sociais e econômicos, uma vez que, na prática, continuam sendo maioria nos serviços de prestação de cuidados. A situação se agrava se não houver a distribuição equitativa prévia das responsabilidades familiares ou do trabalho doméstico. A resposta à crise deve incluir, conforme apropriado, uma avaliação coordenada e inclusiva das necessidades com uma clara perspectiva de gênero¹⁹.

A empresa, portanto, deve estar particularmente atenta à realidade de mulheres e homens com responsabilidades familiares. No cumprimento do princípio de não discriminação e de redução dos riscos inerentes ao ambiente de trabalho, bem como do exercício da liberdade econômica com responsabilidade social, deve cuidar para manter a prática e o discurso corporativo em prol da igualdade de gêneros, por meio de ações e medidas afirmativas, campanhas, *webinares*, cartilhas ou treinamentos *online* sobre a temática de gênero. Somente assim ela poderá se antecipar a situações de adoecimento (princípio da prevenção e da precaução) e interferir para dissolver as circunstâncias de extrema fadiga, física e psicoemocional das teletrabalhadoras.

BIBLIOGRAFIA

CNJ. “Diagnóstico sobre a Saúde Mental dos Magistrados e Servidores”. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_SAUDE_MENTAL_COVID_V2.pdf. Acesso em 07.12.2020.

GOES, G. S. MARTINS, F. S. NASCIMENTO, J. A. “Nota Técnica. O teletrabalho no setor público e privado na pandemia: pontencial versus evolução e desagregação do efetivo”. In Carta de Conjuntura, numero 48, 3º trimestre de 2020, IPEA.

¹⁸ Parágrafo 8 da Recomendação Nº 205.

¹⁹ Parágrafo 9 da Recomendação Nº 205. Ver também, por exemplo, os artigos 1 e 2 da Convenção sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor, 1951 (Nº 100); artigos 1 e 2 da Convenção Nº 111 e artigos 1 a 6 da Convenção Nº 15.

_____. “O trabalho remoto e a massa de rendimentos na pandemia”. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/201118_nota_teletrabalho.pdf. Acesso em 07.12.2020.

OPAS/OMS. “Atualização epidemiológica: COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus.” Disponível em https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53019/OPASBRAPHECOVID-1920145_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07.12.2020. Em 14 de julho de 2020, o Brasil registrava o óbito de mais de 200 gestantes por COVID-19. Foram mais de 76 casos em menos de 30 dias.

PEREZ DEL RÍO, Teresa. Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario. In “Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales”, n.13, vol II, 2005. Disponível em <<http://www.a360grados.net/>>. Acesso em 19.4.2017.

SCHÄFER, G. MACHADO, C.E. “A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos.” In. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, janeiro/junho de 2013. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/304930628.pdf>. Acesso em 07.12.2020.

TAKEMOTO, MLS. MENEZES, MD. ANDREUCCI, CB. NAKAMURA PEREIRA, M. AMORIM, MMR. KATZ, L. KNOBEL, R. “The tragedy of COVID-19 in Brazil.” In International Journal of Gynecology Obstetrics, July, 2020. Disponível em <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/1067-nota-oficial-de-alerta-as-mortes-maternas-associadas-a-covid-19>. Acesso em 07.12.2020.

CAPÍTULO 3

DIREITO DO TRABALHO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

**MULTIDÃO, MASSA E CATEGORIA NO DIREITO COLETIVO
DO TRABALHO**

José Eduardo de Resende Chaves Júnior

Sumário: 1. Introdução. 2. Categoria Profissional. 3. Multidão como Conceito Político. 4. A Multidão Trabalhadora e sua «Presentação» Jurídica. 5. A tensão entre *Crowd* e *Multitude*. Considerações Finais. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Dois vocábulos em inglês, *crowd* e *multitude*, aparentemente sinônimos, além de retratarem conceitos bem distintos, são estratégicos e muito operacionais para a reconstrução do Direito Coletivo do Trabalho, sobretudo impactado pela chamada *gig economy*. Ambos pressupõem a superação do conceito de categoria profissional, previsto pelo artigo 511 da CLT.

Ingressamos na era do *crowdsourcing*, da arregimentação de trabalho em rede, sem restrições de fronteiras e regulação normativa, principalmente para a realização de micro-tarefas repetitivas, executadas por milhões de trabalhadores-consumidores por meio de plataformas eletrônicas de trabalho.

Nessa nova economia o trabalho torna-se temporário, precário, um *bico*. É a intensificação da redução da porosidade do trabalho, pelo aproveitamento de suas sobras, do tempo ‘morto’ do trabalhador, que estaria destinado ao lazer, ao repouso, à reflexão ou mesmo a sua qualificação.

É a progressiva substituição das empresas de intermediação de trabalho por plataformas virtuais, que conectam diretamente o tomador final com o prestador pessoal do serviço, que passa a ser o detentor das ferramentas de trabalho - mas não propriamente dos meios de produção digitais.

Este texto, que parte da esfera do chamado «biopoder»¹ ou da «biopolítica»² e, pretende operar a partir da ideia de «trabalho biopolítico»³ ou “pós-material”⁴ parte da constatação de que o capitalismo pós-industrial não tem sua fonte hegemônica de excedente expropriado no trabalho tradicional e ostensivo, manufatureiro, como ocorria no início do Século XX, mas no

¹ Segundo Paolo Virno “Foucault introduced the term «bio-politics» in some courses he taught in the Seventies at the Collège de France. The term was applied to the changes which took place in the concept of “population” between the end of the eighteenth and the beginning of the nineteenth century. In Foucault view, it is during this period that life, life as such, life as mere biological process, begins to be governed and administered politically.” (“Foucault introduziu o termo «biopolítica» em alguns cursos dos anos setenta, dedicados às mudanças do conceito de “população” entre fins do século XVIII e princípios do XIX. Para Foucault é naquela época quando a vida, a vida como tal, a vida como mero processo biológico, começa a ser governada e administrada politicamente”; tradução livre) Cfr. VIRNO, 2004, p.81.

² Segundo Giorgio Agamben, Foucault definia o termo «biopolítica» como a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder. Explica que Foucault fala que para Aristóteles o homem era um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; já para o homem moderno está em questão política o fato de ser vivente. (AGAMBEN, 2002, p. 125). Para Agamben, Karl Löwith (LÖWITH, k. Der okkasionelle Dezisionismus von R. Schmitt. In: Sämtliche Schriben: Stuttgart, 1984, V. VIII) foi o primeiro a definir como “politização da vida” o caráter fundamental da política dos Estados totalitários, ressaltando também a contigüidade entre democracia de massa e totalitarismo, seguindo a passagem de Carl Schmitt.(AGMBEN, 2002, p. 126-127).

³ Cfr. HAN (2018) Optamos pela locução ‘trabalho psicopolítico’, que nos parece mais precisa que ‘trabalho imaterial’. Como observam Negri e Hardt, optando pelo conceito, não propriamente de ‘trabalho psicopolítico’ inspirado em HAN, mas em trabalho biopolítico, o que é imaterial, nas formas contemporâneas de produção pós-industrial, como se verá, não é o trabalho, mas “su productio. Admitimos que, en este aspecto, la expresión ‘trabajo inmaterial’ es muy ambigua. Quizá sería preferible interpretar la nueva forma hegemónica como ‘trabajo biopolítico’, es decir, un trabajo que no sólo crea bienes materiales, sino también relaciones y, en última instancia, la propia vida social. Con el término ‘biopolítico’ indicamos que las distinciones tradicionales entre lo económico, lo político, lo social, lo cultural se confunden cada vez más”. [Cfr. NEGRI y HARDT, 2004 (d), pp. 137-138].

A opção por ‘trabalho imaterial’, escolhida por Negri, Hardt y Lazzarato, é mais estratégica: “Pero, por otra parte, el adjetivo ‘biopolítico’ presenta muchas complejidades conceptuales añadidas: por eso nos parece que la noción de inmaterialidad, aunque ambigua, facilita la comprensión inicial y además indica mejor la tendencia general que revisten las transformaciones económicas.” (Cfr. Ibid., p. 138). Neste trabalho acadêmico não nos parece que seja necessário adotar tal cuidado estratégico; ao contrário, a opção pela expressão mais precisa é inclusive preferível.

⁴ Já o uso da locução ‘trabalho pós-material’, por outro lado, pretende pontuar a diferenciação com a locução ‘trabalho imaterial’, sem perder de vista a ênfase nos aspectos relacionais, cognitivos, culturais e afetivos da produção contemporânea.

trabalho fantasma, encoberto, sintetizado em toda simbologia do turco mecânico⁵, de cujo nome apropriou-se, com impressionante cinismo, a *Amazon*, ao designar *Mechanical Turk* a sua plataforma de trabalho.

A produção econômica na modernidade industrial se destinava à confecção de ‘mercadorias’, isto é, visava puramente a transformar, linear e diretamente, o trabalho, material e subordinado, em mercadoria palpável e concreta. Já a produção pós-moderna não se preocupa tanto com a confecção da mercadoria material, isso porque a automação, a inteligência artificial e as tecnologias de vigilância e rastreamento digitais, que ligam a internet das coisas até mesmo com o ambiente produtivo, possibilitaram aumentar, e de forma exponencial, a capacidade de reprodução de bens, o que, logicamente, fez diminuir o valor desses bens, materiais e reproduzíveis, no mercado – evidentemente, essa diminuição diz respeito aos bens considerados isoladamente, isto é, considerados somente a partir do ponto de vista de suas qualidades materiais, fora das relações sociais e culturais.

Nesse sentido, na contemporaneidade, o trabalho mais estratégico para o capitalismo – isto é, aquele que acrescenta maior valor à mercadoria ou ao serviço – passa a ser o trabalho que se destina a produzir, não bens tangíveis, mas *relações*, nomeadamente, relações de conhecimento tecnocientífico, relações de idéias, relações de informação e comunicação e até relações afetivas, entre mercadoria/serviço e o consumidor.

2. CATEGORIA PROFISSIONAL

Categoria Profissional é conceito clássico para designar o coletivo produtor das riquezas no sistema capitalista da grande indústria. Nos termos do artigo 511 da CLT⁶, o conceito de categoria gira em torno da ideia de

⁵ O Turco Mecânico foi uma farsa do Século XVIII criada pelo Barão Wolfgang von Kempelen. Tratava-se de uma engenhoca, similar a uma escrivaninha, acoplada a boneco de um turco, que era exibida nas cortes europeias como uma máquina de jogar xadrez, mas que na verdade, ocultava, numa câmara, um jogador prodígio de xadrez. Cfr. STANDAGE, Tom *The Turk: The Life and Times of the Famous Eighteenth-Century Chess-Playing Machine* Nova Iorque: Walker, 2002

⁶ Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou

homogeneidade e de “*similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum*”.

Essa ideia foi construída a partir de uma noção de identidade, de uma identidade da profissão ou do trabalho em comum. Há uma ideia de comunhão e solidariedade que transita nesse conceito. Uma espécie de naturalismo coletivista.

Nesse sentido dispõe o artigo 511 da CLT:

Art. 511. (...)

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

(...)

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural. (grifos nossos)

A identidade profissional, objetiva, tende a converter-se em diferenças amadoras, subjetivas. Autonomia coletiva desdobra-se em individualidades capturadas.

A desprofissionalização da categoria trabalhista é uma tônica das plataformas eletrônicas de trabalho, que passam a possibilitar a arregimentação da massa, desorganizada juridicamente, de trabalhadores.

A categoria nesse novo contexto produtivo é reduzida a ideia de massa. Amassada, disforme, desorganizada. Um engenheiro da zona sul e um motorista profissional da periferia passam a dirigir veículos para os mesmos potenciais passageiros.

Se já não é mais possível reconstruir a categoria, é preciso desmassificá-la. Urge converter o *crowdwork* em trabalho da multidão.

conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. (Vide Lei nº 12.998, de 2014)

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

3. MULTIDÃO COMO CONCEITO POLÍTICO

Nas plataformas de trabalho não há mais categoria profissional homogênea organizada, com similitude de condições de vida, identidade e conexão, nos moldes do art. 511 da CLT, mas apenas o *crowdwork*, ou seja, a multidão (ESPINOSA-NEGRI) heterodoxa. Os trabalhadores são motoristas profissionais, engenheiros aguardando um emprego melhor, pai aposentado trabalhando algumas horas para pagar a faculdade da filha etc

O teórico Jean-Louis Weissberg, da Paris VIII, fala de ‘hipermediação’ como característica básica da nova produção cognitiva, fundada na associação de três níveis: semiótico, pragmático e político. O produtor-autor coincide com o consumidor-receptor-leitor. Nesse espaço de produção tecnocultural não se elimina a figura do autor individual, mas o imbrica, sem dissipá-lo, ao coletivo.

Há um processo interativo entre a singularidade e um novo operador no mundo do trabalho que poderíamos denominar de «multidão». A «multidão» é um conceito ambicioso. É a tentativa de se chegar à democracia absoluta, inclusive de formulá-la teoricamente.

O conceito contemporâneo de «multidão» parte das formulações do Maquiavel democrático dos *Discorsi* e de Espinosa. É especialmente interessante para nossa análise, pois está fundado em duas chaves: (i) nas novas formas de trabalho e (ii) na ideia de rede.

Sylvère Lotringer, no prefácio da edição norte-americana de *A grammar of the multitude*⁷ revela que a origem do conceito «multidão» foi fruto da ‘teoria autonomista’, formulada em vários lugares, mas que foi efetivamente desenvolvida na Itália dos anos 60 até os 70⁸.

⁷ Cfr. VIRNO, 2004.

⁸ A “multidão”, tal como a encaramos neste texto, começou a se esboçar teoricamente em Espinosa - ‘multidão’, embora desde o ponto de vista político não tenha surgido propriamente de Espinosa, já que o pensamento espinosiano coincide com o pensamento protestante do século XVII, que, por sua vez, é tributário do pensamento renascentista, especialmente de Maquiavel. Sua formulação foi produto de vários estudos anteriores, mas sistematizados e desenvolvidos em *Multitude – war and democracy in the age of empire* - The Penguin Press, 2004. No contexto do presente estudo, nos baseamos na conceituação de ‘multidão’ levada a cabo pelo filósofo italiano Antonio Negri e pelo professor de literatura comparada na Duke University, Michael Hardt.

Negri e Hardt, mais contemporaneamente, apresentam a «multidão» como contrapoder⁹ ao «império», que, por sua vez, não se confunde, no contexto ferramental desses autores, com o conceito de «imperialismo». A transição do «imperialismo» ao «império» corresponde, nesta perspectiva, à passagem da modernidade à pós-modernidade, ou do capitalismo ao pós-capitalismo.

Para Paolo Virno a dicotomia decisiva para a compreensão das características da *esfera pública* contemporânea é a operada entre os conceitos de «multidão» em contraposição ao de «povo». Sustenta Virno que os pais putativos desses conceitos são, respectivamente, Espinosa e Hobbes.

Nesse sentido, «multidão», na noção espinosiana, indica uma pluralidade que subsiste no espaço público, a partir da ação coletiva, mas sem dissolver-se numa unidade monolítica. Hobbes, mira de forma negativa a «multidão», como um estado natural, caótico, antes de sua organização como ‘corpo político’ e anterior ao Estado, mas que pode ressurgir em momentos de tumulto social. Segundo Hobbes, a «multidão» se opõe à obediência e a pactos duradouros, e que quando os cidadãos se rebelam contra o Estado se trata da investida da «multidão» contra o «povo»¹⁰.

A ideia de «multidão» - *multitudo*¹¹ - a partir da perspectiva da ciência política, não surgiu propriamente com Espinosa, pois seu pensamento coincide com o pensamento protestante do Século XVII, que, a seu turno, é tributário do pensamento renascentista, especialmente de Maquiavel¹². Em seu *Discorsi - Discursos sobre la primera década de Tito Livio* - Maquiavel for-

⁹ Negri concebe «contrapoder» em três ordens: como (i) resistência contra o velho poder; como (ii) insurreição de um novo poder e como (iii) potencia constituinte do novo poder. (NEGRI, 20004(B), p. 157). Negri insiste na não homologia entre contrapoder de massas y e o poder constituinte, ou seja, sustenta que o objetivo do contrapoder não seja a substituição do poder existente. Ao contrário, Negri propõe formas e expressões diversas de liberdade coletiva (Ibid., p. 160-161). Anota que concebe o contrapoder como as resistências e os acontecimentos de insurreição, que representam poderes constituintes latentes e vivos, na medida progressiva em que sejam controlados de maneira global (Ibid., p. 163).

¹⁰ Cfr. VIRNO, 2004, p. 21.

¹¹ mŭltitŭdo, -ŭnis – Cfr. SARAIVA, 1993, p. 758.

¹² Ansuátegui Roig, chamando à colação a opinião de Adolfo Ravá (La filosofía política de Benedetto in Studi su Spinoza e Fichte, a cura di El Opocher – Giuffrè Milano, 1958, pp.78-81) observa que é necessário sublinhar que a aproximação entre Espinosa e Maquiavel, e no entre Espinosa e Hobbes. Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, 1998(b), p. 127, nota 7.

mula a democracia florentina¹³ a partir dos movimentos que buscam organizar a liberdade na *República* e ordenar o trabalho na cidade¹⁴.

Para Negri (*Il Potere Costituente*) Maquiavel não é o teórico do Estado absolutista moderno, senão o pensador da ausência de todas as condições para uma democracia, ausência, vazio que faz surgir o desejo de um programa democrático, de um poder constituinte aberto e não ávido para se encerrar numa Constituição¹⁵.

Retornando a Espinosa, para ele a *multitudo* é o sujeito político por excelência. Partindo da distinção entre poder (*potestas*), como capacidade (de ser afetado) de um governante e potência (*potentia*), como força ativa e tornada ato, expressada como a vontade de Deus, uma vontade que não se distingue e se confunde com o próprio Deus - pura imanência da própria essência divina¹⁶ - Espinosa situa o império absoluto da democracia como resultado da *potentia* imanente da *multitudo*. Uma potência imanente que até mesmo define o direito: “*Hoc jus, quod multitudinis potentia definitur*”¹⁷; “*Nam civitatis ius potentia multitudinis, quae una veluti mente ducitur, determinatur*”¹⁸.

¹³ Para Negri, Maquiavel foi, de forma perversa pelo pensamento francês, transformado num teórico da modernização absolutista do Estado, propagando a frase ‘os fins justificam os meios’, que descontextualiza o pensamento do florentino. Aponta que a recepção do pensamento de Maquiavel na Inglaterra é diferente, pois lá é lido como uma introdução à crítica do poder constituído, à análise das classes sociais, do conceito de prática de milícia popular como poder constituinte. Cfr. NEGRI, Poder Constituinte, 2002, pp. 149-158. Segundo Negri, o Maquiavel democrático e republicano está todo construído nos Discorsi. Ibid., pp.105-123.

¹⁴ Cfr. NEGRI, 2004(b) p. 114. Nessa obra de Maquiavel existem vários estratos sobre a supremacia da democracia da multidão, por exemplo: o povo visto como mais sábio que o príncipe (Livro I, 58, pp. 179-180); vendo com bons olhos a desordem da desunião entre o povo e o Senado (I, IV, pp.31-32) e incluso optando pelo povo, considerando que aqueles que têm mais interesse em conservar o poder criam mais dificuldade à expansão do império que aqueles que querem adquirir poder (I, V, pp. 33-35). Cfr. MAQUIAVEL, 2000.

¹⁵ Cr. NEGRI, 2002, P. 148.

¹⁶ É esta a leitura de Deleuze, em “Spinoza – Philosophie pratique” (2002, p.103)

¹⁷ Tradução livre: “esse direito definido pela potencia da multidão”; Tratado Político”, II, XVII). Cfr. SPINOZA, 1913 (b), p. 11

¹⁸ Tradução: “de fato o direito civil (ou o direito da cidadania) é determinado pela potência da multidão, que é conduzida como se fora um pensamento uno”; “Tratado Político”, III, VII). Cfr. SPINOZA, 1913 (b), p. 15

A partir da configuração das características gerais da *multitudo* espino-sena é importante distingui-la, a despeito de várias interconexões conceituais, de várias outras espécies de coletivos, tais como ‘povo’, ‘vontade geral’, ‘opinião pública’, ‘posição originária’, ‘nação’, ‘proletariado’, ‘classe operária’, ‘massa’, ‘legião’, ‘bando’, ‘turba-turbo’ e «*general intellect*». Como isso refoge ao objetivo desse texto, remetemos o leitor ao nosso trabalho de doutoramento, especialmente aos capítulos 4.2.2 e 4.3¹⁹

4. A MULTIDÃO TRABALHADORA E SUA «PRESENTAÇÃO» JURÍDICA

A representação não se conecta com o conceito de «multidão». Ao contrário, pressupõe uma separação, uma identidade ‘segmentada’, e não um ‘seguimento’, um *continuum* de singularidades imanentes, um fluxo da «multidão». A representação opõe o coletivo ao individual, a maioria às minorias, o público ao privado, o singular ao «comum»²⁰, enfim, representa por oposição

¹⁹ CHAVES JR, J. E. R. “El Derecho Nómada: Un paso hacia el Derecho Colectivo del Trabajo, desde el «Rizoma» y la «Multitud»” Saarbrücken: AES, (2006)2011 disponível em <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3075> com acesso em 23 set 2018

²⁰ A ideia de «comum» de Negri e Hardt, que não se identifica com a ideia de ‘público’, nem de ‘coletivo’, nos parece conectada e esclarecida pela ideia de ‘lugar comum’ em Aristóteles, como anotado por Paolo Virno: “Quando hoje falamos de «lugares comuns», entendemos geralmente locuções estereotipadas, quase privadas de todo significado, banalidades, metáforas mortas — «teus olhos são dois luzeiros» —, conversações trilhadas. E no entanto, não era este o significado originário da expressão «lugares comuns». Para Aristóteles, os *topoi koinoi* são as formas lógicas e lingüísticas de valor geral, como se dissecássemos a estrutura óssea de cada um de nossos discursos, aquilo que permite e ordena toda enunciação particular. Esses «lugares» são comuns porque ninguém — nem o orador refinado nem o bêbado que murmura palavras às tontas, nem o comerciante nem o político — pode deixá-los de lado. (...) O grupo de torcedores de futebol, a comunidade religiosa, o jogo ou o sindicato, o posto de trabalho: todos estes «lugares» continuam desde já subsistindo, mas nenhum deles é suficientemente caracterizado e ‘caracterizante’ como para oferecer uma «rosa dos ventos», um critério de orientação, uma bússola confiável, uma comunidade de hábitos específicos, de específicos modos de dizer/pensar. Em todo lugar e em cada ocasião, falamos/pensamos do mesmo modo, sobre a base de construções lógico-lingüísticas tão fundamentais como gerais. Desaparece assim toda uma topografia ético-retórica. Se põem em primeiro plano os «lugares comuns», esses princípios básicos da «vida da mente»: o vínculo entre mais e menos, a oposição de contrários, as relações de reciprocidade, etc. São eles, e somente eles, os que oferecem um critério de orientação e, portanto, um possível reparo no curso do mundo”. Cfr. VIRNO, 2003, pp. 34-35.

e disjuntiva, antes que como alternativa²¹. A representação enfatiza a concepção de hegemonia como domínio excludente, e marca a procura pelos universalismos autoritários²² e redutores, os máximos divisores universais, em lugar dos múltiplos comuns²³.

A representação reproduz ao passo que a «presentação» produz (a potência). A representação funciona por reprodução da tensão entre representante e representado, e torna esse representado esmagado, passado, partícipio passado, membro passivo de um poder constituído, que transfere e transcende sua potência singular ao representante, com perda de potência e legitimidade.

²¹ Observam Negri e Hardt que a representação “reúne duas funções contraditórias: vincula multidão ao governo, e ao mesmo tempo os separa. A «presentação» é uma ‘síntese disjuntiva’ porque conecta e afasta, une e separa ao mesmo tempo”. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 279.

²² Conclui Ernesto Laclau, sobre a validade atual da noção de hegemonia na política, desde a ideia de universalismo, que desde seu ponto de vista, “is the mosel political question confronting us at this end of the century: what is the destiny of the universal in our societies? Is a proliferation of particularisms – or their correlative side: authoritarian unification – the only alternative in a world in which dreams of a global human emancipation are rapidly fading away? Or can we think of the possibility of relaunching new emancipatory projects which are compatible with the complex multiplicity of differences shaping the fabric of present-day societies?” (“é a principal questão política que nos confronta neste final de século: qual é o destino do universal em nossas sociedades? A proliferação de particularismos – ou seu correlato: a unificação autoritária – a única alternativa num mundo no qual as ilusões de uma emancipação global estão rapidamente desaparecendo? Ou podemos pensar na possibilidade de relançar novos projetos de emancipação compatíveis com a complexa multiplicidade de diferenças formadoras dos tecidos das sociedades”. Tradução livre) Cfr. BUTLER, LACLAU e ZIZEK, 2000, p. 86.

²³ Ao contrário de se tentar estabelecer uma abstrata ética mínima, que significa estabelecer um «máximo divisor comum universal», nos parece melhor trabalhar em termos de «múltiplos comuns», pois desde um enfoque universalista redutor se corre o risco de que a intersecção entre os conteúdos materiais éticos de culturas e coletivos distintos resulte um conjunto vazio. Isso significa a impossibilidade do diálogo ou a redução liberal dos direitos. Cfr. HERRERA FLORES, 2004, pp. 50-51. Este texto de Herrera Flores foi publicado depois da defesa de nossa tesina, que precedeu à nossa tese de doutoramento. Na tesina já havíamos desenvolvido a ideia de «múltiplos comuns».

Em todas as formas clássicas de representação - «apropriada»,²⁴ «livre»²⁵ ou «vinculada»²⁶ - não há deslocamento de potência. O trânsito transcendente entre representado e representante é sedentário, isto é, constitui mero movimento metafísico²⁷, que envolve perda bruta da fenomenalidade originária da potência constituinte dos representados²⁸.

Não é, pois, só uma questão de legitimação, mas, principalmente, de força, de redução efetiva de potência social dos muitos. «*Potentia*» que se reduz a «*potestas*». O ‘trânsito transcendente’ - e não-imanente - paralisa a «*potentia*» constituinte; secciona, segmenta e cessa a revolução do trabalho vivo, e se fixa na representação da Constituição do Trabalho morto. A cartogra-

²⁴ A classificação é de Max Weber, no seu clássico *Sociedade e Economia*. Na representação «apropriada» (*approprierte Repräsentation*) o “dirigente (ou um membro do quadro administrativo) tem por apropriação o direito de representação. Essa forma é muito antiga e se encontra em associações de dominações patriarcais e carismáticas (carismático-hereditárias, carismáticas de cargo) de caráter muito diverso. O poder representativo tem dimensão tradicional”. Cfr. WEBER, 2004, p. 193, (I, III, § 21.1).

Weber a chama representação «apropriada» porque os representantes se apropriam de todo o poder da tomada de decisões. É chamada também de representação «patriarcal», porque define o modo de representação dos servos pelo senhor feudal, ou do modo de representação dos escravos negros, as mulheres e as crianças. Cfr. NEGRI e HARDT, 2004(d), p. 283. Por isso é também chamada por Weber representação «estamental», e não se trata nem mesmo de representação propriamente dita, pois “se limita primariamente a representar e fazer valer direitos (apropriados) próprios (privilégios)”. Cfr. WEBER, 2004, P. 193 (I, III, § 21.2)

²⁵ Na representação «livre» (*freie Repräsentation*) o representante é livre para seguir suas próprias convicções objetivas, e não os interesses dos representados e, nesse sentido, o representante passa a ser o “senhor de seus eleitores, e não ‘servidor’ deles. Adotam especialmente esse caráter as modernas representações parlamentares, as quais têm em comum, nesta forma, a objetivação geral – vinculação a normas abstratas (políticas, éticas) – que é a característica do poder legal”. Cfr. WEBER, 2004, p. 194, (I, III, § 21.4).

²⁶ Na representação «vinculada» (*gebundene Repräsentation*) o poder representativo é limitado interna ou externamente por “mandato imperativo e direito de revogação, e vinculado ao consentimento dos representados. Esses ‘representantes’ são, na verdade, funcionários daqueles que representam”. Cfr. WEBER, 2004, p. 194, (I, III, § 21.3)

²⁷ Tradicionalmente, e antes da crise da Metafísica no final do século XIX, o jogo entre ato e potência sempre foi tratado como movimento metafísico. Cfr. LAHR, 1968. p.688.

²⁸ Acrescentam Negri e Hardt que a representação nunca conseguiria realizar “a promessa da democracia moderna, o governo de todos por todos. Cada uma dessas formas de representação, a apropriada, a livre e a vinculada, nos retrotrae à natureza fundamentalmente dual da representação, no sentido de que simultaneamente conecta e separa. (...) A democracia requer uma inovação radical e uma nova ciência”. Cfr. NEGRI y HARDT, 2004 (d), p. 285.

fia da potência «presentante»²⁹ dos trabalhadores se reterritorializa na Carta Magna do poder representado. Não se trata de substantivar ‘um presentante’ dos trabalhadores, mas conservar o caráter adjetivo do ato de representar, para enfatizar a potência «presentante» da «multidão». A substantivação repete a deformação da representação, que privilegia o representante, seu poder³⁰, em detrimento das singularidades presentantes dos muitos.

Em resumo, a «apresentação» privilegia a «organização» antes que a representação. Aqui, «organização» entendida como formulada por Edgar Morin – «ordem-desordem-interação-organização»³¹ - ou seja uma organização complexa, uma nova ordem dos trabalhadores que não exclui o caos sindical, uma organização essencialmente relacional e de interação, na qual a máxima complexidade da desordem sindical conterà a ordem, e a extrema complexidade³² da ordem conterà a desordem³³, em sua profunda dialética³⁴.

²⁹ Recolhendo resíduos da forma latina (particípio presente) de ‘presentar’, e com ênfase no caráter adjetivo do vocábulo.

³⁰ Observam Monereo e Moreno Vida que as centrais sindicais “funcionam com um cúmulo de privilégios legais que propicia sua «domesticação» e o afastamento de suas bases”. Cfr. MONEREO e MORENO VIDA, 2005, p. 209.

³¹ A «organização» remete a uma idéia de organização complexa, que, ao mesmo tempo, conviva com a ordem e desordem, e, ainda, se negue à atualização cristalizada das virtualidades combinatórias, às quais esse jogo complexo e contraditório abre perspectiva.

A «organização» é complexa, mas não só isso, é também essencialmente relacional e de interação. A extrema complexidade da ordem conterà a desordem, e a máxima complexidade da desordem conterà a ordem. Morin designa o tetrálogo «ordem-desordem-interação-organização» como o caminho para tentar-se a operacionalização ordem/desordem na nova ordem. MORIN (2002) p. 101 e ss.

³² É importante anotar que mesmo a representação, no sistema democrático representativo, passa por “processo de complexificação da representação de relevância política, no qual junto da representação política parlamentar existe uma abertura para a chamada ‘representação de interesses’ setoriais, parciais ou corporativos”. Cfr. MONEREO, 1999, p. 52.

³³ Edgar Morin anota que “a ordem, perdendo seu caráter absoluto, nos obriga a considerar o mais profundo mistério que, como todos os mistérios, é coberto pela mais obtusa evidência: o desaparecimento das Leis da Natureza põe a questão da natureza das leis” MORIN (2002) p. 104.

³⁴ A profunda dialética entre ordem e desordem, que é mais entrelaçada do que se imaginava, nos permite vislumbrar na nova noção de «organização» a possibilidade de encontrar caminhos para investigar a natureza das leis. Essa noção se situa no nível do próprio paradigma, no sentido kuhniano, pois é preciso deixar em suspenso o paradigma lógico no qual ordem e desordem se excluem MORIN (2002) p. 105.

5. A TENSÃO ENTRE *CROWD* E *MULTITUDE*

A *multidão* (*multitude*) não é, contudo, massa (*crowd*), a maioria silenciosa de que nos fala Baudrillard. A massa é uma turba confusa, opaca, que aplasta o social. *Massa*³⁵ não é um conceito, não é uma classe, é algo fluido, um lúmpen-analítico³⁶. É como um ‘buraco negro’ que absorve todos os sentidos e signos, mas não repercute nada³⁷; não é um grupo-sujeito, nem grupo-objeto³⁸. É a pura inércia do nada.

As *massas* não podem ser absorvidas pelo poder e saber constituídos. O poder e o conhecimento as transcendem. As massas não têm poder, apenas força atrativa, poder negativo do ‘buraco negro’. Elas não anulam nem constituem poder; o poder constituído está relacionado a elas por sondagens aproximadas, por tentativas de monitorar seus fluxos. Não há interação, mas ressonância e distorção.

Não há semelhanças entre as massas e a “multidão”, entre *crowd* e *multitude*, mas sim simulacros. Se, ao contrário do povo, já não é possível referir-se a elas por representação, é porque nas massas a não representação é ausência, é silêncio (da maioria); são maiorias silenciosas e minorias amorçadas. Elas não dizem nada, não têm nada a dizer, não ouvem ninguém, não permitem que ninguém fale³⁹. Na “multidão” não há representação, mas sim uma apresentação eloquente do poder (*rectius*: potência) de muitos, uma auto-apresentação que não abre mão da participação direta na esfera política. O silêncio neutro das massas contrasta com a voz entusiástica dos *muitos*, substantivados.

³⁵ Do ponto de vista psicológico, Teixeira e Cyrino apontam o psicopatologista francês Gustave LeBon, com sua *La psychologie des foules* (1895), como o iniciador do debate no campo psicológico sobre a influência e a gestão das massas. Segundo Teixeira e Cyrino, LeBon concebeu a multidão como um fenômeno que atinge os indivíduos, o que os faz retornar aos estados primitivos, deixando-os à mercê da sugestão e do contágio. Assim, reproduz os medos das massas, bem como as tentativas de tentar controlá-las e discipliná-las. Eles acrescentam que Freud, em *Mass Psychology and Analysis of the Ego* (1921), opõe-se ao que chama de “tirania da sugestão”. Observam, no entanto, que é Gabriel Tarde, em *L’Opinion et la foule*, que, apesar de manter a ideia de sugestão de LeBon, sustenta que a sugestão não se processa como crença religiosa, como é a contribuição do médico francês, mas através da opinião no espaço da comunicação. Cf. TEIXEIRA e Cyrino, 2003, p. 161.

³⁶ Cfr. BAUDRILLARD, 2004, p. 11.

³⁷ Ibid., p. 28.

³⁸ Ibid., p. 29.

³⁹ Ibid., p. 123.

A massa-*crowd* não transcende, mas também não se constitui como imanência potencializada, ativa, mutante. É um mero exercício de uma imanência ritualizada⁴⁰, sem singularidades, repetitiva. Um show sem barracas, um jogo fechado de pura exceção, sem regras. É a hiper-realização do real. O hiper-real, segundo Baudrillard, é a abolição do real, não pela destruição, mas pela elevação ao poder do modelo - a confusão entre realidade e modelo⁴¹. Diferente, a “multidão” se apresenta como uma performance imanente, criativa e aberta.

A impossibilidade de representação das massas explica-se pela própria inexistência de vontade política. O nada não pode ser representado, exceto pela negatividade absoluta. Apenas enquetes, pesquisas de opinião e estatísticas podem determinar seus estados variáveis⁴²; dispensam esquemas democráticos, sejam representativos ou diretos. Ao contrário, a vontade da “multidão” é imediatamente apresentada. É uma apresentação quente, com entusiasmo revolucionário kantiano. A massa é fria porque sua energia social pegou um resfriado⁴³. Não é o lugar da explosão ou da teoria crítica, mas da absorção e implosão destrutiva, sem qualquer potencial revolucionário⁴⁴.

Baudrillard não prevê nenhuma possibilidade de reação das massas. Elas não podem ser propriamente dominadas, mas também não quebram a inércia da passividade política. São puras imanências, puro meio, um plano de imanência silenciosa, o ‘rizoma penal’ de que nos fala Jacques Faget⁴⁵. Elas não procedem por interação com o conteúdo - nem mesmo o conteúdo subliminar - da propaganda política. O meio macluhaniano é a única mensagem à qual elas respondem - com fascinação⁴⁶. A mídia de massa passa

⁴⁰ Ibid., p. 13.

⁴¹ Ibid., p. 68.

⁴² Ibid., p. 30.

⁴³ Cfr. BAUDRILLARD, 2004, p. 26.

⁴⁴ Ibid., p. 23.

⁴⁵ A teoria geral do direito penal de Jacques Faget, sobre justiça e trabalh social, sustenta o paradigma do «rizoma penal» cfr. FAGET (1992).

⁴⁶ Cfr. BAUDRILLARD, 2004, pp. 32-33.

apenas por um aspecto de um meio ainda mais poderoso: as próprias massas egocêntricas - *mass (age)* é mensagem⁴⁷.

Essa noção, em certa medida, revela a potência bruta dos *muitos*. Mas essa potência, centrada no ego, não é passível de proceder a uma conexão rizomática entre massa social e política. Acreditar na ideia dos muitos heterogêneos e não na massificação da política é apostar, nos parece, na energia entusiástica da “multidão” contra o (*massa*)cre surdo da maioria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O conceito de categoria profissional homogênea, com similitude de condições de vida, prevista pelo artigo 511 da CLT não é a classe sujeitada ao capital tecnológico. Está fundada nas ideias de identidade, solidariedade e comunhão.
2. É *crowd* é *multidão* (*multitudo* - *multitude*) indivisa, codificada, controlada pelo *big data* produtivo e pelas tecnologias de vigilância pós-panóptica. *Crowd* é a multidão oculta, *crowdsourcing*, massa de manobra e de exploração. Maioria silenciosa.
3. O Direito Coletivo do Trabalho desafia uma profunda reformulação conceitual do sindicalismo, que enfatize a solidariedade, com diversidade e liberdade total para organização.
4. No marco da «multidão» (*multitudo* - *multitude*) é mais operativa a ideia «organização da apresentação» que da representação. Aqui, «organização» é entendida como «ordem-desordem-interação-organização», isto é, como uma organização complexa, uma nova ordem dos trabalhadores que não exclui o caos sindical, como uma organização essencialmente relacional e de interação, na qual a máxima complexidade da desordem sindical conterà a ordem, e a extrema complexidade da ordem conterà a desordem.
5. A hipercomplexidade da «apresentação» nômade dos coletivos produtores pode ser operada desde a «dupla articulação» entre «descentralização consistente» e «transversalidade presentante».
6. Não se trata de fomentar a concorrência representativa em busca de uma ‘singular posição jurídica’, mas de não intervir na posição jurídica

⁴⁷ Cfr. BAUDRILLARD, 2004, pp. 38-39. Aqui Baudrillard joga com o título do livro de McLuhan, *The Medium is the Message: An Inventory of Effects*. O título original era “*The Medium is the Message*”, que é a tese central de McLuhan, no sentido de que o conteúdo (fim) das mensagens é a própria interação pelo meio de comunicação de massas. Um erro de tipografia, entretanto, trocou a letra ‘a’ pela letra ‘e’. Aproveitando o duplo sentido desse erro tipográfico, que agregava a ideia de que *massage* com era da comunicação de massas – *mass age* – McLuhan manteve o erro como título oficial.

7. dos fluxos das singularidades trabalhadoras. Se por um lado, a ‘maior representatividade’ é um conceito transcendente, por outro, a ‘singular posição jurídica’ é sedentária, procede à estagnação dos poderes constituídos da representatividade. Antes que falar-se em concorrência, melhor é agenciar formas de *co-ocorrência* sindical.
8. O essencial na operação de um sistema de representação dual dos sujeitos coletivos do trabalho, para não se perder de vista a riqueza da complexidade e da multiplicidade da «multidão» produtora, é justamente explorar essa dualidade, não como disjuntiva ou dilema, mas como alternativas – no plural –, como combinatórias, sem perder a necessidade pragmática de coesão e consistência. A representação unitária no local de trabalho tem um potencial importante, justamente no sentido de agenciar a unidade da classe nos lugares de trabalho, unidade essa que se apresenta enquanto unidade consistente.
9. O reconhecimento jurídico do sujeito coletivo não se opera em chave de uma aptidão jurídica para representar, nem mesmo de uma aptidão legítima para tanto, e sim enquanto *apetite concupiscível* de «presentação» da «multidão», seu impulso instintivo e imanente para a potência – «*conatus*» -, que não se limita ao espaço-empresa, mas parte da produção em «comum» para a vida. Enfim, antes mesmo que representação é performance.
10. O Conceito de *comum* sobrepõe o de *coletivo*, como o de *multidão* o de *categoria profissional*.
11. O desafio do Direito Sindical contemporâneo é separar o joio-*crowd* do trigo-*multitude*.

BIBLIOGRAFIA

ATZORI, Luigi; IERA, Antonio; MORABITO, Giacomo. “The internet of things: A survey”. *Computer networks*, v. 54, n. 15, pp. 2787-2805, 2010.

BARBOSA, Adérito Gomes. “Contributos para a Pedagogia Social: Neuroética. Educação vagarosa e ubuntu (pp. 197 - 217) in *Cadernos de Pedagogia Social do Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa*”, 2012. Disponível <http://www.fep.porto.ucp.pt/sites/default/files/files/FEP/CadernosPedagogiaSocial/CPSocial04.pdf> com acesso em 7 set 2017.

BAUDRILLARD, Jean. “À sombra das maiorias silenciosas – o fim do social e o surgimento das massas” – trad. Suely Bastos – São Paulo: Brasiliense, 2004.

BENKLER, Yochai. “The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom”. London: Yale University Press, 2006 (disponível para descarga na internet na seguinte direção: http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf).

BLONDEAU, Olivier; DYER, Nick Whiteford; VERCELLONE, Carlo; KYROU, Ariel; CORSANI, Antonella; RULLANI, Enzo; MOULIER BOUTANG, Yann; LAZZARATO, Maurizio. “Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva” – trad. castel. Emmanuel Rodríguez López, Beñat Baltza y Antonio Garcia Pérez-Cejuela – Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. “O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo”. Porto Alegre: Bookman Editora, 2011.

CHAVES JR, J. E. R. “El Derecho Nómada: Un paso hacia el Derecho Colectivo del Trabajo, desde el «Rizoma» y la «Multitud»”. Saarbrücken: AES, (2006)2011 A tese encontra-se disponível na internet em <http://hdl.handle.net/10016/3075> acesso em 13 nov 2016.

CHAVES JR, J. E. R. & MENDES, M. M. B. “Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre segurança jurídica”. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.197-218, jul./dez.2007 Disponível na Internet em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Expediente.pdf acesso em 13 nov 2016.

CHAVES JR, J. E. R.; LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A. “Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano”. São Paulo: LTr, 2017.

CHAVES JR, J. E. R. “Direito do Trabalho pós-material - o trabalho da multidão produtora “(101-117) *in* CHAVES JR, J. E. R.; LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A. “Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano”. São Paulo: LTr, 2017.

CHAVES JR, J. E. R.; MENDES, M. M. B.; OLIVEIRA, M. C. S. “Subordinação, dependência e alienidade no trânsito para o capitalismo tecnológico” *in* CHAVES JR, J. E. R.; LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A. “Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano”. São Paulo: LTr, 2017.

CHRISTENSEN, Clayton M. & BOWER, Joseph L. “Disruptive technologies: Catching the wave” . Cambridge: Harvard business review 73.1 (1995): 43-53.

CHRISTENSEN, Clayton M. “The Innovator’s Dilemma” Cambridge, Harvard Business School Press Cambridge. MA, v. 143, n. 158, p. 131-132, 1997.

COCCO, Giuseppe; SILVA, Gerado; GALVÃO, A. Patez (orgs.) “Capitalismo cognitivo – trabalho, redes e inovação – trad. português Eliana Aguiar” - Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

CORSANI, Antonella “Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo” (pp. 15-32) in COCCO, Giuseppe; SILVA, Gerado; GALVÃO, A. Patez (orgs.) “Capitalismo cognitivo – trabalho, redes e inovação – trad. português Eliana Aguiar” - Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

CUEVA, Mario de la “Derecho Mexicano del Trabajo Derecho mexicano del trabajo” - 2 ed - México(cidade): Porruá, 1959.

DELEUZE, Gilles “Conversações,” 1972-1990 – trad. Português Peter Pal Pelbart – São Paulo: Editora 34, 1992.

_____, “Espinosa – filosofia prática” – trad. português Daniel Lins e Fabien Pascal Lins – Rev. tec. Eduardo Diatahy Bezerra de Menezes - São Paulo: Editora Escuta, 2002.

FAGET, Jacques. “Justice et travail social - le rihome pénal”. Toulouse: Editions Erès, 1992.

FALCHETTO SILVA, Tiago. “Elemento regulador do ciberespaço, o código-fonte, e-discovery e o contrato-realidade virtual na sociedade da informação “(323-329) in CHAVES JR, J. E. R.; LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A. “Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano” São Paulo: LTr, 2017.

FUMAGALLI, Andrea; LUCARELLI, Stefan. “A model of Cognitive Capitalism: a preliminary analysis” in European Journal of Economic and Social Systems, Vol. 20, No. 1 (2007): pp. 117-133. Disponível em <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/28012> acesso em 4 ago 2016.

GAUTHIER, Gustavo (Coord) “Disrupción, economía compartida y Derecho” Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.

HAN, Byung-Chul “Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder.” Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.

LAZZARATO, Maurizio “Trabalho e capital na produção dos conhecimentos: uma leitura através da obra de Gabriel tarde” (pp. 61-82) *in* COCCO, Giuseppe; SILVA, Gerado; GALVÃO, A. Patez (orgs.) “Capitalismo cognitivo – trabalho, redes e inovação – trad. português Eliana Aguiar” - Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

LESSA, Sérgio “Mundo dos homens – trabalho e ser social” São Paulo: Boitempo, 2002.

_____, “Para além de marx? : crítica da teoria do trabalho imaterial” São Paulo: Xamã, 2005.

LESSIG, Lawrence “Code is Law: On liberty in cyberspace - version 2.0” - New York: Basic Books A Member of the Perseus Books Group, 2006 Disponível em <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em 11 SET 2017.

MELHADO, Reginaldo “Poder e Sujeição – os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação” São Paulo: LTr, 2003.

MERCADER, Jesús R. U. “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?” Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica , Nº 1, 2001, págs. 665-686.

NEGRI, Antonio “Arte y multitud. Ocho cartas – trad. esp. Raúl Sánchez Cedillo” – Madrid: Editorial Trotta, 2000(a).

_____, “Spinoza Subversivo – Variaciones (in)actuales” – trad. esp. Raúl Sánchez Cedillo – Madrid: Ediciones Akal, 2000(b).

_____, “O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade” – trad. português Adriano Pilatti – Rio de Janeiro, DP&A, 2002.

NEGRI, Antonio; GUATTARI, Felix “Las verdades nómadas & ‘general intellect’, poder constituyente, comunismo” – trad. castel. Carlos Prieto del Campo y Mario Domínguez Sánchez – Madrid: Ediciones Akal, (1989) 1999.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael “El trabajo de dionísos” – Madrid: Ediciones Akal, 2003.

_____, “Império” - trad. português Berilo Vargas – 6ª ed – Rio de Janeiro: Record, 2004(a).

_____, “Guias – cinco lecciones en torno a imperio” – trad. esp. Rosa Rius y Pere Salvat – Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2004(b).

_____, “Multitude – war and democracy in the age of empire” – New York: The Penguin Press, 2004(c).

OLEA, Manuel Alonso “Introdução ao Direito do Trabalho” - trad. C. A. Barata Silva e Darci Rodrigues de Oliveira Santana - 4a. ed. rev. - São Paulo: LTr, 1984.

OLEA y CASAS, Manuel Alonso; Maria Emilia Baamonde “Derecho del Trabajo” - 19a. ed - Madrid: Civitas, 2.000.

PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado - Direito das Obrigações” - Vol. 47 - Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

PRADO, Eleutério “Desemmedida do valor: crítica da pós-grande indústria” São Paulo: Xamã, 2005.

RODRÍGUEZ, Emmanuel “El gobierno imposible – trabajo y fronteras en las metrópolis de la abundancia” Madrid: Traficantes de Sueños, 2003.

SCHOLZ, Trebor. “Cooperativismo de Plataforma: os perigos da uberização” - Trad: Rafael A. F. Zanatta - São Paulo: Editora Elefante, Autonomia Literária & Fundação Rosa Luxemburgo, 2017.

SPINOZA, Benedicti de “Opera quotquot reperta sunt: tractatus de intellectus emendatione, Ethica Vol 1” – 3 ed. - [S.l.]: Martinum Nijhoff, 1913(a).

_____, “Opera quotquot reperta sunt: tractatus politicus, Tractatus theologico-politicus” – vol 2 - 3 ed - [S.l.]: Martinum Nijhoff, 1913(b).

_____, “Tratado Político” – trad. castel., introd., índice analítico y notas de Atilano Domínguez - Madrid: Alianza Editorial, 1986, 2004.

STANDAGE, Tom “The Turk: The Life and Times of the Famous Eighteenth-Century Chess-Playing Machine”. Nova Iorque: Walker, 2002.

TARDE, Gabriel “A opinião e as massas” – trad. português Luís Eduardo de Lima Brandão – São Paulo: Martins Fontes, 1992.

TEIXEIRA, Ricardo Rodrigues; CYRINO, Antônio Pithon “As ciências sociais, a comunicação e a saúde in Ciência e saúde coletiva”, 2003, vol.8, no.1, (pp.151-172). ISSN 1413-8123.

VIRNO, Paolo – “A grammar of the multitude – for an analysis of contemporary formas of life” - trad. inglês Isabella Bertolotti, James Cascaito y Andrea Casson - New York – Los Angeles: Semiotext(e), 2004 (em espanhol: “Gramática de la multitud – trad. castel. Adriana Gómez” – Madrid: Traficante de sueños, 2003).

WEISSBERG, Jean-Louis “Entre produção e recepção: hipermediação, uma mutação dos saberes semióticos” (pp. 109-131) in COCCO, Giuseppe; SILVA, Gerado; GALVÃO, A. Patez (orgs.) “Capitalismo cognitivo – trabalho, redes e inovação – trad. Português Eliana Aguiar” - Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

**INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO ACESSÍVEL:
DIREITO FUNDAMENTAL E GARANTIA DE ACESSO A TODOS
OS DIREITO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

*Maria Aparecida Gugel
Claudia Werneck*

Sumário: Introdução à gênese da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 1. Nova percepção e novos conceitos - antecipando o futuro. 2. Os desafios da CDPD para a sociedade brasileira. 3. O direito fundamental à acessibilidade: Desenho Universal e Adaptação Razoável. 4. Conclusões inafastáveis sobre o direito à informação e à comunicação: ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos. Bibliografia.

INTRODUÇÃO À GÊNESE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas (ONU), promulgada em 25 de agosto de 2009 por meio do Decreto nº 6.949/2009, é o primeiro tratado internacional de direitos humanos alçado à natureza de norma constitucional no Brasil, fato por si só extraordinário.

A relevância da CDPD, não obstante, vai muito além. A Convenção marca o século XXI pela natureza inédita de seu processo de construção participativo que teve início no ano de 2002, por iniciativa do México, envolvendo, em seguida, dezenas de países. O ápice do processo foi a adoção da Convenção na sede da ONU, em Nova Iorque, no dia 13 de dezembro de 2006. A abertura para a assinatura dos países-membros da ONU ocorreu em 30 de março de 2007, com ampla adesão, inclusive do Brasil.

Após a assinatura da CDPD, o desafio seguinte foi comprometer as nações para ratificá-la, e a seu protocolo facultativo. Até dezembro de 2020, 182 países haviam ratificado a Convenção; mas apenas 96 ratificaram também o seu protocolo facultativo de monitoramento. A América Latina é o continente que mais ratificou ambos e, conseqüentemente, tornou-se uma região com mais responsabilidades no cumprimento da CDPD.

De 2002 a 2006, o processo de construção da CDPD testou a vontade política dos países-membros da ONU sobre a necessidade e a urgência em quebrar paradigmas que colocavam pessoas com deficiência sujeitas a todo tipo de dano e risco desde a infância. Nessa direção, a CDPD foi dialogada por anos entre sociedade civil e estados membros de todos os continentes, de modo a cuidadosamente contemplar os distintos estágios de percepção das nações que a assinaram, tanto em relação aos direitos de quem vive com deficiência quanto aos recursos necessários para garanti-los.

Esta negociação, pautada pela pluralidade, se reflete em todo o texto da CDPD, expressando o esforço conjunto de sua elaboração, do qual o Brasil participou, tendo previamente discutido, de forma democrática com a sociedade civil organizada e especialistas, a grande maioria dos direitos nela

previstos. Após idas e vindas argumentativas nas assembleias presenciais da ONU e nos comitês organizados em cada país, o resultado foi extremamente compensatório. O objetivo de que o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI aprovado no âmbito das Nações Unidas fosse exemplar na sua produção e no seu teor havia sido alcançado.

Indubitavelmente, a CDPD representa uma mudança vertiginosa de mentalidade, pois é nova e atraente em concepções e abordagens. A busca por um consenso mínimo foi incessante e consolidou a premissa de que a sistemática violação de direitos à qual pessoas com deficiência têm sido submetidas diariamente, para além de qualquer outro tipo de dano pessoal ou familiar, promove também desigualdade social e ônus econômico-financeiro irreparável para o Estado.

1. NOVA PERCEPÇÃO E NOVOS CONCEITOS - ANTECIPANDO O FUTURO

A CDPD é ao mesmo tempo abrangente e meticulosa ao proteger a existência digna de pessoas com deficiência, tratando-as como sujeitos incondicionais de todo e qualquer direito. Como tratado, traz um conjunto robusto e indivisível de princípios que abraçam a multiplicidade de gênero, idade, origem, raça, entre outras diferenças naturais, sociais e culturais, enfatizando dois grupos bastante vulnerabilizados em todo o planeta e invisibilizados nas políticas públicas em geral: mulheres e crianças.

Antecipando-se, a CDPD abordou reflexões que hoje estão em plena ascensão, como o do enfrentamento à discriminação, atualmente difundida como *capacitismo*. O capacitismo denomina e denuncia atitudes depreciativas em relação a quem vive com deficiência. Numa perspectiva capacitista, a pessoa com deficiência é necessariamente um ser humano “imperfeito”, a quem sempre “falta algo”, sendo, por natureza, inapta e incapaz de cuidar da própria vida e exercer direitos como o de trabalhar. O capacitismo se manifesta de diferentes formas, mais ou menos óbvias, todas impregnadas de preconceito e com impacto discriminatório. Inclui desde o uso de rótulos e termos pejorativos para se referir a pessoas com deficiência como inválidas, incapazes, loucas, doidas, aleijadas até expressões sutis carregadas de menos valia - estas, muito mais difíceis de denunciar. Um exemplo é retratar a pessoa com deficiência necessariamente como heroína, acima do bem e do mal, atribuindo-lhe exageradamente múltiplas qualidades incompatíveis com a realidade humana, acarretando eterna inadaptação à sociedade e estigma. O resultado é mais isolamento e exclusão.

Somando-se tantos ineditismos, a força da CDPD como marco regulatório internacional é inquestionável. Alterou significativamente o conceito de deficiência, tratando-o como ideia em evolução e em constante diálogo com o meio, de modo a redirecionar o pensamento mundial para uma abordagem mais social, responsável e comprometida com o bem-estar pleno de pessoas com deficiência. Ao abordar direitos, a CDPD adota uma percepção sistêmica da população que defende.

No Brasil, de 2006 a 2009, centenas de organizações e pessoas com e sem deficiência se mobilizaram para que a CDPD fosse aprovada pelo Congresso Nacional como norma de direito humano e com valor de natureza constitucional. Para isso, a sociedade civil atuou alinhada com o Legislativo, o Executivo e o Ministério Público. Embora este não tenha sido o primeiro exercício de *advocacy* da história da sociedade civil brasileira, transformou-se num divisor de águas por invocar maciçamente o apoio das redes sociais, um esforço que alcançou seu propósito e fortaleceu movimentos, coletivos e ONGs em sua capacidade de incidir no campo das leis e da Constituição.

2. OS DESAFIOS DA CDPD PARA A SOCIEDADE BRASILEIRA

Não obstante os méritos conceituais, os desafios para a implementação e monitoramento da CDPD no Brasil são inúmeros. A proposta da Convenção é de que haja uma ou mais estruturas organizadas focadas na sua implementação. Ao mesmo tempo, determina ao Estado brasileiro que proporcione condições para a existência de mecanismos independentes que monitorem cada etapa deste processo: instituições nacionais de proteção e promoção de direitos humanos com o envolvimento direto e participativo da sociedade civil, de pessoas com deficiência e suas organizações representativas. Sobretudo e sempre, o Estado brasileiro deve realizar consultas e envolver diretamente pessoas com deficiência, incluídas as crianças com deficiência.

São estes os principais desafios para que a CDPD seja implementada, segundo a ONU:

– DESAFIO 1 – conhecer e conscientizar os direitos - As pessoas com deficiência precisam conhecer os direitos tratados na CDPD e participar ativamente das tomadas de decisões para a elaboração de programas e políticas públicas que lhes digam respeito.

O conjunto de direitos tratados na CDPD ainda não foram conhecidos e absorvidos pelas pessoas com deficiência que, conseqüentemente, permanecem com escassa e desorganizada participação ativa na elaboração de políticas públicas e programas inclusivos. A consulta direta a pessoas com de-

ficiência e/ou a organizações que lhes representam, prevista na CDPD, ainda não é uma prática adotada pelos poderes executivo, legislativo e judiciário.

A sociedade, a família e o Estado brasileiros também não se identificam com os princípios da CDPD e desconsideram que seu teor seja de interesse público. No sentido oposto, tratam a CDPD como uma norma de interesse específico de pessoas com deficiência e suas famílias, ou de profissionais especializados nas áreas de reabilitação, saúde e assistência social, entre outras.

Os meios de comunicação, embora ofereçam cada vez mais espaço para abordar a questão da inclusão e dos direitos de pessoas com deficiência, desconhecem a CDPD como documento fonte e base de qualquer pauta sobre o tema. Assim, reproduzem, nas reportagens, com frequência, análises antiquadas e desprovidas do sentido contemporâneo dos direitos. Outro aspecto a ser considerado é a escassa oferta de recursos de acessibilidade (Libras, legenda, audiodescrição) nas TVs abertas e fechadas, e na *internet* em geral.

Nas variadas formas de comunicar não se produz informação em linguagem simples para pessoas com deficiência ou baixo letramento.

Também os movimentos da sociedade civil voltados para a diversidade hesitam em incorporar, sob a perspectiva da interseccionalidade, as necessidades específicas de pessoas com deficiência.

– DESAFIO 2 – identificar as múltiplas formas de discriminação e visibilizar meninas e mulheres com deficiência – A sociedade, as famílias e o Estado brasileiro necessitam identificar as múltiplas formas de discriminação existentes em relação às pessoas com deficiência, e se conscientizar de que as meninas e as mulheres com deficiência estão sob maior risco de discriminação e maus tratos.

Trata-se, em última análise, do enfrentamento necessário à desigualdade de gênero, tal como consta dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da agenda 2030 da ONU e seu Objetivo 5 *Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*, que indica uma atuação do Estado brasileiro e suas instituições diretamente sobre as causas estruturais dessa desigualdade e dessas desvantagens existentes para as mulheres e meninas, especialmente as que tem deficiência.

Constata-se que persistem as múltiplas formas de discriminação em relação a pessoas com deficiência e que estas se agravam no que se refere a mulheres e meninas. Ressalte-se que durante o isolamento social provocado pela pandemia do coronavírus Covid-19, a violência e os maus tratos nos lares em relação a estes dois públicos foram (e estão sendo) potencializados. O agres-

sor pode estar dentro de casa, ser um marido ou um pai. Como se defender dessa intimidade e até dependência?

As meninas e mulheres com deficiência estão mais vulneráveis à violência sexual e outras formas de abuso porque são mais indefesas em decorrência da própria deficiência. Como vítimas, frequentemente, não conseguem sequer comunicar o que está acontecendo e mesmo que o consigam, seus relatos são desprezados. É o que acontece com mulheres com deficiência intelectual. Já as mulheres cegas ficam bem mais vulneráveis pela dificuldade ou impossibilidade de reconhecer o agressor de forma tradicional, apontando quem é.

Essas são apenas algumas das justificativas que sustentam a urgência de que todo sistema de denúncia e acesso irrestrito à informação ofereça ampla e diversificada oferta de recursos de acessibilidade na comunicação como braille, Libras, legenda, linguagem simples e audiodescrição, tanto virtual quanto presencialmente, em delegacias, defensorias, ministério público e juizados.

Para transformar a vida de meninas e mulheres com deficiência, tal como preconiza a CDPD, a sociedade brasileira terá que enfrentar desafios no âmbito das políticas e do cotidiano, exercitar-se na equidade de gênero, combater as discrepâncias enraizadas culturalmente e estimular novas e equitativas relações de poder. O desenvolvimento e o avanço, tal como preconiza a Convenção no Artigo 6, ocorrem na medida da existência da igual oportunidade de ocupação dos espaços de educação, preparação para a vida (especialmente no âmbito familiar) e para o trabalho, de forma que a mulher possa exercer todos os seus direitos e liberdades fundamentais em qualquer fase da vida ou domínio do direito (Gugel, 2019, p.426).

– DESAFIO 3 – reconhecer que a maioria vive em condições de pobreza - A sociedade, a família e o Estado brasileiro devem se dar conta de que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza, sendo necessário conscientizar sobre a importância que o controle social (por meio de conselhos de direitos e setoriais) exerce na elaboração de políticas públicas e programas eficazes de assistência social, de forma a retirá-las dessa condição. Importante ratificar que a assistência social, a quem dela necessitar, é um direito constitucionalmente garantido.

Segundo a ONU, mais de 80% da população de pessoas com deficiência no mundo vive nas regiões de pobreza dos países em desenvolvimento, como o Brasil. Quase sempre moram em locais perigosos e sem saneamento básico, água potável e comida, não têm acesso à saúde, educação, cultura, esporte e lazer. Enfrentam riscos diários pela falta de acessibilidade física e comunicacional. O não acesso a bens, serviços e direitos por parte de pessoas

com deficiência que vivem na pobreza torna-se ainda mais grave no caso de serem crianças e idosas. Por tudo isso, a sociedade, a família e o Estado brasileiro devem-lhe atenção prioritária, tal como consta da previsão constitucional, artigos 227, inciso II e 230, respectivamente.

As políticas públicas, entretanto, seguem ignorando a inequívoca relação entre pobreza e deficiência. A falta de transversalidade nas políticas públicas dificulta a busca de soluções pautadas por um desenvolvimento sustentável inclusivo, aquele que prevê o atendimento das necessidades específicas dos dois grupos populacionais ao mesmo tempo, extinguindo as soluções fragmentadas. O desenvolvimento inclusivo implica em crescimento econômico sem prejuízo do bem-estar humano e social de populações vulnerabilizadas, tendo, repita-se, a educação e a aprendizagem ao longo da vida - sempre em sistemas de ensino inclusivos - como sua fonte propulsora e garantidora de direitos.

– DESAFIO 4 – reconhecer o direito fundamental à acessibilidade – A sociedade e o Estado brasileiro devem reconhecer o valor da acessibilidade aos meios físico, social, econômico (trabalho) e cultural, à saúde, à educação e à informação e à comunicação para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Esse direito que dá acesso a todos os demais direitos é um elemento indispensável na elaboração de políticas públicas e no cotidiano de todas as pessoas que têm deficiência.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À ACESSIBILIDADE: DESENHO UNIVERSAL E ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

Fixamo-nos no Desafio 4 em razão de o propósito da CDPD nos incitar a compreender que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental (relacionada à saúde mental), intelectual (relacionada à cognição) ou sensorial (auditiva, visual), os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e equitativa na sociedade, nas mesmas condições oferecidas às demais pessoas.

São as barreiras existentes na sociedade que limitam o gozo dos direitos por parte de pessoas com deficiência, situação demonstrada na fórmula de Marcelo Medeiros (2005): Deficiência = impedimento x Ambiente. Se o ambiente for acessível (indicado por zero), os impedimentos, por mais graves que sejam, não influenciam a condição da deficiência e o exercício dos direitos: 0 Deficiência = 5 impedimentos x 0 Ambiente. Ao contrário, ambientes sem acessibilidade indicam que a pessoa com deficiência, nele, não terá lugar

e espaço para viver com autonomia e independência: 25 Deficiência = 5 impedimentos x 5 Ambiente.

Nesse sentido, é preciso expandir o conceito de ambiente. Não apenas as barreiras - urbanísticas, arquitetônicas, no transporte, na comunicação, na informação e tecnológicas - impedem a liberdade de movimento e a fruição dos direitos, mas também as próprias pessoas, com seus preconceitos e atos discriminatórios, que compõem as chamadas barreiras atitudinais. São comportamentos que interferem negativamente na autonomia e independência de pessoas com deficiência, entre eles negar, por omissão ou intencionalidade de órgãos e empresas, os recursos de acessibilidade física e comunicacional em ambientes públicos e coletivos.

A acessibilidade é, simultaneamente, um instrumento para a garantia de direitos e um direito por si próprio. Como recurso instrumental, a acessibilidade possibilita a pessoas com deficiência alcançar e utilizar com segurança e emancipação os espaços, os mobiliários, os equipamentos urbanos, as edificações, os transportes, a informação e a comunicação, os sistemas de tecnologia e tantos outros serviços nas cidades e nas áreas rurais. Como direito humano e fundamental, a acessibilidade garante o direito à vida, porque sem alguma oferta ampla, diversificada e cotidiana de acessibilidade pessoas com deficiência não vivem. Este duplo entendimento do significado de acessibilidade permeia a CDPD e está igualmente contemplada na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI – Lei nº 13.146/2015), promulgada e sancionada com maciça participação da sociedade civil por meio de consulta pública, uma das mais longas e produtivas da história do legislativo.

A acessibilidade sustenta a inclusão. Não existe inclusão sem o desfrute simultâneo de múltiplos recursos de acessibilidade. Quanto maior for a disponibilidade de recursos de acessibilidade, menores serão as barreiras. Quanto menor for a oferta de recursos de acessibilidade, maiores serão as barreiras. Portanto, é graças à remoção de barreiras - leia-se, implementar a acessibilidade - que as pessoas com deficiência avançam para o exercício da participação democrática, em qualquer espaço, desde o familiar até à escola, ao trabalho, ou a escolha de quem vai representá-las nos parlamentos e na presidência do Brasil, como candidatas e eleitoras.

Há dois conceitos complementares ou suplementares que amparam a ampla e diversificada oferta de acessibilidade e estão previstos na CDPD e na LBI: o desenho universal e a adaptação razoável.

Desenho universal. A LBI (artigo 55, parágrafo 1º) faz do desenho universal uma regra de caráter geral a ser incorporada desde o marco zero de

qualquer atividade, projeto, programa ou política pública, a ser adotada nas escolas, nos ambientes de trabalho, nas comunicações presenciais ou *online*.

O desenho universal propõe que quaisquer produtos, ambientes e serviços, incluídos os recursos de tecnologia assistiva ou ajuda técnica, precisam estar disponíveis e aptos para serem utilizados também por pessoas com deficiência sem a necessidade de adaptação extra ou projeto específico complementar ou suplementar (Artigo 2º da CDPD; artigo 3º, inciso II, da LBI).

Assim, devem obedecer ao desenho universal todas as novas concepções e implementações de projetos e serviços relacionados ao meio físico, ao transporte, à informação e à comunicação, incluindo sistemas de tecnologias, equipamentos e instalações abertas ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural.

A adoção do conceito de desenho universal é indicada para a formação de currículos e projetos pedagógicos de todos os níveis e modalidades de ensino, como conteúdo temático nas diretrizes curriculares da educação profissional, tecnológica, do ensino superior e na formação das carreiras de Estado, assim como os programas, projetos e linhas de pesquisa a serem desenvolvidos com o apoio de organismos públicos de auxílio à pesquisa e de agências de fomento. A LBI, em seu artigo 55, dispõe sobre a obrigatoriedade da adoção do desenho universal na concepção de todas as políticas públicas.

Adaptação razoável. Outro conceito de prática acessível obrigatória (artigos 2 da CDPD e 3º inciso VI da LBI) diz respeito à adaptação razoável. Ela é necessária quando, mesmo depois de atendidas todas as regras de acessibilidade, ainda são necessárias modificações e ajustes para assegurar a uma pessoa com deficiência que deles necessite, de forma a que possa exercer seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas. Segundo esse critério, será levado em conta o ônus (o custo) da adaptação razoável a ser realizada, não podendo ser desproporcional ou indevido.

Deixar de atender ou recusar-se a realizar a adaptação razoável, segundo a CDPD, é uma forma de discriminação por motivo de deficiência, ato passível de punição de um a três anos de reclusão e multa, na forma do artigo 88 da LBI. Nessa perspectiva, os órgãos de controle interno e externo devem observar e apontar o cumprimento da LBI, em especial as normas de acessibilidade física e comunicacional em toda fiscalização, inspeção e/ou auditoria.

Muitos são os caminhos argumentativos que dão à acessibilidade um valor estruturante para que as sociedades inclusivas se tornem viáveis como

projeto único que beneficiará qualquer pessoa. Entretanto, não há mágica. Há empenho, vontade política, estudo, ensaio e erro. O primordial é que a oferta ampla e diversificada de acessibilidade para uso de pessoas com deficiência seja uma condição basilar de todo e qualquer serviço público como relacionado a seguir, tal como previsto na lei de vigência, a LBI:

- habilitação e reabilitação prestadas pelo SUS e Suas;
- oferta de saúde, com a formação de profissionais e equipes, serviços, atendimento, estratégias e espaços sem barreiras de qualquer natureza, incluindo a atitudinal;
- educação, impondo um único sistema educacional necessariamente inclusivo em todos os níveis e modalidades, espaços e recursos pedagógicos acessíveis;
- moradia acessível nos programas habitacionais subsidiados com dinheiro público, com prioridade de aquisição (3%) de pessoas com deficiência;
- políticas públicas inclusivas e acessíveis de trabalho e emprego e em ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos;
- regras não discriminatórias quando do acesso e da permanência no emprego e das previsões para nele progredir;
- empreendedorismo, cooperativismo e linhas de crédito acessíveis;
- prática da habilitação e da reabilitação profissional em contratos de trabalho, com carteira de trabalho assinada;
- regras acessíveis e inclusivas para o emprego apoiado;
- acessibilidade em concursos públicos;
- acessibilidade em consultas públicas;
- acessibilidade na Educação à Distância;
- acessibilidade no sistema de votação para escolha de representantes do legislativo e executivo, em todos os níveis.
- assistência social articulada com o sistema de saúde e de educação;
- criação de serviços socioassistenciais e cuidadores sociais;
- previdência social com acesso a regras transparentes de aposentadoria especial, baseadas em instrumento de avaliação adequado;
- cultura, esporte, turismo e lazer com a redução de barreiras para o acesso ao patrimônio cultural, atividades artísticas, culturais, hotéis e similares construídos com princípios de desenho universal;
- transporte acessível dos veículos de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, igualmente quanto às instalações, estações, portos e terminais;
- frotas de turismo e de táxi acessíveis;

- mobilidade e acessibilidade nas vias, calçadas e estacionamentos;
- informação e comunicação acessíveis das páginas eletrônicas;
- telecentros e *lan houses* acessíveis para uso de pessoas com deficiências diversas, como aquelas com deficiência visual;
- plataformas virtuais de uso público e coletivo com capacidade de oferecer, simultaneamente, as três acessibilidades básicas previstas na LBI: Libras, legenda e audiodescrição;
- empresas prestadoras de serviços de telecomunicação com oferta de acessibilidade em todos os seus produtos;
- serviços de radiodifusão com subtitulação por meio de legenda oculta, janela com intérprete da língua brasileira de sinais (Libras) e audiodescrição;
- livros em distintos formatos acessíveis;
- teatro acessível no presencial e no virtual;
- anúncios publicitários com legenda, Libras e audiodescrição em todas as formas de veiculação;
- congressos, seminários e oficinas com acessibilidade física e comunicacional;
- formação e avaliação contínua de tradutores/intérpretes da Libras e de outros profissionais que prestam serviço na área de acessibilidade, de modo a garantir seu desenvolvimento e qualificação por parte de quem irá fazer a contratação.

4. CONCLUSÕES INAFASTÁVEIS SOBRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E À COMUNICAÇÃO: AMBIENTES DE TRABALHO ACESSÍVEIS E INCLUSIVOS

Tanto a CDPD quanto a LBI tratam a inclusão como um conceito sistêmico, orgânico e indivisível, que não admite inserções fracionadas ou hierarquizadas por tipo de diferença humana. Na prática, entretanto, dependendo de quem ou qual instituição interpreta a CDPD e a LBI, pessoas com deficiência não são tratadas como sujeitos de todo e qualquer direito, sem restrições.

O direito à informação e o direito à comunicação são exemplos de direitos considerados de menor valor, de implementação opcional e, consequentemente, adiável. A pandemia da Covid-19 não inventou a exclusão no *online*, mas a potencializou. O isolamento intensificou a comunicação virtual com falta de acessibilidade, ficando as perspectivas e as possibilidades de autonomia e emancipação de pessoas com deficiência subitamente ainda mais re-

duzidas. População tradicionalmente excluída por barreiras de comunicação, tornou-se ainda mais vulnerável, no mínimo por três razões:

a) a *internet* raramente oferece a interpretação da língua brasileira de sinais (Libras), a legendagem e a audiodescrição de maneira simultânea;

b) a produção de conteúdo considerada “de uso comum” está longe de ser compreensível para toda a população. Pesquisas da Universidade de Hamburgo mostram que, na Áustria e na Alemanha, cerca de 40% da população não têm capacidade cognitiva para interpretar plenamente uma notícia de jornal, ainda que sejam populações com altíssimo índice de alfabetização;

c) se, de acordo com a ONU, cerca de 80% da população com deficiência no mundo vive na pobreza em regiões como a América Latina, dificilmente esta parcela da sociedade terá acesso à *internet* de qualidade, por celular ou por rede fixa domiciliar. Dados do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil atestam que mais da metade da população brasileira não usa computador e cerca de um quarto não tem *internet* em suas casas.

Pessoas com deficiência têm sido submetidas a uma acelerada exclusão virtual trazida pela pandemia. Até as *fake news* decepcionam. Neste particular, estão alinhadas às reportagens sérias e à divulgação de pesquisas científicas. Textos de desinformação, reportagens e pesquisas científicas adotam idênticos critérios de exclusão. Desprovidas de acessibilidade, as *fake news* também revelam que, assim como a comunidade científica e o jornalismo sério, não consideram como seu público quem não enxerga, quem não ouve, quem não sabe ler ou quem não entende a linguagem rebuscada dos meios de comunicação sobre como se proteger do coronavírus Covid-19 e sua letalidade de proporções inimagináveis.

O hábito de se negar informação a quem não sabe ler, não consegue mais ler, não ouve e/ou não enxerga por qualquer razão tem se revelado em toda sua morbidez na virtualidade. E ataca também crianças, pessoas idosas, pessoas com transtornos globais de desenvolvimento, entre outras populações e grupos que, por alguma razão, não têm mobilidade ou autonomia motora para ligar a televisão ou segurar telas de qualquer tamanho.

A informação e a comunicação sustentam e protegem a conexão entre pessoas e grupos em todas as sociedades, e isso significa poder. Estar sem acesso à informação é estar sem poder. É viver eternamente em desvantagem. Quem não tem acesso aos conteúdos que circulam entre pessoas da mesma sociedade e comunidade religiosa, de vizinhança, bairro ou família fica em vulnerabilidade crescente.

Pensadores, filósofos e historiadores sempre alertaram sobre o poder da informação e da comunicação. A pandemia do coronavírus Covid 19 leva-nos à reflexão e à compreensão sobre a importância de informar e comunicar “honestamente” e de forma acessível, acrescentando-se, a todos e todas para tentar conter a infecção:

A história indica que a proteção real vem da troca de informação científica confiável e da solidariedade global. Quando um país é atacado por uma determinada epidemia, deve estar disposto a compartilhar honestamente as informações sobre o surto, sem medo de uma catástrofe econômica, ao passo que os outros países devem ser capazes de confiar naquela informação, dispondo-se a estender uma mão amiga em vez de deixar a vítima no ostracismo. Hoje, a China pode ensinar uma porção de lições importantes sobre o coronavírus para o mundo inteiro, mas isso demanda um alto nível de confiança e cooperação internacionais (Harari, 2020, p. 18).

Na sociedade da informação, quem não se expressa não existe, como demonstra o ciclo de negação do direito à informação e à comunicação: 1) a pessoa com deficiência não recebe informação; 2) torna-se desatualizada e desconectada; 3) sua opinião deixa de ser considerada; 4) suas contribuições são desprezadas; 5) não é mais percebida como parte da sociedade; 6) cada vez fica mais difícil obter informação.

Nas tragédias, como na pandemia do coronavírus Covid-19, o mundo apenas repete com mais vigor o que ele já faz todo dia: exclui. Por isso, sobreviver a uma calamidade é mais do que ter sorte. As decisões de quem escreve, vota e aprova políticas públicas e leis determinam o quanto cada população é atingida favorável ou desfavoravelmente pelas calamidades. O acesso à informação salva vidas.

No momento em que toda a trajetória de formulação e disseminação de estratégias e mecanismos para garantir equidade no contexto da diversidade foi interrompida tanto pela conjuntura política e econômica nacional quanto pelo isolamento imposto pela COVID-19, pessoas com deficiência foram atacadas no acesso a direitos. Vários são os questionamentos e muitas são as perguntas, sendo que algumas delas serão cada vez mais determinantes para os contratos de trabalho firmados com trabalhadores e trabalhadoras com deficiência, especialmente considerando que têm direito ao trabalho de sua livre

escolha em ambientes acessíveis e inclusivos, em igualdade de oportunidades com os demais trabalhadores (artigo 34 da LBI):

- A difusão de anúncios de emprego (públicos ou privados), em plataformas respectivas, nas etapas de recrutamento até a seleção e contratação de pessoas com deficiência atende aos recursos de acessibilidade simultânea da língua brasileira de sinais (Libras), legenda e audiodescrição, tal como determina o artigo 67 da LBI?
- As informações sobre as atividades a serem exercidas são precisas, estão em linguagem simples?
- Os anúncios de emprego são discriminatórios ao se referirem/preferirem/excluir alguma natureza de deficiência física, visual, auditiva, intelectual e mental?
- Há prática de formalizar o contrato de trabalho da pessoa com deficiência e habilitá-la para a função, tal como previsto no artigo 36, parágrafo 6º da LBI, evitando afirmações de que não encontrou profissional habilitado para o cargo oferecido?
- As plataformas utilizadas na educação/capacitação à distância dos trabalhadores e trabalhadoras e no teletrabalho ou trabalho remoto para reuniões e interações virtuais (não só aquelas dirigidas às pessoas com deficiência), disponibilizam, simultaneamente, a língua brasileira de sinais (Libras), legenda e audiodescrição, tal como determina o artigo 67 da LBI?
- Quais empresas e órgãos da administração pública já implantaram os ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos, tal como determinam os artigos 34 e 37 da LBI?
- Quais empresas e órgãos da administração pública de fato se interessam em conhecer as possibilidades de contribuição de pessoas com deficiência se, com frequência, respiram aliviadas com a possibilidade de elas trabalharem em casa com o desdobramento da pandemia?
- Ao disponibilizarem as atividades em teletrabalho ou trabalho remoto, as empresas e órgãos da administração pública se ocupam em aferir a acessibilidade dos ambientes domésticos transformados em ambientes de trabalho, tal como determina a LBI?
- Há iluminação suficiente? Há ergonomia no posto de trabalho, tal como determinam as normas de saúde e segurança no trabalho?
- Há acesso adequado à *internet* que proporcione acesso amplo ao sistema de cada empresa ou administração pública, de forma a não afetar a produtividade do trabalhador ou trabalhadora com deficiência?

- Há observância, para cada caso, da adaptação razoável em ambientes domésticos, sob pena de discriminação em razão da deficiência, conforme previsão do artigo 88 da LBI?
- Há boas práticas em andamento para prevenir o assédio moral dos trabalhadores e trabalhadoras com deficiência, preservando-lhes, inclusive, o direito à desconexão, com planos de trabalho ajustados entre as partes?
- As atividades do mundo jurídico, as sentenças, os acórdãos, os pareceres, as ações, os comunicados, as notas técnicas, as campanhas informativas, estão em linguagem simples e atendendo a todos os requisitos de acessibilidade?

A relação entre pobreza e deficiência, que já era dramática, vem se agravando desde março de 2020, quando o fluxo de informações - incluindo sobre o coronavírus Covid-19 - migrou repentinamente para a situação *on-line* sem acessibilidade comunicacional. A distância entre quem podia acessar as informações sobre prevenção e o tratamento da doença e quem não conseguia acessá-las por ser uma pessoa surda ou cega, por exemplo, foi se multiplicando. Sequer a Organização Mundial de Saúde (OMS) deu exemplo de acessibilidade comunicacional. Manteve a comunicação em seus pronunciamentos sobre o avanço do coronavírus Covid-19, sem a oferta de recursos de acessibilidade e, com isso, excluiu, metaforicamente, milhões de vidas de suas recomendações sobre como salvar vidas.

Nessa revolução cibernética, pessoas com deficiência vivendo abaixo da linha da pobreza e sem acesso à *internet* em suas casas e celulares ficaram sem saber como se proteger e a suas famílias. Alijadas do fluxo incessante de informações estratégicas que passaram a nortear as decisões de quase toda a população do mundo, chegaram possivelmente a sua maior taxa de exclusão da história: um massacre que vem sendo ignorado pela opinião pública e governos, pelas mídias sociais, o ativismo pelos direitos humanos e os especialistas de tecnologia da informação. Quem está sobrevivendo à pandemia do coronavírus Covid-19 no mundo é necessariamente, também, uma testemunha viva dessa violação, ainda que não a perceba ou dela tenha consciência.

A partir de 2021, o direito à informação e à comunicação não mais serão considerados como direitos secundários, opcionais ou adiáveis - é o nosso pensamento. Transformaram-se em ícone da garantia do direito à vida. Informação acessível vai virar linha de frente. Com isso, os desafios para implementar a CDPD estão mais grandiosos, porque necessariamente devem incluir, na prática, as duas possibilidades de a humanidade se conectar: a presencial e a virtual. Auspiciosamente, a CDPD é ampla o suficiente para

abraçar ambas as possibilidades de conexão humana. A população de pessoas com deficiência do mundo necessita de tecnologia social e assistiva *online* para exercer o direito à participação e desfrutar de justiça social. O horror do coronavírus Covid-19 é a nossa oportunidade de tornar o mundo virtual um espaço de comunicação sem barreiras. A comunicação acessível veio para ficar, como um importante legado da pandemia.

Para essa conclusão, aplica-se a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas que, ao tratar da sociedade civil na esfera do domínio público, propõe que se alterem as estruturas da comunicação desacopladas dos contextos densos e das interações simples entre pessoas. A comunicação não diz respeito somente à difusão de conteúdos e das tomadas de posição que ocorrem por meio dos veículos de comunicação, mas à ampla “circulação de mensagens compreensíveis, estimuladoras da atenção que asseguram certamente uma inclusão suficiente dos participantes” (Habermas, 1997, p.95).

O tema da inclusão de pessoas com deficiência por meio da informação e comunicação é um dos exemplos a exigir um grau maior de explicação e de aplicação de sistemas (língua falada e de sinais, linguagem simples, tecnologia de multimídia acessível, entre outros – Artigo 2 da CDPD), pois está além dos contextos formais e de códigos rígidos e comporta opiniões concretas e compartilhadas entre pessoas com e sem deficiência. Portanto, cabe à sociedade identificar os problemas, estimular sua compreensão, inclusive com provocações e controvérsias, e encontrar soluções dialogadas de maneira a efetivamente incluir a todos e todas:

Não é o aparelho do Estado, nem as grandes organizações ou sistemas funcionais da sociedade que tomam a iniciativa de levantar esses problemas, quem os lança são intelectuais, pessoas envolvidas, profissionais, radicais, advogados autoproclamados, etc. Partindo dessa periferia, os temas dão a entrada em revistas e associações interessadas, clubes, academias, grupos profissionais, universidades, etc., onde encontram tribunas, iniciativas de cidadãos e outros tipos de plataformas; em vários casos transformam-se em núcleos de cristalização de movimentos sociais e de novas subculturas.

Estes, por seu turno, têm condições de encenar e de dramatizar as contribuições, fazendo com que os meios de comunicação de massa se interessem pela questão. Pois, para atingir o grande público e a agenda pública, tais temas têm que passar pela abordagem controversa da mídia. Às vezes é necessário o apoio de ações espetaculares, de protestos em massa e de longas campanhas para que os temas consigam ser escolhidos e tratados for-

malmente, atingindo o núcleo do sistema político e superando os programas cautelosos dos “velhos partidos” (Habermas, 1997, p.115-116).

BIBLIOGRAFIA

GUGEL, Maria Aparecida. “Diálogos aprofundados sobre os direitos das pessoas com deficiência”, Belo Horizonte: Editora RTM, 2019.

_____. “Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público”- Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Direta e Indireta, 4ª edição, Belo Horizonte: Editora RTM, 2019.

HABERMAS, Jürgen. “Direito e Democracia: entre facticidade e validade,” vol II, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARARI, Yuval Noah. “Notas sobre a pandemia: e breves lições para o mundo pós-coronavírus”, 1ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MOVIMENTO DOWN. “Linguagem Simples,” guia. <http://www.movimentodown.org.br/2020/07/linguagem-simples-aprenda-a-comunicar-de-um-jeito-que-todos-entendam/>

WERNECK, Cláudia. “Covid-19 e a exclusão desnaturalizada”. <https://www.uol.com.br/ecoa/colunas/opinioao/2020/04/10/covid-19-e-a-exclusao-desnaturalizada.htm>

_____. “Covid-19 reforça a desigualdade brasileira.” <https://www.uol.com.br/ecoa/colunas/opinioao/2020/03/22/o-covid-19-reforca-a-desigualdade-brasileira.htm>

_____. “Qual o trabalho que você leva para casa?”. <https://oglobo.globo.com/opinioao/artigo-qual-trabalho-que-voce-leva-para-casa-24464412>

_____. PRATA, Pedro. “Trabalho inclusivo é o novo normal” <https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/2020/09/trabalho-inclusivo-e-o-novo-normal.shtml>

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A *DUE DILIGENCE*
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Ronaldo Lima dos Santos
Carolina Spack Kemmelmeier

Resumo: O presente trabalho tem como objeto a análise do denominado direito ao esquecimento na sociedade de informação, em âmbito nacional e internacional, à luz dos direitos humanos fundamentais e da Tese de Repercussão Geral, Tema 786, do STF. Para esse desiderato, analisamos os fundamentos, a dimensão e o conteúdo do direito ao esquecimento no Brasil e no campo internacional, com enfoque para a atual sociedade da informação e para os grandes casos internacionais. Após ponderamos criticamente sobre o entendimento esposado pelo STF e, por fim, perquirimos sobre o direito ao esquecimento e a *due diligence* nas relações de trabalho. Conclui-se que o direito ao esquecimento, não obstante seu estágio de construção jurídica, já possui assento no mundo jurídico, tendo plena aplicação no direito do trabalho, como um fator de preservação do direito à autodeterminação informativa e de da realização da pessoa humana em sua existencialidade e dos atributos da sua personalidade.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Direito de informação; Liberdade de expressão; Direito do Trabalho; *Due Diligence*.

Abstract: This work aims to analyze the so-called right to be forgotten in the information society, nationally and internationally, in the light of fundamental human rights and the General Repercussion Thesis, Theme 786, of the Constitutional Court in Brazil (Supremo Tribunal Federal). For this purpose, we analyze the foundations, dimensions and content of the right to be forgotten in Brazil and in other jurisdictions, with a focus on the current information society and on major international cases. After we critically consider the understanding adopted by the Brazilian constitutional court and, finally, we inquire about the right to be forgotten and due diligence in labor relations. It is concluded that the right to be forgotten, despite its stage of legal construction, already has a seat in the legal world, having full application in labor law, as a factor of preservation of the right to informative self-determination and of the realization of the human person in its existentiality and the attributes of its personality.

KEYWORDS: Right to be forgotten; Right of information; Freedom of expression; Labor law; Due diligence.

Sumário: 1. Concepções sobre o direito ao esquecimento na sociedade da informação. 2. Fundamentos do direito ao esquecimento. 3. Direito ao esquecimento e proteção de dados na União Europeia. 4. Direito ao esquecimento no Brasil 4.1. Direito de esquecimento: Tese de repercussão geral, Tema n. 786, do STF x direito fundamental. 5 Direito ao esquecimento nas relações de trabalho. 6. O direito ao esquecimento e *due diligence* em direitos humanos nas relações laborais. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto a análise do denominado direito ao esquecimento na sociedade de informação, em âmbito nacional e internacional, à luz dos direitos humanos fundamentais e da Tese de Repercussão Geral, Tema 786, do STF.

Para tanto, por meio de revisão bibliográfica, analisamos os fundamentos, a dimensão e o conteúdo do direito ao esquecimento no Brasil e no campo internacional, com enfoque para a atual sociedade da informação e para os grandes casos internacionais.

Após ponderamos criticamente sobre o entendimento esposado pelo STF e, por fim, perquirimos sobre o direito ao esquecimento e a *due diligence* em direitos humanos nas relações de trabalho.

1. CONCEPÇÕES SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O esquecimento pode ser uma pena perpétua ou uma libertação definitiva. Se na Roma Antiga o ostracismo era uma forma de punição, na hodierna sociedade, de perpetuação informativa de memórias sociais, o esquecimento pode ser um pressuposto para o desenvolvimento de uma existência digna e de potencialização de reconstrução da própria história de vida. O esquecimento como condição do constante devir do ser humano é uma categoria central na filosofia de Friedrich Nietzsche:

O que os outros sabem de nós. – Aquilo que sabemos de nós mesmos e que temos na memória não é tão decisivo para a felicidade de nossa vida como se pensa. Um dia cai sobre nós aquilo que outros sabem (ou acreditam saber) de nós – e então reconhecemos que isso é mais forte. É mais fácil lidar com sua má consciência do que com a sua má reputação.¹

Talvez a expressão “direito ao esquecimento” não possua ainda o condão de retratar a dimensão da limitação de determinadas memórias sociais, mas se consolidou após Gerard Lyon-Caen referir-se à expressão *le droit à l'oubli* para designar a “prescrição de fatos que já não são relevantes”, a “prescrição do silêncio”.²

Para designar esse direito, as terminologias adotadas em inglês é *right to be forgotten*, *the right to be alone*; em italiano *diritto all'oblio*; a língua francesa adota a expressão *droit à l'oubli*; em espanhol utilizam-se as expressões *derecho de supresión*; *derecho al olvido*.

Em muitas decisões judiciais sobre apagamento, ocultação ou proibição reavivamento de memórias sociais que tem como nítido conteúdo o direito ao

¹ NIETZSCHE, Friedrich. "The Gay Science". Translate by Jose Fine Nauckhoff and Adrian del Caro. Cambridge University Press, New York, 2001, p. 63.

² BOIZARD, Maryline. Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement. "Revue le cahiers de la justice". 2016. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm?ref=doi#xd_co_f=ODkyNDg4NTUtNzBmNC00OTlkLWE-1ZGMtMzQ1NjBIN2MyODA5~. Acesso em: 08 set. 2021

esquecimento, por vezes, a expressão não é usada, como nos notórios casos Lebach I e II, os quais veremos adiante.

Para François Ost o direito ao esquecimento corresponde a:

uma das facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal. Temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e recair no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído (OST, 2005, p. 161).³

Para Cécile Terwangne o direito ao esquecimento, correspondente ao direito ao apagamento ou limitação de acesso a informações pessoais após determinado período, e tem sua incidência debatida no campo jurídico em três vertentes: a) a esfera penal; b) a divulgação de informações em meios de comunicação (físicos e online); c) a proteção de dados pessoais.⁴

Maria Cristino de Cicco, por sua vez, propõe a classificação em gerações para lidar com essa variabilidade do alcance do direito ao esquecimento. A primeira delas abrange o direito de não ver republicada uma notícia, após o transcurso de um lapso temporal considerável e sem um interesse público atual para essa nova divulgação. A segunda geração do direito ao esquecimento, pós o advento da internet, envolve o direito de contextualizar a informação disponibilizada *online*, nos termos da decisão n. 5.525 de 2012 do Tribunal de Cassação Italiano. A terceira, por sua vez, corresponde ao direito de remover ou limitar acesso a dados pessoais em determinadas circunstâncias (caso Google Spain e Regulamento Europeu 679/2016)⁵.

No sentido desta terceira concepção, o Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 27 de abril de 2016, "*relativo proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*", dispõe expressamente sobre o direito ao esquecimento:

³ OST, François. "O tempo do direito". Bauru: EDUSC, 2005, p. 161.

⁴ TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. "Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC", n. 12, 2012. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/788/78824460006.pdf>; Acesso em: 10 abr. 2021

⁵ DE CICCIO, Maria Cristina. O direito ao esquecimento na experiência italiana. In: GUERRA, Alexandre et al (coords.). "Da estrutura à função da responsabilidade civil". Indaiatuba: Foco, 2021, p. 563 ss.

(65) Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o «direito a serem esquecidos» quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento. Em especial, os titulares de dados deverão ter direito a que os seus dados pessoais sejam apagados e deixem de ser objeto de tratamento se deixarem de ser necessários para a finalidade para a qual foram recolhidos ou tratados, se os titulares dos dados retirarem o seu consentimento ou se opuserem ao tratamento de dados pessoais que lhes digam respeito ou se o tratamento dos seus dados pessoais não respeitar o disposto no presente regulamento.⁶

Pela perspectiva dos direitos humanos fundamentais, o direito ao esquecimento é associado à proteção do direito à privacidade, intimidade, honra e imagem e, conseqüentemente, à proteção e promoção da personalidade e da dignidade em suas múltiplas dimensões. Porém, não se pode confundir a sua natureza autônoma e sua ontologia em face destes demais direitos. Talvez seja este o grande desafio enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias e internacionais.

A priori, o direito ao esquecimento possui os seguintes requisitos essenciais: a) a licitude e/ou veracidade da informação, pois, na hipótese de informações inverídicas ou ilícitas as normas pátrias já possuem disposições reparadoras, compensatórias e inibitórias; b) a fluência de determinado lapso temporal entre o fato e a sua divulgação; c) a irrelevância, inadequação, descontextualização, inconveniência e ausência de interesse público ou social na sua publicação tardia ou republicação. Pode-se acrescentar também, como um sintoma inerente ao direito ao esquecimento, a repercussão na vida do seu titular e a influência na reconstrução da sua vida e realização como pessoa humana.

Com base nos elementos acima citados, podemos conceituar o direito ao esquecimento como a faculdade jurídica de autodeterminação informativa pelo o qual o seu titular tem o direito de instar os responsáveis ao apagamento, ocultação, desindexação de seus dados pessoais das redes de comunicação ou a proibição de veiculação de situações, fatos ou circunstâncias pertinentes à sua vida, ainda que as informações sejam lícitas e verídicas, mas que, pelo decurso do tempo, apresentam-se irrelevantes, inadequadas, descontextualizadas, inconvenientes, e sem interesse público ou social atual, e/ou cuja di-

⁶ UNIÃO EUROPEIA. "Regulamento 2016/679", 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 10 abr. 2021

vulgação não mais é necessária para a finalidade que a motivou na origem, mas que, trazidas à lume, em determinado momento, possuem o condão de obstar a realização da pessoa humana do titular em sua realização existencial e nos atributos da sua personalidade.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A fundamentação inicial para o reconhecimento do direito ao esquecimento é o repúdio à aplicação de uma pena perpétua, seja essa sanção de matriz jurídico-penal, seja a reprovação social. Discussão essa já presente no século XIX como aparece na obra literária A Letra Escarlate, de Nathaniel Hawthorne, publicado em 1850⁷.

Desse modo, em um primeiro momento, o direito ao esquecimento foi debatido no campo das condenações criminais e sua existência é compreendida como elemento relevante do direito do egresso à ressocialização.

Nessa chave de leitura é atribuído ao indivíduo o direito de, após certo tempo do cumprimento da pena (ou da sua absolvição), a que a informação não seja divulgada em certidões judiciais, nos termos dos art. 63, 64 e 94 do Código Penal, que tratam da reincidência e da reabilitação, e do art. 748 do Código de Processo Penal, que versa sobre a reabilitação, *in verbis*:

Reincidência

Art. 63 – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 64 – Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁷ MORATO, Antonio Carlos; DE CICCIO, Maria Cristina. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). "Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira." São Paulo: LiberArs, p. 77-102, 2015.

Reabilitação

Art. 93 – A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Da Reabilitação

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

O direito ao esquecimento constitui, assim, elemento essencial da reabilitação social. A reabilitação criminal tem como objetivo possibilitar ao indivíduo, outrora condenado, a sua ressocialização. Para a efetivação da reintegração à sociedade, prevê a legislação o retorno jurídico ao seu *status quo ante*, ou seja, com a retirada da sua folha de antecedentes criminais e das certidões respectivas, as anotações pertinentes à (s) condenação (ões) anterior (es).

Na mesma linha, a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), reassegura o direito ao esquecimento como instrumento de ressocialização e de não perpetuação da pena, como se observa de seu artigo 202, *in verbis*:

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Como se verifica, o direito ao esquecimento possui raízes longínquas na seara jurídica. O debate jurídico sobre esse tema ganha uma outra camada de complexidade quando há informações veiculadas em meios de comunicação de massa como televisão, rádio, jornais ou livros sobre pessoas envolvidas em condutas criminosas e há a confrontação com outros direitos fundamentais como o direito à informação e liberdade de expressão no contexto jornalístico e histórico. Um exemplo dessa situação seria um livro, matéria jornalística impressa ou programa televisivo, que anos após a reabilitação penal ou absolvição tem como objeto um crime cometido e os sujeitos envolvidos nesse fato.

Na França, foi nesse contexto que o termo direito ao esquecimento foi proposto pela primeira vez por Gérard Lyon-Caen em 1966. Tratava-se de um comentário do jurista sobre uma decisão judicial, em que a autora da ação

solicitava a exclusão de seu nome de um livro que tinha como tema central um assassino em série (Landrau) e em que era mencionado seu nome e sua relação amorosa com este.⁸

O tema do direito à informação e liberdade de expressão nos meios de comunicação *versus* direito ao esquecimento também se faz presente em casos em que matérias jornalísticas que retomam aspectos da vida pretérita do sujeito e possam ser potencialmente constrangedores, independentemente de sua associação a uma conduta tipificada penalmente.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO E PROTEÇÃO DE DADOS NA UNIÃO EUROPEIA

Com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e a ampliação do acesso à internet e do uso das redes sociais, o debate jurídico sobre o direito ao esquecimento ganha novas camadas diante da perenidade da informação veiculada e da facilidade de acesso por meio dos mecanismos de busca.

Na atual sociedade da informação, coloca-se, assim, a discussão sobre um direito ao esquecimento que abrigaria medidas como o apagamento de endereços eletrônicos, a exclusão ou desindexação de resultados em mecanismos de buscas online e de dados pessoais divulgados em redes sociais e da correspondente atribuição de deveres jurídicos e responsabilidades.

Portanto, na denominada sociedade da informação, há uma recolocação do debate sobre o acesso a dados pessoais, notadamente as sensíveis, como parte da releitura do direito à privacidade, de modo a incluir em seu campo o direito de controlar as próprias informações e de determinar o modo de construir a própria esfera privada (MORATO; CICCIO, 2015).⁹

Especificamente sobre a proteção de dados pessoais, esse direito integra a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 8º:

Artigo 8.o Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou

⁸ BOIZARD, Maryline. Le temps, le droit à l'oubli et le droit à l'effacement. "Revue le cahiers de la justice". 2016. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm?ref=doi#xd_co_f=ODkyNDg4NTUtNzBmNC00OTlkLWE-1ZGMtMzQ1NjBIN2MyODA5~. Acesso em: 05 jun. 2021.

⁹ MORATO, Antonio Carlos; DE CICCIO, Maria Cristina, ob. cit.

com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.¹⁰

Observa-se nesse dispositivo normativo que o direito à proteção dos dados pessoais pressupõe um tratamento leal, para fins pré-determinados e específicos, consentimento prévio ou fundamentação legítima prevista em lei, direito a ter conhecimento aos dados coletados e a sua retificação, bem como a existência de uma autoridade independente no âmbito nacional para a fiscalização do cumprimento destes direitos.

No âmbito da União Europeia, pode-se assinalar como um *leading case* internacional referente ao direito ao esquecimento o caso envolvendo a Google Spain S.L, Google Inc., a Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González (C-131/12), julgado em 31.05.2014.

Mario Costeja González, cidadão espanhol, ajuizou ação contra a editora La Vanguardia Ediciones SL1 e contra as empresas Google Spain e Google Inc. perante a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD). Alegou que o mecanismo de busca do Google expunha um anúncio de Leilão imobiliário por ele sofrido após processo por dívidas previdenciárias. O anúncio estava contido em duas páginas do Jornal La Vanguardia, de janeiro e março de 1998. A AEPD recusou o pedido de remoção ou alteração das páginas específicas para a proteção dos dados pessoais do autor pela La Vanguardia, por considerar que as informações foram publicadas legalmente. Porém, a AEPD acolheu o pedido para que as empresas Google Spain e a Google Inc. procedessem à remoção ou ocultação dos dados pessoais do autor, por meio de desindexação dos dados e dificuldade dos futuros acessos.¹¹

No âmbito da Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) procedeu-se à interpretação da Diretiva 95/462. A referida corte considerou que a

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012P%2F-TXT>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA ESPANHA. Acórdão no processo C-131/12. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dc1b1e-25843231441691a0d06b54e75bc4.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3yLe0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=688379>. Acesso em: 05 set. 2021.

atividade de processamento de dados (indexação, armazenamento e disponibilização) presente nos mecanismos de busca da internet, pode afetar significativamente os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados, devendo efetuar-se um equilíbrio justo entre o interesse legítimo dos internautas na informação e os direitos fundamentais da pessoa, ao abrigo dos artigos 7.º³ e 8.º⁴ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹²

Decidiu o Tribunal que a melhor interpretação do artigo 2º alínea, b, da Diretiva 95/46 é no sentido que se qualifica como “tratamento de dados pessoais” e que o operador do motor de busca deve ser considerado como “responsável” pelo respectivo tratamento, de forma que lhe compete remover os links para páginas web e demais informações, publicadas por terceiros e contendo dados pessoais relativos a uma pessoa, resultante da pesquisa ligada ao seu nome. Esa remoção pode se dar mesmo nas hipóteses nas situações nas quais a publicação em si seja lícita e precisa, uma vez que o decurso do tempo pode torná-las inadequadas, irrelevantes ou excessivas em relação à finalidade original para a qual foram processadas e, assim, incompatíveis com a Diretiva.¹³

Posteriormente a esse *leading case*, acrescenta-se ao direito ao esquecimento a dimensão de direito ao apagamento dos dados pessoais, nos termos previstos no art. 17 do Regulamento 2016/679 (Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia), aprovado em 2016, e em vigor desde 2018:

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:
 - a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
 - b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6., n. 1, alínea a), ou do artigo 9., n. 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
 - c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21., n. 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21., n. 2;
 - d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;

¹² *Idem. Ibidem. Loc. cit.*

¹³ *Idem. Ibidem. Loc. cit.*

- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8., n. 1.
- 2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a eliminá-los nos termos do n.º 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de carácter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.
- 3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:
 - a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
 - b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
 - c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9., n.º 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9., n.º 3;
 - d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89., n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
 - e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.¹⁴

O referencial jurídico europeu se coloca como inspiração para a regulamentação desse tema no Brasil, notadamente para a Lei Geral de Proteção de Dados, conforme se analisa a seguir.

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. "Regulamento 2016/679", 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 10 abr. 2021

4. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

No Brasil, o direito ao esquecimento na vertente da proteção de dados por meio de seu apagamento foi previsto no Marco Civil da Internet (art. 7º, inc. X da Lei 12.965/14), ao assegurar ao usuário a exclusão definitiva de dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvada as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos em lei.

Em um segundo momento, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/18, art. 5º, inc. I e II) contribui para o desenvolvimento deste tema ao definir legalmente como dado pessoal toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável e como dado pessoal sensível aquela informação que contemple origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural

E mais, este marco regulatório estabelece o direito do titular do dado à eliminação dos dados pessoais, mesmo no caso de consentimento prévio a sua coleta e tratamento (art. 18), salvo nos casos de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, uso por órgão de pesquisa, transferência a terceiro ou uso exclusivo como dado anonimizado pelo controlador, sem acesso por terceiro (art. 16), em consonância com o referencial europeu sobre essa matéria.

Vale salientar que, além das disposições supracitadas, o direito ao esquecimento para além da dimensão penal já era previsto em diversos e modernos diplomas normativos. A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) prevê a “alforria informativa” do consumidor, limitando temporalmente as informações negativas ao período de 5 (cinco) anos, em seu artigo 43, § 1º ipsis litteris:

Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

(...)

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Uma semente não se torna uma árvore se não for protegida dos solos arenosos e dos obstáculos, reais ou virtuais. Neste aspecto, a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) preconiza algo que antecede ao esquecimento – o direito ao anonimato -, garantindo consequente o direito ao esquecimento (de retirada de dados e informações que nem deveriam ter ingressado no domínio público) quanto a tutela da privacidade, da imagem das crianças e adolescentes, como se verifica de seus normativos:

Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

Art. 144. A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.

Assim, constata-se o desenvolvimento de uma noção cada vez mais dinâmica de privacidade, que passa a incluir a o poder de autodeterminação informativa, ou seja, de manter o controle sobre os dados pessoais e como eles circulam e são utilizados como desdobramento do direito à identidade pessoal.¹⁵

Desse modo, a intitulada sociedade da informação e o acesso global e indefinido à informação – inclusive dados pessoais sem relevância pública ou histórica – trouxe como questão relevante para o campo jurídico o desenvolvimento do gerenciamento dos dados pessoais de modo socialmente res-

¹⁵ MORATO, Antonio Carlos; DE CICCIO, Maria Cristina, ob. cit.

ponsável, ou seja, apto a colocar o titular do dado no controle de seu destino digital, sua reputação *online* e de suas repercussões na vida social.¹⁶

Nesse cenário, interessa a análise destas repercussões normativas nas relações laborais e como o direito ao esquecimento em relação aos dados pessoais e o reconhecimento da autodeterminação informativa pela LGPD estabelecem limites ao poder privado do empregador nas relações laborais na perspectiva da *due diligence* em direitos humanos.

4.1. DIREITO DE ESQUECIMENTO: TESE DE REPERCUSSÃO GERAL, TEMA N. 786, DO STF X DIREITO FUNDAMENTAL

No Supremo Tribunal Federal, por enquanto, o direito ao esquecimento foi objeto de julgamento no Recurso Extraordinário, com repercussão geral, nº 1.010.606, no notório caso Aída Curi.

Aída Jacob Curi foi vítima de estupro e feminicídio cometido por três rapazes que a lançaram do alto do edifício Rio Nobre no Copacabana, Rio de Janeiro, em 1958. Um deles foi condenado no terceiro julgamento; um absolvido e desaparecido e o último, que contava com menos de 18 anos na data do crime, fora encaminhamento a uma instituição de assistência à criança e ao adolescente.

No ano de 2004, a Rede Globo de Televisão veiculou, após quase meio século da ocorrência do crime, veiculou-o no Programa Linha Direta Justiça, efetuando a reconstituição dos fatos e expondo a história, a imagem e a memória de Aída Curi.

Diante desta exposição, os irmãos de Aída Curi ingressaram na Justiça em face da Rede Globo de Televisão, pleiteando danos morais diante do direito ao esquecimento da história de sua irmã, após quase 50 anos dos fatos, considerando não existir razão para o revolvimento da história e a exposição da memória de Aída Curi e de seus familiares, tendo em vista que ela já haveria caído no esquecimento da sociedade e a inexistência de interesse público e de razão para o revolvimento do caso. A demanda fora julgada improcedente em todas as instâncias, tendo o Superior Tribunal de Justiça ponderado que o crime, e seus respectivos fatos, era conhecimento público geral, já tendo sido intensamente divulgado pela imprensa à época e que haveria inclusive

¹⁶ MORIN J.-H., Towards Socially-Responsible Management of Personal Information in J.G. Breslin et al. (eds) Social "Networks, BlogTalk 2008/2009", LNCS 6045, Springer, p.108-115, 2010.

interesse social na veiculação e debate do ocorrido, tal como procedido pela Rede Globo de Televisão.

A história apresentada pela televisão já não mais fazia mais parte do conhecimento comum da sociedade, nem havia interesse do público a essa informação. O juízo de 1º grau julgou pelo indeferimento da pretensão. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a sentença recorrida, alegando que os fatos, objeto da causa, eram de conhecimento público geral, amplamente divulgado pela imprensa na época, e que a TV Globo teria, somente, cumprido com sua função social de informar e debater o aventado caso.

Interposto Recurso Extraordinário, a Suprema Corte brasileira julgou improcedente a demanda, valendo reproduzir a ementa do acórdão:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça. 2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como *droit a l'oubli* ou *right to el et alone*, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet. 3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem

do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento. Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, lícitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito.

5. A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, lícitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

6. O caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aínda Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao presente recurso. Não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares. Recurso extraordinário não provido. (...)

Como item 8¹⁷ da Ementa acima, que preferimos colocar em destaque abaixo, o STF fixou a tese de repercussão geral, tema 786, assim esposada:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no

¹⁷ No original do acórdão parece haver um erro de numeração, já que não consta o número 7 (sete).

exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais — especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral — e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

A decisão do STF envolveu a ponderação de direitos fundamentais, tendo, de um lado a liberdade de expressão, de informação e o direito de imprensa e, do outro, a inviolabilidade da imagem, da privacidade demais atributos da personalidade convergentes para o direito ao esquecimento.

Na fundamentação adotada a passagem do tempo, por si só, não obstaría o direito à informação quanto a fatos verídicos e obtidos de modo lícito para fins de publicação em meios de comunicação. Neste juízo de ponderação, considerou-se que esta concepção de direito ao esquecimento não seria compatível com o ordenamento jurídico nacional, devendo-se analisar a violação aos atributos personalíssimos em cada situação concreta, nos termos das legislações penal e cível. Não obstante a Tese de Repercussão Geral, Tema n. 786, do STF, algumas reflexões devem ser trazidas a lume.

Atualmente, o reconhecimento do direito ao esquecimento como direito humano fundamental, a despeito de já ter reconhecimento em âmbito internacional, como vimos alhures, ainda encontra no ordenamento jurídico brasileiro as mesmas resistências e obstáculos jurídicos que outrora enfrentaram determinados direitos, *v.g.* a indenização por danos morais. É típico dos ordenamentos romano-germânicos a existência de um *delay* normativo entre a evolução da complexidade social e o reconhecimento de determinados direitos.

O direito ao esquecimento deve ser compreendido dentro do rol dos atributos da personalidade e da liberdade de autodeterminação; é corolário direto do princípio da dignidade humana, constando assim do rol material dos direitos fundamentais, consoante se extrai dos princípios e regras da Consti-

tuição Federal de 1988 (art. 1º, V; 3º, I; 4º, II; 5º, V, X, XLI)¹⁸; desta forma, a posição do Supremo Tribunal Federal, esposada na Tese de Repercussão Geral, Tema 986, merece melhor interpretação, podendo, no máximo, na lógica esposada pela Suprema Corte, referir-se a um direito ao esquecimento abstrato e genérico, mas não ao reconhecimento de um direito ao esquecimento em situações determinadas, consoante a análise de casos concretos, nas hipóteses em que a liberdade de expressão, o direito de imprensa e o direito à informações foram exercidos com abuso de poder, desvio de finalidade, vazio informativo, intuito discriminatório, punitivo ou que o decurso do tempo tenha as tornado inadequadas, irrelevantes ou excessivas em relação aos objetivos que lhes deram origem.

O direito ao esquecimento tem dimensão que vai além da mera tutela repressora, inibitória ou compensatória de condutas antijurídicas que violem os atributos da personalidade, como a honra, a imagem e a privacidade das pessoas, mas abrange também condutas lícitas e informações verídicas, mas que, por circunstâncias temporais ou peculiares, ocasionam danos para a existência, o direito de autodeterminação, de recuperação psicossocial do atingido.

Na ponderação de interesses, não constitui a melhor técnica jurídica e social, a extinção ou esvaziamento de um direito em detrimento da supremacia do outro, mas a conservação e conciliação dos núcleos essenciais de cada direito fundamental na maior escala possível.

Foi exatamente por meio da ponderação de interesses que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha deliberou no notório caso *Lebach*. E é

¹⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...); Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos (...);

(...) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...).

precisamente esta decisão que Robert Alexy cita como exemplo de sopesamento de princípios fundamentais:

Anteriormente foi demonstrado que as colisões entre princípios devem ser resolvidas por meio da definição de uma relação de precedências condicionadas. Como exemplo foi utilizado o caso Lebach, no qual o Tribunal Constitucional Federal solucionou a colisão entre a proteção da personalidade (P_1) e a liberdade de informar via radiodifusão (P_2) por meio da aceitação de uma precedência de P_1 no caso de uma “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação” que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C_2).

(1) ($P_1 \text{ P } P_2$) C_2 ,

Segundo a lei de colisão, desse enunciado decorre uma regra:

(2) $C_2 - R$,

a qual, sob as condições de C_2 , comina a consequência jurídica de P_1 (R).¹⁹

Como se verifica na hipótese de Alexy, a decisão final traz um sopesamento de um princípio em face de outro, mas mantém seus núcleos valorativos essenciais. Considerou o Tribunal Alemão, no caso Lebach, que o direito de personalidade (P_1), em determinadas circunstâncias (C_2) tem precedência condicionada (P) em face da liberdade de informação via radiodifusão repetitiva após determinado período de tempo (C_2) deve ter uma determinada consequência jurídica (R), *in casu*, limitação em face de (P_1) = P_1 (R).

A decisão do STF, num primeiro momento, ao invés de primar pela ponderação de direitos fundamentais leva a considerar a possibilidade de negação do próprio direito ao esquecimento, o que, pode-se vaticinar, em face do desenvolvimento das tecnologias de informação, levará necessariamente a uma futura revisão. Aliás, na lógica jurídico-filosófica não constitui boa técnica extrair de premissas específicas (casos concretos) regras gerais e abstratas. A dificuldade de delimitar o direito ao esquecimento não necessariamente condiz com a sua negação. Se, em determinadas situações a definição de seus limites possui alto grau de dificuldade, em outras, como nos casos de crimes e abusos contra crianças e adolescentes, é premente a

Em sentido inverso, seguindo um juízo de ponderação, consoante a forma de Alexy, o direito ao esquecimento não pode jamais levar à negação ou à

¹⁹ ALEXY, Robert. "Teoria dos direitos fundamentais". Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 164.

limitação indevida do direito de informação e da liberdade de expressão, pois, tal circunstância equivaleria a uma censura, típica de regimes autoritários. A ponderação de interesses preserva e legitima um regime democrático.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, não somente julgou o caso Lebach, usado como exemplo por Alexy para demonstrar a preponderância do direito de personalidade sobre o de informação, como em circunstâncias distintas, (C_3), por assim dizer, adotou a fórmula, usando o paradigma de Alexy, ($P_2 \text{ P } P_1$) C_3 . Assim, o direito à informação prevaleceu sobre o direito ao esquecimento. Veja-se que, as decisões da corte alemã não extinguiram nenhum dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico, mas apenas formulou juízos de ponderação diversos a partir das circunstâncias específicas.

Não obstante a falta de espaço para a discussão dos casos Lebach I e II, vale considerar que se tratava de hipóteses de divulgação televisiva de documentários sobre quatro soldados que foram assassinados, em 1969, num vilarejo denominado Lebach. Dois réus foram condenados à prisão perpétua e um terceiro a seis anos de prisão, por ter participado dos atos preparatórios. Consoante as circunstâncias do caso examinado na corte, em 1972, esta considerou que a ausência de significado e de interesse público, bem como o decurso do tempo, na exibição de documentário sobre o crime, ainda que notório feria o direito de personalidade por comprometer a ressocialização do indivíduo. Entretanto, em 1996, a mesma corte, diante de uma nova exibição de documentário sobre o crime por outra emissora, considerando aspectos específicos e contemporâneos à divulgação, considerou inadequado a proibir a exibição de programa sobre crime notório, mesmo após considerável transcurso do tempo, quando não acarretasse prejuízo para a ressocialização dos autores do crime, concedendo, assim, prevalência à proteção da liberdade comunicativa e de radiodifusão.²⁰

5. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Na sua fundamentalidade, o direito ao esquecimento tem especial relevância nas relações de trabalho, pois, a centralidade do trabalho é uma característica do sistema capitalista de produção, sendo um fator de determina-

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "Boletim de Jurisprudência Internacional: Direito ao Esquecimento," 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/BJI%20-%205%20-%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 06 set. 2021.

ção histórica, pessoal e existencial dos indivíduos, seja por questão de mera subsistência, seja por poder constituir um fator de realização pessoal. De qualquer modo, o trabalho por conta de outrem, livre e pessoal, com ou sem vínculo empregatício, é a forma predominante de prestação de labor desde o advento do capitalismo industrial.

Nesta dinâmica, as memórias prejudiciais possuem uma complexidade e uma peculiaridade inerentes à alteridade, filosoficamente falando, e à inserção na dinâmica de uma organização empresarial alheia. Tais memórias podem tanto prejudicar o ingresso na relação de trabalho, bem como a manutenção da relação jurídica de trabalho, como, também a vida pós-contratual do trabalhador. Equivale a dizer, nas relações laborais, o direito ao esquecimento pode incidir na fase pré-contratual, contratual e pós contratual.

O momento anterior à celebração do contrato de trabalho é especialmente sensível em relação a esse tema, uma vez que a candidata ou candidato em processo seletivo pode ter interesse jurídico legítimo de que o possível futuro empregador não tenha acesso sobre informações como antecedentes criminais, processos criminais em que haja absolvição, reclamações trabalhistas pretéritas ou atuais, participações em grupos ou manifestações políticas, participação em programa televisivo ou jornalístico em que expressou opinião pessoal e questões pessoais e familiares divulgadas em meios de comunicação e redes sociais.²¹

Isso porque, é de conhecimento notório que diversas organizações produtivas fazem uma triagem online sobre a vida passada e presente de seus candidatos e adotam as informações coletadas como elementos para tomada de decisão sobre a contratação.

Pesquisa realizada pela Microsoft identificou que 75% dos recrutadores e setores de recursos humanos realizam pesquisas online sobre pessoas envolvidas em processos de seleção para postos de trabalho. Para tanto, são usados motores de busca, redes sociais, blogs, websites pessoais e jogos online. E mais, informaram que 70% já rejeitaram um candidato em virtude das informações coletadas.²²

²¹ MOLINA, André Araújo; HIGA, Flávio da Costa. Direito ao esquecimento nas relações de trabalho. "Revista de Direito do Trabalho", v. 195, p. 63-109, nov. 2018; STUDART, Ana Paula Didier; MARTINEZ, Luciano, ob. cit.

²² ROSEN, Jeffrey. The Web Means the End of Forgetting. "The New York Times", 21.07. 2010. Disponível em: http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0. Acesso em: 10 abr. 2021

Outro contexto em que o direito ao esquecimento seria aplicável às relações laborais diz respeito a informações veiculada em meios de comunicação sobre o término contratual devido à conduta do trabalhador, seja por justa causa ou não, também afetando suas chances de recolocação no mundo do trabalho.

Embora o art. 29 da CLT assegure o direito ao esquecimento na medida em que não autoriza ao empregador a anotação do motivo da extinção contratual na CTPS, o fato pode se tornar acessível a futuro empregadores pelas novas tecnologias de informação e comunicação. Também como corolário do direito ao esquecimento, não constitui direito do empregador a perpetuação da pena do empregado mediante o fornecimento de informações, por qualquer meio de comunicação, a respeito da falta grave cometida. Um dos aspectos do direito ao esquecimento nas relações de trabalho é a vedação do *bis in idem* punitivo. Aplicada a falta grave, conseqüentemente a perda de direitos, o trabalho não pode ser dupla e perpetuamente condenado por meio da divulgação dos fatos. Veja-se que, no próprio âmbito penal, tem-se o direito ao esquecimento como fato de ressocialização, sendo que a mesma. Aliás, a situação pode ensejar tanto a inacessibilidade e não divulgação dos dados pelo empregador, como até mesmo o direito o pagamento de indenização por danos morais e materiais, principalmente nas hipóteses evidenciadas como “perda de uma chance”.

Um fator dificultador do debate sobre o direito ao esquecimento, principalmente nas relações laborais, é a ponderação de interesses baseada em entendimentos de tudo ou nada, de negação ou aceitação, sendo que, na seara dos direitos fundamentais, o sopesamento de valores propicia uma ampla gama de valoração e modulação de casos concretos. Por exemplo, evidente que determinado indivíduo possa ter cometido um crime, cumprido sua pena e se ressocializado, podendo ser titular de um direito ao esquecimento em determinado campo social, onde não se vislumbra relevância, adequação e pertinência da divulgação posterior, mas sofrer modulação em determinadas situações em que o interesse público torna relevante o acesso aquela informação. Assim, é possível que o direito ao esquecimento sofra modulações quanto a questões de acesso amplo ou limitado aos dados e outras formas de dimensionamento, não obstante cada vez mais difíceis num mundo totalmente conectado em rede.

É também de difícil modulação a inserção da divulgação de determinada situação, fato ou circunstância de vida de um indivíduo no direito ao

esquecimento pura e simplesmente, como, v. g., um pedido de retirada, ocultação ou desindexação de páginas, ou no direito à intimidade ou à vida privada, apenas com limitação de acesso aos respectivos dados e informações, mediante um interesse legítimo fundamento e justificado ou o preenchimento de certos requisitos.

O direito à privacidade e à autodeterminação informativa em matéria nas relações laborais também é positivado no âmbito normativo brasileiro a partir da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). O debate jurídico nesse campo tende a se concentrar em relação a dois pontos: a) qual a extensão desta privacidade e autodeterminação informativa; b) como resolver a contraposição entre estes direitos e outro direito ou legítimo interesse associado ao poder diretivo do empregador.

A questão de fundo que se coloca é, conforme observa Alain Supiot, como respeitar a liberdade e dignidade do empregado quando este está submetido a um poder privado também reconhecido pela ordem jurídica capitalista?²³

O Direito Liberal do século XIX, fundado na autonomia da vontade das partes e no vínculo contratual entre sujeitos de direito formalmente livres e iguais, compreende o trabalho como um bem. O Direito Social, por sua vez, se caracteriza pela inserção gradativa da dimensão corporal, e, portanto, extrapatrimonial do trabalho, entre as categorias do direito obrigacional. Em síntese, o Direito do Trabalho se constituiu e se desenvolveu, por meio da inserção gradual de valores não-patrimoniais em uma relação de mercado.²⁴

O Direito do Trabalho, portanto, é perpassado pelo paradoxo e uma antinomia basilar entre a concepção de patrimonialidade do trabalho e as reivindicações para o reconhecimento e para a tutela jurídica da suprapatrimonialidade dos corpos humanos por meio do reconhecimento de direitos humanos nas relações laborais.

E mais, se a concepção jurídica da relação empregatícia se define, desde sua origem, como aquela em que um sujeito exerce o comando e outro deve obediência àquele, isso significa que a questão do poder ocupa o centro do Direito do Trabalho e que este tem como primeira razão de ser civilizar o poder privado ao lhe atribuir um marco jurídico fundado na concepção de justiça social. Nesse sentido, a análise do regime jurídico do poder diretivo passa pela compreensão do “estatuto jurídico do corpo do trabalhador em uma rela-

²³ SUPIOT, Alain. " Critique du droit du travail". Paris: Puf, 2007.

²⁴ SUPIOT, Alain, op. cit.

ção laboral” e pela ampliação gradativa dessa tutela jurídica para incidir não somente sobre a dimensão da segurança física e segurança econômica, mas também sob a perspectiva da liberdade e da identidade do trabalhador²⁵

O debate sobre a caracterização da esfera privada do trabalhador, bem como, dos limites do poder diretivo do empregador é travado há tempos na doutrina e na jurisprudência. Entretanto, observa-se que nos últimos anos essa temática voltou a mobilizar os tribunais europeus, notadamente na França, diante das transformações no mundo do trabalho e, também, de um novo debate na perspectiva do Direito pautado por interpretações jurídicas focadas em uma concepção renovada do conceito de sujeito²⁶.

Pode-se sistematizar três diretrizes a partir da análise das decisões judiciais francesas sobre a conciliação entre vida pessoal do trabalhador e limites do poder privado do empregador:

Regra da indiferença relativa à vida do empregado fora da empresa, onde, em princípio, não há deveria haver atuação do poder do empregador;

Regra da preservação das liberdades fundamentais no seio da empresa;

O princípio da conciliação dos interesses da empresa e dos direitos fundamentais dos trabalhadores quando entre eles ocorrer interferência.²⁷

A proteção da vida pessoal do trabalhador frente a questões alheias à atividade da empresa pauta-se pela concepção de que o sujeito deve desfrutar de ampla liberdade para suas escolhas pessoais, sem interferência do poder do empregador. Todavia, há casos em que o exercício dessa liberdade afeta os denominados interesses da empresa. Surge então a necessidade de compatibilização dessas perspectivas, desde que haja um motivo jurídico legítimo e objetivo a respaldar o interesse empresarial.

A partir dessa apresentação identificamos dois desdobramentos associados ao direito à privacidade, autodeterminação informativa e direito ao

²⁵ *Idem. Ibidem.*

²⁶ PERRAKI, Panagiota. "La protección de la vie personnelle du salarié em droit comparé et européen". Tese de Doutorado. Universidade de Estrasburgo. 2013. Disponível em: <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/99/71/55/PDF/PERRAKI_Panagiota_2013_ED101.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁷ ALVES, Ricardo de Paula. Vida pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador: considerações sobre a experiência do direito francês. "Revista de direito do trabalho", São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, out./dez. 2001.

esquecimento nas relações laborais. O primeiro deles diz respeito ao reconhecimento de deveres jurídicos a terceiros alheios à relação contratual empregatícia, para a não republicação de matérias jornalísticas após determinado período de tempo em casos de ausência de interesse público, para a remoção de conteúdo online, para a retificação de conteúdo online ou para desindexação de conteúdo online, de modo a proteger instrumentalmente bens jurídicos como a privacidade e a reputação que possam repercutir sobre a vida profissional dos trabalhadores.

Outra hipótese distinta é a análise quanto ao dever jurídico patronal, seja na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual de se abster de coletar dados pessoais que não sejam objetivamente necessários para o desempenho da atividade laboral. Trata-se, portanto, de um aprofundamento do debate sobre direito ao esquecimento e a diferenciação entre vida privada, vida pessoal e vida profissional em uma sociedade de informação e sobre como a perspectiva da *due diligence* em direitos humanos indica limites jurídicos ao poder empregatício nesse contexto.

6. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E *DUE DILIGENCE* EM DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES LABORAIS

O direito ao esquecimento e a autodeterminação informativa no campo das relações laborais e busca pela resposta jurídica adequada para esse tema, especialmente quanto aos deveres jurídicos patronais, deve ser analisada a partir dos diversos referenciais dos direitos humanos, como os Princípios Orientadores para Direitos Humanos e Empresas, com ênfase para a *due diligence* em direitos humanos por parte das empresas.²⁸

Esse enfoque possui os seguintes fundamentos: a) reconhecimento de que significativas violações de direitos humanos são praticadas por atores privados, notadamente agentes econômicos; b) reconhecimento de que as relações de trabalho são um dos *locus* mais propícios para violações de direitos humanos diante; c) rompimento de eventual leitura segmentada entre Direito do Trabalho e Direitos Humanos; d) reforçar o valor social do trabalho e a desmercadorização do trabalhador no debate jurídico-argumentativo quanto ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais previstos nos ordenamentos nacionais frente à tendência de redução destes em decorrência de interpreta-

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. "Guiding principles on business and human rights", 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

ções que privilegiam soluções voltadas para a liberdade econômica sem o sopesamento com seus impactos sobre direitos humanos.²⁹

Igualmente, torna-se relevante o aumento de organizações econômicas que adotam Códigos de Conduta que expressam seu compromisso com o respeito a direitos humanos previstos nos instrumentos internacionais da ONU e da OIT como parte de programas de governança social e ambiental, responsabilidade social e/ou *compliance*.

As convergências entre normas nacionais que tratam da proteção de dados pessoais e sua interpretação conforme os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos pode ser um passo que contribua para a consolidação da cultura jurídica de respeito e prevenção às violações em matéria de direitos humanos nas relações de trabalho.

Uma categoria que interessa especialmente para o estudo que se propõe é a *due diligence* em direitos humanos para empresas e suas contribuições para a formulação e interpretação para o desenvolvimento de uma cultura de prevenção substancial no Direito do Trabalho, inclusive em matéria de proteção de dados pessoais e direito ao esquecimento.³⁰

A *due diligence* em direitos humanos, conforme o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU é expressão que designa “o processo contínuo de gestão que uma empresa razoável e prudente deve adotar, à luz das circunstâncias (setor de atuação, contexto de operação, tamanho e outros fatores) para cumprir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos”³¹.

Conforme a Norma Internacional ISO 26.000, a *due diligence* envolve um processo amplo e ativo – baseado nos princípios da accountability³², transparência, comportamento ético, respeito pelos interesses das partes interessadas, respeito pelo estado de direito, respeito pelas normas internacionais de comportamento e respeito pelos direitos humanos – para “identificar os

²⁹ BELLACE, J. R.; ter HAAR, B. Perspectives on labour and human rights. "Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law", Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2019.

³⁰ GIL Y GIL, J. L. La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global. "Lex Social: Revista de Derechos Sociales", v10, n. 2, p. 6-70, 2020.

³¹ OHCHR. "The corporate responsibility to respect human rights:" an interpretative guide. New York and Geneva. 2012. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/hr.pub.12.2_en.pdf. Acesso em 20 abr. 2021.

³² Embora não haja uma tradução exata para o português, o termo compreende as noções de prestação de contas, responsabilização e expansividade (FGV; GVces, 2011).

impactos sociais, ambientais e econômicos negativos reais e potenciais das decisões e atividades de uma organização ao longo de todo o ciclo de vida de um projeto ou atividade organizacional visando evitar ou mitigar esses impactos”.³³

A *due diligence* compreende, assim, um sistema de objetivos, ações de monitoramento e de correção que tem como escopo a identificação, prevenção, e reparação de modo a, em um processo contínuo, eliminar ou reduzir ao máximo possível os impactos adversos, diretos ou indiretos, sobre direitos humanos decorrentes de uma determinada atividade empresarial.

Esse processo inclui as atividades imediatas da organização produtiva, bem como aquelas decorrentes de operações, produtos e serviços relacionados aos seus parceiros de negócios, como fornecedores, subcontratados e parceiros comerciais (Princípios 17 e 18 da Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos).

É por meio da efetiva *due diligence* que as empresas podem, sair de uma afirmação retórica da responsabilidade social e demonstrar que respeitam os direitos humanos. Para tanto, é necessário que as partes interessadas (trabalhadores, consumidores e comunidades do entorno) e a sociedade civil organizada podem ter acesso à informação consistente e exercer uma participação efetiva na identificação de problemas e demandar soluções e reparações.

Embora os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos não sejam um instrumento jurídico imperativo de Direito Internacional, observa-se a tendência para a adoção mandatória da *due diligence* em direitos humanos em certas jurisdições por meio da incorporação esta sistemática em normas de direito interno, a exemplo da França, com a Lei 2017-399, que tem como objeto o dever de vigilância corporativa, e do debate na União Europeia sobre uma norma comunitária quanto a essa mesma matéria. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados, ao estabelecer mecanismos de identificação de riscos e monitoramento de riscos e de transparência, dialoga diretamente com o tema da *due diligence* em direitos humanos.

Especificamente quanto a *due diligence* em matéria de proteção de dados pessoais dos trabalhadores e direito ao esquecimento, o ponto de partida é a adoção por parte administração da corporação produtiva de que a simples existência de tecnologia para monitorar dados pessoais não torna o seu uso legítimo em todas as situações. Há um espaço entre o que a tecnologia per-

³³ FGV. GVces. "Contribuições do 1o grupo de trabalho do GVces sobre a ISO 26000: a norma internacional de responsabilidade social". São Paulo: Vox Editora, 2011, p. 23.

mite e o que é legítimo ser feito em uma perspectiva jurídica construída em conformidade com os direitos humanos.³⁴

Os passos possíveis para balancear possíveis interesses corporativos legítimos de coleta de dados pessoais com os direitos humanos dos trabalhadores devem considerar uma série de elementos.

O primeiro ponto é o respeito ao direito à não discriminação. Isso significa que empregadores não devem adotar práticas de pesquisa e monitoramento *online* – sejam, estas conduzidas diretamente por pessoas ou mediadas por softwares específicos - que envolvam dados discriminatórios para a tomada de decisões em matéria de contratação, promoção ou extinção contratual.³⁵

No cenário brasileiro, a delimitação exemplificativa de quais seriam esses dados com aptidão para discriminação se encontram nomeados como dados sensíveis na LGPD: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (LGPD, art. 5º, II).

Além do risco de discriminação, o empregador deve também respeitar a privacidade e vida pessoal do trabalhador. O desenvolvimento da *due diligence* nessa temática pressupõe que a coleta de dados pessoais, notadamente rastreamento de informações nas redes sociais somente estará em conformidade com os Direitos Humanos se tiver uma finalidade organizacional legítima:

O monitoramento de dados pessoais do trabalhador ou de candidatos de emprego que estejam fora do contexto de qualificação profissional ou da atividade realizada pelo empregador devem ser consideradas como uma invasão de privacidade. A informação somente pode ser coletada para propósitos específicos, claros e legítimos. Os empregadores não podem usar a informação coletada para nenhum outro propósito do que aquele que embasou o monitoramento.³⁶

³⁴ YANSKI-RAVID, Shlomit. To read or not to read: privacy within social networks, the entitlement of employees to a virtual private zone and the balloon theory. "American University Law Review", v. 64, n. 1, 2014, p. 53-106.

³⁵ YANSKI-RAVID, Shlomit, ob. cit.

³⁶ YANSKI-RAVID, Shlomit, ob. cit.

Desse modo, é fundamental ter uma justificativa objetiva e legítima para a coleta de dados pessoais dos trabalhadores ou candidato à contratação e, conseqüentemente, estabelecer determinados assuntos como proibidos, seja pelo seu potencial discriminatório, seja pelo potencial de ofensa à privacidade e vida pessoal do trabalhador.

Um segundo elemento necessário nesse campo é a transparência em matéria de dados coletados pelo empregador. Isso significa que mesmo nos casos em haja uma finalidade organizacional legítima para a coleta desses dados, deve haver uma política corporativa clara, informando os candidatos a emprego ou empregados quais dados podem ser pesquisados e qual a sua finalidade. E mais, a coleta desses dados, caso ocorra, deve ser acessível e comunicada aos seus titulares, para que possam explicar, retificar e, quando for o caso, exercer direito de defesa em matéria disciplinar.³⁷

Para ilustrar a importância dessa transparência quanto aos dados coletados e da possibilidade de contraditório, imaginemos um empregador que tenha uma política de seleção de pessoal que preveja o monitoramento nas redes sociais para identificação de comportamentos sexuais impróprios, de modo a prevenir assédio sexual no ambiente de trabalho. Diante da política internas das redes sociais, já foram noticiados casos em que a postagem de foto de um beijo entre um casal do mesmo sexo foi classificada como comportamento sexual impróprio. Isso indica a importância de que a análise dos dados coletados em redes sociais seja disponibilizada ao trabalhador interessado para que haja a correta contextualização do ocorrido de modo a não o prejudicar.³⁸

Essas diretrizes levantadas pela revisão de literatura são propícias para avançar no debate em matéria dos direitos humanos nas relações de trabalho, notadamente o direito à não-discriminação e à privacidade. E mais, a *due diligence* em direitos humanos laborais se mostra como mecanismo que contribui para a consolidação de uma cultura de prevenção e responsabilidade jurídica em substituição a perspectiva da voluntariedade empresarial, de monetização do risco, de cumprimento mínimo das normas trabalhistas e, principalmente, para a retomada da compreensão do Direito como instrumento de regulamentação do mercado e de imposição de limites à uma valorização extremada da racionalidade econômica no momento da decisão jurídica.

³⁷ *Idibem. Ibidem.*

³⁸ ROSENBAT, Alex; KNEESE, Tamara; BOYD, Danah. Networked employment discrimination. "Data & Society Research Institute", 2014. Disponível em: <https://www.datasociety.net/pubs/fow/EmploymentDiscrimination.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

7. CONCLUSÕES

O direito ao esquecimento, seja na perspectiva conceitual, seja a sua interface e ponderação com outros direitos humanos, vem sendo paulatinamente delineado na doutrina e jurisprudência pátrias e internacionais. Embora ainda haja uma certa indefinição quanto ao seu conteúdo e limites, bem como quanto à sua diferenciação de outros direitos, como o direito à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem, é certo que o direito ao esquecimento vem ganhando forma no âmbito nacional e internacional, como um direito de autodeterminação informativa frente aos dados pessoais.

A legislação brasileira, como o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros diplomas, consagram o direito ao esquecimento, de limitação ou ocultação de memórias sociais, seja no campo da informática e dados virtuais, seja em várias outras situações sociais.

No Supremo Tribunal Federal, por enquanto, o direito ao esquecimento foi objeto de julgamento no Recurso Extraordinário, com repercussão geral, nº 1.010.606, no notório caso Aída Curi, tendo negado a existência de um direito ao esquecimento e consolidado este entendimento na Tese de Repercussão, Tema 786. Porém, a negação abstrata do direito ao esquecimento, além de não condizer com a boa técnica da ponderação de princípios fundamentais, com a devida preservação do núcleo valorativo de cada princípio em conflito, não elide a análise do direito ao esquecimento em casos concretos, de acordo com seus aspectos peculiares. Aspectos esses, que conforme demonstrado, merecem melhor interpretação a partir do referencial proposto por Robert Alexy.

Nas relações de trabalho, objeto central desta pesquisa, o direito ao esquecimento pode incidir na fase pré-contratual, contratual e pós contratual, área essa em que se pode aplicar a regulamentação jurídica advinda com LGPD no Brasil, além de outros princípios e regras.

Neste aspecto, ressalte-se o reconhecimento de deveres jurídicos de terceiros alheios à relação contratual laboral, para a não republicação de matérias jornalísticas após determinado período de tempo em casos de ausência de interesse público, para a remoção de conteúdo online, para a retificação de conteúdo online ou para desindexação de conteúdo online, de modo a proteger instrumentalmente bens jurídicos como a privacidade e a reputação que possam repercutir sobre a vida profissional dos trabalhadores.

Outra hipótese distinta é a análise quanto ao dever jurídico patronal, seja na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual de se abster de coletar e transmitir dados pessoais que não sejam objetivamente necessários para o desempenho da atividade laboral. Trata-se, portanto, de um aprofundamento do debate sobre direito ao esquecimento e a diferenciação entre vida privada, vida pessoal e vida profissional em uma sociedade de informação e sobre como a perspectiva da *due diligence* em direitos humanos indica limites jurídicos ao poder empregatício nesse contexto.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. “Teoria dos direitos fundamentais”. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 164.

ALVES, Ricardo de Paula. Vida pessoal do empregado, liberdade de expressão e direitos fundamentais do trabalhador: considerações sobre a experiência do direito francês. “Revista de direito do trabalho”, São Paulo, v. 27, n. 104, p. 132-150, out./dez. 2001.

BELLACE, J. R.; ter HAAR, B. Perspectives on labour and human rights. “Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law”, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2019.

BOIZARD, Maryline. Le temps, le droit à l’oubli et le droit à l’effacement. “Revue le cahiers de la justice”. 2016. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-4-page-619.htm?ref=doi#xd_co_f=O-DkyNDg4NTUtNzBmNC00OTlkLWE1ZGMtMzQ1NjBIN2MyODA5~. Acesso em: 05 de jun. 2021.

DE CICCIO, Maria Cristina. O direito ao esquecimento na experiência italiana. In: GUERRA, Alexandre et al (coords.). “Da estrutura à função da responsabilidade civil”. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 563 ss.

FGV. GVces. “Contribuições do 1o grupo de trabalho do GVces sobre a ISO 26000: a norma internacional de responsabilidade social.” São Paulo: Vox Editora, 2011

GIL Y GIL, J. L. La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales. Una perspectiva global.”Lex Social: Revista de Derechos Sociales”, v10, n. 2, p. 6-70, 2020.

MOLINA, André Araújo; HIGA, Flávio da Costa. Direito ao esquecimento nas relações de trabalho. “Revista de Direito do Trabalho”, v. 195, p. 63-109, nov. 2018.

MORATO, Antonio Carlos; DE CICCIO, Maria Cristina. Direito ao esquecimento: luzes e sombras. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). “Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira”. São Paulo: LiberArs, p. 77-102, 2015.

MORIN J.-H., Towards Socially-Responsible Management of Personal Information in J.G. Breslin et al. (eds) Social “Networks, BlogTalk 2008/2009”, LNCS 6045, Springer, 2010, p.108-115.

NIETZSCHE, Friedrich. “The Gay Science”. Translate by Jose Fine Nauckhoff and Adrian del Caro. Cambridge University Press, New York, 2001.

OHCHR. “The corporate responsibility to respect human rights:” an interpretative guide. New York and Geneva. 2012. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/hr.pub.12.2_en.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. “Guiding principles on business and human rights,” 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

OST, François. “O tempo do direito”. Bauru: EDUSC, 2005.

PERRAKI, Panagiota. “La protección de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen.” Tese de Doutorado. Universidade de Estrasburgo. 2013. Disponível em: <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/99/71/55/PDF/PERRAKI_Panagiota_2013_ED101.pdf>. Acesso em 10 abr. 2021.

ROSEN, Jeffrey. The Web Means the End of Forgetting. “The New York Times”, 21.07. 2010. Disponível em: http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=0]. Acesso em: 10 abr. 2021.

ROSENBAT, Alex; KNEESE, Tamara; BOYD, Danah. Networked employment discrimination. “Data & Society Research Institute”, 2014. Disponível em: <https://www.datasociety.net/pubs/fow/EmploymentDiscrimination.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

STUDART, Ana Paula Didier; MARTINEZ, Luciano. O direito ao esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho. “Revista de direito do trabalho”, São Paulo, v. 45, n. 198, p. 149-182, fev. 2019.

SUPIOT, Alain. “Critique du droit du travail”. Paris: Puf, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Boletim de Jurisprudência Internacional: Direito ao Esquecimento”, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1214/BJI%20-%205%20-%20DIREITO%20AO%20ESQUECIMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 06 set. 2021.

TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. “Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC”, n. 12, 2012. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/788/78824460006.pdf>; Acesso em: 10 abr. 2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA ESPANHA. Acórdão no processo C-131/12. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dc1b1e25843231441691a0d06b54e75bc4.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3yLe0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=688379>. Acesso em: 05 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT>. Acesso em: 10 abr. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. “Regulamento 2016/679”, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 10 abr. 2021.

YANSKI-RAVID, Shlomit. To read or not to read: privacy within social networks, the entitlement of employees to a virtual private zone and the balloon theory. “American University Law Review”, v. 64, n. 1, 2014, p. 53-106.

**O TRABALHO PRECARIZADO E SUBORDINADO
NAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

Xerxes Gusmão

Sumário: 1. Introdução. 2. Surgimento do trabalho por plataformas digitais. 2.1. Economia 4.0. 2.2. Empreendedorismo ou relação de trabalho? 2.3. Uma realidade fortemente precarizada. 3. regime jurídico do trabalho por plataformas digitais. 3.1. Evolução da subordinação. 3.2. Vínculo empregatício ou trabalho autônomo? 3.3. Uma tese intermediária. 3.4. A necessária garantia de direitos mínimos. Considerações finais. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho por plataformas digitais tornou-se, no século XXI, uma das principais inovações do mercado de trabalho, nacional e internacional.

Essa tendência reforçou-se com o advento da pandemia de Covid-19, pois ela aprofundou a utilização desse tipo de serviço, em decorrência do isolamento social, com incremento do comércio digital.

Sucede que o enquadramento jurídico dessa nova modalidade de labor não deixou, em razão desse aprofundamento no seu uso, de suscitar acalorada cizânia, doutrinária e jurisprudencial, sendo, atualmente, um dos mais delicados aspectos no exame da questão.

Desse modo, serão examinados, a seguir, os principais elementos do tema, iniciando-se pela análise do surgimento e das características do trabalho por plataformas digitais, passando-se, em seguida, ao estudo do enquadramento jurídico desta nova modalidade de labor, seja sob um liame empregatício, uma relação autônoma ou uma forma jurídica intermediária, sem se olvidar da necessidade de salvaguarda de direitos mínimos dos trabalhadores por plataformas digitais.

2. SURGIMENTO DO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS

O trabalho humano evolui continuamente, sempre se revestindo de novas formas, ao longo do tempo.

Nesse sentido, recentemente surgiu, no Brasil e no mundo, uma nova modalidade de labor: por meio de plataformas digitais, decorrente da modificação dos processos industriais, levada a efeito por intermédio da denominada revolução 4.0.

O exame destes novos fenômenos econômicos e trabalhistas revela-se, por conseguinte, de relevância inegável.

2.1. Economia 4.0

A história da economia caracteriza-se pela evolução das formas de produção, a qual inclui diversas etapas, decorrentes do que a doutrina especializada denomina de revoluções industriais.

A primeira revolução industrial, do século XVIII, baseou-se na utilização do carvão e da máquina a vapor, criando as grandes indústrias, concentrando mão-de-obra numerosa em espaços fechados de produção.

A segunda revolução industrial, ocorrida na segunda metade do século XIX, representou significativo avanço tecnológico. Baseou-se no uso do aço, da energia elétrica e dos combustíveis derivados do petróleo, com diversos inventos, especialmente: automóvel, telefone, televisor, rádio, avião.

A terceira revolução industrial, que data da segunda metade do século XX, foi marcada pelo uso de microcomputadores e pela criação da internet e do telefone celular, com forte digitalização de documentos e a invenção da robótica. Houve, ainda, a introdução de novas fontes de energia, como a nuclear, a solar e a eólica, além da engenharia genética e da biotecnologia.

Por fim, a quarta revolução industrial, dando ensejo à Indústria 4.0 ou *Gig Economy*, teve início no século XXI, estando em plena evolução atualmente. Trata-se de etapa marcada pela utilização de sistemas ciber-físicos (associação entre computação, rede e processos físicos); a internet das coisas (conectando os itens usados do dia a dia, como eletrodomésticos ou meios de transporte, à rede mundial de computadores e a smartphones); a computação em nuvem; a inteligência artificial.

Merece destaque a inteligência artificial, que utiliza o algoritmo, capaz de identificar com precisão elementos variados do processo produtivo, como local e momento da execução das atividades, além da identificação de clientes em potencial.

Alguns doutrinadores denominam esta etapa da evolução produtiva como economia do compartilhamento, mas o termo encontra resistência por parte da maioria da doutrina, pois ele implicaria as ideias de solidariedade e cooperação, incompatíveis com a intenção precípua do lucro, presente na quase integralidade das empresas do setor.

Tom Slee, um dos maiores especialistas do tema, indica claramente a incompatibilidade entre ambos os conceitos, nos seguintes termos:

O debate precisa deixar de lado o foco exclusivo na tecnologia. Precisa reconhecer que não há soluções fáceis para problemas sociais complexos – e menos ainda para os conflitos reais e para

as injustiças que permeiam a sociedade. A completa negligência da Economia do Compartilhamento em relação à história dos movimentos colaborativos e cooperativos é uma das razões pelas quais foi tão facilmente cooptada pelo mundo dos negócios. (SLEE, 2017, p. 322)

Deixando-se de lado, assim, o inadequado termo de economia de compartilhamento, é preferível nomear esta etapa da evolução produtiva como Economia 4.0 ou *Gig Economy*, aquela marcada por uma modificação radical da forma de produção das empresas, impactando diretamente no trabalho executado por um imenso contingente de pessoas, no mundo inteiro.

2.2. Empreendedorismo ou relação de trabalho?

Convém destacar, inicialmente, que as plataformas digitais não admitem que as pessoas que concretizam a prestação de serviços junto aos clientes sejam suas trabalhadoras, sustentando que elas seriam, em verdade, empreendedoras parceiras, que se valem dos serviços que as plataformas lhes oferecem, sendo, por conseguinte, meras tomadoras, não prestadoras de serviços, enquanto as plataformas seriam meras intermediadoras desta relação entre clientes e empreendedores.

Malgrado o respeito que qualquer posição doutrinária mereça, resta evidente que essa tese representa mera elucubração jurídica, desprovida de efetivo fundamento no nosso ordenamento jurídico, pois é inegável que esses prestadores de serviços por plataformas são trabalhadores, não empreendedores, por prestarem, e não tomarem, os serviços das plataformas, ainda que haja clientes igualmente recebendo estes serviços.

Prova irrefutável dessa prestação de serviços é o fato de que todas as suas condições essenciais, como valor, disponibilidade e forma de captação de clientes, são fixadas pelas plataformas, sem qualquer ingerência dos trabalhadores. Uma mera intermediadora jamais teria tamanho poder diante de um verdadeiro empreendedor.

Decorrencia lógica da existência dessa prestação de serviços é a superação, por doutrina e jurisprudência sedimentadas sobre o tema, da tese do empreendedorismo, admitindo-se, assim, a existência de uma relação de trabalho nas plataformas digitais.

Conclui-se, desse modo, pelo surgimento de uma nova modalidade de trabalho, executado em plataformas digitais, igualmente denominado de trabalho uberizado.

Este trabalho possui duas espécies principais: por um lado, a mais conhecida, do trabalho sob demanda ou *on demand*, vinculado a aplicativos, cujas categorias mais comuns são os motoristas no transporte de passageiros ou de carga e os entregadores de alimentos ou de mercadorias; por outro lado, há o denominado *crowdwork*, trabalho contratado junto a uma plataforma com diversos inscritos e executado por tarefas, tais como o controle de conteúdo de sites, a elaboração de projetos de engenharia ou de arquitetura ou atividades relacionadas à educação, como aulas ou traduções.

A dúvida que surge, juntamente com esta nova modalidade de trabalho do século XXI, é se ela seria uma evolução das antigas formas, demandando mera adaptação, ou uma forma completamente distinta, exigindo abandono dos antigos marcos regulatórios do labor humano, em cenário de fortes incertezas.

Guilherme Feliciano e Olívia Pasqualetto defendem a primeira hipótese, como se observa do seguinte trecho de texto de sua autoria:

Se, contudo, evitarmos as previsões extremas – de perfil apocalíptico –, reconheceremos, pelos próprios indícios presentes nas primeiras constituições do século XXI, que o futuro do trabalho ainda se pautará, no trinômio realeano (fato-valor-norma), pela convergência dos valores constitucionais hoje vigentes, e, notadamente, a dignidade da pessoa humana (contrária a qualquer processo de coisificação do ser humano) e o valor social do trabalho (contrário a qualquer lógica que se baste pelo consequencialismo econômico), de que deriva uma matriz semântica compositiva dos direitos constitucionais da pessoa no âmbito do trabalho. (FELICIANO; PASQUALETO. *In* FELICIANO; MISKULIN (coord), 2019, p. 19)

Mera evolução, portanto, mas bastante peculiar, o trabalho por plataformas se insere, atualmente, em realidade fortemente precarizada no Brasil.

2.3. Uma realidade fortemente precarizada

Independente da modalidade, o fato é que o trabalho por plataformas apresenta uma característica comum: a forte precarização, pois inexiste, formalmente, vínculo empregatício com os seus trabalhadores, que restam, assim, desprovidos de qualquer direito trabalhista ou previdenciário.

Nesse sentido, os trabalhadores por plataformas prestam seus serviços sem qualquer tipo de cobertura social: em caso de acidente no trabalho, a empresa não lhes presta qualquer assistência; não há garantia de uma renda mí-

nima, independente do número de horas trabalhadas¹; os períodos laborados não são computados como tais para fins previdenciários, inexistindo qualquer recolhimento por parte das plataformas.

Essencial para compreensão do tema é a observação de que essa realidade precarizada do novo trabalhador digital, evolução do antigo operário fordista ou toyotista – a ponto de alguns o considerarem como parte de uma categoria denominada de precariado –, caracterizada pela ausência de direitos, é fundamental para a maximização dos lucros das empresas do setor, como salienta o ilustre doutrinador Ricardo Antunes:

Não menos importante é dizer ainda que a classe trabalhadora, em sua nova morfologia, participa cada vez mais do processo de valorização do capital e da geração de mais-valor nas cadeias produtivas globais. As formas de intensificação do trabalho, a burla dos direitos, a superexploração, a vivência entre a formalidade e a informalidade, a exigência de metas, a rotinização do trabalho, o despotismo dos chefes, coordenadores e supervisores, os salários degradantes, os trabalhos intermitentes, os assédios, os adoecimentos, padecimentos e mortes decorrentes das condições de trabalho indicam o claro processo de proletarianização dos assalariados de serviços que se encontra em expansão no Brasil e em várias partes do mundo, dada a importância das informações no capitalismo financeiro global. Constituem-se, portanto, numa nova parcela que amplia e diversifica a classe trabalhadora. (ANTUNES, 2020, p. 66)

Argumento comumente utilizado pelos defensores do atual cenário precarizado do trabalho por plataformas é o da autonomia dos seus trabalhadores, que naturalmente os submeteria às regras da famosa “mão invisível do mercado”.

Sucede que este argumento se revela, após exame mais acurado da situação, inexoravelmente frágil, pois a suposta autonomia dos trabalhadores por plataformas não se sustenta, conforme se verificará no item seguinte.

Ademais, a própria submissão destes trabalhadores, ainda que se admita sua autonomia, às rígidas regras do mercado, sem qualquer intervenção do Estado mitigando seus efeitos deletérios – situação atual nas plataformas digitais –, revela-se inadmissível, pois violadora de princípios fundamentais da nossa República, em especial a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV da CF/88).

¹ Horas que chegaram em alguns setores mais demandados, no atual cenário de pandemia de Covid-19, a uma média de dez a doze por dia, em seis ou sete dias da semana.

Urge sublinhar, todavia, que, mesmo precarizado, o trabalhador por plataformas representa parcela crescente da mão de obra disponível no país, decorrência natural da queda do número de empregados formais no mercado de trabalho.

Donde o acirramento da discussão sobre a ausência ou existência do vínculo empregatício nesta nova modalidade de labor, capaz de lhe assegurar as condições mínimas de dignidade sonegadas pelo seu atual enquadramento jurídico formal precarizado.

3. REGIME JURÍDICO DO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS

O trabalho por plataformas enseja intrincada cizânia acerca do seu enquadramento jurídico, conforme será examinado detalhadamente a seguir.

3.1. Evolução da subordinação

A evolução das relações de trabalho², em especial pelas novas tecnologias, modificou significativamente a forma de subordinação, alguns dos seus antigos indícios deixando de ser fundamentais, como a presença no local de trabalho ou o horário fixo, concebendo-se o empregado fora do local da empresa, mas com controle pelo empregador, por meios telemáticos.

Concebe-se, assim, um novo tipo de subordinação, a estrutural, pois vinculada à estrutura da empresa, não a ordens diretas do empregador, como antes.

Nesse sentido, a Lei 12.551/11 alterou a redação do artigo 6º da CLT, inserindo nele um parágrafo único, acrescentando, à previsão originária de ausência de distinção do labor na empresa ou no domicílio do empregado, a possibilidade do labor à distância, não necessariamente no domicílio.

Restou especificado, ainda, que os meios telemáticos e informatizados de controle e supervisão se equiparam, para fins de configuração da subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de controle e supervisão do trabalho. Tratava-se, portanto, de uma nova modalidade de vínculo empregatício, à distância, mas ainda subordinado.

Aliás, parcela da doutrina, ao examinar o tema do trabalho por plataformas, defende a aplicação deste novo conceito de subordinação, contido no artigo 6º da CLT, às relações digitais, cujos trabalhadores seriam, assim, uma modalidade de empregados à distância ou teletrabalhadores.

² Mesmo antes do advento do trabalho por plataformas.

O que se afigura inarredável, de todo modo, independente da extensão desta nova subordinação já normatizada, é a análise do trabalho por plataformas por meio de um conceito atualizado da subordinação, não vinculado a indícios rígidos e já abandonados para o teletrabalho³, não se justificando, por conseguinte, sua manutenção unicamente para o trabalho por plataformas, sob pena de consagração de inegável anacronismo interpretativo.

Fausto Gaia, ao realizar esse esforço de atualização interpretativa, defende a existência de uma nova modalidade de subordinação no trabalho por plataformas, que ele define como disruptiva, conforme trecho a seguir da sua obra:

Diante da necessidade de atualizar os institutos jurídicos concebidos para outra realidade das relações empresariais com os trabalhadores, construímos ao longo do trabalho o conceito de subordinação disruptiva, como forma de conferir atualidade ao pressuposto central identificador das relações de emprego. As tecnologias disruptivas foram incorporadas a estrutura de organização produtiva, o que exigiu do operador do direito a necessidade de atualizar os contornos do conceito de dependência jurídica. (GAIA, 2019, p. 297-298)

Apesar dos sólidos fundamentos desta tese, acreditamos, com a devida vênia, ser mais conveniente uma concepção ligeiramente distinta: por não representar efetiva ruptura com a subordinação anterior, mas sim um novo estágio da sua evolução, a subordinação do trabalhador por plataformas não seria disruptiva, mas sim imersiva.

Isto porque, ao se inserir no mundo digital das plataformas - no qual o termo imersivo já é utilizado para outros fins⁴ -, o trabalhador se submete a estrito controle, por meio do algoritmo das plataformas, capaz de identificar, em tempo real, todas as etapas da sua prestação de serviços, além de lhe impor o valor destes serviços e os clientes a serem atendidos – cuja recusa pelo trabalhador, como se verá adiante, não é livre.

Passemos, então, ao exame pormenorizado da intrincada questão do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas, para melhor compreensão das características dessa nova forma de subordinação.

³ Como as ordens diretas pelo empregador ou o horário fixo de trabalho, repise-se.

⁴ A própria tecnologia do mundo digital é denominada imersiva.

3.2. Vínculo empregatício ou trabalho autônomo?

Subsiste acalorada cizânia acerca da ausência ou existência do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas.

Por um lado, há corrente doutrinária sustentando que ele seria autônomo.

Seus principais argumentos são: a liberdade que o trabalhador por plataformas teria para iniciar e terminar a sua jornada; a liberdade para recusar clientes; a inexistência de ordens diretas ou indiretas das plataformas; o uso de instrumentos de trabalho pertencentes ao próprio trabalhador.

Por sua vez, a corrente que sustenta a existência do vínculo empregatício indica, como principais indícios deste liame: a utilização de toda uma estrutura das plataformas, cujo funcionamento, incluindo o valor dos serviços prestados – e respectiva variação, frequente no quotidiano do setor –, depende exclusivamente delas, sem ingerência do trabalhador; a impossibilidade de o trabalhador captar diretamente clientes, dependendo inteiramente da plataforma para tanto; a existência de um controle estrito, por meio do algoritmo, capaz de identificar, em tempo real, todas as fases da prestação de serviços; a interferência no labor prestado, por meio de punições (suspensão ou cancelamento do registro), aplicadas em caso de má-avaliação por clientes ou recusas reiteradas de serviços⁵.

É especialmente o estrito controle do labor prestado que nos conduz a aderir à corrente que sustenta a existência do vínculo empregatício, pois ele nos parece ser prova de uma nova forma de subordinação, distinta da tradicional subordinação jurídica às ordens diretas do empregador, mas, ainda assim, uma vinculação estrita às diretrizes da plataforma.

Nesse diapasão, a existência da subordinação nas plataformas, como apontado no item anterior, seria oriunda da imersão dos trabalhadores nesse universo digital, estritamente dirigido pela inteligência artificial, concretizada pelo algoritmo, capaz de assegurar uma profunda subordinação do trabalhador às diretrizes das plataformas, ainda que não dirigidas ao obreiro de modo expresso, como na clássica relação fordista ou toyotista.

Cumprе salientar, todavia, que o tema ainda se encontra longe de ser pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência trabalhistas.

⁵ Impende destacar que as plataformas digitais negam, solenemente, a existência dessas punições, mas há diversos estudos do setor que as comprovam.

Há, assim, diversas decisões da Justiça do Trabalho brasileira, em ambos os sentidos, ora reconhecendo⁶, ora negando o vínculo empregatício do trabalhador por plataformas.

No Tribunal Superior do Trabalho, a matéria ainda é incipiente, apesar de já haver decisões esparsas proferidas por algumas Turmas, com tendência à negativa do vínculo empregatício⁷.

Resta inegável, por conseguinte, que essa questão do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas ainda demandará algum tempo de maturação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras.

Será essencial, entretanto, para essa evolução interpretativa e analítica, que se abandone uma visão estática da subordinação clássica fordista, dependente de ordens diretas do empregador ao empregado ou de um horário fixo de trabalho, pois tais elementos são notoriamente incompatíveis com o atual estágio de evolução das relações de trabalho, nas plataformas digitais ou mesmo fora delas.

Nesse sentido, Francisco Barbosa Junior sustenta que:

Na *gig economy*, o nível de subordinação presente talvez não seja entendido suficiente para reconhecimento de um contrato de emprego sob a égide da ótica do trabalho tradicional. Não obstante, o elemento em tela necessita ser avaliado de outra forma, levando em conta a presença da direção remota do trabalho, de padrões comportamentais, incentivos, punições e metas impostos pela empresa, além da existência de uma remuneração acordada a ser paga por tarefa realizada. (BARBOSA JUNIOR, 2019, p. 123-124)

Tal evolução vem se verificando internacionalmente, visto que há diversas decisões recentes, em vários países do mundo, reconhecendo o vínculo empregatício do trabalhador por plataformas, podendo-se citar, especialmente: a decisão da Corte de Cassação francesa, de 4 de março de 2020⁸; do

⁶ Como no processo nº 1000963-33.2019.5.02.0005, do TRT da 2ª Região, ou no processo nº 0010222-03.2020.5.03.0136, do TRT da 3ª Região, ambos com decisões reconhecendo o vínculo empregatício do trabalhador com a plataforma digital.

⁷ Cite-se, à guisa de exemplo, a decisão da 5ª Turma do TST, de 5 de fevereiro de 2020, no bojo do **RR - 1000123-89.2017.5.02.0038, assim como o julgado** da 4ª Turma do TST, de 9 de setembro de 2020, no bojo do AIRR-10575-88.2019.5.03.0003, ambas decisões negando o vínculo empregatício.

⁸ *M. X x Uber France e Uber B.V.*: Cour de Cassation – Chambre Sociale (França), 4 de março de 2020.

Tribunal de Apelações do Trabalho uruguaio, de 3 de junho de 2020⁹; do Tribunal Supremo espanhol, de 25 de setembro de 2020¹⁰; do Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, do Chile, de 5 de outubro de 2020¹¹; da Suprema Corte inglesa, de 19 de fevereiro de 2021¹².

Trata-se, portanto, de uma tendência internacional, que quiçá se confirme igualmente no Brasil, quando da sedimentação do tema no nosso país.

3.3. Uma tese intermediária

Parcela da doutrina, buscando evitar esta acalorada cizânia acerca da existência ou ausência do vínculo empregatício, sustenta a possibilidade de enquadramento do trabalhador por plataformas em regime intermediário: nem empregado, nem autônomo, com direitos de empregado, sem ter o vínculo reconhecido.

Trata-se de tese essencialmente fundamentada na figura jurídica do trabalhador avulso, distinta do empregado, mas possuindo direitos deste, conforme previsão do inciso XXXIV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Vale destacar, nesse sentido, o seguinte trecho de artigo de Rodrigo Carelli e Bianca Carelli sobre o tema, para melhor elucidação:

Vimos que nos dois fenômenos (trabalho avulso e trabalho por plataforma) é possível identificar a ambiguidade da liberdade concedida, inculcada no espírito dos trabalhadores a ideia de liberdade de trabalho, vida sem patrão, mas na realidade a liberdade é imediatamente negada por quem comanda e controla as ofertas de trabalho.

Ambas categorias possuem vulnerabilidades típicas de empregados, o que se demonstra pela possibilidade de sofrerem penalidades ou pela dependência em relação à Uber ou às operadoras portuárias respectivamente.

A partir da leitura dos dois fenômenos, o presente estudo pretendeu examinar a possibilidade de se conferir proteção legal aos trabalhadores por demanda que prestam serviços intermedia

⁹ *Queimada, Esteban x Uber B.V. e outro*: Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno (Uruguai), 3 de junho de 2020.

¹⁰ *Don Desiderio x GLOVO APP 23 S.L.*: Tribunal Supremo, Sala de lo Social Pleno (Espanha), 25 de setembro de 2020.

¹¹ *Alvaro Felipe Arredondo Montoya x Pedidos Ya Chile Spa*: Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción (Chile), 5 de outubro de 2020.

¹² *Uber BV e outros x Yaseen Aslam e outros*: Supreme Court of the United Kingdom (Reino Unido), 19 de fevereiro de 2021.

dos por plataformas. A intenção foi de analisar a categoria do trabalhador avulso, necessário à dinâmica do porto, como paradigma para refletir sobre a possibilidade de se conferir proteção legal pelo direito do trabalho a categorias que podem superar o enquadramento de empregado clássico da norma fordista, trazendo reflexos sobre as fronteiras do direito do trabalho.

A partir da investigação do surgimento de outras formas de organização do trabalho, tendo a Uber como modelo, e da comparação com a categoria dos trabalhadores avulsos, é possível concluir que há similitudes importantes no processo de trabalho das duas figuras emergentes, o que pode levar à regulação similar do trabalho sob demanda, considerando os trabalhadores de plataforma como trabalhadores avulsos, destinatários, portanto, da proteção trabalhista. (CARELLI; CARELLI, 2020, p. 39)

Tratar-se-ia, portanto, de hipótese situada na zona cinzenta, entre vínculo empregatício e trabalho autônomo, que faria jus, todavia, à proteção do Direito do Trabalho, da mesma forma que o trabalho avulso, por possuir com este diversas similitudes, especialmente a falsa liberdade, afastada inexoravelmente pelo estrito controle que as plataformas exercem sobre a integralidade da prestação de serviços, iniciando-se pela oferta destes, passando pelo seu valor e culminando com a possibilidade de aplicação de penalidades.

Nesse diapasão, sem se adentrar no arenoso terreno da determinação ou não da existência do vínculo empregatício, o trabalhador por plataformas estaria coberto por uma robusta rede de proteção social.

Deve-se salientar, contudo, que esta tese, apesar de dotada de sólida fundamentação, não encontra amparo na doutrina e jurisprudência majoritárias sobre o tema, reforçando a relevância do exame de questão paralela: a garantia de direitos mínimos aos trabalhadores por plataformas, mesmo sem reconhecimento do seu vínculo empregatício – ou da sua assimilação ao trabalhador avulso.

3.4. A necessária garantia de direitos mínimos

Independente da cizânia acerca do vínculo empregatício do trabalhador por plataformas, o que enseja menos polêmica é a necessidade de se garantir uma rede mínima de proteção, especialmente se consideradas as estatísticas atuais do mercado de trabalho brasileiro, fortemente precarizado¹³.

¹³ Nesse sentido, as estatísticas mais recentes apontam um número aproximado de cinquenta milhões de subcontratados – nem todos, mas muitos em plataformas -, em comparação com um efetivo aproximado de trinta e cinco milhões de empregados formais.

O momento atual de pandemia de Covid-19 reforçou esta discussão, pois ele ensejou o pagamento, pelo Estado, de uma renda mínima a todos aqueles que não lograram obter remuneração por meios próprios, por não se admitir o abandono de um imenso contingente de trabalhadores totalmente sem renda.

O tema é tratado de forma bastante elucidativa por Murilo Sampaio, conforme trecho a seguir de artigo de sua autoria:

Extraí-se, então, que proteção sanitária e a segurança econômica destes trabalhadores recairia na construção pela luta política sindical – via negociação coletiva com recorrência a movimentos grevistas – ou deveria ser transformada em lei. No entanto, há repertório de leis e da própria Constituição que permite, por simples interpretação, conceder dignidade a estes trabalhadores, sem se recair em “canto de sereia”.

A concretização dos ditames constitucionais de proteção e dignidade a todo trabalhador impõe que o labor destes “uberizados” seja envolto de um mínimo de dignidade, materializada em uma segurança sanitária mínima (álcool-gel, higienização, luvas, máscaras e entre outros) e uma segurança financeira (salário mínimo ou auxílio financeiro). Isso constituiria um mínimo civilizatório de uma sociedade que é realmente solidária para com esse trabalhador que continua na trincheira das ruas, desprotegido e abandonado à própria sorte, em tempos de distanciamento social. (OLIVEIRA, 2020, p. 04)

O que se conclui, assim, do atual momento das relações de trabalho no Brasil, fortemente ameaçadas pela pandemia de Covid-19, é não somente a adequação, mas igualmente a necessidade de se assegurar ao trabalhador por plataformas, desprovido de qualquer direito trabalhista ou previdenciário, uma rede de proteção social básica, composta, especialmente, por uma renda mínima, por uma cobertura previdenciária basilar e por um meio ambiente do trabalho hígido, com garantia de local para repouso, sanitários e EPIs essenciais, como álcool em gel e máscaras.

Encontra essa posição, como mencionado pelo autor transcrito acima, amparo constitucional, em diversos princípios e direitos fundamentais, em especial: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88); o valor social do trabalho (art. 1º, IV da CF/88); o direito ao trabalho (art. 6º da CF/88); o

direito à seguridade social¹⁴ (art. 194 da CF/88); o direito à saúde (art. 196 da CF/88).

Ainda que se revele desejável uma concretização normativa mais detalhada desta rede de proteção mínima, fato é que já existem normas gerais aptas a fundamentar esta concretização, com base nas quais é possível se sustentar uma contribuição da empresa, com ou sem o suporte do Estado, para o estabelecimento de direitos essenciais ao trabalhador por plataformas que lhe preste serviços.

Vale destacar que há, ainda, fundamentos específicos para a aludida contribuição da empresa: o princípio da alteridade (art. 2º, *caput* da CLT), segundo o qual ela assume sozinha os riscos do negócio econômico, como contrapartida natural do lucro que dele auferir; o princípio da função social da empresa (art. 5º, XXIII da CF/88), segundo o qual ela não existe somente para ensejar o lucro, mas igualmente para dar a sua contribuição à sociedade.

Natália Abramides explica de forma bastante didática essa necessária evolução no tratamento da questão, visando a harmonização com os preceitos constitucionais citados, nos seguintes termos:

Desse modo, o princípio protetivo do Direito do Trabalho, de início vinculado à ideia de hipossuficiência e debilidade do empregado (inclusive financeira e educacional, considerando a sociedade industrial incipiente em que surgem tais conceitos), deve evoluir para a realidade atual e ampliar seu campo de incidência, a fim de tutelar o trabalhador em sua dignidade como ser humano, concretizando o fundamento contido na Constituição Federal, além de promover os valores sociais do trabalho, e, em última instância, as exigências do Estado Democrático de Direito. (ABRAMIDES BRASIL, 2019, p. 181)

O caminho ideal a se trilhar, assim, é no sentido de se assegurar de imediato, por meio da empresa e/ou do Estado, um arcabouço protetivo mínimo ao trabalhador por plataformas, sem se descurar, por óbvio, do objetivo principal, que é o de formalizar o maior número possível de trabalhadores sob a forma jurídica mais protetiva, do vínculo empregatício, pois presentes os respectivos requisitos, como estudado em item anterior.

¹⁴ No qual se inclui o direito à previdência social, assegurada a todos os trabalhadores, independente do seu enquadramento jurídico, ainda que dependente de contribuição (art. 201 da CF/88).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 impôs, ao conjunto da sociedade brasileira, uma série de desafios inéditos, ensejando uma crise sem precedentes no país.

Todavia, como todo cenário de crise, o oriundo desta pandemia ofereceu algumas oportunidades de mudança, pela conscientização que o cenário de extrema dificuldade naturalmente enseja.

Isto ocorreu no caso do trabalho por plataformas, cuja fortíssima precarização das condições de trabalho tornou-se mais visível, graças à maior utilização desta nova modalidade de labor durante a pandemia.

É preciso se reconhecer, todavia, que um avanço se faz necessário, rumo a uma visão mais moderna e apropriada da relação contratual entre as partes, visando salvaguardar uma dignidade mínima nesta forma de prestação de serviços.

Nesse sentido, devem ser abandonadas as antigas amarras de um conceito rígido da subordinação apta a configurar o vínculo empregatício, vinculado a ordens diretas e a um horário de trabalho imposto e monitorado pelas plataformas digitais.

Em vez disso, afigura-se como mais adequada uma nova definição da subordinação, à qual o trabalhador por plataformas está, inexoravelmente, adstrito: aquela decorrente do controle total oferecido pelo algoritmo da inteligência artificial, capaz de identificar todos os meandros da sua prestação de serviços e de lhe impor um regime de amplas restrições, por meio de avaliações e punições, tudo em tempo real.

Somente desse modo a Justiça do Trabalho brasileira, seguindo o parâmetro que vem se consolidando mundialmente, será capaz de enfrentar, em sua inteireza e complexidade, o novo desafio que lhe é posto: o de reconhecer o vínculo empregatício de um trabalhador que é, na imensa maioria dos casos, efetivamente subordinado às plataformas digitais, ainda que por um conceito moderno de subordinação, que preferimos definir como imersiva, em decorrência da imersão deste trabalhador no mundo digital das plataformas.

Em todo caso, ainda que negado este avanço necessário, devem ser asseguradas condições mínimas aos trabalhadores por plataformas, seja pela equiparação a trabalhadores desprovidos de vínculo empregatício, mas dotados de direitos dos empregados, como os avulsos, seja, na pior das hipóteses, pela garantia de um feixe básico de direitos fundamentais, trabalhistas e previdenciários.

BIBLIOGRAFIA

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? **Estudos avançados**, São Paulo, v. 34, n. 98, jan/abr 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000100111. Acesso em 02 out 2020.

ABRAMIDES BRASIL, Natália Marques. **Relações de trabalho em plataformas digitais: desafios ao modelo tradicional do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ALVES, Giovanni. “Modelo Uber”, Autoempreendedorismo e as misérias do trabalho vivo no século XXI: breves notas sobre alienação e autoalienação no capitalismo flexível. *In*: MORETTO, Amilton José; MATOS, Franco de; MACAMBIRA, Júnior; CACCIAMALI, Maria Cristina (org.). **As transformações no mundo do trabalho e o Sistema Público de Emprego como instrumento de inclusão social**. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho, 2018, p. 85-103.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo. **Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 1, p. 27-42, abr/jul 2020. Disponível em <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901>. Acesso em 08 out 2020.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. **Gig Economy e contrato de trabalho: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia**. São Paulo: LTr, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL. **Davidson Douglas de Oliveira x Uber do Brasil Tecnologia Ltda** (2020): 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Brasil), 22 de outubro de 2020 (0010222-03.2020.5.03.0136). Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010222-03.2020.5.03.0136/2>. Acesso em 2 abr 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943** (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 12 out 2020.

BRASIL. **Marcio Vieira Jacob x Uber do Brasil Tecnologia Ltda e outros**: 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (Brasil), 5 de fevereiro de 2020 (RR - 1000123-89.2017.5.02.0038). Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons-csjt=&numeroTst=1000123&digitoTst=89&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0038&submit=Consultar>. Acesso em 2 abr 2021.

BRASIL. **Ricardo Ramos de Sá x Uber do Brasil Tecnologia Ltda**: 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (Brasil), 9 de setembro de 2020 (AIRR-10575-88.2019.5.03.0003). Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons-csjt=&numeroTst=10575&digitoTst=88&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0003&submit=Consultar>. Acesso em 2 abr 2021.

BRASIL. **Tércio Dercule Raposo x Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda**: 14ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (Brasil), 5 de março de 2020 (1000963-33.2019.5.02.0005). Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000963-33.2019.5.02.0005/2>. Acesso em 2 abr 2021.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CARELLI, Bianca Neves Bomfim. A zona cinzenta de trabalho e emprego, trabalhadores sob demanda em plataformas digitais e trabalhadores portuários avulsos: direitos trabalhistas além da relação de emprego. **Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 2, p. 28-41, ago/nov 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38553>. Acesso em 06 out 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho**: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

CASILLI, Antonio A. Da classe virtual aos trabalhadores do clique: a transformação do trabalho em serviço na era das plataformas digitais. **Matrizes**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 13-21, jan./abr. 2020.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Plataformas digitais e vínculo empregatício? A cartografia dos indícios de autonomia, subordinação

e dependência. **Trab21**, 26 de agosto de 2020. Disponível em <https://trab21.blog/2020/08/26/plataformas-digitais-e-vinculo-empregaticio-a-cartografia-dos-indicios-de-autonomia-subordinacao-e-dependencia-artigo-de-jose-eduardo-de-resende-chaves-junior-murilo-carvalho-sampaio-oliveira-e-r/>. Acesso em 14 out 2020.

CHILE, **Alvaro Felipe Arredondo Montoya x Pedidos Ya Chile Spa**: Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción (Chile), 5 de outubro de 2020. Disponível em: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#> ou <https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia-Chile.-Relacion-Laboral-PedidosYa.pdf>. Acesso em 4 abr 2021.

CONFORTI, Luciana Paula; CARNIATO, Marcelo Rodrigo. A relação de trabalho na economia 4.0 e a competência da Justiça. **Consultor Jurídico**, 2 de dezembro de 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-02/opiniao-trabalho-economia-40-competencia-justica>. Acesso em 30 ago 2020.

CONFORTI, Luciana Paula. Trabalho na era digital: saúde e segurança ameaçadas pelo **app**. **Site da Anamatra**, 27 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/artigos/30262-trabalho-na-era-digital-saude-e-seguranca-ameacadas-pelo-app>. Acesso em 15 out 2020.

DELGADO, Gabriela Neves; CARVALHO, Bruna Vasconcelos de. Breque dos Apps: direito de resistência na era digital. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 27 de julho de 2020. Disponível em <https://diplomatique.org.br/breque-dos-apps-direito-de-resistencia-na-era-digital/>. Acesso em 12 out 2020.

ESPANHA, **Don Desiderio x GLOVO APP 23 S.L.**: Tribunal Supremo, Sala de lo Social Pleno (Espanha), 25 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f0956b14a72ff217df-076c0e9ad89c79ceb6f15323e93ff2>, Acesso em 4 abr 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (coord). **Infoproletários e a uberização do trabalho**: Direito e Justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTr, 2019.

FRANÇA, **M. X x Uber France e Uber B.V.** Cour de Cassation – Chambre Sociale, 4 de março de 2020. Disponível em : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html. Acesso em 3 abr 2021.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GUSMÃO, Xerxes. A contribuição da Justiça do Trabalho para a redução da precariedade do trabalho por plataformas digitais. In: CONFORTI, Luciana Paula; PORTO, Noemia Aparecida Garcia; LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **A competência da Justiça do Trabalho 15 anos após a Emenda Constitucional 45/2004: ampliação, limites e avanços necessários**. São Paulo: LTr, 2021, p. 315-325.

GUSMÃO, Xerxes. Trabalhador de plataformas digitais: empregado ou autônomo? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 24, n. 2, 2020, p. 189-198. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/424>. Acesso em 10 abr 2021.

MORESCHI, Bruno; PEREIRA, Gabriel; COZMAN, Fabio G. Trabalhadores brasileiros no Amazon Mechanical Turk: sonhos e realidades de trabalhadores fantasmas. **Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 1, p. 44-64, abr/jul 2020.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASA-GRANDE, Cássio Luis. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Pandemia e uberização: o trabalhador lutando “sozinho” na guerra da sobrevivência. **Trab21**, 3 de junho de 2020. Disponível em <https://trab21.blog/2020/06/03/pandemia-e-uberizacao-o-trabalhador-lutando-sozinho-na-guerra-da-sobrevivencia/>. Acesso em 17 out 2020.

REINO UNIDO. **Uber BV e outros x Yaseen Aslam e outros**: Supreme Court of the United Kingdom, 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>. Acesso em 5 abr 2021.

ROCHA, Andrea Presas; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A jurisdição sobre as plataformas digitais e seus ‘trabalhadores parceiros’. **Consultor Jurídico**, 16 de julho de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-16/rocha-oliveira-plataformas-digitais-parceiros>, Acesso em 30 ago 2020.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. São Paulo: Elefante, 2017.

URUGUAI, **Queimada, Esteban x Uber B.V. e outro**: Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno, 3 de junho de 2020. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=52024>. Acesso em 3 abr 2021.

**PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO E A RECOMENDAÇÃO Nº
198/OIT: DECISÃO DO CASO UBER NO URUGUAI E SUA APLI-
CAÇÃO NO BRASIL**

Viviann Brito Mattos

Sumário: 1. Introdução; 2. Qualificação do vínculo jurídico no Uruguai. 3. Sentencia n° 111/2020, 03.06.2020 Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno del Uruguay. 4. A Recomendação n. 198 da OIT e sua aplicabilidade na plataformização do trabalho no Brasil. 5. Considerações finais; 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, o capitalismo enquanto modo de produção, passou por uma série de transformações com impacto direto no mundo do trabalho.

Muitos fatores econômicos, sociais e políticos contribuíram para o desenvolvimento do capitalismo e a modificação das técnicas e do modo de produção, com destaque para a globalização, o desenvolvimento dos computadores e do aumento na oferta de informação, que deu um salto com a popularização da Internet das coisas (IoT).

No século XXI, o desdobramento das forças produtivas para proceder à valorização do valor, animado por esses fatores, inaugurou uma nova fase do capitalismo financeiro, elevada depois do final da Segunda Guerra Mundial, denominada capitalismo informacional e, mais recentemente, ao que alguns autores nomeiam de capitalismo de plataforma ou “uberização” do trabalho, pelo modelo de negócios da Uber e sua forma de organização do trabalho.

Nesse modelo de negócios, a plataforma usa como matéria prima os dados e domina não apenas a organização da produção, mas também sua distribuição e precificação, sujeitando a remuneração do trabalhador à efetivação do valor (FRANCO; FERRAZ, 2019).

O cenário de reestruturação produtiva (OLIVEIRA, 2003), baseada na necessidade de redução de “custos” no adiantamento do capital, turbinado pela tecnologia de conectividade disponível massivamente e de forma onipresente, em consequência da acessibilidade ao acesso as redes por meio de equipamento telefônico inteligente (*smartphone*), difundiu globalmente a “uberização”, inclusive dentro de infraestruturas tradicionais, por maximizar o mais-valor apropriado pelo capitalista (SRNICEK, 2017).

O resultado foi a adesão de novas atividades ao modelo e o aumento exponencial de trabalhadores sem qualquer tipo de garantia de direitos sociais e sem a definição da natureza do vínculo jurídico entre o motorista e a empresa proprietária da plataforma digital.

No início de 2012, por exemplo, o Brasil contava com 484 mil pessoas cuja principal fonte de renda era o trabalho nas plataformas digitais, de

acordo com a Pesquisa Nacional de Empregados e Desempregados (Pnad) Contínua Trimestral. Em 2019, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), esse número saltou para mais de 1 milhão, com crescimento de 137,6% em oito anos, sendo que em uma pesquisa do Instituto Locomotiva, divulgada em 2019, aproximadamente 5,5 milhões de brasileiros estão ou estiveram cadastrados em aplicativos como Uber, 99, iFood e Rappi.¹

O número de brasileiros nessa situação equivalia a aproximadamente 1/3 de toda a população do Uruguai, que, em 2019, contava com 3,462 milhões de habitantes, conforme Instituto Nacional de Estatística (INE), do Uruguai.

No Uruguai, o fenômeno da “economia de plataforma” começou a aparecer com a chegada das primeiras plataformas de transporte de pessoas em 2015, quando Easy Taxi primeiro, e posteriormente a Uber, passou a operar na cidade de Montevideu, seguida de outras plataformas como o Airbnb (GUAZZONI, 2018)

O Uruguai aparece nos indicadores como um dos melhores países das Américas em termos de qualidade de vida, igualdade, democracia e modelo ideal de intervenção estatal, mas devido às crises, sobretudo a do coronavírus, passou a contar com um contingente de cerca de 4 mil trabalhadores só da empresa Uber na capital do país, segundo o relatório do Governo de Montevideu, que, somados aos entregadores de empresas de aplicativo, ganham entre 400 e 700 dólares dos Estados Unidos da América (EUA) por mês, com uma média de trabalho de 8 a 12 km por dia, cinco dias por semana, laborando na informalidade (MARIATTI, 2020).

Essa forma de utilização da força de trabalho, por sua dimensão globalizada, gerou mundialmente questionamentos, e, conseqüentemente, a apreciação judicial para o deslinde da controvérsia, pois as plataformas buscam que os trabalhadores a elas vinculados sejam considerados autônomos, muitas vezes sob alusões a termos como “associados” ou “colaboradores”.

¹ **Fonte:** IBGE, Estadão, Uber, Ipea, UFMG, Agência Brasil. v. <<https://summitmobilidade.estadao.com.br/compartilhando-o-caminho/numero-de-motoristas-por-aplicativo-cresce-137-em-8-anos/>> Acesso em: 01.abr. 2021.

Na Europa, os Tribunais da Alemanha², Bélgica³, Espanha⁴, França⁵, Holanda⁶, Inglaterra⁷ e Itália⁸ se posicionaram, guardadas as devidas singularidades de seus ordenamentos jurídicos, a favor de conceder direitos ao trabalhador que presta serviço em plataformas digitais. No mesmo sentido, na Oceania, seguiu a Austrália⁹.

Vale destacar que no Tribunal de Justiça da União Europeia, a Uber foi considerada uma empresa de transporte e não de tecnologia, como se autodefine, utilizando-se da tecnologia apenas como um meio para execução do seu fim, que é prestar serviço de transporte.¹⁰

Nos EUA, a primeira reposta veio do Estado da Califórnia, no julgamento do caso Dynamex, firmando-se o entendimento de que os trabalhadores das plataformas são considerados realmente autônomos (*independent contractor*) apenas quando presentes os seguintes requisitos: a) trabalhador livre de controle e direção da entidade contratante relativamente ao desempenho no trabalho, tanto sob o aspecto formal (termos do contrato), como no aspecto

² Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 1. Dez 2020 – 9 AZR 102/20 Disponível em: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&nr=24710>> Acesso em: 01.abr.2021

³ Disponível em: <<https://commissiearbeidsrelaties.belgium.be/docs/dossier-187-nacebel-fr.pdf>> Acesso em: 01.abr.2021

⁴ Tribunal Supremo. Sala de lo Social Pleno. Sentencia núm. 805/2020. Disponível em: <<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03>> Acesso em: 01.abr.2021

⁵ Arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316) - Cour de cassation - Chambre sociale. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html> Acesso em: 01.abr.2021

⁶ Disponível em: <<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/RechtbankAmsterdam/Nieuws/Paginas/Bezorgers-Deliveroo-vallen-onder-arbeidsovereenkomst.aspx>> Acesso em: 01.abr.2021

⁷ Disponível em: <<https://www.gov.uk/employmentstatus/worker#:~:text=Workers%20are%20entitled%20to%20certain%20employment%20rights%2C%20including%3A&text=to%20not%20work%20more%20than,reporting%20wrongdoing%20in%20the%20workplace>> Acesso em: 01.abr.2021.

⁸ Disponível em: <https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5018> Acesso em: 01.abr.2021.

⁹ Disponível em: <<https://www.fwc.gov.au/documents/decisionssigned/html/2018fwc6836.htm>> Acesso em: 01.abr.2021.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/uni%C3%A3o-europeia-determina-que-uber-%C3%A9-empresa-de-transporte/a-1873318>>. Acesso em: 04.abr.2021.

material (relação de fato); b) desempenho da atividade fora do negócio principal da entidade contratante; e c) engajamento do trabalhador habitualmente no negócio, ocupação ou comércio da mesma natureza do trabalho desempenhado; o que não ocorre no caso. (CASAGRANDE, 2019).

A Divisão de Apelação da Suprema Corte de Nova Iorque, em dezembro de 2020, nessa mesma linha, confirmou as decisões anteriores reconhecendo o vínculo de emprego entre os motoristas e a Uber¹¹.

Na América Latina, cita-se, à guisa de exemplo, que na Argentina foi apresentado um projeto de lei para tratar da situação dos trabalhadores em plataformas digitais *on-demand*, fornecendo várias proteções, tais como um máximo de 48 horas semanais de trabalho, um tempo de descanso diário de pelo menos 12 horas, remuneração mínima garantida e um dia de férias para cada 120 horas trabalhadas. Também inclui mecanismos para calcular a remuneração em caso de demissão injustificada.¹²

No Brasil, a matéria ainda é bastante controversa, pois, apesar do país possuir um ordenamento que delineia a qualificações jurídicas de vários tipos de vínculo, devido a suposta “inovação” na relação entre o trabalhador e a plataforma, ainda há bastante oscilação na apreciação judicial sobre o tema.

No Uruguai, por outro lado, a decisão do Tribunal de Apelação Trabalhista trouxe algumas questões importantes, merecendo destaque a utilização da Recomendação nº 198 da OIT como o marco teórico-normativo, quando há controvérsia na qualificação da relação jurídica envolvendo trabalho.

Interessa-nos, particularmente, para este breve estudo, a decisão proferida pelo *Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno del Uruguay*, *sentencia* nº 111/2020, 03.06.2020, justamente em razão da utilização como referencial teórico-normativo da Recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), enquanto instrumento universalizador da proteção ao trabalho contra as práticas fraudulentas que vilipendiam a garantia dos direitos mínimos que permitam a qualificação do trabalho decente.

¹¹ Disponível em: <<https://trab21.blog/2020/12/18/suprema-corte-de-nova-iorque-reconhece-motoristas-da-uber-como-empregados/>> Acesso em: 01.abr.2021.

¹² Estatuto del Trabajador de Plataformas Digitales Bajo Demanda, 6 de Mayo de 2020. V. íntegra do projeto de lei e os comentários sobre o texto em CARLI, Federico Rosenbaum (2020). Disponível em: <<https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/06/anteproyecto-de-ley-de-estatuto-del.html>> Acesso em: 01.abr. 2021

Para responder o problema da pesquisa foi utilizado os métodos de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa adotada foi a documentação indireta buscando-se fundamento na legislação e estudos bibliográficos, que dispõem sobre os temas abordados na pesquisa.

O enfoque assume especial relevância no caso brasileiro porque, como ocorre no Chile, a jurisprudência está longe de ser resolvida, permanecendo complexa a determinação das relações de trabalho na economia de plataforma, de modo que, como bem registram De Stefano, Durri, Stylogiannis e Wouters (2021), a Recomendação n. 198 da OIT (2006), sobre Relações de Trabalho, serve como uma boa bússola para garantir a proteção do trabalho.

Pretende-se com isso ampliar o debate sobre a exploração que as relações de trabalho uberizadas engendram e, conseqüentemente, tornar mais favoráveis as condições de proteção nacional do trabalho decente.

Nesse sentido, a investigação dividiu-se em quatro momentos: no primeiro, faz-se necessário conhecer a qualificação do vínculo jurídico no Uruguai até para que se possa entender o contexto jurídico da decisão que se pretende analisar; em seguida, analisaremos o julgado do Tribunal Uruguaio, teorizando, ato contínuo, sobre o trabalho em plataforma no contexto do capitalismo, para posteriormente explicitar a importância da Recomendação n. 198 da OIT e sua aplicabilidade no Brasil, a fim de uniformizar a jurisprudência sobre o tema ou, no mínimo, dar um norte para o alcance deste objetivo.

Conclui-se, desta forma, que é importante o Brasil, dentro de uma política nacional de proteção da relação de trabalho, observar a Recomendação n. 198, da OIT como referencial teórico para interpretação do artigo 3º da CLT, com a finalidade de se reforçar os mecanismos protetores das relações triangulares de trabalho e da pulverização da cadeia produtiva, dando prioridade ao trabalho sobre o capital e ao homem como sujeito de trabalho, independentemente do trabalho que faz, assegurando-lhe dignidade e decência na prestação de serviços.

2. QUALIFICAÇÃO DO VÍNCULO JURÍDICO NO URUGUAI.

Após anos de lutas com povos de nações vizinhas, em especial o Brasil, em 1828, o Uruguai declarou sua independência, aprovando em 1830, sua primeira Constituição, inspirado nos modelos constitucionalistas europeu e norte-americano de garantia de direitos individuais mediante a clássica separação de poderes.

As primeiras leis de proteção ao trabalho surgiram na primeira metade do século XX, influenciadas pelos imigrantes que ocupavam suas terras e pela prosperidade econômica por que o país passava.

Em 1934, a Constituição uruguaia promoveu a constitucionalização dos direitos sociais, especificamente em relação aos trabalhadores, elevando o direito do trabalho ao plano dos direitos fundamentais, quando a filosofia liberal foi trocada pelos ideais sociais preconizados pela Constituição mexicana de 1917. A partir de então, o Uruguai passou a ratificar os Tratados e Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na década de 1973, sob a influência de um golpe militar, que defendia a ideologia do econômico sobre o social, várias leis foram criadas diminuindo os direitos trabalhistas. Somente após o período de redemocratização, em 1985, é que a legislação social, então revogada em determinados aspectos pelo regime militar, foi reestabelecida.

Em 1975, a falta de sistematização do Direito do Trabalho foi compensada no ordenamento jurídico pelo surgimento da obra “Princípios do Direito do Trabalho”, na qual o Professor Américo Plá Rodríguez sintetiza uma série de princípios que ele descobre na normatividade uruguaia (GHIONE, 2014) – o princípio protetor, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, o princípio da continuidade do contrato de trabalho, o princípio da primazia da realidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da boa-fé e o princípio de não-discriminação (RODRIGUEZ, 2000).

A obra do Professor Rodríguez, quanto aos princípios, teve uma grande influência e desenvolvimento tanto do meio acadêmico, quanto na jurisprudência uruguaia, com frequentes citações, recorrências e a volta a esse princípio protetor (GHIONE, 2014).

Outro autor que teve uma extraordinária importância foi Barbagelata ao afirmar que o Direito do Trabalho se pauta na igualdade entre o trabalhador e o empregador. Não a igualdade do Direito Comum, a igualdade formal, mas aquela que não é o ponto de partida, e sim a meta ou a finalidade do ordenamento jurídico (igualdade material).

Ainda dentro de suas contribuições, pode ser citada a adaptação ao ordenamento jurídico uruguaio do conceito do bloco de constitucionalidade, que serve de fonte frequente para o enfoque do Direito do Trabalho como um ramo propulsor de direitos fundamentais e não somente para sua aplicação partir da leitura literal da Constituição e dos Tratados Internacionais ratificados (GHIONE, 2014).

A partir da década de 90, houve um aprofundamento das políticas neoliberais da época da ditadura, que se estendeu até o ano 2005 quando assume o governo de coalizão de esquerdas, Frente Amplio, que propiciou o aumento das normas laborais protetivas, ampliando os setores abrangidos para incluir os trabalhadores rurais (Lei 18.441), os funcionários públicos e os trabalhadores domésticos (Lei 18.065).

A Constituição de 1967, em vigor, com modificações realizadas em 26/11/1994 e 08/12/1996, estabelece que o trabalho é acobertado pela proteção da lei especial (art. 53), e que a lei reconhecerá a independência da consciência moral e cívica, o direito à justa remuneração, à limitação da jornada, ao descanso semanal e à higiene física e moral a quem estiver em uma relação de trabalho, como empregado ou obreiro (art. 54).

Foi garantida ainda a proteção especial da lei ao trabalho das mulheres e menores (art. 54, 2ª parte).

Há previsão, também, do direito à distribuição imparcial e equitativa do trabalho, nos termos da lei (art. 55), e do direito à alimentação e ao alojamento adequado aos trabalhadores das empresas, cujas características determinem a permanência da pessoa no respectivo estabelecimento (art. 56).

Esses dispositivos constitucionais limitam-se, porém, a ditar princípios que devem reger as relações de trabalho, transferindo à lei a função de regulamentar o direito individual do trabalho, autorizando-se, contudo, de acordo com o art. 332, da Carta Constitucional uruguaia, a recorrer-se aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais do direito e às doutrinas geralmente admitidas.¹³

Acrescenta-se, tal como agasalhado pelo art. 332 e pela doutrina internacional, que os princípios previstos na Carta Magna uruguaia, na qualidade de normas primárias fundamentais, para além da simbiose que estabelecem com a legislação infraconstitucional, princípios gerais do Direito e demais mecanismos de integração normativa, servem de fundamento, na qualidade de normas jurídicas, para regulamentação autônoma das relações sociais, o que implica não só o direcionamento de sua aplicação, como também a efetiva implementação em prol do resguardo de um patamar mínimo civilizatório.

¹³ Art. 332. “Os preceitos da presente constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de ser aplicados por falta de regulamentação respectiva, e que esta será suprida recorrendo aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais do direito e às doutrinas geralmente admitidas”

O ordenamento jurídico uruguaio adota um posicionamento misto, com predomínio do princípio da proteção nas relações individuais e coletivas, que leva em conta a boa-fé, o equilíbrio das negociações e a elaboração de normas coletivas, mas com certa intervenção estatal, por meio dos preceitos constitucionais e das Convenções da OIT, além das Convenções Coletivas. (RIBEIRO, 1998, p. 157).

O Uruguai não conta com um código do trabalho e sequer com uma lei geral do trabalho, sendo a regulamentação das condições de trabalho previstas em leis esparsas, assistemática, incompleta e fragmentada, o qual deixa bastante espaço para a negociação coletiva e para criação doutrinária e jurisprudencial (URIARTE, 2006).

Ainda que ancorada no princípio da proteção, a legislação uruguaia tem um grau ou nível de proteção notoriamente baixo, permitindo, com isso, importante margem para flexibilidade (URIARTE, 2000), desde que não se mexam nas bases das relações de trabalho e se preservem os direitos de ordem fundamental, em respeito à norma-princípio constitucional garantidora da proteção do trabalho humano e à adoção das Convenções da OIT em seu âmbito interno (SANCHES, 1998, p. 39-40).

Não há, por isso mesmo, uma caracterização geral legal dos aspectos principais da relação de emprego, tampouco a consagração de uma presunção de laboralidade do vínculo jurídico (ALBERT, 2015), contando, apenas, com disposições que, indiretamente, incidem na delimitação do conceito, como aquelas que qualificam todos ou alguns dos aspectos característicos de algum instituto em particular e da seguridade social, a exemplo das leis n. 16.190 e 16.713; as que regulamentam a responsabilidade trabalhista - como as leis n. 18.099 e 18.251 que estabelecem as responsabilidades em caso de subcontratação - e as disposições gerais dentro da interpretação dos contratos no Código Civil. (ALBERT. MILÁN, 2013, p. 46)

Explica Albert que, na primeira etapa, o clássico juslaboralismo uruguaio sindicalizou-se como elementos caracterizadores ou ilustradores típicos da relação de trabalho como a pessoalidade, continuidade, onerosidade e, sobretudo, embora admitisse sua gravitação como um todo, bem como certas oscilações possíveis em termos de sua ocorrência e peso, a subordinação jurídica como a nota mais típica e com exclusividade (2015, p. 39).

O catedrático Hugo Barreto Ghione, em reforço, assevera que, apesar de não haver qualquer lei nesse sentido, a qualificação jurídica do vínculo de emprego no Uruguai se baseia nas definições dadas pela doutrina e pela

jurisprudência (2011, p. 22), que adotam como critério a subordinação jurídica (RIVAS, 1996, p. 186), sem incorporar novos enfoques, como feito na doutrina europeia, que tende a fazer uma proteção jurídico-laboral mais extensiva em situações em que a subordinação não se apresenta como elemento determinante (ALVAREZ, 2000, p. 283)

Ademais, explicam Albert e Milán (2013), ancorados na lição de Rivas, que a lacuna normativa quanto aos requisitos da relação de emprego acabou sendo determinante na elaboração jurisprudencial não sistemática, mas que funciona por dedução, diante de um elenco de fatos considerados indicadores da dependência trabalhista (DELGUE, 2008).

A subordinação jurídica é a possibilidade do empregador de organizar a atividade produtiva, dirigir a atividade do trabalhador, dar ordens e instruções, exercer o controle ou vigilância dos processos operativos e sancionar o descumprimento na execução do trabalho, a fim de tornar possível a realização dos objetivos perseguidos pela empresa (BARBAGELATA, 1999, p. 165).

Segundo Ghione, essa prática limitante do critério da subordinação, junto a desregulamentação que ocorreu na década de 90, habilitou uma prática baseada, na maior parte das vezes, no verossímil e não na primazia da realidade (1998), pois foca na identificação de um causa razoável obtida a partir da ponderação entre o princípio constitucional da proteção do trabalho humano (art. 53 e sgtes. da Carta) e o da autonomia da vontade (art. 10 da Carta), “pelo critério da justificativa racional para o caso”, ou “quando se detectam claras razões ou vantagens compensatórias a favor do sujeito cuja proteção especial se verá marginalizada”. (decisão n. 251/2010 do *Tribunal de Apelaciones de Trabajo* de 1º Turno).

Assevera Albert (2015) que, apesar da jurisprudência majoritária uruguaia ter elevado a subordinação à categoria de princípio, tem se iniciado uma tendência jurisprudencial de redimensionamento da transcendência das notas típicas clássicas, relativizando, sobretudo, a hegemonia da subordinação jurídica em sua versão clássica.

Nesse contexto, agrega-se a inclusão, como fonte de integração da lacuna legal, “das doutrinas geralmente admitidas”, conforme previsto no art. 332 da Carta, oriundas de fontes de direito internacional.

Como bem explica Beaudonnet, os estudos referentes à utilização do Direito Internacional dentro do Direito Uruguaio tomam como ponto de partida a distinção entre o sistema monista e dualista. Pelo primeiro, os Tratados

e Convenções Internacionais ratificados são integrados diretamente no direito nacional, seja para suprir uma lacuna no direito interno, para descartar uma disposição legal menos favorável ao trabalhador ou ainda para invalidar uma disposição do direito interno. Ao passo que, pelo sistema dualista, a ratificação e a publicação da norma internacional não bastam para sua integração automática ao direito interno, dependendo sua aplicação e inclusão no ordenamento jurídico interno de uma lei posterior, não podendo o país aplicar a norma internacional diretamente. (2006. pp.07/14)

No sistema uruguaio as Convenções da OIT têm status de direito fundamental, vigorando a tese de que as Convenções Internacionais, uma vez ratificadas, aplicam-se diretamente, sem necessidade de uma norma que os desenvolva ou transcreva (ARTUR, 2012), obrigando os Tribunais a as aplicarem quando suas disposições assim o permitam na prática. Isto porque, as Convenções Internacionais são tratados “como expressão da opinião da consciência jurídica universal derivada tanto das maiorias necessárias para sua aprovação no âmago da Conferência Internacional do Trabalho, quanto do caráter tripartido da integração desta” (ALBERT. MILÁN, 2013, p. 47).

Leciona ainda Beaudonnet (2006, p. 23) que parece não existir diferenças entre o valor jurídico de uma Convenção da OIT não ratificada e uma Recomendação, sendo que alguns tribunais trabalhistas se referem a eles como expressivos de regras de equidade, utilizada sob a forma integrativa, como elemento de adaptação e integração da norma ao caso em concreto.

O advento da Recomendação n. 198 da OIT reacendeu o debate no ordenamento jurídico uruguaio, devido, sobretudo, ao seu contexto temporal e determinístico.

Com efeito, depois de um histórico de três décadas de flexibilização, desregulamentação, precarização e esvaziamento do Direito do Trabalho, a OIT reafirma o princípio tutelar, o primado da realidade e a indiferença da qualificação jurídica que as partes fazem de o negócio, colocando em cheque a clássica limitação da subordinação como objeto do sistema protetivo do direito do trabalho (URIARTE, 2010).

Ademais, a Recomendação indica o que o legislador e o juiz devem ou não devem fazer em um ordenamento jurídico como o uruguaio, que carece de regulamentação interna do ponto, ante a ausência de consagração de presunção de emprego (ALBERT, 2015, p. 51)

Expressiva doutrina trabalhista uruguaia, na esteira da moderna teoria acerca do trabalho decente, tem entendido que a Recomendação n. 198 da

OIT tem valor jurídico como modelo normativo a ser seguido nos casos em que se questiona a qualificação do vínculo jurídico, posto que, ante a lacuna normativa no Uruguai, pela disposição constitucional (art. 332), a Recomendação assume o lugar de fonte formal de direito, como modelo normativo estabelecido sobre a configuração da relação de trabalho (conteúdo objetivo de fonte internacional).

Albert (2015) entende, pelo menos por quatro razões, que a Recomendação n. 198 da OIT é uma ferramenta de interpretação do direito interno, em particular, no âmbito subjetivo e objetivo de aplicação da garantia de proteção do art. 53, bem como o conceito de “relação de trabalho ou serviço” no art. 54, a fim de distinguir entre relações de trabalho e verdadeiras relações civis e comerciais:

1) O uso jurisdicional do Direito Internacional do Trabalho, que inclui as Recomendações da OIT, como a de n. 198 da OIT, que integra o bloco de constitucionalidade dos direitos humanos laborais, foi promovido e facilitado por uma tendência mais ampla de referência aos instrumentos internacionais de direitos humanos;

2) As Recomendações constituem instrumento internacional que nasce para a vida jurídica (validade objetiva) com a aprovação de dois terços dos votos dos delegados presentes, assim como os acordos. (art. 19 n. 2 da Constituição da OIT), ilustrando a opinião da doutrina majoritária e mais aceita, representando, assim, a consciência jurídica universal na medida em que é o produto da vontade da maioria dos Estados membros da comunidade internacional membros da OIT, bem como as ordens de empregadores e trabalhadores também representados;

3) Os princípios que inspiram a Recomendação n. 198 da OIT coincidem com o princípio da garantia da proteção do trabalho em geral (art. 53), e especialmente no “âmbito da relação de trabalho ou serviço” (art. 54) da Constituição uruguaia;

4) O critério geral proposto pela Recomendação apresenta um conteúdo que coincide com o art. 1.301 do Código Civil localizado na sede para interpretação de contratos que atribui relevância na interpretação do vínculo “aos fatos dos contratantes subsequentes...” ao ato de celebração, privilegiando os fatos sobre as formalidades, o que concorda com o princípio do primado da realidade que rege todo Direito do Trabalho.

Uriarte (2010) afirma que, apesar de entender que a Recomendação n. 198 da OIT não seja uma norma jurídica cuja aplicação direta pode ser legal-

mente reivindicada, não quer dizer que carece de toda a eficácia, uma vez que existe um controle mínimo periódico da OIT, além de servir como diretriz para o legislador e para o Executivo nacional e como orientações para os Juizes na hora de solucionar casos concretos, tanto na integração do direito, no caso de lacuna legal, como na interpretação das normas vigentes.

Segundo Albert (2015), os julgados que vem utilizando a Recomendação n. 198 da OIT começam a traçar uma nova linha de jurisprudência. Algumas, buscando os indicadores da Recomendação entre os fatos ilustrados no processo, ao passo que outras, rompendo o paradigma, admitem o abatimento da significância do critério de subordinação jurídica, sendo que, em todos os casos, confere ao grupo e individualmente a cada um dos indicadores detectados um valor argumentativo sintomático.

Na prática, de acordo com levantamento jurisprudencial feito por Albert (2015), embora a maior parte da jurisprudência trabalhista uruguaia permaneça presa ao critério da subordinação jurídica como exclusiva e definidora da relação de trabalho objeto do Direito do Trabalho, já é possível detectar alguns julgamentos relativamente recentes que, além de questionar a necessidade de atualização do critério, gravitam em torno dos indicadores da Recomendação n. 198.

Nesse sentido, é a *Sentencia n° 111/2020, 03.06.2020 Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno del Uruguay*¹⁴, que passaremos a analisar mais detidamente no próximo tópico e que é paradigmática, uma vez que confirma a relação de dependência dos motoristas da Uber e desestimula o tratamento da controvérsia por meio de tribunal arbitral, utilizando como um dos fundamentos a Recomendação n. 198 da OIT, como “marco normativo teórico” (item 4.4.2.2).

3. SENTENCIA N° 111/2020, 03.06.2020 TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE 1° TURNO DEL URUGUAY.

Como vem acontecendo na maior parte do mundo ocidental, a economia de plataforma está presente no Uruguai e concentra-se no transporte de pessoas ou mercadorias, e, tal qual nos demais países em que se apresenta, as formas de trabalho dela decorrentes foram, na maioria dos casos, organizadas de maneira serem formalmente excluídas do âmbito normativo do direito do trabalho, pela suposta natureza jurídica de sua atividade e o tipo de relação

¹⁴ Disponível em: <<http://hugobarrettooghione.blogspot.com/2020/06/los-choferes-de-uber-son-trabajadores.html>> Acesso em: 01.mar. 2021.

jurídica que se estabelece entre o prestador do serviço (o trabalhador) e a plataforma digital (CARLI, 2020).

Nesse contexto, as empresas de plataforma digital se autoproclamam prestadoras de serviços da sociedade da informação, cuja atividade se limita exclusivamente à intermediação entre o cliente do serviço dentro da plataforma e o prestador desse serviço, por meio de suporte tecnológico, sem controlar ou desenvolver o serviço oferecido. Por esta razão defende que os trabalhadores que prestam o serviço contratado pelo cliente são autônomos ou empreendedores.

A situação jurídica desses trabalhadores, até mesmo pela expressiva quantidade de envolvidos, não passou à margem da apreciação doutrinária e jurisprudencial uruguaia, sendo que, em junho de 2020, transitou em julgado decisão paradigma de relação ao trabalho em plataforma proferida pelo *Tribunal de Apelaciones del Trabajo*, confirmando sentença que reconheceu como empregado um motorista da Uber, com base na Recomendação nº 198 da OIT.

A decisão foi proferida em grau de recurso em face da sentença proferida pelo *Juzgado Letrado del Trabajo (JLT) de la Capital de 6º Turno, sentencia* nº 77/2019, de 11.11.2019, no âmbito de ação trabalhista movida por motorista da Uber, que entendeu ser o reclamante trabalhador dependente.

A sentença considerou, em síntese, na linha do decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, Acórdão de 20/12/2017, C-434 / 15. *Elite Taxi Professional Association c / Uber Systems Spain, SL*, que a Uber não é uma empresa de tecnologia e sim de transporte de passageiros, sendo a plataforma mera ferramenta para a realização do trabalho do condutor.

Com isso, a sentença afastou o regulamento da Diretoria Departamental de Montevideu, uma vez que este concebe plataformas digitais deste tipo como intermediárias entre a oferta e a demanda de serviços de transporte de passageiros. (Decreto nº 36.197), por ser manifestamente contrária à realidade.

Considerou que os “parceiros” estão vinculados ao Uber por meio de uma relação de trabalho subordinada, fundamentando a conclusão em uma ampla análise doutrinária e, em particular, ao conteúdo da Recomendação nº 198 da OIT, que contém várias indicações específicas, como por exemplo, o fato de o trabalho prestado pelos motoristas da Uber implicar na integração do trabalhador na organização da empresa.

Com base nisso entendeu comprovado que a Uber tem poder diretivo, organizativo e sancionador em relação aos seus motoristas, que se manifesta em múltiplos elementos, como dar-lhes ordens ou orientações (através de e-mails), instruções de como realizar o serviço, protocolos de tratamento aos utilizadores, condições de higiene dos veículos, bem como exerce poder sancionador mediante a suspensão temporária da conta dos motoristas como mecanismo e, por sua vez, a desativação como forma de exercício unilateral do poder rescisório, próprio e exclusivo de um empregador.

Um outro aspecto abordado pela decisão originária, adequando-se à conclusão propugnada, refere-se à questão da remuneração aplicável a este tipo de trabalhador que, pela análise da realidade fática, comprovada no processo, afastou a aplicação do Grupo dos Conselhos Salariais n.º 13, Transporte e Armazenagem, Subgrupo 4 Transporte Terrestre de Passageiros “Remises”, para aplicar o Grupo 13, mas correspondendo ao Subgrupo 14 “Transporte Privado de Pessoas por Automóvel”.

A empresa Uber recorreu e, com base nas alegações das partes, o *Tribunal de Apelaciones del Trabajo*, confirmou a sentença que reconheceu como empregado um motorista da Uber, com fundamento na Recomendação n.º 198 da OIT.

O Tribunal considerou, primeiramente, que, como o ordenamento jurídico uruguaio não apresenta normas de direito positivo que orientam a fronteira entre o trabalho protegido pelo Direito do Trabalho e o prestado de forma autônoma, e como a norma constitucional dá proteção ao trabalho (arts. 7.º e 53.º), os instrumentos internacionais do trabalho integram o bloco de constitucionalidade, devido a fundamentalidade do Direito do Trabalho.

Nesse contexto, entendeu o Tribunal que “o material normativo como ferramenta de inserção ou descarte de fatos como vínculo empregatício ou outra forma de contratação de trabalho, hoje no Uruguai, é representado pela Recomendação n.º 198 da OIT”, instrumento este que vem sendo incorporado no Base de Jurisprudência Nacional, em sua plena integração, desde a Sentença n.º 174/2009, de 22.07.2009.

Assim, diante do disposto no artigo 332 da Constituição do Uruguai, a Recomendação n. 198 da OIT, ao apresentar elementos para definição da relação de trabalho, tornou-se o referencial normativo teórico que serve para apreciar e qualificar os fatos na discussão da existência da relação de emprego, isto é, norma de partida que inaugura a regulação da relação de trabalho protegido no Uruguai.

Para o Tribunal a Recomendação n. 198 da OIT não necessariamente substitui, mas complementa as construções doutrinárias anteriores que serviram no campo jurisprudencial como modelos normativos e, de um lado, parte de premissas que “representam a voz da consciência jurídica universal no sentido de que o trabalho precisa de proteção, e não qualquer trabalho é admissível”, senão o trabalho decente”; por outro, funciona como padrão para apreciação dos fatos a partir da realidade, visando evitar que os trabalhadores sejam privados de proteção.

Seu valor jurídico, como modelo normativo para substituir ou complementar a elaboração doutrinária desenvolvida antes de sua vigência, advém de três fundamentos, de acordo com a Corte:

1º) seu procedimento de aprovação dentro da OIT resulta em sua validade objetiva, ilustrando a opinião da doutrina majoritária e mais aceita ou como a voz da consciência jurídica universal e a transforma em um válido instrumento de integração do princípio de proteção do trabalho humano, como caminho de análise para qualificar um vínculo jurídico e distinguir as verdadeiras relações de emprego de “verdadeiras relações civis e comerciais”;

2º) compromisso internacional do trabalho decente; e

3º) a Constituição uruguaia obriga a lei a proteger o trabalho em todas as formas jurídicas de execução do trabalho, e como não há configuração normativa interna para o trabalho protegido, marco para a efetivação dos direitos fundamentais no trabalho, deve-se seguir o caminho da arte (art. 332 da Constituição), ou seja, a referência ao estado atual de conhecimento sobre um assunto, que, no caso, é a Recomendação n. 198 da OIT.

Analisando o conteúdo teórico da referida Recomendação, o Tribunal chamou atenção para os indicadores apontados pela Recomendação n. 198 da OIT: a) a integração do trabalhador na organização da empresa, b) a execução do trabalho segundo as instruções ou sob o controle de outra pessoa, c) trabalho realizado em benefício único ou principal de outra pessoa, d) realização pessoal do trabalho em horário determinado, no local indicado ou aceito pela pessoa que executa o trabalho, e) trabalho de certa duração e continuidade, f) disponibilidade do trabalhador; g) fornecimento de ferramentas, materiais e máquinas; h) remuneração periódica, i) que é a única ou principal fonte de renda do trabalhador, j) a existência de benefícios como alimentação, alojamento e transporte, k) férias e descanso semanal, l) o pagamento das viagens que o trabalhador deve fazer para executar o trabalho, m) e a ausência de riscos financeiros para o trabalhador.

A lista foi complementada com a especificação da necessidade de observância do princípio da primazia da realidade, que determina a observância dos fatos relativos ao desempenho do trabalho e da remuneração do trabalhador, independentemente da qualificação nominal no contrato entre as duas partes.

Em resumo, pelo que se depreende do acórdão, para a Recomendação n. 198 da OIT a qualificação do vínculo jurídico deve ser feita de acordo com as seguintes diretrizes: os fatos da etapa de execução da obra, encontrando-se entre eles um ou mais dos indicadores referidos, que corporificam alguns conteúdos clássicos como pessoalidade, a onerosidade, a habitualidade, a alteridade e a dependência ou subordinação, além de outros novos, e independentemente da qualificação jurídica e de qualquer outro elemento consignado no contrato que possa ser interpretado contra a configuração de uma relação de trabalho (princípio da primazia da realidade).

Sublinhou ainda a decisão que, embora a Recomendação considere a subordinação ou dependência como um dos requisitos, “desfoca-a como aspecto principal e exclusivo na resolução do conflito, e foca-a num elenco muito mais aberto que a inclui de qualquer maneira” em pé de igualdade com os demais indicadores, sendo admissível, por isso mesmo, a existência da relação de trabalho mesmo sem subordinação ou dependência na sua concepção clássica, desde que esteja presente um ou mais dos indicadores restantes.

Apreciando a plataforma fática à luz da Recomendação n. 198 da OIT, de acordo com o Tribunal, apesar da determinação da natureza da atividade desenvolvida pela Uber (descrita pela própria como empresa de tecnologia ou transportadora) ser irrelevante, ela se utiliza da ferramenta tecnológica apenas para organizar o seu sistema produtivo de conectar a demanda de serviços de transporte com a respectiva oferta e gerenciar a cobrança do serviço do usuário, sendo, em realidade, uma empresa de transportes.

Igualmente não importa como a Uber se apresenta publicamente ou como se qualifica no contrato para determinar se a relação entre as partes se caracteriza como uma relação de trabalho ou como um contrato comercial, pois isto não é algo que preceda a análise do vínculo jurídico.

A Uber se beneficia do trabalho que é realizado pelo motorista. E quando se fala em “trabalho realizado em benefício de outrem”, pela Recomendação n. 198 da OIT, o benefício da obra pode ser apenas para outrem, ou “principalmente” para outrem, independentemente do resultado lucro, bastando que o sujeito a quem a obra foi entregue tenha assumido o risco em geral.

Para o Tribunal, esse é um indicador que não pode ser avaliado isoladamente e alheio aos demais, mas o importante dele reside na “ampliação do conceito de beneficiário que a Recomendação estabelece em relação ao clássico e que tem a possibilidade implícita de que a pessoa que trabalha não seja o principal responsável por parte dos custos”.

No caso, a tecnologia do aplicativo é da Uber, cabendo a ela exclusiva e unilateralmente fixar os preços, sem qualquer participação dos motoristas na negociação do preço com o passageiro.

O motorista não organiza nenhuma etapa do processo de produção (transporte) da Uber, sendo apenas um elo na estrutura da empresa, no processo de produção, que é organizado e controlado pela empresa, por meio do aplicativo, para execução de uma função (condutor de veículo) sem a qual ela não existiria.

Sobre a questão do controle, a decisão, analisando o indicador fornecido pela Recomendação, entendeu que ele é aberto, na medida em que não se refere à forma de emissão das instruções ou ao seu âmbito, nem se refere à entidade de controle e sim ao grau de liberdade havido na execução da tarefa.

Fazendo uma distinção entre a atividade do trabalhador autônomo e subordinado, no tocante a liberdade, ao indicar que o primeiro organiza a tarefa e a realiza à vontade (mesmo que o principal controle o resultado), enquanto o segundo exerce a atividade sob controle da empresa, o Tribunal reconheceu que a Uber dirige e controla todas as atividades do motorista, respondendo, inclusive, pelos atos que prejudicam o motorista, o que representa uma forma de exercício do poder sancionador típico de um empregador.

Restou verificada, também, a continuidade do serviço prestado e da remuneração periódica, com a empresa fornecendo parcialmente as ferramentas, por meio da disponibilização do aplicativo de tecnologia e todo o seu direcionamento, limitando-se o motorista a fornecer, apenas, parcialmente, as ferramentas para realizar o trabalho, como o carro e o dispositivo de comunicação.

A esse exame acrescentou o Tribunal ainda uma ponderação dos indicadores como um todo que se revelaram contrários à qualificação da relação de trabalho, sopesando todos os argumentos para elucidar e avaliar para onde apontavam os indicadores descritos, tendo a conclusão sido alcançada por conta de três índices considerados preponderantes: 1) o motorista não organiza o cumprimento da obrigação assumida com base em sua expertise, apenas a executa da forma predeterminada pela Uber; 2) o motorista não tem acesso,

relação e controle dos usuários que solicitam o serviço de transporte; 3) o motorista não tem controle sobre o preço, seu reajuste e suas modificações e não tem controle ou acesso ao algoritmo (suporte do modelo econômico), que só a Uber sabe e domina.

Diante disto, decidiu o Tribunal que a ausência de liberdade desacredita a ideia de vínculo diverso do vínculo empregatício.

Segundo Carli (2019), os conflitos individuais de trabalho com essas características são muito raros no Uruguai, de modo que quase não há ações judiciais em nível jurisprudencial quando comparado ao que tem ocorrido em outros países e que não é fácil conjecturar se essa decisão incentivará a promoção de novas ações judiciais.

Ainda segundo o autor, apesar de, por ora, única no país, a decisão do Tribunal de Apelação do Uruguai traz um impacto significativo na “*gig economy*” local, e se soma as de vários outros países com a mesma conclusão na luta global mais ampla pelos direitos dos trabalhadores de aplicativos, trazendo com importante contribuição a fundamentação da aplicabilidade da Recomendação n. 198 da OIT para o deslinde da controvérsia.

4. A RECOMENDAÇÃO N. 198 DA OIT E SUA APLICABILIDADE NA PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL.

O capitalismo informacional é considerado um novo momento da fase do capitalismo financeiro e foi analisado inicialmente por Manuel Castells, em seu livro *Sociedade em rede*, publicado em 1996, e está relacionado à revolução tecnológica dos últimos tempos.

O capitalismo informacional é caracterizado pela globalização e pelos avanços nas tecnologias de informação, na aceleração e crescimento dos fluxos de informações, pessoas, capitais e mercadorias. Segundo esse autor, essas transformações tecnológicas mudam nossas práticas culturais e sociais e constroem uma nova estrutura social (CASTELLS, 1999).

Nesse contexto, surge o que vem se denominado de economia digital em que o trabalho é contratado ou realizado através das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC).

Esse trabalho se dá na forma de “*gig economy*” ou “*platform economy*” e “*collaborative economy*, na modalidade de “*crowdwork*” (online), em que as tarefas, com enorme fragmentação, dão-se por meio de plataformas online, e o trabalho por demanda (“*on demand*”) em que o fornecimento dos serviços

ocorre via aplicativos, que estabelecem e garantem um determinado padrão de qualidade, assim como seleciona e gerencia a mão de obra.

De acordo com estimativas (MULDOON. STRONGE, 2020, p. 5), a economia digital é responsável por 4.5% a 15.5% do PIB mundial, concentrado nas mãos de poucas empresas de tecnologias que se situam numa poderosa posição estratégica, com a Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet (Google) e Facebook arredondando os cinco primeiros, até o segundo trimestre de 2019.

Nick Srnicek, em seu livro *Platform capitalism*, publicado em 2017, de outra banda, defende que com a economia digital o capitalismo se encontra em uma nova fase de exploração econômica, a partir da adoção de um modelo de negócio adequado à exploração de dados, que são as plataformas (SRNICEK, 2017, pp. 6-7). Para o autor, este novo conjunto de tecnologias e modelos organizacionais representa um novo padrão de acumulação, com variedade de lógicas de extração de valor pela via da tecnologia.

A teoria crítica de Srnicek analisa o papel das plataformas como intermediárias, que recebem parte das transações decorrentes da interação de terceiros, proporcionada pelo espaço digital delas, e usam seu domínio sobre os dados coletados para antecipar as tendências de negócios e gerar grandes lucros.

A extração de dados aqui não é, portanto, mera coleta de informações, mas extração de valor e recursos, sendo os algoritmos e os dados uma antes-sala para o capitalismo de plataformas (SRNICEK, 2017), ao passo que as plataformas em si – em seus mais variados tipos – a concretização da acumulação e extração de valor a partir dos mecanismos de dados e das mediações algorítmicas (GROHMANN, 2020, p. 111).

Dando consistência a essa definição abstrata, Srnicek aponta quatro características gerais das plataformas:

1) Sua atuação como organizadoras de mercados, afinal, elas são intermediárias – “*provides the basic infrastructure to mediate between different groups*” (SRNICEK, 2017, p. 44);

2) Efeitos de rede nos quais elas se fundamentam - “*the more numerous the users who use a platform, the more valuable that platform becomes for everyone else*” (SRNICEK, 2017, p. 45) -, que acabam gerando naturalmente uma tendência à monopolização;

3) Funcionam como subsídio cruzado, fornecendo muitos serviços não monetizados para atrair mais usuários, compensando esse serviço gratuito com outro braço da plataforma, aumentando seus preços;

4) As plataformas tanto organizam os mercados a que se dedicam, como o formatam a partir de diretrizes de trato, geração de valor e distribuição do valor dentro de seu ecossistema (SRNICEK, 2017, p. 47).

Embora Srnicek aponte no seu livro 5 (cinco) tipo de plataformas (de propaganda, nuvem, industriais, de produtos e enxutas, e posteriormente, em entrevista à Unisinos, informe que as reduziu para três: plataformas de publicidade, plataformas de nuvem – incluindo o que chamou de plataformas industriais – e plataformas lean¹⁵, é possível se verificar que há entre elas uma variedade de lógicas de extração de valor (SRNICEK, 2017) e de características de trabalho (CASILLI. POSADA, 2019).

Sobre o aspecto do trabalho, Grohmann aponta, a nosso ver com acerto, que a classificação de Srnicek não foi pensada especificamente para plataformas de trabalho.

De acordo com a definição de Van Doorn, o trabalho de plataforma é aquele mediado, organizado e governado por meio de plataformas digitais, a partir de diferentes formas de apropriações de valor, a depender tanto das características das plataformas de trabalho quanto de clivagens de gênero, raça e território (GROHMANN, 2020, p. 112).

Assim, na esteira das classificações propostas por Scholz (2016), Schmidt (2017), Graham e Woodcock (2018) e Casilli (2019), são indicados os seguintes tipos de plataformas de trabalho: i) plataformas que requerem o trabalhador em uma localização específica (como iFood, Rappi, Uber, Deliveroo), as mais conhecidas do cenário do trabalho digital; ii) plataformas de microtrabalho ou crowdwork (como Amazon Mechanical Turk, PiniOn, MicroWorkers), marcadas principalmente pelo trabalho de treinar dados para a chamada “inteligência artificial”; iii) plataformas freelance, de cloudwork ou macrotrabalho (como GetNinjas, WeDoLogos, Freelancer, iPrestador, Fiver, 99Designs), sendo que, cada qual tem diferentes relações com o trabalho mediado por plataformas e distintas possibilidades de condições de trabalho (e perfis de trabalhadores, a partir de marcadores sociais), processos produtivos, apropriação de valor, gestão algorítmica do trabalho e formas de controle do trabalhador. (GROHMANN, 2020, p. 113).

¹⁵ Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/593935-os-principais-tipos-de-plataforma-foram-reduzidos-para-tres-2019>> Acesso em: 15.mai.2021. Nesta entrevista o autor aponta como exemplo de plataformas *lean* a UBER

A par das diferenças, inclusive quanto à circulação e à extração de valor do trabalho nos diversos países, as dinâmicas de plataformação do trabalho em geral têm em comum lógicas de classe e parâmetros da financeirização-dataficação global que aparecem na forma de flexibilidade somente para a empresa contratante, precarização e redução da autonomia do trabalhador, a partir de uma racionalidade empreendedora, como vias de justificação dos modos de ser e aparecer do capital. (GROHMANN, 2020, p. 112).

Pesquisa sobre o trabalho em plataformas realizada por Funda Ustek-Spilda, Fabian Ferrari, Matt Cole, Pablo Aguera Reneses e Mark Graham (2020) mostra assimetrias no funcionamento entre o trabalho e o capital ao redor do mundo, passando pelo desvirtuamento da contratação de trabalho - de trabalhadores como “contratados independentes” – como ocorreu na Califórnia; subcontratação de intermediários de transporte privado que empregam seus motoristas, como feito na Alemanha; “sugerindo que as plataformas se cruzam com os contextos regionais de maneiras únicas, evitando, evadindo-se e contornando as estruturas regulatórias e os esforços de sindicalização dos trabalhadores”, mas todos com único objetivo: encobrir o verdadeiro tipo de vínculo e excluir os trabalhadores da proteção normativa.

Na América Latina a plataformação do trabalho se afirma com a manutenção da informalidade e das relações de trabalho precárias e, de acordo com a pesquisa de Kalil, pelo menos no Brasil, há uma centralidade no transporte por aplicativo que tem na Uber seu expoente (KALIL, 2019).

Referida empresa, tal como no Uruguai, presta serviços no Brasil por meio de plataforma e usa aplicativo de smartphones, conectando quem quer o serviço a um motorista previamente cadastrado no aplicativo, que aceita a corrida. O motorista encontra o usuário e a viagem se inicia; o condutor leva o usuário até o destino e, por fim, usuário e motorista se avaliam mutuamente. A empresa de aplicativo intermediadora deste “encontro” recebe o valor da viagem e remunera-se com um percentual deste valor, ou seja, aufere lucro com o trabalho alheio.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 determinou o valor-trabalho como fundamento da República (artigo 1º, IV) como meio de garantir a dignidade e bem-estar social no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 170, caput c/ artigo 193), estabelecendo o valor social do trabalho como princípio conformador da ordem jurídica, que orienta as relações de trabalho.

Disso se verifica que a relação de trabalho é a relação tutelada constitucionalmente no Brasil, materializada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e acaso presentes todos os requisitos essenciais à sua configuração previstos no artigo 3º, esta deve ser reconhecida, não tendo o empregador a opção de adotar outra maneira de contratação.

Como no Uruguai, no Brasil também é majoritariamente adotado como um dos parâmetros para a configuração da relação de emprego a subordinação jurídica, embora de uns tempos para cá venha crescendo a tendência de adoção do critério estrutural para sua compleição.

Essa mesma base limitadora da subordinação, ainda que com a inovação da visão de uma subordinação estrutural, tem levado a uma oscilação da jurisprudência brasileira no que diz respeito ao enquadramento do motorista de aplicativo.

Em decisão inédita, de abril de 2022, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconheceu vínculo de emprego entre um motorista de aplicativo e a Uber, com fundamento na presença de uma nova forma de subordinação – subordinação algorítmica efetivada por meio de aplicativo (RR 100353-02.2017.5.01.0066). Em razão da divergência de entendimentos não apenas entre Desembargadores de mesma Turma, mas mesmo de Turmas diferentes, uma vez que a 4ª e 5ª. Turmas se posicionaram em sentido diametralmente oposto -, a tendência é que a decisão seja encaminhada para uniformização pela SBDI-1.

Enquanto isso não ocorre, a estratégia da Uber tem sido de manipulação da formação da jurisprudência, visando evitar possíveis decisões que lhe são negativas, a partir da celebração de acordo judicial.¹⁶

A cultura jurídica brasileira quanto à observância das normas internacionais tem se mostrado, porém, bem diferente da uruguaia, sendo o controle de convencionalidade uma realidade não usual e o desrespeito às orientações internacionais, ainda que envolvendo direitos humanos, e assinados pelo país, bastante comum.

¹⁶ Recentemente a 6ª Turma da 11ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região afirmou que a plataforma pratica uma “manipulação de jurisprudência” ao formalizar acordo antes da sessão de julgamento, e, conseqüentemente, a retirada do processo da pauta de julgamento. Para os desembargadores, a empresa pratica fraude trabalhista para camuflar uma aparente uniformidade de entendimento quanto matéria, aparentando que a jurisprudência se unifica no sentido de admitir, a priori, que os fatos se configuram de modo uniforme em todos os processos (jurimetria). BRASIL. TRT15. Processo n. 0011710-15.2019.5.15.0032.

Com efeito, apesar da Emenda Constitucional nº 45 do ano de 2004 ter acrescentado o § 3º ao artigo 5º à Constituição Federal, que conferiu a possibilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos obterem o *status* de norma constitucional, até o fechamento deste texto, apenas quatro normas internacionais passaram a receber este tratamento: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; Tratado de Marrakesh para Facilitar o Acesso à Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013; e Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, ratificada em 13 de maio de 2021; foram aprovadas pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, através dos Decretos nº 6.949 de 2009 e 9522 de 2018, publicado no Diário Oficial da União no dia 25 de agosto de 2009 e 9 de outubro de 2018; e decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.

De outra banda, vários votos no âmbito do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos, por via do art. 5º, §2º, não significa uma superioridade dos tratados em face da Constituição, mas apenas a identidade de métodos para a resolução de conflitos com as normas constitucionais, como o princípio da proporcionalidade.

As Convenções Internacionais que não seguem o rito do § 3º ao artigo 5º à Constituição Federal ainda que, *a priori*, devam ser seguidas pelos membros da OIT, não possuem muita eficácia, apesar da supralegalidade reconhecida pelo Pretório Excelso, esbarrando na incompatibilidade legislativa com a Constituição ou na falta de vontade política para a sua regulamentação ou jurídica para sua aplicabilidade. Isto quando não acabam sendo denunciadas, a exemplo da Convenção nº 158 da OIT, que chegou a ser ratificada no Brasil pelo Decreto 2.100/96, criando dificuldades para que ocorressem dispensas arbitrárias de trabalhadores e que logo após sua recepção foi denunciada, ou seja, banida do ordenamento jurídico nacional perdendo sua eficácia.

Se com os Tratados e as Convenções Internacionais que, em tese, vinculam os Estados que a ratificaram, já há esta grande resistência no País Tupiniquim, com as recomendações a situação é ainda pior.

Desde a década de 1940, quando surgiram as primeiras Recomendações da OIT, a questão da necessidade de internalização delas é objeto de polêmica, sendo, porém, a opinião do maior intérprete do Direito Internacio-

nal do Trabalho no Brasil, Arnaldo Sussekund, no sentido da necessidade de se submeter as Recomendações à apreciação do Congresso Nacional, dentro daquele prazo de 12 meses que é contado a partir de sua aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT) que a aprovou.

Diferentemente das Convenções Internacionais ratificadas, as Recomendações não se submetem ao mesmo processo de internalização das Convenções. São aplicadas diretamente, pois nelas encontram-se princípios que devem reger o direito trabalhista a ser desenvolvido dentro dos Estados, mas que, por sua natureza, não geram a obrigação de serem transformadas em normas internas. São uma orientação da OIT, que servem como guias para a legislação e as políticas públicas (SUSSEKIND, 1986, p. 109).

Para Fontana e Gunther, as recomendações da OIT não estão sujeitas à ratificação, constituindo-se apenas em convite à adoção de um projeto de lei, para que seja discutido pelo poder legislativo pátrio, não se destinando a criar compromissos internacionais (2001, pp. 202-203).

Há ainda aqueles que, ao invés de levar em consideração que uma Recomendação nasce com o manto da opinião da doutrina majoritária e mais aceita de 2/3 dos países membros da OIT, tratam-na como um protótipo inacabado de Convenção que não obteve aprovação em número de votos suficientes para alcançar a qualidade de Convenção (SUSSEKIND, 2000, p. 204), e, por isso mesmo, possuindo mera força sugestiva e, portanto, facultativa.

Esse entendimento nos parece bastante equivocado.

De fato não há como se atribuir, no âmbito nacional, caráter normativo às Recomendações, com transpore na decisão uruguaia ao tratar a Recomendação n. 198 da OIT como “marco normativo teórico”.

Não obstante, as Recomendações da OIT não são totalmente indiferentes ou meramente sugestivas para o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que são orientações emanadas da OIT, que, a teor do art. 19, § 5º, b e § 6º, b da Constituição da OIT¹⁷, devem ser adotadas, cabendo às autoridades competentes dos três Poderes de cada Estado-membro, dentro de suas atribuições internas e respeitadas as esferas de atuação, implementar as normas cabíveis para o efetivo exercício dos princípios consagrados nelas.

¹⁷ Art. 19, § 5º, b e § 6º, b da Constituição da OIT: “tratando-se de recomendação, para que, ciente do seu texto, legisle, total ou parcialmente, sobre o que nela se contém ou adote outras medidas que julgar aconselháveis”.

O encaminhamento referido pela OIT das Recomendações às autoridades competentes de cada Estado-membro não significa necessariamente que seja ao Poder Legislativo, mas qualquer uma das três Esferas de Poder com atribuição legal para receber estas normas e autonomamente colocar em prática os princípios nelas constantes, exceto na hipótese em que a matéria constante na Recomendação for reserva de lei ou de lei complementar, porque, neste caso, caberia ao Congresso Nacional aprová-la, por sua competência constitucional para elaborar leis.

Em reforço à aplicação das Recomendações e Convenções Internacionais (ainda que não ratificadas), o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁸ determina que o direito comparado, usos e costumes são fontes do direito do trabalho.

É bem verdade que, em relação às Convenções Internacionais e Recomendações, muito já se discutiu se seriam ou não fontes do Direito, chegando até mesmo alguns autores a tratarem com mesmo valor da “doutrina”¹⁹ (SILVA, 2017).

A voz corrente é que as Convenções e Recomendações da OIT, uma vez ratificadas/internalizadas, constituem fontes formais de Direito, tratados multilaterais, de caráter normativo, gerando direitos subjetivos individuais; ao passo que aquelas não ratificadas (ou não internalizadas) constituem fonte material, pois servem de inspiração ao legislador²⁰.

¹⁸ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste

¹⁹ Existem 3 (três) teses sobre a natureza da “doutrina”, enquanto saber jurídico, partindo da mais pacífica para mais controversa: 1ª) saber jurídico como fonte material de direito (de aceitação geral); 2ª) saber jurídico como fonte formal de direito quando o ordenamento jurídico faça referência, como tal, à “doutrina”, aos “princípios gerais do direito” ou ao “direito comparado”, como no caso do art. 8º da CLT; 3ª) o saber jurídico é fonte formal do direito ainda quando o ordenamento jurídico não lhe faça menção. (SAMPAIO, 1982)

²⁰ As fontes formais são todas as formas ou maneiras pelas quais o direito se manifesta, isto é, meios que traduzem as normas (leis, costumes, súmulas etc.). Já as fontes materiais ou reais do direito são os fatores reais ou ideais levam a produção do conteúdo das normas jurídicas.

Embora não exista a obrigatoriedade de as recomendações da OIT serem ratificadas internamente, em 2019, o Decreto n. 10.088, de 05/11/2019 consolidou, na forma de seus anexos, os atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a promulgação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil e em vigor, em observância ao disposto na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

O artigo 3º dispôs que as Convenções anexas devem ser executadas e cumpridas integralmente em seus termos, omitindo-se em relação às Recomendações, deixando inclusive de elencar, dentro do rol das Recomendações que considera, a Recomendação n. 198 da OIT.

Apesar do silêncio deliberado do Decreto n. 10.088/19, não resta dúvida que a Recomendação n. 198 da OIT se aplica no Brasil e não se presta a ser usada como mera fonte inspiradora, mas como ferramenta formal de integração e interpretação da norma existente no país, notadamente dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT, e instrumento para promoção do trabalho decente.

Entendemos que as Recomendações da OIT, sobretudo as que veiculam direitos humanos fundamentais e disposições internacionais de Direito do Trabalho, integram a normatividade interna, seja por conta do disposto no artigo 7º, “caput”, que fala de “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (princípio da proteção do trabalhador, que tem como desdobramento a aplicação da norma mais benéfica), como por disposição expressa do artigo 8º da CLT, por escolha própria do legislador.

Conquanto exista regramento expresso na legislação pátria quanto à configuração do trabalho protegido, como sinônimo de relação de emprego, o fato é que se trata de “tipo aberto”, que tem sido objeto de interpretação doutrinária (e, com base nela, também jurisprudencial), notadamente no que diz respeito à questão da “dependência”, de que trata o art. 3º da CLT, o que veio a ser completado, formalmente, pela Recomendação n. 198 da OIT.

Não há como comparar um instrumento normativo internacional que representa o saber jurídico de diversos países sobre um tema central, cujo cumprimento é (ou deve ser) observado, com o subjetivismo de um pensamento, ainda que, nacionalmente forme “escola”.

Por maior o respeito que tenhamos pela “doutrina” - porque entendemos que a academia contribui de forma definitiva para a construção da norma -, não vemos como comparar isonomicamente as Recomendações da OIT e a

“doutrina”, ainda que ambas estejam no mesmo patamar legislativo (mais aí é questão de hierarquia de normas).

Ademais, em 2003, o governo brasileiro assinou, com o Diretor Geral da OIT, um Memorando de Entendimento que previu o estabelecimento de um Programa de Cooperação Técnica, com o objetivo de construir uma Agenda Nacional de Trabalho Decente no Brasil, instituída em maio de 2006, elaborada em consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores, acompanhamento da OIT e previsto na agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

O trabalho decente está presente no Objetivo nº 8 (ODS 8) da Agenda, que dispõe: “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos” (ONU, 2015, p. 26).

A Recomendação n. 198 da OIT traz claros elementos materiais que devem servir de sustentáculo para a adoção de uma legislação, interpretação e políticas nacionais no sentido de atender os objetivos do trabalho decente, no que diz respeito a existência de uma relação de trabalho.

São, porém, raríssimas as decisões que as utilizam, por exemplo, a Recomendação n. 198 da OIT como fundamento para definição da existência da relação de emprego, e, ainda assim, em caráter complementar, a exemplo da proferida Recurso Ordinário Trabalhista n. 0101333-73.2017.5.01.0057, que apontou ser a promoção do Trabalho Decente um compromisso assumido entre o Governo brasileiro e a OIT desde junho de 2003 e que, portanto, deve ser observado.

Registre-se que, quando se trata das relações de trabalho plataformizado, a Recomendação nº 198 da OIT fornece densidade necessária para interpretação e aplicação do artigo 3º da CLT, diante dos indicadores que elenca, como feito no Uruguai, sobretudo por envolver uma relação que se reproduz de forma simular no mundo todo.

Em um mundo globalizado em que empresas transnacionais impõe sua forma de organização de trabalho, o sistema de proteção tem de ser igualmente transnacional, cabendo onde aquela forma de organização estiver, visando alcançar aquilo que Barbagelata já defendia: a igualdade material como resultado da norma, que, no caso da Recomendação n. 198, é o trabalho decente.

A aplicação da Recomendação n. 198 da OIT dá um passo fundamental neste sentido, uma vez que orienta na direção de que os velhos paradigmas configuradores da relação de emprego precisam ser analisados sob novas len-

tes, com a incorporação de novos critérios, a partir da realidade e da visibilização de como o trabalho é executado como um todo, e não com a prevalência de um indicativo sobre o outro, e sem levar em consideração o acordo contratual (art. 9º da CLT).

A precisão da Recomendação simplesmente reproduz princípios já consagrados por Plá Rodriguez, nos idos da década de 70, e reconhecidos mundialmente, os quais, agora, se tornam imortalizados por meio de um instrumento internacional, com a confirmação do prognóstico do que dito pelo professor uruguaio no sentido de que: “os princípios não são obstáculo às mudanças exigidas pelos tempos e pelas circunstâncias. Sua própria maleabilidade lhes permite manter a substância mesmo que tudo o mais se mude”.

Implementar a Recomendação n. 198 da OIT significa atentar que a subordinação jurídica não é o elemento constitutivo único ou exclusivo da relação de trabalho protegido, e sim uma mera característica externa, o que dá uma nova ressignificação à dependência do trabalhador, norteadas pela causa e não pela consequência em si, pelo verbo e não pelo adjetivo, a partir da relação de emprego materialmente considerada, para determinar se um trabalhador juridicamente detém ou não a condição de assalariado.

Vale lembrar que, em uma leitura desacompanhada de qualquer adjetivo do artigo 3º da CLT, percebe-se que o verbete “dependente” é justamente o texto literal da definição legal de empregado, sendo a subordinação jurídica uma ficção jurídica criada pela jurisprudência e pela doutrina para limitar o alcance da proteção do direito.

Por isso mesmo, a partir da aplicação da Recomendação n. 198 da OIT, o vocábulo “dependência”, prevista no art. 3º da CLT ganha uma dimensão ressignificada, caracterizada, pelo trabalho explorado. Isto significa dizer uma dependência estruturada pelo poder econômico, com a imposição de tecnologias disciplinares e de controle e da adesão e integração do trabalhador à lógica e à estrutura da empresa que, somada aos clássicos requisitos da relação de emprego e os novos trazidos pela Recomendação n. 198 da OIT, é capaz de fazer uma correta qualificação jurídico do trabalho plataformizado.

Há, no entanto, uma grande resistência brasileira, não apenas quanto à observância das Recomendações da OIT, mas dos princípios constitucionais que norteiam os direitos sociais do trabalho e as ações e os posicionamentos do Poder Público, uma vez que se desconsidera a centralidade do trabalho na sociedade brasileira posta na Constituição Federal e do compromisso internacional de trabalho decente.

Quando a Constituição afirma que a sociedade brasileira tem como fundamento o valor social do trabalho, traz ínsito um paradigma social de dimensão coletiva (para a sociedade) e de dimensão da vida do sujeito do trabalho (o cidadão), que afasta entendimentos que tencionem a exploração desumana dos indivíduos e condiciona, de modo positivo, a construção de um ideal de cidadania que possibilita obter o fim social primordial do trabalho e das relações sociais que é promoção da dignidade.

Em uma aceção crítica, avalia e valora normativa e jurisdicionalmente todas as normas do ordenamento, bem como as ações dos setores públicos ou da esfera privada que tencionem ou tendam a reduzir garantias que se originam do trabalho.

Assim, as ações e os posicionamentos do Poder Público devem ser reforçados pelo valor social do trabalho, compelindo a Administração Pública e a iniciativa privada a atuarem no sentido de promover o trabalho em seus mais diversos sentidos, especialmente no que se refere à participação cidadã; o legislador, a produzir leis que protejam o trabalhador e, em contraponto, impeça-o de reduzir ou limitar os direitos trabalhistas; o Judiciário, a utilizá-lo como parâmetro para quando da sua atuação precípua de solver conflitos sociais que tenham o trabalho como objeto ou matriz.

Disso se verifica que a Recomendação n. 198 da OIT corporifica de maneira evidente o verdadeiro significado do princípio da proteção ao trabalhador tão caro à Constituição Federal e à busca pelo trabalho decente, compromisso internacional indelével do Brasil, não havendo, portanto, razão para que o Brasil não adote a interpretação por ela oferecida e promova um giro de 180 graus na forma de interpretar e reconhecer as relações de trabalho que devam ser protegidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A uberização, enquanto parte da plataformização do trabalho, está presente em mais de 10 mil cidades pelo mundo e tomou de assalto o Poder Judiciário de praticamente todas as nações em que atua com mais de 5 milhões de motoristas por aplicativo, dos quais 1 milhão apenas no Brasil²¹.

Seja em países de primeiro mundo ou em desenvolvimento, com direito mínimo do trabalho ou legislação mais complexa, com maior ou menor carga

²¹ Informação obtida no site <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em: 15.mai.2021.

protetiva, o fenômeno da uberização mobilizou a generalidade dos Estados em torno da busca de uma solução para o trabalho por plataforma, em razão de um resultado que se repetiu e se propagou de forma dispersiva, sem respeito a qualquer normatividade, como traço constante do que passou a se denominar capitalismo de plataforma: a massa de trabalhadores envolvida e a superexploração do trabalho dele decorrente.

Marx e Engels registram que, em outros períodos da história, transformações na vida material apenas se realizavam com a mudança nas relações de produção. No entanto, não é isso que ocorre no capitalismo, na medida em que são as próprias relações de produção capitalistas que incessantemente, e de forma cíclica, revolucionam sua base técnica e o modo de vida das pessoas. (TAUILE. FARIA, 1999, pp. 158-159)

Não é, portanto, a primeira vez (e certamente não será a última) que o capitalismo promove mudanças no mundo do trabalho em escala global e que traz consigo problema de qualificação jurídica, por colocar em prática as suas antigas e inerentes tendências de negação do trabalho vivo (TAUILE. FARIA, 1999, p. 171).

Da concentração dos trabalhadores em fábricas, passando pela separação e simplificação entre criação e execução e as etapas do processo produtivo e por uma estruturação mais flexível, chegando à plataformização como forma de organização e gestão do trabalho, os marcadores gerais do sistema se reproduzem, apenas com elementos distintos, com o objetivo de manter a intensificação do trabalho, concebidos dentro de um padrão produtivo organizacional e tecnologicamente avançado decorrente da era digital (ANTUNES, 2000).

Como sempre ocorre nos momentos em que o capitalismo se movimenta por conta do seu anseio antigo de tratar “trabalho vivo” como “trabalho morto”, o mundo se vê às voltas com o mesmo questionamento do ponto de vista do Direito do Trabalho: nova forma de trabalho ou a velha exploração do trabalho dependente?

Ocorre que, como é possível se verificar da decisão, a plataformização do trabalho nada mais é do que um aspecto do movimento geral da separação social da concepção e da execução através de uma forma particular de transformação tecnológica - as plataformas digitais -, que pertencem ao capitalismo, e, em si mesmas, são tratadas como “trabalho morto”, mas com atuação ostensiva de trabalhadores, desde sua arquitetura até a gestão, é que são o “trabalho vivo”, invisibilizado propositadamente pela suposta supremacia da tecnologia.

Ademais, a plataformaização do trabalho transformou as condições de trabalho modificando também as formas de controle e disciplina – mais aprimoradas e não tão evidentes quando comparadas às tradicionais –, com a inauguração de uma nova fase de poder empresarial distinta das anteriores.

Como explica Gaudemar (1991) isso corresponde aos ciclos disciplinares específicos de cada período do processo de produção e de trabalho, a partir da imposição de determinadas tecnologias disciplinares e de controle sobre a força de trabalho para a reprodução do sistema.

Conforme vai havendo o esgotamento no regime de acumulação, ocorre também a crise das tecnologias disciplinares que não se adequam aos propósitos de reprodução do capital, precisando se impor outras novas para a reorganização das formas de trabalho, mantendo intocável a autoridade do capitalismo e a dependência dos trabalhadores.

Esse processo está fundado, também, na implantação de novas formas de disciplina e controle através da acomodação da subjetividade dos trabalhadores, com a manipulação e imposição de metas que procuram fazer com que ocorra a adesão e enquadramento à lógica da empresa.

Disso se verifica que, apesar da relação aparente de colaboração, no trabalho por plataforma mudam-se as tecnologias disciplinares, mas continua havendo a dependência estrutural de sempre do trabalhador ao capital, como imperativo de sobrevivência e de desenvolvimento dos interesses empresariais, como ficou bastante evidente na decisão do Tribunal de Apelações uruguaio.

Internacionalmente, o traço da “dependência” tem sido de considerável importância para o reconhecimento do vínculo empregatício pelo depender do trabalhador aos sistemas de plataforma, no qual o trabalho somente se realiza naqueles padrões, ele faz parte do sistema, pois não há outro meio de trabalhar nesta atividade, havendo, ainda, o estabelecimento de padrões remuneratórios

Brasil e Uruguai, apesar da diferença de complexidade dos ordenamentos jurídicos, possui posicionamentos muito similares na movimentação doutrinária e jurisprudencial, sendo comum a troca de experiências jurídico-trabalhistas e a aplicação dos princípios de Direito do Trabalho na forma desenhada pelo uruguaio Plá Rodriguez, por exemplo.

No entanto, no Brasil, apesar da literalidade do artigo 3º da CLT e da fundamentalidade material do valor social do trabalho na Constituição, ainda existe bastante resistência à proteção do trabalhador mediado por plataforma,

a ponto de se falar em omissão ou defasagem da legislação brasileira sobre o tema.

Como bem provou o Tribunal de Apelações Uruguai, não é uma nova lei que se faz necessária para a qualificação jurídica do trabalho plataformizado, mas uma nova mentalidade voltada a uma interpretação condizente não apenas com a hermenêutica constitucional, mas também com a tendência mundial de proteção ao trabalho assalariado dependente, esculpido na Recomendação n. 198 da OIT, de promoção do Trabalho Decente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Rosina Rossi. (2015) La determinación de la relación de trabajo. recomendación n. 198 de oit y su impacto en la jurisprudencia uruguaya. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas: v. 1 n. 1, p. 121–135, jan./jun., 2015. Disponível em: <<http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/article/view/64>> Acesso em: 09.mai.2021. <https://doi.org/10.26843/mestradodireito.v1i1.64>

_____. MILÁN, María del Carmen Corujo. (2013) Subordinação Estudo comparado de jurisprudência Uruguai – Brasil. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região - nº 07/2013, pp. 39-64

ÁLVAREZ, Ricardo Mantero (2000). Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico. AA.VV. Grupo de los Miércoles. XXV Aniversario. Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial. Ed. FCU 2000.

ANTUNES, Ricardo. (2018) O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____. (2000) Os sentidos do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARTUR, Karen. (2012) Construindo direitos na Argentina, Brasil, Uruguay e Chile: juízes do trabalho e as normas da OIT. 8º Encontro da ABCP Gramado/RS, 01 a 04 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/construindo-direitos-argentina-brasil-uruguay-e-chile-juizes.pdf>> Acesso em 09.mai.2021

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Derecho del Trabajo. Tomo I vol. 2. FCU, Montevideo, 1999.

BEAUDONNET, Xavier. (2006) La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales. Revista Derecho del trabajo, Ediciones La Ley, Buenos Aires, julio de 2006. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/santospaucar/3-lautilizacindelasfuentesuniversalesdelditporlostribunalesnacionalesbeaudonnet2>> Acesso em: 10.mai.2021

_____. (2010) La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha. Derecho Laboral - Tomo LIII - nº 238 – abril/junio 2010. Disponível em: <http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividadesregionales/2013/documentos/obj01_act03_2013_fabog_utilizacion_dit_derlaboral_2010.pdf> Acesso em: 10.mai.2021

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). (2019). Encontro Internacional de Juízes de Cortes Trabalhistas - Abertura (21/08/2019). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rOCtTMO_i4Y> Acesso em: 19.mai.2021

CARLI, Federico Rosenbaum (2019). Uruguai: os motoristas uber são trabalhadores dependentes (jlt 6º shift, acórdão nº 77/2019, 11.11.2019). Blogspot. Opinião e Crítica sobre Direito do Trabalho: 12 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://federicorosenbaum.blogspot.com/2019/11/uruguay-los-choferes-de-uber-son.html>> Acesso em: 19.mai.2021

CASAGRANDE, Cássio Luis. (2019) *California dreamin'*: o caso Dynamex e a esperança contra o pesadelo uberista. Decisões judiciais e legislativas desafiam o sistema de trabalho no setor de transporte por aplicativos. JOTA: 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/o-mundo-fora-dos-autos/california-dreamin-o-caso-dynamex-e-a-esperanca-contra-o-pesadelo-uberista-24062019>> Acesso em: 12 set. 2019.

CASILLI, A.; POSADA, J. (2019) The Platformization of Labor and Society. In: GRAHAM, M.; DUTTON, W. (Orgs.). Society and the Internet. Oxford: OUP, 2019, p. 293-306

CASTELLO, Alejandro. (2012) Evolución del trabajo autónomo en Uruguay. Boletín

ADAPT, University Press, Nº 5/2012. Disponível em: <<http://congresosartra.com/MENDOZA-2012/AUTONOMOS/Trabajo%20autonomo%20en%20Uruguay.%20Castello.pdf>> Acesso em 10.mai 2021.

CASTELLS, Manuel. (1999) A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DE STEFANO, V., DURRI, I., STYLOGIANNIS, C., WOUTERS, M. (2021). Platform work and the employment relationship, ILO Working Paper 27 (Geneva, ILO). Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_777866.pdf> Acesso em: 01.abr. 2021

DELGUE, Juan Raso. (2008) La contratacion atípica del trabajo. Segunda edición ampliada y actualizada con comentarios de las Leyes N° 18.099 y 18.251. Disponível em: <<http://www.relats.org/documentos/EATP.EA.Raso-Delgue2009.pdf>> Acesso em 10.mai 2021.

FONTOURA, Jorge. GUNTHER, Luiz Eduardo. (2001) A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/689/r150-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 01.abr. 2021

FRANCO, David Silva; FERRAZ, Deise Luiza da Silva. (2019). Uberização do trabalho e acumulação capitalista. Cad. EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 17, n. spe, p. 844-856, Nov 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512019000700844&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01.abr. 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395176936>.

FREYSSINET, Michel. (1989) Divisão capitalista do trabalho. in HIRATA, Helena (org). Divisão capitalista do trabalho. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, v. 1, n. 2, p. 73-103, Dezembro de 1989. Disponível em: <<http://www.freyssenet.com/files/%20A%20divisao%20capitalista%20do%20trabalho.pdf>> Acesso em: 09.mai. 2021

GAUDEMAR, Jean-Paul de. (1991) El Orden y la Producción: nacimiento y formas de la disciplina de fábrica. Madrid, 1991.

GHIONE, Hugo Barretto. (2014). Direito e Processo do Trabalho no Uruguai. CFC - Direito do Trabalho Comparado: Brasil, Argentina e Uruguai. ENAMAT: 20-21/11/2014. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/02/Degravacao_CFC_Direito_Comparado_Brasil_Argentina_Uruguai.pdf> Acesso em: 09.mai. 2021

_____. (2011). La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica. Revista Direito

UNIFACS. Salvador: 2011, n. 129. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1461/1144>> Acesso em 10.mai 2021.

_____. (1998) Realidad y verosimilitud en el derecho del trabajo y la seguridade social. Rev. Derecho Laboral T. XLI n. 190

GROHMANN, Rafael. (2020). Plataformização do trabalho: entre a dataficação, a financeirização e a racionalidade neoliberal. Revista Eptic. Vol. 22, n.01, jan-abr/2020. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=srnicek+trabalho+plataforma&sxsrf=ALeKk03K-vfviaFHVKvZeEkU14cTVDhJIRA:1622226132701&ei=1DSxYK-CdKvrN5OUP-NetoAw&start=10&sa=N&ved=2ahUKewig14m-j_-zwAhX6JrkGHfhrC8QQ8tMDegQIARBB&biw=1920&bih=880#>> Acesso em 10.mai 2021.

GUAZZONI, Gustavo Gauthier. (2018) La regulación de la “economía de plataformas” em Uruguay. Revista de Direito do Trabalho. RDT – Especial 2º Congreso Mundial de CIELO Laboral 2018. Disponível em: <<http://www.cielolaboral.com/la-regulacion-de-la-economia-de-plataformas-en-uruguay/>> Acesso em: 01.abr. 2021

KALIL, Renan Bernardi. (2019) Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdfwork e trabalho sob demanda por meio de aplicativos / orientador Otavio Pinto e Silva. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1VruP2qH0XHlkQM_jaMy8U8LlL0-ZtKK/view> Acesso em: 04.abr. 2021

MARIATTI, Alejandro. (2020). O processo de transformação do trabalho no Uruguai. Textos & Contextos (Porto Alegre), 19(1), e39219. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/39219/26286>> Acesso em: 01.abr. 2021. <https://doi.org/10.15448/1677-9509.2020.1.39219>.

MULDOON, James. STRONGE, Will. (org) Plataforming Equality: Police Challenges for the Digital Economy. Autonomy Research Ltd. 2020. Disponível em: <<https://autonomy.work/wp-content/uploads/2020/09/platforming-equality-V3.pdf>> Acesso em: 09.mai. 2021

OLIVEIRA, Francisco de. (2003) Crítica à razão dualista/O ornitorrinco. São Paulo: Boitempo, 2003.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. (2021) Uberização do trabalho, subordinação jurídica e dependência econômica. Revista Acadêmica da Facul-

dade de Direito do Recife - ISSN: 2448-2307, v. 93, n.1, p.152-175 Abr. 2021. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249085>> Acesso em: 09.mai. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda-2030-pt-br.pdf>> Acesso em 21 mai de 2021.

RIBEIRO, Gabriela Campos. (1998) A Constituição Uruguaia. In: SANTOS; Hermelino de Oliveira (Coord.). Constitucionalização do Direito do Trabalho no MERCOSUL. São Paulo: LTr, 1998.

RIVAS, Daniel. (1996) La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo, FCU, Montevideo, 1996

_____. (2000) El trabajo autónomo. Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del trabajo”, Ed. FCU, Montevideo, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. (2000) Princípios do Direito do Trabalho. Trad. Wganer Giglio. 3ª. ed., São Paulo: LTr, 2000

ROSENBAUM, Federico (2020). Ubérisation en Uruguay.Le Grande Continent: julho-2020. Disponível em: <<https://legrandcontinent.eu/fr/2020/07/04/uberisation-en-uruguay/>> Acesso em: 09.mai. 2021

SAMPAIO, Nelson de Sousa. (1982). A “doutrina” - fonte material e formal do direito. Revista de informação legislativa, v. 19, n. 75, p. 67-82, jul./set. 1982, 07/1982. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181423/000398390.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso em: 03.jun.2021

SANCHES, Gislene Aparecida. (1998) Os sistemas Jurídicos dos Estados partes do MERCOSUL. In: SANTOS; Hermelino de Oliveira (Coord.). Constitucionalização do Direito do Trabalho no MERCOSUL. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Otavio Pinto e. (2017) Fontes do Direito do Trabalho. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Dis-

ponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/392/edicao-1/fontes-do-direito-do-trabalho>> Acesso em: 04.jun.2021.

SRNICEK, Nick. (2017) *Platform capitalism* Cambridge/Malden: Polity, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. (1986). O Brasil e a Organização Internacional do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 55, p. 105-116, 1986. Disponível em: < <https://hdl.handle.net/20.500.12178/93665>> Acesso em: 03.jun.2021.

_____. (2000). Direito Internacional do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000

TAUILE. José Ricardo. FARIA, Luis Austo Estrella. (1999) As transformações do capitalismo contemporâneo e sua natureza na análise de Marx. Revista de Economia Política. vol. 19, n. 01 (73). pp. 158-181. Janeiro-março, 1999. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/24342/000008537.pdf?sequence=1>> Acesso em: 09.mai.2021

URIARTE, Oscar Ermida. (2000). La flexibilidad laboral. Revista Escenario 2 – nº 3, diciembre de 2000. Disponível em: <https://nanopdf.com/download/la-flexibilidad-laboral_pdf#> Acesso em: 09.mai.2021.

_____. (2006) La nueva legislación laboral uruguaya. IUSLabor 4/2006. Disponível em: <<http://adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2014/05/La-nueva-legislaci%C3%B3n-laboral-uruguaya.pdf>> Acesso em: 09.mai. 2021

_____. (2010) La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores. III Reunión GTAS, Lima, octubre 2010. Disponível em: <http://white.lim.ilo.org/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/gtas/gtas_aportes/asesores/gtas3-ermida.pdf> Acesso em: 09.mai. 2021

_____. ÁLVAREZ, Oscar Hernández. Crítica de la subordinación. Rev. Derecho Laboral n. 206.

USTEK-SPILDA, Funda. RENESES, Pablo Aguera. FERRARI, Fabian. COLE, Matthew. GRAHAM, Mark.(2020). O poder infraestrutural do capitalismo de plataforma. Carta Maior: 21/12/2020. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FEconomia-Politica%2FO-poder-infraestrutural-do-capitalismo-de-plataforma%2F7%2F49547>> Acesso em: 09.mai. 2021.

A pandemia do coronavírus encontrou no Brasil, um dos dez países mais desiguais do mundo e comprometido com uma posição neoliberal de supressão de direitos sociais, um terreno pedregoso para a retomada do debate do papel do Estado Democrático de Direito nas relações de trabalho.

A crise do capitalismo neoliberal global que tomou de assalto o país, sobretudo a partir do golpe de 2016, com a adoção de políticas econômicas de austeridade - as quais incluíram a retirada dos direitos das e dos trabalhadores -, potencializada com a superveniência da tribulação pandêmica, provocou recordes de desemprego e de informalidade e escancarou a pobreza e a miséria ascendentes a partir do desmonte de políticas e serviços públicos de atenção social.

Nesse contexto de intensificação da desigualdade preexistente, o Direito do Trabalho de exceção, estruturado a partir de 2016, mostrou uma face ainda mais cruel diante do aumento e adaptação das novas tecnologias na forma de trabalhar e na organização do trabalho em razão do distanciamento social e da quarentena. Modelos de trabalho controvertidos por sua precariedade, como o trabalho plataformizado e o teletrabalho, expuseram, na prática, o quanto as condições de trabalho destes trabalhadores invisibilizados estão longe do ideal: informalidade, jornadas exaustivas, diminuição de ganhos, prejuízo à saúde, exposição à doença e à violência, insegurança social, adoecimento e morte.

Neste quarto livro, o IPEATRA, com grande satisfação, oferece ao público uma nova coletânea de artigos de juristas ibero-americanos que analisam aspectos relevantes envolvendo o Direito do Trabalho de exceção no contexto pandêmico e de ampliação das novas tecnologias, com objetivo de, dentro da missão do instituto, aprofundar o debate em curso sobre a sociedade contemporânea e as relações de trabalho e trazer reflexões sobre algumas demandas urgentes de fundamentação do papel do Direito do Trabalho no Estado Democrático de Direito e da necessária busca por promoção dos direitos fundamentais da massa de trabalhadoras e trabalhadores brasileiros invisibilizados.

Viviann Brito Mattos

Marcelo José Ferlin D'Ambroso

