

Denise Fincato
Leiliane Piovesani Vidaletti
(Orgs.)

NOVAS
TECNOLOGIAS,
PROCESSO *e*
RELAÇÕES DE
TRABALHO

VOLUME IV



A obra *Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho* é o resultado do esforço de um grupo de estudiosos do Direito do Trabalho, inspirados pelo apreço à pesquisa e dedicados ao estudo sério e comprometido dos fenômenos e transformações atinentes ao mundo juslaboral. Gestado no âmbito do Grupo de Pesquisas GTRATEC, sob a coordenação da Professora Denise Pires Fincato, o livro já se encontra em sua 4ª edição. Importantes nomes do Direito do Trabalho, de Universidades brasileiras e estrangeiras, atenderam, com generosidade acadêmica, ao convite das organizadoras: apresentar um trabalho instigante e desafiador, marcado pelo requinte e contemporaneidade de seus temas. Esta coletânea, ainda, realiza o escopo de projeto de pesquisa em rede, também coordenado pela Professora Fincato e denominado "Impactos da crise e da tecnologia nas relações de trabalho". Desejamos aos leitores que apreciem a leitura desta obra, tão cuidadosamente planejada, que almeja contribuir à reflexão de grandes temas do Direito do Trabalho!



Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho

Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho

Volume IV

Organizadoras
Denise Fincato
Leiliane Piovesani Vidaletti



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Fotografia de Capa: Rob Lambert - [instagram.com/roblambertjr](https://www.instagram.com/roblambertjr)

Revisora Técnica: Amanda Donadello Martins

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FINCATO, Denise; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.)

Novas tecnologias, processo e relações de trabalho: volume IV [recurso eletrônico] / Denise Fincato; Leiliane Piovesani Vidaletti (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

388 p.

ISBN - 978-65-5917-124-8

DOI - 10.22350/9786559171248

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Tecnologias; 2. Processo; 3. Trabalho; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio.....	13
Gilberto Stürmer	
1.....	13
Sulla lungimiranza della riforma previdenziale “Dini”: la disciplina italiana della prescrizione dei contributi pensionistici Alla Luce dell’innovazione tecnologica	
Daive Casale	
2.....	44
Contrato intermitente no Brasil: estudo comparativo com Portugal, Itália e Espanha	
Denise Pires Fincato	
3.....	63
Cooperativas digitais no paradigma colaborativo: uma redefinição a partir da liberdade, igualdade e fraternidade	
Luciane Cardoso Barzotto	
Lucas Pasquali Vieira	
4.....	89
Análise econômica do direito e empresas da economia colaborativa: uma parceria em construção	
Ana Paula Silva Campos Miskulin	
Gilberto Stürmer	
Luiz Antônio da Silva Bittencourt	
5.....	109
O trabalho e o direito no contexto da pós-modernidade: algumas reflexões	
Leiliane Piovesani Vidaletti	
6.....	134
Implantação de microchips em trabalhadores e as sensíveis (e necessárias) reflexões sobre a proteção de dados pessoais como limites ao poder diretivo	
Guilherme Wünsch	
Isadora Geremia Pavoni	

7.....	161
Reflexões sobre o direito ao contraditório no contexto do exercício do <i>jus postulandi</i> no processo eletrônico da justiça do trabalho	
Amália Rosa de Campos	
8	186
Greve tecnológica: uma releitura necessária?	
Diego Sena Bello	
Paula Jaeger da Silva	
9.....	212
Inteligência artificial e a prestação jurisdicional	
Cláudio Teixeira Damilano	
10	239
O teletrabalho como instrumento de “inserção excluída” da mulher no mercado de trabalho	
Denise Pires Fincato	
João Pedro Ignácio Marsillac	
11.....	274
Teletrabalho: um mundo em transformação	
Gabriela Amorim Paviani	
Marlene Kempfer	
12	295
A (in)constitucionalidade da tarifação do dano moral no contexto da justiça trabalhista brasileira	
Denise Pires Fincato	
Amanda Donadello Martins	
13	337
Esquirolaje tecnológico e o direito à greve: um estudo de caso sobre a substituição de trabalhadores em greve por meios tecnológicos	
Mateus Tomazi	
14	362
Limites biológicos, biotecnologia e transumanismo e seus impactos nas relações de trabalho	
Vinícius Lima Marques	

Prefácio

*Gilberto Stürmer*¹

Recebi o honroso convite das Professoras e amigas Denise Pires Fincato e Leiliane Piovesani Vidaletti, para prefaciar mais uma edição do prestigiado “Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho”. A marca do sucesso é o seu quarto volume.

Além das organizadoras, o livro contém brilhantes textos de diversos professores e alunos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, *alma mater* das professoras, mas também de outras instituições de ensino superior, inclusive de fora do Brasil.

Falo um pouco das organizadoras e, em seguida, apresento os autores e seus textos.

Denise Pires Fincato, como dito em outras apresentações e cada vez mais, é uma das maiores juslaboralistas do país. Graduada em Direito pela Unisinos em 1994, Mestre em Direito pela mesma Universidade (1999), Doutora em Direito pela Universidad de Burgos, Espanha (2001) e Pós-Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (2017). É advogada, pesquisadora e professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Núcleo de Direito Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Integra comissões editoriais de diversas revistas jurídicas, além de autora de vários livros e artigos em matéria laboral. Denise é, ainda, Acadêmica Titular da Cadeira nº 34 da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho.

Denise, formadora de gerações de alunos de graduação, especialização, mestrado e doutorado, é dona de currículo amplo e invejável, criadora de redes que levam a produção científica da PUCRS a

¹ Professor Titular de Direito do Trabalho da PUCRS; Graduação e Pós-Graduação; Advogado.

todos os lugares do país e fora dele.

Já tive oportunidade de dizer que, no mundo acadêmico temos inúmeros colegas. Destes, nem todos são parceiros. Dos parceiros, poucos são os amigos. Denise é parceira de longa data e as nossas famílias têm fraternos laços de amizade, o que, certamente, une o lado acadêmico.

Leiliane Piovesani Vidaletti é Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Discípula de Denise, foi minha aluna e é dotada de grande capacidade de pesquisa, estudo nos mais diversos temas de Direito do Trabalho. É pesquisadora, integrante do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias e Relações de Trabalho liderado por Denise e, também, do Grupo Relações de Trabalho e Sindicalismo, por mim liderado. É advogada, professora e palestrante de grande capacidade.

É um prazer e uma alegria, homenagear e prefaciá-la obra de autoria e organização da Denise e da Leiliane.

Aqui tratamos de novas tecnologias, processo e relações de trabalho. E, como dito por Sérgio Stevan, Murilo Leme e Max Santos, o grande desafio da indústria 4.0 é otimizar a convergência das tecnologias para melhorar a produtividade, a qualidade dos produtos, barateá-los, além de produzi-los de forma sustentável e sem desperdícios.

O Direito do Trabalho (Individual, Coletivo e Processual) é núcleo fundamental desse período de inovação. Discutir temas atualíssimos no contexto das novidades que, além de uma nova revolução industrial, enfrentam a pandemia do coronavírus, é identificar, em velocidade impressionante, as mudanças existentes no nosso tempo.

Na primeira revolução industrial, passamos pela invenção da máquina a vapor e da sua aplicação da produção têxtil (século XVIII), seguindo, ao final do século XIX e início do século XX, para a segunda revolução industrial, com as invenções dela decorrentes, como automóvel, telefone e outros tantos bens hoje imprescindíveis. Os processos tecnológicos chegaram após a segunda guerra mundial, caracterizando a terceira revolução industrial. Agora, novos tempos. No dizer de Klaus Schwab, na obra *A Quarta Revolução Industrial*, “apesar do potencial

impacto positivo da tecnologia no crescimento econômico, é essencial, contudo, abordar o seu possível impacto negativo, pelo menos a curto prazo, no mercado de trabalho. Os temores dos impactos da tecnologia sobre os empregos não são novos.”

O Professor italiano Davide Cassale, da Universidade de Bolonha, inaugura a obra com o seu texto “Sulla lungimiranza della riforma previdenziale “Dini”: la disciplina italiana della prescrizione dei contributi pensionistici Alla Luce dell’innovazione tecnologica” (“Sobre a clarividência da reforma previdenciária “Dini”: a disciplina italiana de prescrever contribuições previdenciárias à luz da inovação tecnológica”, em tradução livre).

A organizadora Denise Pires Fincato escreve sobre “Contrato intermitente no Brasil: estudo comparativo com Portugal, Itália e Espanha”.

Logo em seguida, Luciane Cardoso Barzotto e Lucas Pasquali Vieira examinam as cooperativas digitais no paradigma colaborativo: uma redefinição a partir da liberdade, igualdade e fraternidade.

Tive o prazer de contribuir com um texto sobre a análise econômica do direito e empresas de economia colaborativa: uma parceria em construção, juntamente com Ana Paula Silva Campos Miskulin e Luiz Antônio da Silva Bittencourt.

A organizadora Leiliane Piovesani Vidaletti abordou o trabalho e o direito no contexto da pós-modernidade: algumas reflexões.

Guilherme Wunsch e Isadora Geremia Pavoni escreveram sobre a implantação de microchips em trabalhadores e as sensíveis (e necessárias) reflexões sobre a proteção de dados pessoais como limites ao poder diretivo.

Amália Rosa de Campos, outra discípula de Denise, como de resto a maioria dos autores, apresenta reflexões sobre o direito ao contraditório no contexto do exercício do *jus postulandi* no processo eletrônico da justiça do trabalho.

Os Mestres em Direito Diego Sena Bello e Paula Jaeger da Silva

trataram de greve tecnológica: uma releitura necessária?

O mestrande Cláudio Teixeira Damilano fala sobre inteligência artificial e a prestação jurisdicional.

Denise aparece novamente em dois textos: com João Pedro Ignácio Marsillac escreveu sobre o teletrabalho como instrumento de “inserção excluída” da mulher no mercado de trabalho. Com Amanda Donadello Martins falou sobre a (in)constitucionalidade da tarifação do dano moral no contexto da justiça trabalhista brasileira.

Gabriela Amorim Paviani e Marlene Kempfer examinaram o teletrabalho: um mundo em transformação.

Mateus Tomazi escreveu sobre esquiolaje tecnológico e o direito à greve: um estudo de caso sobre a substituição de trabalhadores em greve por meios tecnológicos.

A excelente coletânea encerra com Vinícius Lima Marques abordando limites biológicos, biotecnologia e transumanismo e seus impactos nas relações de trabalho.

A obra é de fôlego. Conheço quase todos os autores, colegas, alunos e ex-alunos. É um prazer estar ao lado deles. Por fim, entre tantos grandes nomes, ser distinguido com o convite para prefaciar este livro, me envaideceu. Sou grato às organizadoras, cumprimento à editora e recomendo a obra ao público.

Sulla lungimiranza della riforma previdenziale “Dini”: la disciplina italiana della prescrizione dei contributi pensionistici Alla Luce dell’innovazione tecnologica

*Davide Casale **

Parte prima. La disciplina applicabile al lavoro nel settore privato

1 La tecnologia al servizio della trasparenza degli archivi previdenziali pubblici

Due novità del 2019, provenienti rispettivamente dal legislatore e dall’Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, convergono nello stimolare una riflessione su una tematica previdenziale importante: la disciplina della prescrizione dei contributi pensionistici. La novità legislativa riguarda il pubblico impiego: in proposito ci si soffermerà nella seconda parte del presente contributo. La novità provenuta dall’Inps è il recente messaggio con il quale si annuncia il rilascio del servizio cosiddetto “CIP”, di Consultazione Info Previdenziali sul sito *web* dell’Istituto e sull’App “Inps mobile”, per i lavoratori del settore privato¹.

Accedendo con le proprie credenziali informatiche sull’apposita sezione del sito *web* istituzionale o dell’applicazione predetta, ciascun lavoratore può verificare, per ogni mese e per ogni rapporto di lavoro, un

* Professore associato di Diritto del lavoro dell’Università di Bologna, Italia. E-mail: davide.casale@unibo.it.

¹ Messaggio Inps 1° agosto 2019, n. 2970, sul rilascio del servizio “CIP” per i lavoratori dipendenti del settore privato non agricolo.

ampio novero di dati: la precisa denominazione del datore; la categoria d'inquadramento contrattuale (dirigente, quadro, impiegato, operaio, etc.) e la tipologia del rapporto (tempo indeterminato o determinato, tempo pieno o parziale, etc.); la retribuzione imponibile a fini previdenziali; la presenza e l'ammontare di conguagli effettuati per assegni al nucleo familiare, distinti in arretrati e correnti; la presenza di conguagli effettuati per permessi e congedi a tutela della maternità e della paternità che danno titolo ad accredito figurativo; eventuali conguagli effettuati per periodi di malattia che danno titolo ad accredito figurativo. Tale interrogazione del sistema informatico pubblico può essere effettuata per un periodo massimo di diciotto mesi, ricompreso fra il periodo di paga gennaio 2010 e il secondo mese antecedente alla data dell'interrogazione medesima.

Come recita il predetto messaggio dell'Inps, la creazione di questo servizio informativo si colloca nel quadro delle iniziative dell'Istituto volte a dare attuazione ai principi di pubblicità e trasparenza, che ispirano la generale disciplina italiana della trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Trattasi del d.lgs. n. 33/2013, secondo cui la trasparenza pubblica va «intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo» delle risorse pubbliche². Lo stesso legislatore assegna al principio di trasparenza un valore costituzionale, in quanto essa «concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio» alla nazione.

In tale contesto, detto servizio "CIP" assume una duplice veste: da un lato, di tutela dei diritti sociali dei lavoratori, dall'altro, di promozione della partecipazione di questi ultimi al processo di controllo sul comportamento delle imprese. Come sottolinea l'Inps, mediante l'accesso semplice e

² Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 33/2003, come modificato dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 97/2016.

immediato ai dati che li riguardano, i lavoratori si vedono garantita una più efficace protezione sociale, in quanto la tempestività dell'informazione consentirà loro di poter eventualmente «rilevare difformità tra il rapporto instaurato con il datore di lavoro e la situazione che quest'ultimo denuncia all'Inps; i lavoratori potranno, così, agire prontamente per fare, se del caso, ripristinare la correttezza delle informazioni in possesso» dell'Inps stesso. Così recita il menzionato messaggio amministrativo, che prosegue rimarcando che in questo senso «i cittadini partecipano all'azione di tutela della legalità che l'Istituto svolge non solo con i tradizionali controlli di tipo sanzionatorio; la *compliance* viene stimolata coinvolgendo gli altri soggetti cointeressati al rispetto degli obblighi contributivi e fiscali, vale a dire le imprese virtuose e i lavoratori».

Ebbene, chi scrive è totalmente d'accordo con la descritta impostazione dell'Inps: la trasparenza mediante tecnologia è di grande aiuto alla più estesa ed effettiva applicazione dell'automaticità delle prestazioni previdenziali e, con ciò, anche al più efficace contrasto alle omissioni ed evasioni contributive. Una tale tendenza ad incoraggiare le denunce appare anzi emergere già nella disciplina della prescrizione della contribuzione previdenziale che il legislatore ha introdotto nel 1995. Per argomentare *funditus* ciò, sarà necessario interrogarci sul significato e la funzione della richiamata disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali, nonché sulla connessa disciplina dell'automaticità delle prestazioni previdenziali, la quale è la protezione a cui l'Inps allude.

Diverso ragionamento (v. nella seconda parte del presente contributo) può essere espresso riguardo al lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, ove invece il dipendente non è soggetto a un termine perentorio per segnalare incompletezze degli archivi contributivi. Questi ultimi anzi possono essere regolarizzati da parte dei datori pubblici con maggior agio in base ad una sanatoria introdotta dal legislatore nel 2019.

2 L'automaticità delle prestazioni previdenziali: dal Codice civile alla legislazione speciale

Nell'ambito del succinto apparato normativo di rilievo previdenziale contenuto nel Codice civile italiano, riveste grande importanza il principio dell'automaticità delle prestazioni stabilito dall'art. 2116 c.c.³. In base al suo comma 1, le provvidenze previdenziali “sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali”. Come ha statuito la Corte costituzionale nel 1997⁴, trattasi (non di una regola eccezionale bensì) di un principio generale dell'ordinamento previdenziale italiano.

Questo principio implica una forte limitazione dell'originario nesso giuridico tra contributi e prestazioni, la quale riveste significativa rilevanza nell'evoluzione valoriale del sistema: è noto che la previdenza sociale italiana ha in larga parte superato l'antico assetto mutualistico-assicurativo, perlomeno nel senso appunto che l'assenza di una vera e propria sinallagmaticità tra contributi e prestazioni è un dato sistematico che può dirsi acquisito⁵.

³ Cfr. CAPURSO, P., *Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali. Una passeggiata nel bosco dell'art. 2116 c.c.*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 499 ss.; VERZARO, M.; FERRARO, F.; BRESCIANI, I.; CARCHIO, C.; DI MEO, R., *Il principio di automaticità delle prestazioni*, in CANAVESI, G.; ALES, E. (a cura di), **La vecchiaia nella tutela pensionistica**, Seminari Previdenziali Maceratesi 2017, Collana Fondazione Marco Biagi, Giappichelli, Torino, 2019, 74 ss.; *amplius* CASALE, D., **L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti**, BUP Bononia University Press, Bologna, Collana del Seminario Giuridico della Università di Bologna, 2017, spec. 55 ss.

⁴ Cfr. Corte cost. 5 dicembre 1997, n. 374, in *Giust. civ.*, 1998, I, 617.

⁵ *In primis* v. PERSIANI, M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, ristampa anastatica nel cinquantennale con saggio introduttivo, Cedam, Padova, 1960-2010, spec. 95-103; in tal senso, tra i tanti, anche PROIA, G., *La recente evoluzione legislativa del sistema della previdenza sociale: bisogno effettivo, solidarietà e residui di corresponsività*, in PESSI, R. (a cura di), *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, 4. In giurisprudenza v. ad es. Cass. 11 ottobre 2017, n. 23845, e Cass. 21 giugno 2017, n. 15394, entrambe, in *Pluris* (database Wolters Kluwer), Cass. 16 settembre 2005, n. 18294, in *Inf. prev.*, 2006, 59, e Cass., Sez. Un., ord. 17 gennaio 2003, n. 683, in *Foro it. On line*. La questione è comunque complessa, dato che, perlomeno secondo talune opinioni, detto assunto merita temperamenti, nel senso che tra contribuzione e diritto alle prestazioni potrebbe ravvisarsi un nesso (non funzionale ma solo) genetico: v. CINELLI, M., **Solidarietà senza limiti? Ovvero: pagare i contributi di malattia (con aggiunta), senza usufruire delle relative prestazioni**, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, 79.

A parte che nei casi d'insolvenza datoriale giudizialmente dichiarata⁶, in ambito d'invalidità, vecchiaia e superstiti (d'ora in poi i.v.s.) l'applicazione di tale principio codicistico è sottoposta all'importante limite cronologico corrispondente alla prescrizione dei contributi. Tale limite fu esplicitato sin da quando, mezzo secolo fa, l'automaticità stessa è stata estesa a questo tipo di prestazioni previdenziali, ossia con le modifiche all'art. 27 del R.D.L. n. 636/1939 introdotte dall'art. 40 della L. n. 153/1969 come a sua volta riscritto dall'art. 23 *ter* del D.L. n. 267/1972. Per le prestazioni d'i.v.s., l'automaticità e la sua limitazione cronologica, oggi quinquennale (ma non sempre: v. *infra*), sono stabilite dal secondo comma del predetto art. 27.

Siffatta limitazione cronologica del principio codicistico non è generale, bensì eccezionale nel sistema di sicurezza sociale: vale solo per le prestazioni d'i.v.s.⁷ Per tali prestazioni, comunque, essa ha grande rilievo, anche pratico, poiché vengono domandate e liquidate a decenni di distanza dal momento lavorativo rilevante, ossia quando la prescrizione dei contributi può sovente essere già decorsa. Orbene, quest'ultima constatazione è cruciale nell'assetto dell'istituto giuridico.

Nel sistema contributivo peraltro l'arco temporale rilevante per il calcolo della pensione è l'intera vita del lavoratore. L'interesse di quest'ultimo alla regolarità contributiva, dunque, si è assai accresciuto da quando, con l. n. 335/1995 cosiddetta "Dini" (dal cognome dell'allora Ministro del Tesoro Lamberto Dini), è stato avviato il passaggio a tale sistema, che dal 2012 è stato pressoché generalizzato seppure solo *pro-rata temporis*⁸. A differenza che nel pregresso regime retributivo, nessun

⁶ Art. 3, D.Lgs. n. 80/1992, su cui v. CASALE, D., *L'automaticità*, cit., 122 ss.; nonché GAROFALO, D., *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in MARAZZA, M.; GAROFALO, D., *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015, 124 ss.; ZILIO GRANDI, G.; SFERRAZZA, M., *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 685 ss., e 2014, 142 ss.; già CANAVESI, G., **Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria**, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 465 ss.

⁷ Sulla valenza non generale ma eccezionale del limite temporale dell'automaticità delle prestazioni d'i.v.s., cfr. Cass. 22 giugno 2017, n. 15589, in **Pluris** (database Wolters Kluwer).

⁸ Si rinvia a LUDOVICO, G., *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in **Arg. dir. lav.**, 2013, 909 ss.

accredito contributivo è più trascurabile per il lavoratore, nemmeno quelli più risalenti (i quali anzi tendono ad essere i versamenti più proficui a fini pensionistici, in quanto rivalutati per un numero maggiore di anni, perlomeno se il pil nazionale frattanto è in crescita). Merita precisare che la copertura riconosciuta in via automatica vale a tutti gli effetti, come se la contribuzione fosse stata versata; ossia deve ritenersi valevole anche ai fini per i quali la contribuzione figurativa non ha effetto.

Oltre al limite cronologico, vige una limitazione probatoria. Secondo la medesima disposizione sull'automaticità delle prestazioni di i.v.s., il "rapporto di lavoro deve risultare da documenti o prove certe"⁹. In mancanza di risultanze negli archivi delle amministrazioni previdenziali, l'onere della prova dei periodi lavorativi soggetti ad obbligo contributivo incombe sul lavoratore¹⁰; ma pare evidente che l'esercizio di un diritto costituzionale non dovrebbe essergli reso oltremodo difficoltoso¹¹. Trattasi, comunque, di un requisito probatorio meno gravoso di quello necessario ai fini dell'automaticità ultra-quinquennale nei casi di dichiarata insolvenza¹². La casistica giurisprudenziale relativa alle necessarie "prove certe" è ampia. Risulta, comunque, pressoché esaurita la principale questione che soleva porsi, in riferimento ai periodi lavorativi anteriori¹³ al meccanismo di versamento della contribuzione introdotto alla fine degli anni Sessanta, nelle non infrequenti vicende in cui si verificavano smarrimenti delle marche d'attestazione dei contributi. Oggi, perlomeno

⁹ Così l'ultimo periodo dell'art. 27, comma 2, R.D.L. n. 636/1939, modificato come detto nel 1969 e nel 1972.

¹⁰ Es. Cass. 19 giugno 2012, n. 10119, in **Pluris** (database Wolters Kluwer).

¹¹ Si segnala Cass. 18 dicembre 1993, n. 12542, con breve nota di AVIO, A., *Incertezza dell'identificazione del datore di lavoro obbligato al pagamento dei contributi previdenziali e diritto alle prestazioni del lavoratore*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1562, secondo cui la prova certa richiesta dall'art. 27 R.D.L. n. 636/1939 attiene solo all'accertamento dell'esistenza di un effettivo rapporto di lavoro, restando irrilevante a tal fine l'individuazione del soggetto datore. Merita comunque notare che nella specie il datore non era del tutto sconosciuto, bensì non chiaramente identificato tra i convenuti: la vicenda riguarda una lavoratrice domestica che, alla morte della madre dei convenuti, aveva reclamato l'avvenuto svolgimento di prestazioni lavorative non dichiarate.

¹² L'art. 3 del D.Lgs. n. 80/1992 richiede "documenti di data certa" dai quali risulti "l'effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro": v. gli approfondimenti menzionati nella terza nota del presente contributo.

¹³ Si rinvia a FALCUCCI, G.; NATOLI, A.; PAPA, P., *I soggetti tenuti al pagamento dei contributi previdenziali e gli obblighi accessori o strumentali*, in BUSSI, B.; PERSIANI, M., *Trattato di previdenza sociale*, I, *Il regime generale dell'invalidità, vecchiaia e superstiti*, Cedam, Padova, 1974, 507 ss., e ROSSI, F.P., **Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale**, Giuffrè, Milano, 1968, 125 ss.

in prospettiva, gli archivi telematici prevenivano siffatte problematiche e il conseguente contenzioso con l'amministrazione previdenziale¹⁴.

L'automaticità delle prestazioni rende ininfluenza per il lavoratore l'esito del processo a carico del datore, ma solo se sia stata riconosciuta in via amministrativa la debenza contributiva¹⁵ e quindi l'automatica copertura pubblica. Per rispetto dell'affidamento del lavoratore nelle determinazioni dell'ente previdenziale, pare opportuno ritenere che, qualora in via amministrativa sia stata riconosciuta la debenza di contributi omessi e quindi l'automatica copertura pubblica, tale decisione non sia revocabile all'esito dell'eventuale contenzioso sul recupero della contribuzione. Quand'anche l'Inps soccomba nel merito della pretesa contributiva contro il datore, il lavoratore non dovrebbe vedersi revocata la copertura che l'ente stesso abbia già ritenuto basata su "documenti o prove certe" come richiesto dalla legge.

In mancanza del riconoscimento della copertura contributiva automatica da parte dell'ente, il lavoratore ha interesse (e diritto¹⁶) al relativo accertamento giurisdizionale¹⁷, sul quale egli potrà basare la sua istanza di copertura contributiva a carico della collettività. Sicché, secondo giurisprudenza ormai consolidata, il lavoratore è incompatibile ex art. 246 c.p.c. con l'ufficio di testimone nelle controversie sulla debenza della contribuzione previdenziale, anche quando, nel contenzioso tra datore ed

¹⁴ L'obbligo assicurativo del datore era assolto con l'acquisto delle marche e la loro applicazione sulle tessere dei lavoratori: secondo la giurisprudenza, la prova del relativo adempimento, normalmente fornita per il tramite della produzione delle copie delle suddette tessere ovvero delle ricevute della loro spedizione all'Inps, in caso di distruzione o smarrimento, può essere data con qualsiasi altro mezzo, e quindi anche in via presuntiva, essendo a tal fine sufficiente fornire meri elementi di prova: es. Cass. 27 febbraio 2001, n. 2852, con nota di SGROI, A., *Distruzione o perdita della tessera assicurativa: richiesta duplicato e prova dell'adempimento degli obblighi contributivi posti a carico del datore di lavoro*, in *Giur. it.*, 2002, 1391.

¹⁵ Cfr. ad es. Cass. 21 maggio 2002, n. 7459, in *Dir. giust.*, 2002, 28, 34. L'inopponibilità al lavoratore della prescrizione dei contributi successiva alla sua denuncia d'omissione è opinione pacifica o comunque dominante anche in dottrina.

¹⁶ Trattasi di un vero e proprio diritto soggettivo: es. Cass. 7 febbraio 2019, n. 3661, in *Pluris* (database Wolters Kluwer).

¹⁷ Merita ricordare che, come segnala DONDI, G., *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, n. 12, *Colloqui giuridici sul lavoro*, inserto, 4° quesito, il lavoratore ha interesse non solo alla contribuzione dovuta all'Inps per l'i.v.s., ma anche a quella dovuta all'Inail. L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, benché caratterizzata da operatività piena del principio di automaticità delle prestazioni, tiene conto della retribuzione imponibile per il calcolo delle provvidenze: cfr. gli artt. 116 ss., d.P.R. n. 1124/1965 e spec. art. 120, per l'indennità per l'inabilità temporanea e art. 74 per la rendita da inabilità permanente.

ente, egli non è parte processuale¹⁸. Ciò vale non solo per le controversie sull'esistenza del rapporto lavorativo, ai fini della corretta quantificazione della retribuzione percepita o dovuta (pure in base ad un ordine giudiziale di reintegrazione¹⁹), ma anche in merito alla sua qualificazione subordinata o autonoma²⁰.

Quando invece sia il lavoratore stesso ad essersi attivato giudizialmente contro il datore, l'esito processuale appare un supporto sufficiente all'accoglimento dell'istanza di copertura contributiva automatica, pure qualora l'ente non sia stato contraddittore processuale. Tra i "documenti o prove certe" richiesti dall'ultimo periodo dell'art. 27, comma 2, R.D.L. n. 636/1939 e successive modificazioni, dovrebbero annoverarsi anche le sentenze a cui l'Inps non è vincolato come parte processuale²¹. Resta inteso che l'ente previdenziale, qualora ritenga non convincente l'esito processuale raggiunto senza la sua partecipazione, nel rigettare l'istanza amministrativa impone al lavoratore di convenirlo in giudizio (ove comunque le risultanze istruttorie raccolte nel precedente processo non sono irrilevanti²²).

3 Le implicazioni della disciplina della prescrizione dei contributi introdotta dalla riforma "Dini"

La predetta limitazione cronologica della tutela appare importante anche per la configurazione complessa che imprime all'istituto. In ambito

¹⁸ Es. Cass. 29 maggio 2006, n. 12729, e Cass. 4 agosto 1998, n. 7661, entrambe in *Pluris (database Wolters Kluwer)* (resta fermo che le eventuali nullità relative alla deduzione, tempestività, ammissione e assunzione della prova testimoniale debbono essere tempestivamente eccepite, rimanendo sanate ove l'atto istruttorio sia stato compiuto senza opposizione della parte che vi ha assistito). Come confermato ad es. da Cass. 12 agosto 2011, n. 17272, in *Pluris (database Wolters Kluwer)*, l'incompatibilità con il ruolo di testimone non implica che al giudice sia precluso l'interrogatorio libero del lavoratore ex art. 421, comma 4, c.p.c.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2007, n. 15143, con nota di FERRANTE, V., *Il risarcimento del danno contributivo in caso di aliunde perceptum*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 496. Per un approfondimento v. CESTER, C., *Tutela obbligatoria e tutela reale nei licenziamenti illegittimi*, in GRAGNOLI, E. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, V, di PERSIANI, M.; CARINCI, F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2017, 852-860.

²⁰ Es. Cass. 16 giugno 2006, n. 13930, in *Pluris (database Wolters Kluwer)*.

²¹ Cass. 19 agosto 2004, n. 16300, in *Foro it.*, 2006, I, 570.

²² Si rinvia a QUERZOLA, L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bononia, Bologna, 2016, 11 ss.

d'i.v.s., l'applicazione dell'art. 2116 c.c. risulta così assommare funzioni non solo di tutela rispetto alle situazioni di bisogno, ma pure di governo del sistema previdenziale in chiave proattiva di responsabilizzazione dell'individuo.

In generale, è un dato acquisito la composita funzione degli istituti di tutela dei diritti del lavoratore, la quale è riconducibile al necessario contemperamento di tali diritti con interessi pubblici o di altri soggetti. Anche in ambito previdenziale pare indubitabile la necessità che l'assetto normativo, mentre protegge, tenti pure di valorizzare le capacità e l'iniziativa individuale²³, nell'interesse della stessa collettività. Orbene, una tale caratterizzazione può intravedersi pure nell'istituto protettivo dell'automaticità delle prestazioni previdenziali, soprattutto a séguito dell'assetto stabilito dalla storica riforma della metà degli anni Novanta. Oltreché mediante la summenzionata previsione del calcolo contributivo delle prestazioni, è noto che la l. "Dini" n. 335/1995 ha inciso su numerosi altri profili importanti in tema di tutela d'i.v.s.: tra essi merita in questa sede ricordare l'innovazione in tema di durata del termine di prescrizione dei contributi.

L'art. 3, comma 9, della riforma "Dini" ha difatti stabilito il dimezzamento rispetto al previgente termine di dieci anni²⁴. Il termine

²³ ALES, E., *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, spec. 489. In proposito il dibattito recente è riferito soprattutto ai trattamenti di sostegno al reddito: v. GAROFALO, D., *La tutela della disoccupazione fra sostegno del reddito e incentivo alla ricollocazione. Profili di carattere generale*, in BROLLO, M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, VI, di PERSIANI, M.; CARINCI, F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 546 ss., ove ampi riferimenti; v. pure le osservazioni di CARUSO, B.; CUTTONE, M., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 65 ss. Cfr. anche TOPO, A., *Obbligo di lavoro e libertà di lavoro: quando lavorare è un dovere "sociale"*, in BROLLO, M.; CESTER, C.; MENGHINI, L., *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, Trieste, 2016, 184 ss. L'espressione oggi più discussa dell'idea di responsabilità individuale nel sistema di protezione sociale è la condizionalità dei trattamenti di sostegno al reddito, ma tale tematica va tenuta distinta da quanto trattato nel presente contributo, a proposito della quale si rinvia, con diversità di punti di vista, a RICCI, M., *I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 339 ss.; LASSANDARI, A., *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive*, in *Lav. dir.*, 2016, 237 ss.; D'ONGHIA, M., *Il rafforzamento dei meccanismi di condizionalità*, in CARINCI, F. (a cura di), **Jobs Act: un primo bilancio**, 2016, 385 ss.

²⁴ Cfr. l'art. 41 della L. n. 153/1969, che, tranne che per i cd. contributi minori, aveva elevato il termine di prescrizione a dieci anni, anche per le prescrizioni in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa. Invero nel 1995 la riforma Dini ha operato quello che in parte è un ripristino del termine quinquennale che era vigente prima del 1969, in riferimento alla contribuzione non solo per la tutela dell'invalidità, vecchiaia e superstiti, ma anche per la disoccupazione, la tubercolosi e la maternità: v. l'art. 55 del r.d.l. n. 1827/1935. Per un approfondimento, v. NICOLINI,

generale²⁵ oggi è cinque anni, decorrenti tendenzialmente dal momento in cui il contributo doveva essere pagato²⁶ (termine valevole anche in caso di cartella esattoriale o avviso d'addebito non opposti, secondo le Sezioni Unite²⁷). Ebbene, tale innovazione del 1995 ha comportato una simultanea ed equivalente riduzione della portata temporale dell'automaticità delle prestazioni garantita dall'art. 27, comma 2, R.D.L. n. 636/1939²⁸. È difatti indubitabile che il richiamo contenuto in detto comma alla "prescrizione decennale" vada corretto intendendolo come un rinvio recettizio alla vigente durata legale della prescrizione della contribuzione²⁹, oggi appunto quinquennale.

Di conseguenza, da un lato v'è stata una certa contrazione delle risorse pubbliche destinate all'attuazione dell'automaticità delle prestazioni previdenziali (poiché solamente una parte del costo delle coperture contributive concesse ai lavoratori in applicazione dell'automaticità riesce ad essere recuperata mediante riscossione coattiva dei contributi, la riduzione della portata temporale dell'automaticità non può che implicare risparmi per le amministrazioni previdenziali). Dall'altro lato, una porzione degli oneri previdenziali in capo ai datori è

C.A., *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995*, in Riv. **it. dir. lav.**, 1996, I, 297 ss.

²⁵ La riduzione a 5 anni del termine di prescrizione della contribuzione obbligatoria è ritenuta una riforma organica di portata generale, quindi prevalente anche sulla previgente normativa speciale dettata per circoscritti ambiti soggettivi: sull'applicabilità alle casse professionali v. ad es. Cass. 20 febbraio 2014, n. 4050.

²⁶ Ossia, in generale, dal giorno 16 del mese successivo a quello a cui la contribuzione si riferisce: art. 2, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 422/1998, vigente dal 24 dicembre 1998; per un quadro v. Cass. 29 gennaio 2019, n. 2432, in *Pluris (database Wolters Kluwer)*. Vanno tenuti distinti i contributi Inail, i quali, pur se relativi al medesimo periodo lavorato, si prescrivono in momento successivo ai contributi Inps, a causa del differente computo contabile, per il quale le cifre autoliquidate, tranne che la prima rata dall'inizio della lavorazione divengono definitive solo al 16 febbraio dell'anno successivo, in base agli artt. 28 e 44 del T.U. INAIL n. 1124/1965: cfr. Cass. 12 agosto 2016, n. 17095, in *Pluris (database Wolters Kluwer)*.

²⁷ Cass., Sez. Un., 17 novembre 2016, n. 23397, con nota di MASTRANGELI, F.D., *Natura ed effetti del termine per l'opposizione a cartella di pagamento*, in Riv. *dir. sic. soc.*, 2016, 117. Merita comunque dare conto che, per tali ipotesi, permangono oscillazioni in giurisprudenza a favore della conversione in termine decennale ex art. 2953 c.c.: v. PIOVESANA, A., *La prescrizione del credito contributivo in caso di mancata opposizione a cartella*, in *Lav. giur.*, 2018, 7, 671 ss.

²⁸ L'osservazione fu, in primis, di MONTUSCHI, L., *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in **Arg. dir. lav.**, 1996, 42.

²⁹ Il punto è condiviso unanimemente, a quanto consta: v. ad es. BOER, P., *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Riv. *giur. lav.*, 1998, II, 398; MISCIONE, M., *Artt. 2116*, in CENDON, P. (diretto da), **Commentario al codice civile**, Utet, Torino, 2002, III, 401.

passata dalla forma della debenza contributiva a quella del danno previdenziale (solitamente più oneroso, sempreché il lavoratore si attivi per reclamarlo).

È importante notare che tale riduzione della durata della prescrizione dei contributi ha anche l'effetto di suscitare l'interesse dei lavoratori ad attivarsi anticipatamente per la salvaguardia dell'integrità della propria posizione previdenziale³⁰: ossia in una tempistica meno distante negli anni rispetto al momento in cui avvengono le omissioni e, quindi, con maggiori possibilità di recupero effettivo della contribuzione da parte dell'ente. Come è stato subito osservato, l'accelerazione impressa alla prescrizione dei contributi, con il suo dimezzamento a cinque anni, risultava collidere con le caratteristiche peculiari della pensione contributiva introdotta con la medesima riforma del 1995³¹. Se anche non si trattava di un contrasto voluto dal legislatore storico, è stato un assestamento sistematico che a chi scrive appare ragionevole, in quanto valorizza l'interesse del lavoratore alla sorveglianza attiva sulla propria posizione contributiva. Un legame forte, come è in Italia³², tra contribuzione e prestazioni previdenziali è di certo un utile strumento di contrasto al lavoro non dichiarato³³: dato che l'automaticità delle prestazioni è ancorata al termine di prescrizione dei

³⁰ DONDI, G., *Danno pensionistico, azione risarcitoria e dies a quo della prescrizione*, in **Mass. giur. lav.**, 1999, 678.

³¹ MONTUSCHI, L., **Sulla prescrizione cit.**, 40-42.

³² V. ad es. l'analisi comparata di GERACI, M., *Contributions-financed cash benefits: selected examples of tiered pension systems*, in **Intern. soc. sec. rev.**, 2015, 68(4), 59 ss.

³³ V. *in primis* la linea guida n. 4 enunciata dalla INTERNATIONAL SOCIETY FOR SOCIAL SECURITY, *Contribution collection and compliance*, ISSA Guidelines, Geneva, 2013, 23. Nel panorama comparato, v. anche ad es. BAILEY, C.; TURNER, J., *Strategies to Reduce Contribution Evasion in Social Security Financing*, in *World Development*, 29, No. 2, 2001, 388. Il rafforzamento del nesso tra contributi e prestazioni può avvenire anche mediante una riduzione dei requisiti contributivi d'accesso alle prestazioni allo scopo d'ampliare la platea dei beneficiari: benché riferito a contesti socioeconomici assai diversi da quello italiano, v. ad es. SOJO, A., *Including informal economy workers in contributory social protection: current challenges in Latin America*, in *Intern. soc. sec. rev.*, 2015, 68(4), 70 ss. Complementare al rafforzamento normativo del nesso tra contributi e prestazioni è ovviamente la comunicazione divulgativa di tale nesso, nonché soprattutto l'informazione individualizzata al singolo lavoratore del rapporto tra effettività della personale posizione contributiva e prestazioni previdenziali che ciascuno può attendersi. Nel dibattito italiano questo tema è entrato soprattutto grazie alle iniziative dell'Inps degli anni recenti di comunicazione individuale recapitata con le c.d. "buste arancioni"; con riguardo alla Spagna v. ad es. REGÚLEZ-CASTILLO, M.; VIDAL-MELIÁ, C., *Individual information for pension contributors: recommendations for Spain based on international experience*, in *Intern. soc. sec. rev.*, 2012, 65 (2), 4 ss. Sul rilievo della comunicazione ai fini del rispetto della legalità delle condizioni di lavoro, v. anche la panoramica di esperienze in WILLIAMS, C.C.; RENOVOY, P., **Measures to tackle undeclared work in the European Union**, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2009, 41 ss.

contributi, l'intervento normativo del 1995, che ha ridotto la durata di tale termine, ha enfatizzato il rilievo della sollecitudine dei lavoratori nel controllare l'esattezza dei versamenti contributivi datoriali.

La probabilità d'effettiva riscossione della contribuzione previdenziale s'è alquanto accresciuta da quando è venuto affermandosi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la denuncia all'ente previdenziale da parte dell'interessato comporta il raddoppio, da cinque a dieci anni, del termine di prescrizione della contribuzione³⁴ d'i.v.s. Tale orientamento è basato sul tenore testuale del medesimo art. 3, comma 9, della riforma Dini L. n. 335/1995, in particolare su una disposizione che, forse immaginata originariamente come di diritto transitorio³⁵, sul piano letterale risulta in effetti formulata come norma stabile a regime³⁶. La riduzione della durata della prescrizione viene difatti disposta dal legislatore facendo però "salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti". In base a detta giurisprudenza di legittimità, anche la denuncia effettuata all'ultimo momento del quinquennio di prescrizione permette (non solo al lavoratore di ottenere a carico dell'ente la copertura contributiva omessa, ma anche) all'ente previdenziale di avviare il procedimento di recupero con un margine di tempo residuo mai inferiore ad ulteriori cinque anni prima della prescrizione.

Un tale lasso temporale è sempre, almeno potenzialmente, sufficiente a completare il recupero coattivo della contribuzione a carico del datore. Ciò vale anche quando la contribuzione sia a carico del committente

³⁴ Es. Cass., Sez. Un., 4 marzo 2008, n. 5784, in *Foro it.*, 2010, I, 1252; Cass., Sez. Un., 7 marzo 2008, n. 6173, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1186. Per la presa d'atto amministrativa di tale orientamento giurisprudenziale, v. la circolare Inps 2 marzo 2012, n. 31, come chiarita dal messaggio Inps 16 maggio 2012, n. 8447.

³⁵ Nel senso della transitorietà v. CINELLI, M., *Sul regime intertemporale della disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali in caso di denuncia del lavoratore*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 205-207, nonché BERETTA, G., **Ancora sulla decorrenza del termine di prescrizione quinquennale in materia di contribuzione previdenziale**, in *Giur. it.*, 2015, 416 ss.

³⁶ Es. PIOVESANA, A., *Avviso d'addebito Inps non opposto contenente contributi prescritti*, in *Lav. giur.*, 3, 2018, 251; MANZI, O., *La prescrizione cit.*, 247-248; CANAVESI, G., *L'efficacia cit.*, 1452. Sulle complesse opzioni ermeneutiche di diritto transitorio, v. l'approfondita motivazione di Cass., Sez. Un., 4 luglio 2014, n. 15296, in *Pluris (database Wolters Kluwer)*, nonché già RONDO, A., **Le Sezioni unite sulla prescrizione dei contributi previdenziali**, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1186, nota a Cass., Sez. Un., 7 marzo 2008, n. 6173.

d'appalti³⁷ e di trasporti³⁸, dell'utilizzatore di somministrazione³⁹, nonché del cessionario di un'azienda⁴⁰. L'arco di tempo a disposizione dell'ente è, anzi, sovente ben superiore al quinquennio. L'effetto della denuncia del lavoratore, infatti, non è un azzeramento del decorso della prescrizione quinquennale, bensì il raddoppio della durata della prescrizione stessa. Sicché, oltre al quinquennio aggiuntivo, v'è anche il residuo tempo del primo quinquennio. Tale regola vale sia per la contribuzione risultante come dovuta ma omessa (per la quale invero l'automaticità delle prestazioni dovrebbe essere riconosciuta d'ufficio), sia per la retribuzione evasa, sempreché la denuncia sia rivolta all'ente previdenziale competente⁴¹.

La giurisprudenza ha precisato che il contenuto della denuncia può essere generico e atecnico⁴², purché inequivoco, venendo con ciò incoraggiata anche l'iniziativa personale del lavoratore non supportata da professionisti esperti. Pure la notifica all'Inps del ricorso giudiziario, che il lavoratore rivolga al datore per spettanze retributive d'ogni sorta, raddoppia la durata della prescrizione dei relativi contributi, sempreché ivi ne sia domandata la regolarizzazione. Non è comunque necessario che

³⁷ V. l'art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003, sul cui ambito d'applicazione v. Corte cost. 6 dicembre 2017, n. 254, che, con una pronuncia interpretativa di rigetto, estende la solidarietà debitoria alla subfornitura e agli altri contratti commerciali che realizzino un'analoga utilizzazione indiretta di lavoro: si rinvia a VILLA, E., *I nuovi confini della responsabilità solidale*, in **Labor**, 2018, 5, 539 ss.

³⁸ La particolare disciplina delle solidarietà debitorie del committente di trasporti è contenuta nei commi 4 ss. dell'art. 83 bis del D.L. n. 112/2008, come riscritti dall'art. 1, comma 248, L. n. 190/2014.

³⁹ Art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015.

⁴⁰ Merita segnalare che secondo Cass. 24 febbraio 2016, n. 3646, in *Not. giur. lav.*, 2016, 670, in caso di trasferimento di azienda, i debiti contratti dal cedente nei confronti degli enti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del trasferimento, costituiscono debiti inerenti all'esercizio dell'azienda sottoposti alla disciplina dettata dall'art. 2560 c.c., senza che possa operare l'automatica estensione di responsabilità del cessionario ex art. 2112, comma 2, c.c., neanche in virtù di un'interpretazione della previsione di cui all'art. 3, paragrafo 4, lett. a, direttiva n. 2001/23/Ce, stante l'autonomia del rapporto contributivo, intercorrente tra datore ed ente previdenziale, dal rapporto di lavoro. Così già Cass. 16 giugno 2001, n. 8179 con nota di NICOLOSI, M., **Trasferimento d'azienda e debiti contributivi: la responsabilità solidale dell'acquirente**, in **Inf. prev.**, 2001, 971.

⁴¹ Cass. 17 dicembre 2008, n. 29479, in **Pluris** (database Wolters Kluwer).

⁴² Es. Cass. 10 dicembre 2015, n. 24946, in **Pluris** (database Wolters Kluwer), la quale proprio in virtù del principio di diritto in base al quale "ai fini dell'applicazione del termine di prescrizione decennale, è sufficiente che il lavoratore abbia denunciato all'Inps l'omissione contributiva del datore di lavoro, mentre non è necessario che la denuncia abbia un contenuto specifico e tecnicamente preciso", ha accolto il controricorso dell'Inps, cassando con rinvio la sentenza impugnata.

la denuncia all'ente previdenziale sia indirizzata anche al datore: secondo la giurisprudenza⁴³, il legislatore ha ritenuto che l'interesse del lavoratore alla contribuzione prevalga sull'affidamento del datore nel termine di prescrizione e, in particolare, sul suo interesse alla conoscenza delle cause che prolunghino l'assoggettamento al vincolo obbligatorio. L'allungamento della prescrizione può così avvenire all'insaputa del datore, il quale non può contare sull'estinzione del debito contributivo prima del decorso di dieci anni dal relativo termine di pagamento, fermo restando il diritto di pretendere dimostrazione documentale dell'iniziativa tempestiva del lavoratore, qualora l'aggressione dell'ente previdenziale intervenga (pur sempre entro il decimo anno e però) dopo il quinto anno.

In sintesi, la denuncia del lavoratore non è un atto interruttivo della prescrizione per un triplice ordine di ragioni: non è destinata al debitore; non è formulata dal creditore, che per la contribuzione è l'amministrazione previdenziale; e comporta (non l'azzeramento del decorso bensì) il raddoppio della durata della prescrizione. Nel suo complesso, l'art. 3, comma 9, della riforma "Dini" ha comportato in sostanza una riduzione del termine di prescrizione dei contributi soltanto per i casi in cui il lavoratore non si attivi con una denuncia di omissione. Con questa divaricazione tra termine di prescrizione quinquennale generale, rilevante ai fini dell'automaticità *ex art. 2116 c.c.*, e termine di prescrizione raddoppiato ai fini del recupero contributivo a séguito di denuncia, l'ordinamento ha trovato un assetto singolare⁴⁴, ma non privo di una *ratio*. Tale assetto anzi appare apportare conseguenze positive, per l'equilibrio del sistema e forse anche per la sua equità.

In primo luogo, è così stata dimezzata la generale possibilità per l'amministrazione previdenziale di aggredire i datori con una pretesa

⁴³ Cfr. Cass. 14 ottobre 2013, n. 23237, in *Inf. prev.*, 2013, fasc. 3-4, 92, secondo la quale la necessità di garantire il diritto di difesa del datore si sostanzia nella possibilità di azione d'accertamento negativo a decorrere dallo spirare del primo quinquennio; v. anche Cass. 5 marzo 2009, n. 5320 e Cass. 10 marzo 2010, n. 5811, entrambe in **Pluris** (database Wolters Kluwer).

⁴⁴ Tra i tanti che esprimono perplessità, v. ad es. BOER, P., *Ricongiunzione* cit., 398-399, spec. nella lunga nota 7, ove ipotizza l'incostituzionalità di una disposizione che interrompa la prescrizione a séguito di un atto (la denuncia) da parte di soggetto diverso dal creditore dei contributi.

contributiva che prima della riforma del 1995 poteva essere molto arretrata negli anni, quindi assai onerosa per i datori sanzionati ed al contempo foriera di un contenzioso più problematico anche per l'amministrazione. In secondo luogo, le risorse pubbliche per la copertura contributiva automatica sono così destinate a premiare i lavoratori più solleciti nel vigilare sulla correttezza della propria posizione contributiva. In terzo luogo, al contempo s'accresce la possibilità per l'amministrazione di conoscere le situazioni di evasione, favorendo un maggiore recupero di contribuzione⁴⁵. In quarto luogo, la maggiore possibilità di riscossione sussiste proprio nei confronti di quei datori i cui dipendenti si giovano dell'automaticità delle prestazioni garantita a carico della collettività.

In quinto luogo, il descritto meccanismo normativo ha un'efficacia dissuasiva (difficilmente quantificabile ma indubbia) rispetto alla propensione datoriale a servirsi di lavoro non correttamente dichiarato. L'accresciuto rilievo normativo della denuncia del lavoratore difatti ha una ovvia ricaduta anche sulla possibilità, così ridotta, per il datore di confidare sulla tenuta nel tempo dell'intesa originariamente raggiunta con il lavoratore coinvolto in prestazioni lavorative non dichiarate alle autorità⁴⁶. Come sottolineato dalle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁷, la prescrizione in materia previdenziale "costituisce un istituto del tutto particolare, nel quale il carattere [...] di ordine pubblico della disciplina è particolarmente evidente": tale imperatività della disciplina appare, nel qui descritto senso, funzionale non solo all'emersione e recupero delle debenze contributive

⁴⁵ Il vantaggio per l'amministrazione, insito nel fatto che il lavoratore sia incoraggiato dall'assetto legale ad avere un ruolo attivo fornendo prova delle spettanze contributive, emerge ancor più alla luce della ripartizione dell'onere della prova in merito alla pretesa impositiva per la riscossione coattiva dei crediti previdenziali. Come noto tale onere incombe sull'amministrazione stessa, anche quando sul piano processuale risulti convenuta: es. Cass. 6 settembre 2012, n. 14965, in *Foro it.*, 2012, I, 2623; nonché v. Corte cost. 20 marzo 2007, n. 111, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 2, 521, sulla ragionevolezza dell'art. 24 del D.Lgs. n. 46/1999, che attribuisce agli enti previdenziali il potere di riscuotere i propri crediti attraverso un titolo, il ruolo esattoriale, che si forma prima e al di fuori del giudizio, ferma però restando la facoltà del privato aggredito di contestare tale titolo in sede processuale.

⁴⁶ A favore di un utilizzo *de iure condendo* della leva previdenziale per incoraggiare i lavoratori alla denuncia del lavoro non correttamente dichiarato, v. SCARPELLI, F., *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 62 ss. spec. 71-73.

⁴⁷ Cass., Sez. Un., 17 novembre 2016, n. 23397, cit.; la rilevanza pubblicistica imperativa della disciplina della prescrizione dei contributi è punto consolidato: v. anche ad es. Cass. 9 aprile 2019, n. 9865, in **Pluris** (database *Wolters Kluwer*).

occultate, ma anche in via general-preventiva a scoraggiare i fenomeni d'evasione.

Ebbene, la funzione special-preventiva di contrasto alle omissioni contributive risulta assai rafforzata dalla trasparenza telematica degli archivi contributivi pubblici: la possibilità per il singolo lavoratore di verificare ormai in tempo reale il versamento della contribuzione riduce i casi nei quali il lavoratore viene a conoscenza troppo tardi dell'omissione datoriale. Parimenti ne risulta rafforzata la funzione general-preventiva di disincentivo all'evasione contributiva. Ben si comprende, dunque, la ragione per cui in apertura del presente saggio è stato espresso apprezzamento per il rilascio da parte dell'Inps del servizio CIP ossia Consultazione Info Previdenziali⁴⁸.

Della descritta impostazione, una conferma può essere ottenuta anche ragionando *a contrario*. Negli stessi anni Novanta del secolo scorso, veniva attuata la Dir. 80/987/Cee sulla tutela dei lavoratori rispetto all'insolvenza datoriale: direttiva attuata con il D.Lgs. n. 80/1992, che non riguarda soltanto i crediti retributivi del lavoratore, bensì anche le conseguenze delle omissioni contributive. L'art. 3 di questo decreto delegato infatti ha introdotto un'estensione dell'automaticità delle prestazioni di invalidità, vecchiaia e superstiti, rimuovendone il limite cronologico per i casi in cui il datore sia sottoposto a una procedura concorsuale. In tali evenienze, qualora appunto sia stato omesso in tutto o in parte il versamento di contributi e non si possa più versarli per sopravvenuta prescrizione⁴⁹, il lavoratore interessato, a condizione che non vi sia stata costituzione dell'apposita rendita vitalizia risarcitoria e il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto, può chiedere al competente istituto di previdenza obbligatoria che ai fini del diritto e della

⁴⁸ Cfr. il menzionato messaggio Inps 1° agosto 2019, n. 2970.

⁴⁹ Sulla regola d'irricevibilità da parte degli enti previdenziali della contribuzione prescritta e sulla disciplina della rendita vitalizia suppletiva ai sensi dell'art. 13 della L. n. 1338/1962, si rinvia a CASALE, D., *L'automaticità*, cit., 311 ss., nonché per una panoramica giurisprudenziale da ultimo a CAVALLINI, G., *La prescrizione dei crediti contributivi e il risarcimento del danno pensionistico*, in *Lav. giur.*, 2018, 421 ss. e, in particolare sul regime delle relative eccezioni processuali, a PIOVESANA, A., *La prescrizione dei contributi previdenziali*, nota a Cass. 4 dicembre 2018, n. 31345, in *Lav. giur.*, 2019, 484 ss.

misura della prestazione “vengano considerati come versati i contributi omessi e prescritti”.

Quest’ultima regola sancisce una priorità delle tutele previdenziali che, in tal modo, nei predetti casi è assoluta, ossia senza limiti (d’importo né) cronologici. Peraltro, pare così emergere uno spunto di conferma della summenzionata prospettiva che, nell’evoluzione dei limiti del principio dell’automaticità delle prestazioni, intravede una funzione proattiva nei confronti dello stesso lavoratore. Sembra non casuale che dette fattispecie, per le quali la legge ha disposto la rimozione dei limiti cronologici d’efficacia dell’automaticità, riguardino vicende nelle quali ogni forma di responsabilizzazione del lavoratore risulterebbe tanto più iniqua in quanto inutile: l’omissione contributiva, riguardando situazioni d’insolvenza asseverata giudizialmente, non sarebbe comunque emendabile per mezzo della sollecitudine del lavoratore interessato.

Parte seconda. L’assetto normativo nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni

4 La diversa disciplina nell’ambito dell’impiego pubblico

Rispetto a tutto quanto sinora esposto, discorso totalmente diverso vale nel pubblico impiego. In tale ambito il dipendente non è soggetto a un termine perentorio per segnalare le incompletezze degli archivi contributivi. Presso l’Inpdap era invalsa una tale prassi, basata sulla lettera dell’art. 31 della L. n. 610/1952, secondo cui la liquidazione del trattamento di quiescenza “si effettua tenendo presente l’intero servizio utile, comprendendo anche gli eventuali servizi di obbligatoria iscrizione non assistiti dal versamento dei contributi o dalla predetta sistemazione”. Siffatta prassi amministrativa è stata fatta propria dalla gestione ex-Inpdap, come indica la circolare INPS n. 169/2017⁵⁰.

⁵⁰ Vedasi anche la sintesi chiarificatrice *Prescrizione contributi dipendenti pubblici: chiarimenti*, pubblicata il 13 agosto 2018 sulla pagina web del sito istituzionale: <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemDir=52078>.

Il fatto che le scoperture contributive restano a carico dell'amministrazione anche se relative a periodi lavorati in epoca molto risalente è una differenza notevole rispetto ai dipendenti privati, per i quali come illustrato l'automaticità delle prestazioni previdenziali vale solo nel limite del quinquennio dal relativo periodo di lavoro. Nondimeno appare una differenza ragionevole. Nel pubblico impiego, paiono assai improbabili i tentativi di artificiosa dichiarazione a fini pensionistici di periodi inesistenti di lavoro finalizzata a ottenere indebita copertura contributiva a carico delle casse pubbliche. E nemmeno si pone il rischio riscontrabile nel settore privato ove il lavoratore autonomo è il debitore della propria contribuzione, ossia che costui prima evada la contribuzione ma anni dopo intenda colmare le proprie lacune contributive solo per i periodi e nella misura utili a ottimizzare il trattamento pensionistico desiderato.

Questo peculiare assetto normativo del pubblico impiego è inoltre coerente col fatto che, a differenza dei dipendenti privati, sino al recente passato i dipendenti pubblici non avevano a disposizione efficaci strumenti di verifica della correttezza delle risultanze amministrative della loro storia contributiva (tantomeno disponevano di un canale telematico, reso funzionale solo degli ultimissimi anni). L'estratto conto contributivo dei dipendenti di parecchi degli enti pubblici poteva essere controllato affidabilmente pressoché solo alla vigilia dell'età di quiescenza, quando cioè veniva completato ed aggiornato il fascicolo individuale in vista del calcolo della ormai prossima prestazione pensionistica. Durante il corso della vita lavorativa, il dipendente pubblico non poteva sempre contare su un proprio fascicolo costantemente aggiornato anche per una ragione ulteriore, ossia a causa dell'enorme mole di pratiche previdenziali (ricongiunzioni, riscatti, etc.) arretrate soprattutto nell'ambito di talune amministrazioni. Sino a non moltissimi anni fa alcuni datori pubblici gestivano in proprio tali pratiche.

Ulteriori complicazioni non di rado sono derivate dall'intrecciarsi di discipline speciali, soprattutto in tema di accesso all'impiego pubblico a

seguito di contratti a termine⁵¹. Dato che con i meccanismi contabili di versamento di epoche passate non vi era automatico aggiornamento delle posizioni contributive individuali⁵², peraltro la trascuratezza della gestione amministrativa di taluni datori pubblici rende talora difficile risalire alla causa della scoperta contributiva: omesso versamento oppure mancato aggiornamento d'archivio di versamenti però effettuati. Discrepanze possono essere derivate anche da inesatta registrazione di vicende particolari come aspettative, fuori ruolo, periodi di comando, distacchi all'estero, contenziosi e conciliazioni, etc⁵³.

In tempi recenti l'INPS ha ottenuto notevoli progressi grazie ad una complessa attività d'allineamento dei sistemi informatici⁵⁴. Ciononostante, perlomeno in questa fase nella quale gli archivi delle posizioni contributive di plurimi settori del pubblico impiego non sono ancora pienamente aggiornati, sarebbe alquanto controproducente che la normativa tenesse fermo il limite quinquennale valevole per il settore privato, poiché così stimolerebbe i lavoratori pubblici ad instaurare con i loro datori un contenzioso inutile.

⁵¹ Cfr. ad es. C. Stato, sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3897, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, 2150 (m), secondo cui non è riconoscibile a fini previdenziali e di quiescenza il servizio svolto dagli assegnisti del consiglio nazionale delle ricerche, assunti con contratto di formazione e lavoro di cui alla L. n. 285/1977 e precedente la loro immissione in ruolo in applicazione della L. n. 14/1989. Analogamente Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2008, n. 2491, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 1552 (m). Cfr. anche Cons. Stato, 11 gennaio 2016, n. 56, r.g. n. 7623/2007, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass. 23 aprile 2018, n. 9956, in *Foro it. Rep.*, 2018, Impiegato dello Stato e pubblico [3440], n. 90.

⁵² A decorrere dall'inizio del 2005, per i datori tenuti al versamento all'ex-Inpdap vale l'obbligo di presentazione della Denuncia Mensile Analitica ex art. 44, comma 9, D.L. n. 269/2003 convertito con L. n. 326/2003. Tale obbligo consente all'ente previdenziale il controllo della congruità tra le dichiarazioni contributive datoriali e i versamenti effettuati, con conseguente contestazione di quanto eventualmente non risultato congruo. A decorrere dall'ottobre (con denunce dal novembre) 2012, la denuncia mensile analitica è stata integrata nel flusso UniEmens: v. la circolare INPS n. 105/2012.

⁵³ La questione è sovente complicata anche a causa dell'articolazione degli apparati, soprattutto negli enti di maggiori dimensioni: ad esempio, nel caso dei ministeri v'è un coinvolgimento sia delle strutture periferiche (es. raccolta dei dati lavorativi quotidiani delle presenze, anche per il computo concreto degli emolumenti mese per mese, nonché ai fini del fascicolo personale del dipendente, etc.), sia delle strutture centrali (es. redazione delle buste paga, tenendo conto delle trattenute a vario titolo, etc.), nonché di altri enti competenti per i concreti pagamenti e la contabilità pubblica (sedi periferiche e centrali della Ragioneria dello Stato, Ministero del Tesoro, ossia oggi MEF, etc.). Non è quindi raro riscontrare divergenze ad esempio tra la documentazione che fu rilasciata a fini fiscali (l'ammontare dell'imponibile pensionistico indicato nella certificazione unica CU, già denominata CUD, e nell'ulteriore modellistica fiscale) e le risultanze degli archivi previdenziali, ove talora può essere stata omessa la registrazione soprattutto di emolumenti a carattere eventuale (come premi, gettoni, compensi per lavoro straordinario, etc.).

⁵⁴ V. le circolari INPS nn. 49/2014, 148/2014, 12/2016, 101/2017.

Difatti, quand'anche non fosse l'INPS a coprire le lacune contributive emerse dopo il quinquennio, nel caso di pubblico impiego i versamenti datoriali di ripristino della posizione contributiva lesa sarebbero egualmente effettuati con denaro pubblico. Nel pubblico impiego non esiste lavoro "nero", e ben difficilmente il dipendente pubblico è sprovvisto di prova dei suoi rapporti lavorativi, potendo semmai risultare talora non scontata solo l'identificazione degli importi retributivi del tempo. Il tutto si ridurrebbe comunque a una mera partita di giro tra datore pubblico ed ente previdenziale, ma accompagnata da contenzioso.

Non è quindi necessario che la legge compulsi il dipendente pubblico a denunciare tempestivamente le omissioni contributive, come invece è opportuno che avvenga quando si tratta di mettere gli apparati di riscossione coattiva in condizione di perseguire tempestivamente i datori privati evasori prima che la contribuzione divenga di fatto difficilmente recuperabile o si estingua per prescrizione. Né, viceversa, sarebbe sostenibile una disciplina che per il settore privato estendesse in maniera indefinita l'automaticità delle prestazioni d'i.v.s., come invece fa per il pubblico impiego il summenzionato l'art. 31 della L. n. 610/1952: eliminare ogni impostazione proattiva della legge cancellando l'interesse dei lavoratori del settore privato alla tempestiva denuncia d'omissione contributiva sarebbe controproducente e probabilmente insostenibile per il sistema di welfare.

Ciò non toglie ovviamente che l'accurato aggiornamento degli archivi contributivi anche del pubblico impiego sia funzionale al buon andamento delle amministrazioni (art. 97 Cost). L'inadeguata gestione degli ingenti ammanchi contributivi dei datori pubblici è stata una delle ragioni di mancata approvazione del bilancio preventivo dell'Inps da parte del Consiglio di vigilanza nel febbraio 2017. Nondimeno, anche a seguito dell'accorpamento dell'Inpdap nei più efficienti apparati dell'Inps, l'efficacia dell'azione di recupero sta aumentando, tanto da risultare talora una delle concorrenti ragioni di dissesto di taluni soggetti pubblici, soprattutto enti locali, nei quali l'importanza del corretto adempimento

contributivo era stata sottovalutata in passato. È sicuramente opportuno che i singoli datori pubblici non occultino deficit finanziario mediante omissioni contributive, ossia sotto forma d'implicito debito pensionistico futuro che comunque non potrà che restare a carico del complesso degli apparati pubblici.

5 L'innovazione apportata con il comma 10 *bis* inserito nell'art. 3 della legge "Dini"

Da ultimo, per il pubblico impiego è sopravvenuta la particolare previsione contenuta nel comma 10 *bis* del medesimo art. 3 della L. n. 335/1995: comma inserito dall'art. 19 del D.L. n. 4/2019, convertito con L. n. 26/2019 senza modifiche in proposito. Tale comma 10 *bis* stabilisce che, per le gestioni previdenziali esclusive amministrare dall'Inps alle quali sono iscritti i dipendenti pubblici, "i termini di prescrizione di cui ai commi 9 e 10, riferiti agli obblighi relativi alle contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria afferenti ai periodi di competenza fino al 31 dicembre 2014, non si applicano fino al 31 dicembre 2021, fatti salvi gli effetti di provvedimenti giurisdizionali passati in giudicato nonché il diritto all'integrale trattamento pensionistico del lavoratore".

Senza incidere sulla durata della prescrizione, tale norma interferisce con la sua decorrenza: seppur in via solo transitoria, rende assai diversa da quella del settore privato la regolazione di questo profilo previdenziale del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Come si spiegherà, il sopravvenuto comma 10 *bis* pare finalizzato a risolvere talune problematiche createsi nei rapporti tra ente previdenziale e datori pubblici a seguito della scomparsa dell'Inpdap come autonomo ente stabilita dal D.L. n. 201/2011. La formulazione del nuovissimo comma tuttavia non sembra ineccepibile.

Va preliminarmente osservato che non appare ben chiarito l'ambito soggettivo del comma 10 *bis*, riferito genericamente ai "lavoratori dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui al decreto legislativo 30

marzo 2001, n. 165⁵⁵. Sarebbe stato opportuno che il comma precisasse se debbano ritenersi inclusi anche i settori del pubblico impiego menzionati nell'art. 3 dello stesso T.U. del 2001 allo scopo però di escluderli dalla disciplina dettata da tale T.U. Pare comunque ragionevole ritenere che tale comma 10 *bis* sia riferito a tutti i circa tre milioni di lavoratori iscritti agli enti previdenziali confluiti nella gestione ex-Inpdap⁵⁵: Cassa Pensioni Dipendenti Enti Locali (CPDEL), Cassa Pensioni Sanitari (CPS), Cassa Pensioni Ufficiali Giudiziari (CPUG), Cassa Trattamenti Pensionistici dei dipendenti dello Stato (CTPS)⁵⁶, la Cassa Pensioni Insegnanti (CPI)⁵⁷.

Non è chiaro, inoltre, se siffatto comma intenda rendere applicabile il termine decennale di prescrizione anteriore alla legge del 1995, oppure implichi una ri-espansione del termine prescrizionale (parimenti decennale) generale di diritto comune, oppure ancora, come è più probabile, intenda congelare fino al 2022 ogni termine prescrizionale. Peraltro il comma stabilisce che i termini di prescrizione “non si applicano” sino a fine 2021, ma non prescrive anche che vengano interrotti. Quindi dovrebbero intendersi solo sospesi. Pare doversi dedurre che dall’inizio del 2022 i termini di prescrizione ricomincino a decorrere per il tempo che residuava nel momento in cui il D.L. è entrato in vigore (29 gennaio 2019); per i contributi che erano già prescritti, quindi, gli effetti della prescrizione scatteranno in data 1° gennaio 2022.

Per i datori per i quali l’obbligo di versare i contributi è sorto con la creazione dell’Inpdap, rileva la contribuzione dal 1996 in poi. Per gli altri datori, trattasi di contributi anche molto più risalenti, indietro nel tempo

⁵⁵ Si rinvia a VIANELLO, R., *Le violazioni contributive nella pubblica amministrazione*, in *Lav. giur.*, 2001, 313 ss.

⁵⁶ Merita segnalare che, ribaltando l’orientamento che era stato espresso con la circ. n. 94/2017, la circ. INPS n. 169/2017 ha affermato l’estensione agli iscritti alla CTPS della predetta favorevole prassi che esclude limitazioni cronologiche all’automaticità delle prestazioni previdenziali dei dipendenti pubblici. Il sopravvenuto orientamento amministrativo è stato basato anche sull’art. 8 del d.P.R. n. 1092/1973, secondo cui “Tutti i servizi prestati in qualità di dipendente statale si computano ai fini del trattamento di quiescenza, salve le disposizioni contenute nel capo successivo. Il computo si effettua dalla data di decorrenza del rapporto d’impiego o di lavoro sino a quella di cessazione di tale rapporto”.

⁵⁷ Rispetto a quanto qui tratteggiato in generale, più complessa è la questione per la CPI, ossia la Cassa degli insegnanti delle scuole primarie paritarie pubbliche e private, degli insegnanti degli asili eretti in enti morali e delle scuole dell’infanzia comunali: v. le precisazioni contenute nella circ. INPS n. 169/2017, da leggersi ora alla luce dell’art. 19 del D.L. n. 4/2019.

senza limite: probabilmente la questione si porrà soprattutto per le posizioni individuali relative a rapporti di lavoro ancora in essere; ma, stando al tenore letterale del nuovo comma, nulla vieta all'Inps di effettuare recuperi contributivi anche inerenti a pensioni già liquidate e/o posizioni già archiviate da tempo, fermi restando solo «gli effetti di provvedimenti giurisdizionali passati in giudicato», come recita il nuovissimo comma. Assai peculiare appare, in effetti, il fatto che detto comma 10 *bis* non stabilisce un limite temporale anteriormente al quale esso non vale. Dal punto di vista della coerenza sistematica, è palese l'incongruità di una riesumazione di contributi previdenziali che siano ormai estinti per prescrizione. Questa però è evidentemente l'intenzione del legislatore.

Tale incongruità sistematica risulterebbe criticabile a maggior ragione qualora tale contribuzione riviva non per estendere diritti previdenziali ma per potenziare i recuperi coattivi. Ebbene, non sembra che detto comma 10 *bis* risulti utile ad ampliare l'ambito temporale d'applicazione dell'automaticità delle prestazioni d'i.v.s. dei lavoratori pubblici, poiché come detto essa era già riconosciuta in via amministrativa senza il limite quinquennale valevole per i lavoratori privati⁵⁸. Invero, perlomeno a prima vista il comma 10 *bis* nemmeno sembra utile ad estendere la possibilità per l'Inps di riscuotere contributi a carico degli enti pubblici che in anni remoti siano stati inadempienti: siffatti recuperi erano già possibili, anche alla luce della prassi consolidata nella gestione dell'ex-Inpdap che individuava, come giorno dal quale inizia a decorrere il termine di prescrizione dei contributi, la data di riconoscimento amministrativo dell'obbligo di versamento di tali contributi.

Se detto comma 10 *bis* dell'art. 3 della L. n. 335/1995 non è utile ad estendere diritti previdenziali e nemmeno a potenziare la riscossione contributiva, la ragione della sua introduzione da parte dell'art. 19 del D.L. n. 4/2019 va individuata in un diverso profilo. A ben vedere, un effetto utile del comma 10 *bis* sembra individuabile (non a beneficio dei lavoratori

⁵⁸ Cfr. la circ. INPS n. 169/2017, che richiama il summenzionato art. 31 della L. n. 610/1952.

pubblici, bensì) nei rapporti tra datori pubblici ed Inps. Difatti questo nuovo comma sembra far sì che le regolarizzazioni di posizioni assicurative individuali avvengano ancora per quasi tre anni sotto forma di versamento datoriale tardivo di contributi, invece che con il sovente più oneroso conteggio della riserva matematica per rendita vitalizia *ex art. 13* della L. n. 1338/1962. Pare cioè trattarsi di una disposizione di favore per gli enti pubblici che hanno omesso di versare contributi.

Di solito a seguito di “Richiesta di Variazione della Posizione Assicurativa” (cosiddetta r.v.p.a.), ossia su impulso del lavoratore interessato che formula una richiesta telematica all’Inps di variazione della propria posizione assicurativa, l’ente stesso rettifica le risultanze dei propri archivi, decorso un periodo di silenzio assenso di tre mesi durante il quale il datore pubblico può interloquire⁵⁹. In tali casi l’ente previdenziale pone i conseguenti oneri contabili a carico del datore pubblico, con mero conteggio tardivo della contribuzione arretrata: non col calcolo della riserva matematica per rendita vitalizia⁶⁰. Ebbene, se non fosse intervenuto ora il legislatore, come annunciato dall’INPS il metodo della rendita vitalizia per il calcolo dei contributi arretrati sarebbe stato esteso ai datori pubblici dall’inizio del 2020, per ragioni di omogeneità con le altre gestioni previdenziali amministrare dall’ente stesso⁶¹. Questo sembra essere il principale scopo del comma 10 *bis*.

Se tale lettura è corretta, il legislatore pare intervenuto anche allo scopo di evitare che gli enti pubblici fossero spinti a caricare d’urgenza nei sistemi telematici dell’INPS flussi informativi di mal documentate rettifiche di posizioni contributive, che sarebbero state comunicate allo

⁵⁹ Messaggio Inps n. 1779/2019. Cfr. il punto 3 della circ. INPS n. 101/2017 sul lasso di due mesi che era precedentemente previsto. In merito alla documentazione da allegare invece alla richiesta di pensione secondo la prassi che era in essere presso l’Inpdap, v. la nota operativa n. 32 del 19 maggio 2005.

⁶⁰ Diversa questione è quella scaturente dall’eventualità che il datore pubblico non abbia tempestivamente effettuato le dovute trattenute contributive sulle retribuzioni versate al suo dipendente. In proposito cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. II, 3 luglio 1987, n. 265, in *Trib. amm. reg.*, 1987, I, 2850, nonché, sul divieto per il datore di effettuare la trattenuta contributiva tardiva sulla contribuzione non versata tempestivamente all’ente previdenziale stabilito dall’art. 23 della L. n. 218/1952, v. CASALE, D., **L’automaticità** cit., 239-246.

⁶¹ Vedasi, oltre alla summenzionata circ. INPS n. 169/2017, il differimento indicato con circ. INPS n. 117/2018.

scopo d'avvalersi del meno oneroso calcolo in uso presso la gestione ex-Inpdap, prima che tale modalità di calcolo venisse abbandonata.

Con il comma 10 *bis*, inoltre, il legislatore sembra aver introdotto una sanatoria a favore dell'Inps per talune situazioni in cui quest'ultimo abbia ommesso d'interrompere la prescrizione di debenze contributive tempestivamente dichiarate dal datore, per le quali pare incontestato che altrimenti l'ente previdenziale nulla avrebbe potuto pretendere. Ci si riferisce ai casi in cui l'Inps non avrebbe potuto effettuare recuperi trattandosi di contribuzione inutile a valorizzare alcuna pensione: es. omissioni relative a periodi lavorati oltre i 40 anni nel sistema retributivo di calcolo, le quali talora forse nemmeno erano casuali da parte di taluni datori pubblici appunto perché trattavasi di omissioni ininfluenti; nonché le omissioni contributive per persone decedute senza conseguenti pensioni indirette. Per tale circoscritta casistica, trattasi di contribuzione che, se non fosse stata resuscitata dal nuovissimo comma, non sarebbe stata pagata dai datori pubblici.

Si può peraltro notare che qualche interrogativo poteva forse essere sollevato sulla fondatezza giuridica della summenzionata prassi della gestione dell'ex-Inpdap che individua, come giorno dal quale inizia a decorrere il termine di prescrizione dei contributi, la data di riconoscimento amministrativo dell'obbligo di versamento di tali contributi: dato che la generale disciplina della prescrizione dei contributi stabilita dalla riforma "Dini" del 1995 non fa eccezioni per il pubblico impiego né in tema di durata né di decorrenza, anche da questo punto di vista il sopravvenuto comma 10 *bis* potrebbe quindi essere una sorta di sanatoria 'prudenziale' a beneficio dell'Inps, appunto perché esclude in radice che prima del 2022 i datori pubblici inadempienti possano tentare di contestare riscossioni coattive riferite a contribuzione inutile a fini pensionistici relativa a periodi lavorativi anche assai risalenti nel tempo. Siffatta sanatoria a favore dell'Inps risulterebbe di portata enorme qualora, dissentendo dalla prassi dell'Inps, si ritenesse che l'automaticità ultra-quinquennale delle prestazioni previdenziali a favore dei dipendenti

pubblici sarebbe altrimenti, in base alla vecchia e poco chiara normativa⁶² che la prescrive, restata a carico dell'ente previdenziale senza possibilità di recupero coattivo sotto forma di contribuzione arretrata né di riserva matematica.

In sostanza, il nuovo comma appare semplificare il quadro normativo, rendendo entro il 2021 le omissioni contributive nel pubblico impiego sempre recuperabili sotto forma di contribuzione arretrata: sia quando altrimenti non sarebbero state affatto recuperabili dall'Inps, sia quando altrimenti sarebbero state recuperabili nella più onerosa forma della rendita vitalizia (e il discrimine tra le due ipotesi pare variabile in base a quanto potevano ritenersi fondate le prassi amministrative sopra tratteggiate). In sintesi, per il pubblico impiego, le scoperture contributive restano a carico della collettività anche se relative a periodi lavorati in epoca molto risalente.

Quest'ultima regola peculiare risulta confermata, se non rafforzata, dal nuovissimo comma 10 *bis*, che fa salvo appunto "il diritto all'integrale trattamento pensionistico del lavoratore". Il comma invero appare dettato al precipuo scopo di definire i rapporti contabili tra datori pubblici ed ente previdenziale, con una disciplina transitoria valida sino alla fine del 2021. Da un lato, il nuovo comma favorisce le regolarizzazioni contributive, anche molto tardive, con costo a carico dei datori pubblici computato secondo regole finanziariamente meno onerose di quelle che sarebbero altrimenti divenute presto applicabili, secondo i propositi di armonizzazione con il settore privato che erano stati espressi nella recente prassi della gestione ex-Inpdap. Dall'altro lato, il nuovo comma offre solida seppur transitoria base legislativa alla recuperabilità di tutta la contribuzione omessa, anche a prescindere da ogni segnalazione da parte di singoli dipendenti pubblici interessati alla regolarità della propria posizione contributiva.

Alla luce dell'art. 19 del D.L. n. 4/2019, appare confermata l'intrinseca diversità della *ratio* che anima la disciplina applicabile al pubblico impiego

⁶² V. ancora la circ. INPS n. 169/2017.

in tema di prescrizione della contribuzione pensionistica. Come detto, in tale ambito soggettivo, un'impostazione proattiva della normativa non avrebbe senso, perché per i dipendenti pubblici gli oneri delle scoperture contributive, anche quando risarciti sotto forma di danni previdenziali calcolati come riserva matematica a carico dei datori, sarebbero comunque a carico delle casse pubbliche.

Né, viceversa, un'impostazione come quella del comma 10 *bis* potrebbe mai essere esportata al settore privato: di certo non sarebbe condivisibile proporre l'introduzione di una norma che, a scapito dei datori privati, posponesse massivamente la prescrizione di tutti i contributi arretrati, come appunto per il pubblico impiego prescrive il neo-introdotto comma. Sarebbe poco governabile per gli apparati amministrativi di riscossione e comunque comporterebbe un aggravamento drammatico delle relative responsabilità datoriali, probabilmente incostituzionale per la sua retroattività riferita a contributi prescritti. Una così ampia esigibilità della vecchia contribuzione previdenziale pare ammissibile solo qualora non leda diritti individuali ormai maturati, ossia quando sia stabilita a carico di datori non privati ma pubblici. Proprio perché un'esigibilità tanto vasta delle pendenze contributive arretrate è pensabile solo nel pubblico impiego, l'automaticità delle prestazioni d'i.v.s. è priva di limitazione quinquennale solo in tale ambito lavorativo.

Referências

AVIO, A., *Incertezza dell'identificazione del datore di lavoro obbligato al pagamento dei contributi previdenziali e diritto alle prestazioni del lavoratore*, in **Giust. civ.**, 1994, I, 1562.

BAILEY, C.; TURNER, J., *Strategies to Reduce Contribution Evasion in Social Security Financing*, in **World Development**, 29, No. 2, 2001, 388.

BERETTA, G., *Ancora sulla decorrenza del termine di prescrizione quinquennale in materia di contribuzione previdenziale*, in **Giur. it.**, 2015, 416.

- BOER, P., *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in **Riv. giur. lav.**, 1998, II, 398.
- CANAVESI, G., *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in **Riv. giur. lav.**, 1992, I, 465.
- CAPURSO, P., *Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali. Una passeggiata nel bosco dell'art. 2116 c.c.*, in **Riv. dir. sic. soc.**, 2017, 499.
- CARUSO, B.; CUTTONE, M., *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, in **Dir. rel. ind.**, 2016, 65.
- CASALE, D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, BUP Bononia University Press, Bologna, **Collana del Seminario Giuridico della Università di Bologna**, 2017.
- CAVALLINI, G., *La prescrizione dei crediti contributivi e il risarcimento del danno pensionistico*, in **Lav. giur.**, 2018, 421.
- CESTER, C., *Tutela obbligatoria e tutela reale nei licenziamenti illegittimi*, in GRAGNOLI, E. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, V, di PERSIANI, M.; CARINCI, F. (diretto da), **Trattato di diritto del lavoro**, Cedam, Padova, 2017, 852.
- CINELLI, M., *Solidarietà senza limiti? Ovvero: pagare i contributi di malattia (con aggiunta), senza usufruire delle relative prestazioni*, in **Riv. dir. sic. soc.**, 2005, 79.
- CINELLI, M., *Sul regime intertemporale della disciplina della prescrizione dei contributi previdenziali in caso di denuncia del lavoratore*, in **Riv. dir. sic. soc.**, 2012, 205.
- D'ONGHIA, M., *Il rafforzamento dei meccanismi di condizionalità*, in CARINCI, F. (a cura di), **Jobs Act: un primo bilancio**, 2016, 385.
- DONDI, G., *Danno pensionistico, azione risarcitoria e dies a quo della prescrizione*, in **Mass. giur. lav.**, 1999, 678.
- DONDI, G., *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, in **Mass. Giur. lav.**, 2007, n. 12, **Colloqui giuridici sul lavoro**, inserto.

- FALCUCCI, G.; NATOLI, A.; PAPA, P., *I soggetti tenuti al pagamento dei contributi previdenziali e gli obblighi accessori o strumentali*, in BUSSI, B.; PERSIANI, M., *Trattato di previdenza sociale*, I, **Il regime generale dell'invalidità, vecchiaia e superstiti**, Cedam, Padova, 1974, 507.
- FERRANTE, V., *Il risarcimento del danno contributivo in caso di aliunde perceptum*, in **Arg. dir. lav.**, 2008, 496.
- GAROFALO, D., *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in MARAZZA, M.; GAROFALO, D., **Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore**, Giappichelli, Torino, 2015, 124.
- GAROFALO, D., *La tutela della disoccupazione fra sostegno del reddito e incentivo alla ricollocazione. Profili di carattere generale*, in BROLLO, M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, VI, di PERSIANI, M.; CARINCI, F. (diretto da), **Trattato di diritto del lavoro**, Cedam, Padova, 2012, 546.
- GERACI, M., *Contributions-financed cash benefits: selected examples of tiered pension systems*, in **Intern. soc. sec. rev.**, 2015, 68(4), 59.
- INTERNATIONAL SOCIETY FOR SOCIAL SECURITY, **Contribution collection and compliance**, ISSA Guidelines, Geneva, 2013.
- LASSANDARI, A., *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive*, in **Lav. dir.**, 2016, 237.
- LUDOVICO, G., *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in **Arg. dir. lav.**, 2013, 909.
- MISCIONE, M., *Artt. 2116*, in CENDON, P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 2002, III, 401.
- MONTUSCHI, L., *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in **Arg. dir. lav.**, 1996, 42.
- NICOLOSI, M., *Trasferimento d'azienda e debiti contributivi: la responsabilità solidale dell'acquirente*, in **Inf. prev.**, 2001, 971.

- PERSIANI, M., **Il sistema giuridico della previdenza sociale**, ristampa anastatica nel cinquantennale con saggio introduttivo, Cedam, Padova, 1960-2010.
- PIOVESANA, A., *Avviso d'addebito Inps non opposto contenente contributi prescritti*, in **Lav. giur.**, 3, 2018, 251.
- PIOVESANA, A., *La prescrizione dei contributi previdenziali*, in **Lav. giur.**, 2019, 484.
- PIOVESANA, A., *La prescrizione del credito contributivo in caso di mancata opposizione a cartella*, in **Lav. giur.**, 2018, 7, 671.
- PROIA, G., *La recente evoluzione legislativa del sistema della previdenza sociale: bisogno effettivo, solidarietà e residui di corresponsabilità*, in PESSI, R. (a cura di), **Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale**, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, 4.
- QUERZOLA, L., **L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio**, Bononia, Bologna, 2016.
- REGÚLEZ-CASTILLO, M.; VIDAL-MELLÁ, C., **Individual information for pension contributors: recommendations for Spain based on international experience**, in *Intern. soc. sec. rev.*, 2012, 65 (2), 4.
- RICCI, M., *I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, in **Arg. dir. lav.**, 2017, 339.
- RONDO, A., *Le Sezioni unite sulla prescrizione dei contributi previdenziali*, in **Arg. dir. lav.**, 2008, 1186.
- ROSSI, F.P., **Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale**, Giuffrè, Milano, 1968.
- SCARPELLI, F., *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, in **Riv. giur. lav.**, 2008, I, 62.
- SGROI, A., *Distruzione o perdita della tessera assicurativa: richiesta duplicato e prova dell'adempimento degli obblighi contributivi posti a carico del datore di lavoro*, in **Giur. it.**, 2002, 1391.

- SOJO, A., *Including informal economy workers in contributory social protection: current challenges in Latin America*, in **Intern. soc. sec. rev.**, 2015, 68(4), 70.
- TOPO, A., *Obbligo di lavoro e libertà di lavoro: quando lavorare è un dovere “sociale”*, in BROLLO, M.; CESTER, C.; MENGHINI, L., *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, Trieste, 2016, 184.
- VERZARO, M.; FERRARO, F.; BRESCIANI, I.; CARCHIO, C.; DI MEO, R., *Il principio di automaticità delle prestazioni*, in CANAVESI, G.; ALES, E. (a cura di), **La vecchiaia nella tutela pensionistica**, Seminari Previdenziali Maceratesi 2017, Collana Fondazione Marco Biagi, Giappichelli, Torino, 2019, 74.
- VIANELLO, R., *Le violazioni contributive nella pubblica amministrazione*, in **Lav. giur.**, 2001, 313.
- VILLA, E., *I nuovi confini della responsabilità solidale*, in **Labor**, 2018, 5, 539.
- WILLIAMS, C.C.; RENOY, P., **Measures to tackle undeclared work in the European Union**, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2009.
- ZILIO GRANDI, G.; SFERRAZZA, M., *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, in **Dir. rel. ind.**, 2013, 685, e 2014, 142.

Contrato intermitente no Brasil: estudo comparativo com Portugal, Itália e Espanha

*Denise Pires Fincato **

Introdução

O contrato de trabalho intermitente é instrumento pactual trabalhista regrado com a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), em que pese a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT já mencionasse o trabalho “em regime” intermitente em algumas situações e já dispusesse acerca do contrato a tempo parcial, no qual calculava-se o salário e até mesmo o tempo de férias em regime de proporcionalidade. Registra-se ainda, por oportuno, que a Sessão Brasileira de Dissídios Individuais 1, do Tribunal Superior do Trabalho (SBDI 1 – TST) já havia editado a Orientação Jurisprudencial nº 358, pela qual admitia o pagamento de salário (mesmo que mínimo) proporcional à jornada.

A realidade fático-social que tal contrato especial passou a reger é já bastante antiga no Brasil, sem que houvesse, até então, regulamentação de caráter trabalhista para tais relações. O regramento de uma espécie de relação social tem por objetivo esclarecer, ditar conteúdos mínimos e aportar segurança jurídica aos que se relacionam. Em se tratando de

* Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Complutense de Madrid. Visiting Researcher na Università degli Studi de Parma. Professora Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Titular da cadeira nº 34 na Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Coordenadora do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho. Advogada e Consultora Trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2978023445556532> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1339-9343>.

relações trabalhistas, mesmo após a Reforma, a tônica de tal regramento segue sendo protetiva ao trabalhador.

Entende-se que o legislador procedeu imbuído deste ânimo, já ao fazer inserir na codificação trabalhista brasileira a nova espécie contratual, trazendo a lume uma multidão de trabalhadores antes alijados do sistema protetivo-trabalhista. Podendo tê-lo feito sob outra roupagem (vez que também havia disposto sobre o autônomo no mesmo código), preferiu determinar que tal contrato é gerador de vínculo empregatício e que deve ser observada a igualdade salarial e o contrato mínimo trabalhista (art. 7º da Constituição Federal) aos intermitentes.

Polêmico desde a proposta, o contrato intermitente, três dias após o vigor da Lei da Reforma, sofreu alterações impactantes com a Medida Provisória nº 808/2017 que, no entanto, veio a perder vigência por inércia legislativa em abril de 2018. Voltando à base legal originária, nova figura normativa surge em maio de 2018: uma Portaria do Ministério do Trabalho, com disposições, em grande parte, sobre o contrato intermitente.

Certo é que o leque de modelos de contratação se ampliou com a Reforma Trabalhista e não será rara a convivência em mesmo estabelecimento empresarial de empregados-padrão (tempo contínuo e integral), a tempo parcial, intermitentes ou mesmo terceirizados, fato já comum em diversos países.

No tocante ao contrato intermitente, vê-se diferença em sua normatização e dinâmica em diversos países. Para os fins deste estudo, foram escolhidos três países europeus que há pouco tempo passaram por reformas trabalhistas e tomaram-no como forma de flexibilização. As matrizes trabalhistas dos países escolhidos são similares às brasileiras (codificações com mesmo perfil) e o surgimento do contrato intermitente (ou de equivalente a este) tem idênticas motivações.

Daí que, após bem compreender a nova modalidade contratual no Brasil, passa-se a estudá-la em Portugal, na Itália e na Espanha.

O estudo assume método de abordagem indutivo e utiliza-se de métodos de procedimento funcional, estrutural e comparativo. Segue-se o método sociológico para interpretação dos dados e fatos, caracterizando-se a pesquisa como prático-descritiva, que toma por base essencial a doutrina sobre o assunto até o presente momento construída no Brasil e nos países paradigma.

Espera-se com esta publicação aportar mais esclarecimentos sobre o novo tipo contratual presente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) desde novembro de 2017, contribuindo com uma mirada comparativa, impregnada de praticidade, sem descuidar dos fundamentos teórico-jurídicos inafastáveis aos trabalhos científicos.

1 O contrato intermitente no Brasil: linhas gerais

O contrato de trabalho intermitente é espécie contratual por prazo indeterminado, a tempo parcial, sem jornada ou carga horária específica ou pré-contratada, que mescla períodos de atividade e inatividade, nos quais o trabalhador aguarda chamado de seu empregador para a prestação laboral, sendo remunerado pelas horas efetivamente trabalhadas, em igualdade proporcional de condições salariais com os trabalhadores contínuos. As atividades empresariais, no caso, são permanentes, mas com fluxos e demandas descontínuas.

É contrato especial, que se diferencia do modelo-padrão aplicável aos vínculos empregatícios e, justamente por isto, impõe forma escrita. Seus efeitos estão previstos na própria CLT, sendo imperioso recordar seu objetivo de resgatar da informalidade os trabalhadores até então a este cenário relegados. Neste sentido, oportuno apontar que a gestão destes contratos não chama a lógica de igualdade absoluta em face dos trabalhadores contínuos e a tempo integral, pois a natureza jurídica dos contratos é distinta, levando à possibilidade de entregas retributivas diferentes entre os intermitentes e os demais empregados. Mas é da lei que se deduz o patamar mínimo e inarredável de igualdade: o valor do salário por hora acrescido dos adicionais legais.

Ao colocar em prática o Contrato Intermitente, para além da dificuldade de introjeção da nova realidade (em que o tempo de inatividade não é tempo à disposição) e em que a base salarial mínima se atrela a unidade hora, verificam-se diversas dúvidas dos empregadores.

As certezas, entretanto, estão contidas na Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e na Portaria do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, de nº 349/2018, que essencialmente estabelecem tratar-se de um vínculo especial de emprego, que deve ser anotado na Carteira do Trabalho e Previdência Social (CTPS) e dispor de contrato escrito; que nele não se pré-avencará jornada ou carga horária; que a prestação de serviços ocorrerá por chamada do empregador, quando este necessitar; que o intermitente receberá fração-hora de salário igual (ou superior) aos trabalhadores contínuos; que a cada pagamento salarial (por chamada ou por mês) serão quitados também valores de adicionais legais, férias com 1/3 e 13º salário; que é garantido gozo de férias anuais; que serão realizados depósitos de Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço (FGTS) e recolhimentos previdenciários e que, no seu encerramento, serão devidas verbas rescisórias (entre as quais o aviso prévio indenizado), que observarão as médias do período de 12 meses ou do que houver sido trabalhado (o que for possível). Parte-se da premissa de que o contrato intermitente é um pacto de trabalho específico e que é a própria CLT que impõe o tratamento isonômico entre este e o contrato-tipo, modulando-o, entretanto, como se verá.

Dado tratar de equiparação, o roteiro contido no art. 461 da CLT será aplicável também nas hipóteses em que se comparem intermitentes entre si ou intermitentes e trabalhadores-padrão (contínuos e a tempo integral). O racional parte do *caput* do artigo supra citado, que diz: *sendo idêntica a função, a todo **trabalho de igual valor**, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, **corresponderá igual salário**, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade* ao qual soma-se o *caput* do art. 452-A, também da CLT, que estabelece: *o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter*

especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Da conjugação dos dispositivos, pode-se concluir que a igualdade dos trabalhadores se resume à *verba salarial em si*, sendo forçoso observar o art. 457 § 1º da CLT neste particular¹. De se destacar, no entanto, que a norma não se refere ao salário mínimo nacional, mas ao *salário devido aos demais empregados do estabelecimento*, exercentes de mesma função, demonstrando consonância com o art. 461 da CLT e também alertando para o fato de que o salário² em questão poderá ser determinado por uma lei (federal ou estadual), norma coletiva ou até por negociação individual. Atualmente, a Portaria nº 349/2018 do M.T.E. permite pagamento diferenciado ao intermitente, cujo valor-hora poderá ser superior ao do trabalhador contínuo, sem que isto sirva de argumento para acusações de práticas discriminatórias ou pedidos de equiparação reversa³.

Em se tratando de garantir o tratamento isonômico, entretanto, pensa-se bastante defensável a interpretação de que tudo aquilo que se agregar ao salário do paradigma, *compondo o valor de sua hora de trabalho*, em sendo idêntica a condição do intermitente, também lhe será devido. Assim, adicionais de aprimoramento acadêmico ou por tempo de serviço parecem ser de possível aplicação ao intermitente, conforme o caso concreto.

É importante, no tocante à equiparação salarial, observar seus atuais requisitos, vigentes a partir de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017):

- idêntica função;

¹ Art. 457 § 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

² Conforme inteligência do conceito legal (art. 76 CLT): importância fixa, devida e paga pelo empregador ao seu empregado em virtude da prestação de serviços.

³ Portaria nº 349/2018 – art. 2º, § 3º Dadas as características especiais do contrato de trabalho intermitente, não constitui descumprimento do inciso II do caput ou discriminação salarial **pagar ao trabalhador intermitente remuneração horária ou diária superior à paga aos demais trabalhadores** da empresa contratados a prazo indeterminado.

- trabalho de igual valor (igual produtividade e com a mesma perfeição técnica);
- mesmo empregador e estabelecimento;
- diferença de tempo de serviço de até quatro anos e de tempo na função de até dois anos;
- inexistência de quadro de carreira ou plano de cargos e salários (dispensado seu registro em órgão público para validade);
- vedada a equiparação em cadeia.

Como predito, este raciocínio isonômico foi modulado pelo legislador no contrato específico de que se cuida neste estudo. Há igualdade no tocante às verbas salariais em sua unidade “hora”, garantindo-se aos intermitentes, ainda, as parcelas constantes no § 6º do art. 452-A da CLT, já referidas anteriormente⁴.

Do ponto de vista legal, é de se reiterar que o art. 452-A da CLT determina a igualdade *salarial* entre o intermitente e o contínuo-integral e que o salário, de acordo com o que atualmente rege o art. 457 § 1º do mesmo diploma, restringe-se à *importância devida e paga pelo empregador ao seu empregado, às gratificações legais e às comissões*.

Existem ainda diversos benefícios que podem ser oferecidos aos empregados, tais como vale-alimentação, vale-refeição, planos de saúde e previdência, seguros de acidentes e vida, auxílio funeral, etc., sendo legítima a indagação do empregador acerca da obrigatoriedade (e conveniência) de fazê-lo também aos intermitentes. Mesmo que não sejam legalmente obrigatórios, quando ajustados em instrumentos coletivos e durante a vigência destes, os benefícios serão de cumprimento forçoso. É essencial analisar os termos das cláusulas dos ajustes pois se, por exemplo, não houver exclusão do intermitente ou referência a número mínimo de horas laboradas para a entrega de determinado benefício, este será devido a todos os trabalhadores abrangidos pelo instrumento.

Os benefícios opcionais, extraordinários e concedidos por liberalidade do empregador podem ser diversos. Não integram a base

⁴ Nada mencionou o legislador, entretanto, acerca de benefícios não legais, fornecidos aos empregados contínuos e a tempo integral por força de norma coletiva, regulamento empresarial ou ajuste individual.

salarial - tampouco remuneratória, nos termos da legislação trabalhista ora vigente (art. 457 § 2º da CLT) -, observam a criatividade do gestor e podem ser, por exemplo, os seguintes: Vale Alimentação, Refeição, Combustível, Farmácia, Gás e outros; Auxílio Alimentação, Educação, Creche, Funeral e outros; Planos de Saúde, Previdência Privada, Seguro de Vida e Acidentes Pessoais; Participação nos Lucros e Resultados; Prêmios e bônus; Quebra de caixa; Gorjetas e Gueltas (pagamentos feitos por terceiros); Adicionais por tempo de serviço, aprimoramento acadêmico e outros.

Outros tantos benefícios trabalhistas não obrigatórios poderiam ser elencados. Entende-se que terão mesmo trato lógico, requerendo, portanto, confecção e revisão cautelosa dos contratos individuais, dos regulamentos empresariais e/ou dos instrumentos de negociação coletiva, definindo de forma clara “se e como” os trabalhadores intermitentes poderiam acessá-los.

Parte-se da premissa, então, de que o contrato intermitente, no Brasil, é tipo especial de contrato subordinado (empregatício), o que não estabelece categoria diferenciada de trabalhadores. Daí que o empregado intermitente será enquadrado, para os fins de relacionamento sindical e representação coletiva, da mesma forma que os empregados contínuos-integrais: de acordo com a principal atividade econômica do empregador. Sua contribuição sindical também estará condicionada à prévia e expressa autorização e será calculada, quando o caso, considerando a média de horas trabalhadas para apurar-se a unidade de “um dia” de seu trabalho (art. 580, I da CLT).

Os pagamentos de adicionais de horas extras e noturnas tomarão por base o valor hora do trabalhador intermitente. Férias e 13º salário, serão pagos fracionadamente (a cada chamado ou mensalmente, quando o caso) e observarão as médias das horas trabalhadas. Como todos os adicionais legais são devidos ao intermitente, este também fará jus aos adicionais de insalubridade, periculosidade e transferência, de acordo com as condições de seu trabalho e os acontecimentos de seu contrato.

Ainda, de se destacar que será possível sua mescla com outros tipos contratuais empregatícios, o que implica em muito mais formalismo e controle. O contrato intermitente pode, por exemplo, conjugar-se com o teletrabalho ou com o contrato a prazo.

Os contratos intermitentes, além da forma escrita e do registro na Carteira do Trabalho e Previdência Social (CTPS), serão lançados normalmente no e-Social, na RAIS (Relação Anual de Informações Sociais) e no CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), vez que são contratos empregatícios.

Entende-se também que os trabalhadores intermitentes integram as bases de cálculo para estabelecer a obrigatoriedade e percentual de aprendiz e pessoas com deficiência na empresa, bem como para a instalação da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), a disponibilização de refeitórios ou a constituição da Comissão de Representação de Empregados.

Chamou atenção o fato de as normativas de emergência brasileiras, editadas em razão da pandemia Covid-19, terem excluído os trabalhadores intermitentes do Benefício Emergencial para Preservação do Emprego e Renda (BEPER ou BEm - MP n. 936/2020), alocando-os, para fins de assistência social, junto aos autônomos e microempreendedores individuais, como destinatários do benefício de emergência.

Em suma, em que pese o funcionamento da relação se pautar em outras premissas temporais e remuneratórias, os intermitentes no Brasil são trabalhadores subordinados, sendo-lhes garantido o contrato mínimo trabalhista, os direitos previstos nas disposições legais e, ainda, as decorrências da obrigatoriedade de formalização de seu contrato.

2 O contrato intermitente em países europeus

Este texto é resultado de estudos realizados em método comparativo. Partiu-se do modelo brasileiro de contrato intermitente para confrontá-lo

com fórmulas idênticas ou próximas, presentes nos países europeus eleitos para o estudo comparativo: Portugal, Itália e Espanha.

Referidos países guardam proximidades com o Brasil no tocante à matriz constitucional dos direitos socio-laborais e à estrutura de suas leis trabalhistas, o que permite estabelecer critérios para o exercício da comparação científica. Mais que isto, os três países passaram por reformas trabalhistas importantes e recentes, tendo por base comum a flexisegurança e o primado da negociação coletiva.

Parte-se da leitura de suas cartas constitucionais, nas quais se percebe o valor social do trabalho erigido a direito fundamental. Na sequência, observam-se e comparam-se à Consolidação das Leis do Trabalho⁵ (Brasil), o Código do Trabalho⁶ (Portugal), o Codice del Lavoro⁷ (Itália) e o Estatuto de los Trabajadores⁸ (Espanha), para verificar, em primeiro, se o Contrato Intermitente é previsto em seu bojo (ou não) e, a seguir, para perceber que feições assume, daí transitando por suas características principais, especialmente as que permitam distinções entre os próprios países europeus mas, em especial, destes em face do Brasil.

Seguem-se registros acerca do contrato intermitente nos três países estudados.

2.1 Contrato intermitente em Portugal

Em Portugal o contrato intermitente é permitido à empresa que desenvolver atividade com intensidade variável ou de forma descontínua. Os contratos intermitentes serão sempre por prazo indeterminado (art. 157) e, recentemente, estabeleceu-se que os períodos de trabalho não poderão ser menores que cinco (5) meses por ano e que três (3) deles, ao menos, devem ser consecutivos (art. 159).

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

⁶ Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html.

⁷ ITALIA. **Codice del Lavoro**. Leggi Complementari. Casoria (NA): Ed Simone, 2018.

⁸ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

Detalhe interessante é que durante os períodos de inatividade o trabalhador terá direito a uma remuneração mensal (chamada de *compensação retributiva*), paga pelo empregador, em valor estabelecido em negociação coletiva ou, se inexistente esta, correspondente a 20% de seu salário base.

Quando em inatividade, o trabalhador poderá prestar serviços a outros tomadores, mas deverá informar seu empregador sobre este fato. O valor que ali receber poderá ser deduzido dos 20% garantidos pelo empregador (art. 160).

Por fim, tal qual no Brasil, férias e 13^o serão calculados com base na média dos valores de remunerações e compensações retributivas recebidas durante os períodos de aquisição dos respectivos direitos.

Destaques:

- Prazo indeterminado
- Períodos mínimos de trabalho ao ano
- Compensação retributiva mínima de 20% do salário na inatividade
- Empregador deve ser avisado sobre outros contratos

2.2 Contrato intermitente na Itália

O contrato intermitente foi introduzido na Itália ainda no ano de 2003 pelo D.L. 276/2003 e, atualmente, é definido e regrado pelo D.L. n^o 81/2015⁹ (art. 13) como o contrato em que “*um trabalhador se põe a disposição de um tomador, que poderá utilizar dessa prestação de serviços de modo descontínuo e intermitente*”. O contrato deverá ser escrito e poderá ser celebrado a prazo determinado ou não e pressupõe que o empregador poderá chamar o trabalhador quando queira (por isso também é denominado trabalho/contrato “a chamada”).

O contrato intermitente italiano está reservado a pessoas com menos de 24 anos e mais de 55 anos, atendendo à dificuldade destas faixas da população para obter colocação em atividades laborais subordinadas.

⁹ Disponível em: https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf.

O contrato poderá prever a obrigação de disponibilidade do trabalhador e, nestes casos, sua recusa injustificada à chamada patronal poderá ensejar sua dispensa e até o dever de restituição ao empregador do “subsídio de disponibilidade”. Os trabalhadores intermitentes que se obrigarem a atender à chamada do empregador farão jus a um valor durante o período de inatividade (*indennità mensile di disponibilità*), cuja importância será determinada em instrumento coletivo ou, à falta deste, fixado pelo Ministério do Trabalho.

As exigências e regras do trabalho intermitente constarão em instrumentos coletivos, inclusive quanto à pré-pactuação dos períodos de trabalho mas, à exceção de setores como turismo, shows e empresas públicas, será considerado como contrato a tempo contínuo e sem prazo (vínculo empregatício comum) todo o trabalho intermitente para mesmo empregador que exceder 400 (quatrocentos) dias ao longo de três anos.

Destaques:

- Prazo determinado ou indeterminado
- Trabalho “a chamada”
- Pacto de disponibilidade obrigatória do empregado
 - Recusa pode gerar justa causa
 - Indenização mensal de disponibilidade será paga ao empregado
- Empregados menores de 24 e maiores de 55 anos
- Mudança da natureza do contrato: vira contínuo se houver trabalho por mais de 400 dias ao longo de 3 anos.

2.3 Contrato intermitente na Espanha

Na Espanha, o Contrato Intermitente não existe sob esta nomenclatura, como no Brasil ou nos países europeus já mencionados. Mas há figura contratual próxima, denominada “*contrato fijo-descontinuo*”, prevista no art. 16 do Estatuto dos Trabalhadores. Trata-se de contratação a tempo indeterminado e destina-se à prestação de serviços a um empregador, porém sem data ou duração exata. Existe um compromisso bilateral de chamamento para o trabalho (a chamada é certa,

porém intermitente e o aceite será obrigatório salvo impedimento grave, como a enfermidade) que, descumprido, gera efeitos jurídicos (rescisão indireta ou abandono de emprego, conforme o sujeito faltoso).

O contrato será obrigatoriamente escrito e trará um conteúdo mínimo (art. 16.3). Os instrumentos coletivos (de empresa ou setoriais) trarão a forma e ordem para as chamadas dos trabalhadores. Por instrumento coletivo se poderá, ainda, celebrar um contrato fixo-descontínuo a tempo parcial (exceção à regra) ou converter um contrato de jornada parcial em fixo-descontínuo (presumidamente prejudicial ao trabalhador).

O trabalhador fixo-descontínuo poderá solicitar ajuda social por desemprego durante o período de descontinuidade, desde que cumpra os requisitos próprios da Lei Geral de Seguridade Social.

Destaques:

- Chama-se contrato “*fixo-descontínuo*”
- Compromisso de chamada e aceite
- Prazo indeterminado
- Por instrumento coletivo é possível pactuar jornada a tempo parcial ou conversões para *status* contratuais menos favoráveis ao trabalhador
- Seguro Desemprego nos períodos de inatividade, conforme regramento da Seguridade Social.

Conclusão

O contrato de trabalho intermitente é instituto controverso e complexo no Brasil. Mas, advoga-se a ideia de que deve ser recebido como avanço legislativo-protetivo, uma vez que permite a inclusão no sistema trabalhista-previdenciário daqueles que, ao longo de séculos, estiveram à sua margem. Admite a retribuição do trabalho na exata proporção em que prestado e inaugura novo paradigma: o do emprego descontinuado.

O contrato ora estudado foi inserido na legislação brasileira com a reforma trabalhista, em novembro de 2017 e sofreu diversas alterações e acréscimos por Medida Provisória (que já decaiu) e por Portaria do extinto

Ministério do Trabalho (ainda em vigor). Sua utilização tem sido tímida, dada a maneira pouco clara com que apresentada à população destinatária (empregados e empregadores) e, ainda, às reações manifestadas por autoridades trabalhistas, mesmo antes do vigor da Reforma. De outra banda, deve-se registrar, trata-se de fato social comum e forma de trabalho já bastante utilizada no cenário internacional.

No Brasil não estão previstas limitações ou, sequer, orientação de área econômica em que deva ou possa ser utilizado o contrato intermitente. O livre-arbítrio impera na norma brasileira, especialmente no tocante ao empregado, que pode recusar chamadas, ilimitada e injustificadamente, sem que isto caracterize ato de insubordinação.

Na Espanha a chamada patronal é certa (porém intermitente) e sua inexistência pode levar à quebra motivada do contrato (assim também ocorrendo no tocante ao empregado, se sua recusa for injustificada). Em Portugal também se pode presumir esta vinculação do trabalhador ao empregador intermitente, já que este deve ser avisado se o empregado pretender assumir nova atividade em outra empresa – intermitente ou não. Na Itália é possível pactuar a obrigação de disponibilidade, pela qual a recusa do trabalhador ao chamado patronal será entendida como motivo para término justificado do contrato.

Estas diferenças levam a algo existente nos três países europeus e não cogitado no Brasil: o apoio financeiro ao trabalhador no período de inatividade. Em Portugal, a *compensação retributiva* estará prevista em instrumento coletivo ou, se silente este, equivalerá a, no mínimo, 20% do salário-base do trabalhador. Na Itália, a *indennità mensile di disponibilità* também será prevista em instrumento coletivo ou determinada pelo Ministério do Trabalho. E, na Espanha, o trabalhador poderá buscar o benefício por desemprego junto ao governo, submetendo-se às regras da Seguridade Social (carências, etc.).

Na Itália, o contrato intermitente está reservado para as pessoas com menos de 24 e mais de 55 anos. Esta limitação não é seguida pelos demais países estudados e não se conjectura dela no Brasil.

Também entre os italianos, os setores de turismo, shows e empresas públicas podem operar de forma mais intensa e extensa com o contrato intermitente, o que denota orientação de seu uso para estas áreas. No Brasil não há qualquer direção ou reserva quanto a setores produtivos, em que pese se tenha tentado limitar jurisprudencialmente o uso do contrato intermitente a situações de “caráter excepcional”¹⁰.

Ao que tudo indica, o contrato intermitente no Brasil possui entendimento e funcionamento mais flexível quando comparado aos países estudados. Se há tópicos em que nestes o ajuste parece mais avançado, há outros em que podem ser menos flexíveis e até menos protetivos aos trabalhadores (registre-se que a flexisegurança é o fio condutor das reformas trabalhistas de todos os países analisados, inclusive do Brasil). De toda a sorte, ao observar os países europeus, identificam-se “amoldamentos” e variações do instituto que, certamente, ocorrem para melhor atender aos interesses das sociedades em que inseridos.

De se destacar que o estudo comparado auxilia os operadores jurídicos, pois, as ideias trazidas a lume, vindas do direito estrangeiro, podem servir de inspiração quando do clausulamento de Acordos e/ou Convenções Coletivas (que, nos termos do art. 611-A da CLT, prevalecerão sobre a lei) que abordem o trabalho intermitente. Alerta-se de que é possível criar um molde de contrato que atenda de forma diversa a grupos de trabalhadores específicos e, em razão da atual inexistência de ultratividade das normas coletivas, com a vantagem da renovação periódica.

Registre-se, ainda, que o direito material brasileiro permite o preenchimento de suas lacunas com o direito estrangeiro (art. 8º CLT), pelo que inclusive nos tribunais o conhecimento e posta a lume dos tópicos de direito comparado ora trazidos é relevante.

Conclui-se que o contrato intermitente no Brasil ainda tem grande espaço para crescer e aperfeiçoar-se e que tal somente ocorrerá quando sociedade e operadores jurídicos bem compreenderem o instituto, o que

¹⁰ Neste sentido, ver caso Magazine Luiza – Ação Trabalhista nº: 10454-06.2018.5.03.0097.

impõe, além de seu estudo – inclusive em perspectiva comparada -, toques de criatividade e ousadia na experiência juslaboral cotidiana.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. [1988] Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. [1991] **Decreto nº 5, de 14 de janeiro de 1991**. Regulamenta a Lei Nº 6.321, de 14 de abril de 1976, que trata do Programa de Alimentação do Trabalhador, revoga o Decreto nº 78.676, de 8 de novembro de 1976 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do005.htm. Acesso em: 18 Ago. 2019.

BRASIL. [1987] **Decreto nº 95.247, de 17 de novembro de 1987**. Regulamenta a Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, que institui o Vale-Transporte, com a alteração da Lei nº 7.619, de 30 de setembro de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D95247.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. [2017] **Medida Provisória 808/2017, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. [1985] **Lei nº 7.418, de 16 de janeiro de 1985**. Institui o Vale-Transporte e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7418.htm. Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. [2000] **Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10101.htm. Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. [2017] **Lei nº 13.419, de 13 de março de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para disciplinar o rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13419.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. [2017] **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL [2018] Ministério do Trabalho. **Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018**. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/15752792/do1-2018-05-24-portaria-n-349-de-23-de-maio-de-2018-15752788. Acesso em: 18. Ago. 2019.

BRASIL [2019] **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios e altera as Leis nº 13.334, 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

CALCINI, Ricardo. Contrato de Trabalho Intermitente: pontos positivos e negativos. **Mega Jurídico**. <https://www.megajuridico.com/contrato-de-trabalho-intermitente-pontos-positivos-e-negativos/>. Acessado em 20 out. 2018.

CAVALCANTE, R.A; DO VAL, R. **Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais**. São Paulo: LTr, 2017

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. rev. e atual. 16.ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO; Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FINCATO, D.P ; FELTEN, M. C. **Reforma Trabalhista**: Contribuição Sindical Facultativa e Futuro dos Sindicatos no Brasil. Revista brasileira de direito previdenciário, v. 8, p. 20-42, 2018.

FINCATO, D.P. Anéis e dedos. **Jornal do Povo**. Cachoeira do Sul, 04 nov. 2017.

FINCATO, D.P. Carvalho, George Barbosa Jales de. A implantação do trabalho remoto no âmbito da Procuradoria Geral Federal. **Revista da AGU**, v. 17, p. 129-148, 2018.

FINCATO, D.P. Castelos Trabalhistas. **Jornal do Povo**. Cachoeira do Sul - RS, 25 mar. 2017.

FINCATO, D.P. Como a Espanha de 2008-2010, vivemos momentos de decisão na área trabalhista. Consultor Jurídico - **CONJUR**. São Paulo, 30 dez. 2016.

FINCATO, D.P. Contribuição sindical compulsória: 'pitadas de psicopatia'. **Estadão**. 10 abr. 2018.

FINCATO, D.P. E qual será a CLT dos robôs? **Zero Hora**. 04 jun. 2018.

FINCATO, D.P. Novo trabalho, novo direito. **Estadão**. 10 nov. 2017.

FINCATO, D.P. O que a Espanha tem a ensinar ao Brasil. **O Globo**. São Paulo, 29 mar. 2017.

FINCATO, D.P. Proteção em face da automação, na forma da Lei.. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Leo Ferreira Leony. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 658-665.

FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil - Tópicos. **I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas**. Disponível em e-book https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl. Cascavel: UNIVEL, 2017.

FINCATO, D.P. Reforma Trabalhista da Crise. **Zero Hora**. p. 27 - 27, 27 abr. 2017.

FINCATO, D.P. Sempre foi o empregado quem custeou seu seguro público. **Zero Hora**. Porto Alegre - RS, 29 nov. 2017.

- FINCATO, D.P. Tecnologia, crise e reforma trabalhista: o case brasileiro. In: GONÇALVES, R.M.; VEIGA, F.S.. (Org.). Los nuevos desafios del derecho iberoamericano. **Las Palmas Gran Canaria: La casa del Abogado**, v. 1, p. 663-675, 2018.
- FINCATO, D.P.. Futuro: a greve tecnológica. **Zero Hora**. p. 26, 20 ago. 2018.
- FINCATO, D.P. Tecnologia, Crise e Reforma Trabalhista: o case brasileiro. *Jornal do 58º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTr., p. 43 - 44, 18 jun. 2018.
- FINCATO, D.P. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. **Revista Magister De Direito Do Trabalho**. v. 14, p. 51-65, 2018
- FINCATO, D.P. Trabalho intermitente protege trabalhador. **Diário Comércio, Indústria e Serviços - DCI**. Porto Alegre, 2017.
- FINCATO, D.P.; VIDALETTI, L.P. Dano existencial no direito trabalhista brasileiro: em tempos de reforma, muito a amadurecer. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. v. 78, p. 64, 2017
- FINCATO, D.P.; MORAES, S.G. Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente: Impactos Previdenciários. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre: LexMagister, v. 46. ago/set. p.5-18, 2018
- HIGA, F. da C. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. **Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente>> acesso em 05 set 2017.
- ITALIA. Codice del Lavoro. **Leggi Complementari**. Casoria (NA): Ed. Simone, 2018.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017.
- MALLET, Estêvão. Igualdade, discriminação e direito do trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 76, no 3, jul/set 2010. p. 17. Disponível em <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2010/n%203/Igualdade,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20e%20Direito%20do%20Trabalho.pdf>, acesso em Jan 2019.
- MANNRICH, Nelson. Reflexões sobre a Reforma Trabalhista. *In Revista Magister de Direito do Trabalho*. Nº 83 - Mar-Abr/2018, disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrrt/lpext.dll/Infobase/1/5d4f/5d52/5d53>

/5d55?f=templates&fn=document-frame.htm&q=(%5BCabe%20Nivel3,doutrina%5D%20%7C%20%5BCabe%20Nivel1,artigos%20extras%5D%20%7C%20%5BCabe%20Nivel2,Caderno%20de%20Direito%20Comparado%5D)reforma&x=Advanced&2.0#LPHit1, acesso em Jan 2019.

MELLO, Alberto de Sá e. **Direito do Trabalho para Empresas**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2019

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A tutela trabalhista além da relação de emprego no Brasil. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. vol. 129/2008. p. 369 – 376. Jan – Mar, 2008, DTR.2008.89.

PRETTI, Gleibe. **Trabalhador Intermitente na Prática**. São Paulo: LTr, 2018

RIVA, Severino; D´AGOSTINO, Cristina. **Compendio di Diritto del Lavoro**. 23 ed. Casoria (NA): Ed. Simone, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo. vol. 57/2006. p. 5 – 48. Out – Dez, 2006. DTR 2006.622.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. *In Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão. São Paulo: Saraiva.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego: supostos - autonomia e eventualidade. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. vol. 40/1982. p. 38 – 43. Nov – Dez, 1982, DTR.1982.118.

Cooperativas digitais no paradigma colaborativo: uma redefinição a partir da liberdade, igualdade e fraternidade

Luciane Cardoso Barzotto *

Lucas Pasquali Vieira **

Introdução

Nos últimos 30 anos, o movimento de luta por melhores salários e condições de trabalho se organizou por intermédio de processos sociopolíticos os quais se manifestaram de forma disruptiva e ora conjuntiva em relação ao modelo econômico hegemônico capitalista.

Desde o final do século XVIII, devido à Revolução Industrial, as primeiras corporações operárias adotavam a agremiação em sindicatos como o principal instrumento para a realização de processos reivindicatórios agressivos e de paralisação do trabalho. Buscavam a solução negociada como a carga horária superavitária ao empregador e contraprestação salarial deficitária ao trabalhador. De outro lado, ainda no século XIX, na Inglaterra e França, surgiram, como alternativa conciliatória ao modelo capitalista industrial, organizações coletivas de pessoas para geração de benefícios a seus membros cooperados,

* Pós-doutora pela Universidade de Edimburgo e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Univ. Federal do Rio Grande do Sul, Brasil. Juíza do Trabalho. Email: lcardoso@trt4.jus.br. <http://lattes.cnpq.br/1520135654544856>.

**Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhuera. Aluno especial do Programa de Pós-graduação em Direito da Univ. Federal do Rio Grande do Sul e da Universidade Estadual do Amazonas, Brasil. Juiz do Trabalho. Email: pasqualai@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/5469730677760771>.

assegurando a propriedade dos meios de produção, a participação nos resultados do empreendimento, baseada no sentimento de solidariedade e fraternidade, angariando recursos para assistir seus associados em caso de desemprego, doença, invalidez e velhice. Hoje o cooperativismo se recria e se torna uma forma de renovação de oportunidades de trabalho no interior do capitalismo. Pode significar um retorno dos valores verdadeiros do cooperativismo, um resgate dos princípios de liberdade e igualdade entre os trabalhadores, superando-se as tendências das falsas cooperativas de serviço. Isso se pretende demonstrar neste artigo.

Neste trabalho são analisados os pressupostos da liberdade, da igualdade e da fraternidade na constituição das cooperativas. Por fim, detecta-se um novo tipo de cooperativa surgido a partir de bases que permitem as novas tecnologias.

1 Origens do cooperativismo e conceito de cooperativas

As origens do cooperativismo organizado remontam à Cooperativa de *Rochdale*, que, em 1844, organizou-se nos arredores de *Manchester*, na Inglaterra, para a formação de um armazém corporativo financiado por 28 artesãos do ramo têxtil para acesso a alimentação: farinha, açúcar, manteiga e aveia. A partir dessa primeira experiência, surgiram os princípios de adesão livre, gestão democrática, distribuição das sobras líquidas aos associados e juros módicos ao capital, conforme citado por MAUAD¹.

Estes princípios bem podem ser resumidos em ideais de liberdade, igualdade e fraternidade dos trabalhadores cooperativados, como expressam os reformadores sociais *Robert Owen* e *Charles Fourier*, na Inglaterra e França, respectivamente, voltando-se para o cooperativismo de produção. Porém, *Phillipe Joseph Benjamin Buchez* e *Pierre Proudhon* foram precursores na organização das cooperativas de trabalho,

¹ MAUAD, Marcelo José Ladeira. **Cooperativas de trabalho**: sua relação com o direito do trabalho. 2.ed. rev. e atual. – São Paulo: LTR, 2001, p. 26-28.

formulando seu alicerce principiológico calcado em: liberdade de trabalho, democracia, crédito, solidariedade, distribuição dos excedentes proporcionalmente aos trabalhos, inalienabilidade do capital social e inexistência de trabalhadores assalariados por conta alheia. Ou seja, desde o início o cooperativismo foi marcado pela ideia de duplo proveito, o trabalhador tem retorno do seu trabalho e o fornece ao grupo com igual ganho.

A conceituação do termo cooperativas é uma tarefa interdisciplinar, pois abrange uma relação eminentemente civil travada no âmbito interno da sociedade cooperativada, bem assim uma relação de trabalho, em sentido amplo, formada entre os trabalhadores e a cooperativa pessoa jurídica. Para a economia, o cooperativismo atrela-se à economia solidária, modo de produção cujos princípios básicos são a propriedade coletiva e o direito à liberdade individual, ao contrário do capitalismo, fundamentado no direito de propriedade individual aplicado ao capital². No âmbito do direito civil e empresarial, pode-se enquadrá-la como uma entidade civil associativa, com personalidade jurídica de direito privado. No Brasil, a cooperativa materializa-se na forma societária de sociedade simples por expressa determinação legal, conforme prevê o art. 982, parágrafo único do Código Civil, porquanto a relação de parceria entre os profissionais prestadores de serviços coincide com a própria atividade principal da sociedade civil. No mesmo sentido é o conceito legal do art. 3º da Lei n. 5.764/713.

No Brasil, o atual panorama legislativo é composto pela lei nº 5.764/1971, que estabelece exaustivamente os requisitos e características para o enquadramento na Política Nacional de Cooperativismo, pela lei n. 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho e o Código Civil, que institui o regime civil-institucional das cooperativas enquanto sociedade civis simples (art. 1093

² SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 10.

³ Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

a 1096). Desta maneira, os atos constitutivos, de formação, de registro, de existência, de validade e de dissolução da personalidade jurídica subsomem-se à regência normativa circunscrita às normas jurídicas do Código Civil e leis esparsas específicas. Porém, no âmbito do direito do trabalho e previdenciário, a dinâmica dos fatos sociais estabelece a noção de convação de um trabalho subordinado ou de um não-trabalho para um trabalho autônomo/por conta própria associado a outros trabalhadores em idêntica condição e comunhão de interesses.

Tais elementos do fenômeno sociológico foram captados pelo art. 2º da Lei n. 12.690/2012, e, mais especificamente, sobre a cooperativa de trabalho, conceitua-a como sendo “a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho’.

A síntese conceitual, no entanto, é resultado do intercâmbio crescente entre a ordem jurídica interna e o direito internacional do trabalho. Dispõe a Recomendação n. 193 da OIT, sobre a Promoção de Cooperativas, que o termo “cooperativa” significa associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para atender às suas necessidades e aspirações comuns, econômicas, sociais e culturais, por meio de empreendimento de propriedade comum e de gestão democrática” (item I, par. 2⁴). Da conjugação de definições extrai-se o eixo estruturante do termo cooperativas, resumido em: a) associação de pessoas de maneira livre, espontânea e com pretensão de permanência; b) participação decorrente de um ato de vontade de se submeter a um regulamento escrito comum a todos os membros; c) organizada para a finalidade de melhoria de renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

Dentre as cooperativas mais comuns no mundo se encontram as financeiras, de consumo, habitacionais, de saúde, sociais, industriais,

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação n. 193. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242764/lang--pt/index.htm>. acesso em 18 fev. 2018.

cooperativas agrícolas de produção e transformação, cooperativas rurais de abastecimento e cooperativas agrícolas de venda de produtos, de pescadores, de serviços, de artesãos, de poupança, de crédito mútuo, entre outras.

Nos Estados Unidos, 900 mil pessoas são empregadas por cooperativas. Ainda, a França é o país com maior número de cooperados (membros e clientes), mas a Nova Zelândia é o país com maior geração de empregos cooperativos. Na Europa, há o maior percentual de cooperados em relação à população total, contando com 45,5% de população cooperada⁵. Na França, estão três das maiores cooperativas mundiais: a maior cooperativa financeira do mundo, a maior de consumo e a maior de viagens e turismo. A maior cooperativa industrial é da Espanha, chamada Mondragon. Já a maior cooperativa de seguros global é norte-americana. Enquanto a República da Coreia tem a maior cooperativa agrícola do mundo. E o Brasil também se destaca no ranking, com a maior cooperativa social (de saúde) do planeta, a Confederação Nacional das Cooperativas Médicas Unimed do Brasil⁶. São exemplo as cooperativas de médicos, dentistas, taxistas, transporte, nas quais o trabalho é prestado: a) sem os requisitos da relação de emprego para com a cooperativa ou com o tomador de serviços (nunca mera intermediação de mão de obra); b) com autonomia e independência, subordinando-se exclusivamente às decisões da assembleia; c) relação *de affectio societatis* de forma horizontalizada com os demais cooperados; d) em situação de igualdade na participação democrática do futuro da cooperativa.

No Brasil, conforme dados da Organização das Cooperativas Brasileiras, no ano de 2017, existiam 6.655 cooperativas, nos mais diferentes setores da economia, com 13.230.960 cooperados e 350 mil empregados. Ademais, o cooperativismo é responsável por quase 11% do

⁵ Um panorama do cooperativismo mundial. *O seu dinheiro vale mais*, 2018. Disponível em: <<https://www.osedinheirovalemais.com.br/um-panorama-do-cooperativismo-mundial/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

⁶ Um panorama do cooperativismo mundial. *O seu dinheiro vale mais*, 2018. Disponível em: <<https://www.osedinheirovalemais.com.br/um-panorama-do-cooperativismo-mundial/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

Produto Interno Bruto (PIB) agropecuário brasileiro e, conforme o Censo Agropecuário do IBGE, 48% da produção desse setor passa, de alguma forma, por uma cooperativa⁷.

A par da noção generalizada de utilização de cooperativas para fraudar a legislação trabalhista e previdenciária, é certo que atualmente o ordenamento jurídico contempla as cooperativas de trabalho, divididas em cooperativas de produção e de serviços⁸. Interessa-nos a cooperativa de serviços, gestada para a prestação de serviços para terceiros e para seus próprios associados (dupla identidade), eliminando-se a figura do intermediador de mão de obra ou empregador e maximizando seus lucros (retribuição diferenciada).

É possível perceber que os mecanismos democráticos e de participação no gerenciamento da cooperativa induzem à relação direta com a liberdade de associação e suas características. Não por outra razão, os princípios e atributos reitores da relação associativa aplicam-se integralmente às cooperativas, motivo pelo qual a disciplina jurídica internacional a respeito da liberdade de associação e do direito de constituir cooperativas merece análise.

2 A liberdade cooperativa no direito internacional dos direitos humanos, constituições estrangeiras e os textos constitucionais brasileiros

Para Guy Ryder, diretor-geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “as cooperativas não são uma ideia nova, mas são mais relevantes do que nunca se olharmos para os desafios de desenvolvimento

⁷ Cooperativismo tem números que impressionam, afirma presidente da OCB. SNA, 2018. Disponível em: <<https://www.sna.agr.br/cooperativismo-tem-numeros-que-impressionam-afirma-presidente-da-ocb/>>. Acesso em 27 dez. 2018.

⁸ Art. 40 A Cooperativa de Trabalho pode ser: I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

e para as oportunidades que o mundo enfrentará nas próximas décadas”⁹. No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, a liberdade de associação está assegurada no art. XXII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), no art. XX da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nos arts. 21 e 22 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966), no art. 8.º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), nos arts. 15 e 16 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), no art. 12 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, atualmente integrada ao Tratado de Lisboa e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). A Constituição Querétaro de 1917 prevê no seu art. 25¹⁰ que a lei deve estabelecer critérios que facilitem a organização e a expansão das atividades econômicas de setores sociais, como, por exemplo, organizações de trabalhadores, cooperativas e empresas que pertençam majoritariamente aos trabalhadores, em conformidade com uma organização social baseada em equidade social e sustentabilidade. A Constituição da República Italiana de 27.12.1947 garante liberdade geral de associação, no seu art. 18¹¹, e, no art. 45¹², consagra a função social da cooperação. Na mesma senda, todos os

⁹ ONU destaca importância das cooperativas para a criação de empregos no mundo. Nações Unidas, 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-destaca-importancia-das-cooperativas-para-a-criacao-de-empregos-no-mundo/>>. Acesso em 14 dez. 2018.

¹⁰ Art. 25, (...) Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, em beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente. La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. (...)”

¹¹ “Art. 18 - Os cidadãos têm direito de se associarem livremente, sem autorização, para fins que não são proibidos, a pessoas individuais pela lei penal. São proibidas as associações secretas e as que perseguem, mesmo indiretamente, escopos políticos mediante organizações de caráter militar.” Versão em Língua Portuguesa, disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COS_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 17 dezembro 2018.

¹² “Art. 45 - A República reconhece a função social da cooperação em regime de reciprocidade e sem fins de exploração privada. A lei promove e estimula a incrementação da mesma com os meios mais apropriados, assegurando, com adequados controles, o caráter e as finalidades.” Versão em Língua Portuguesa, disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/CO-ST_PORTOGHESE.pdf; acesso em 17 dez. 2018, às 15:51.

alemães têm o direito de constituir associações e sociedades, sendo garantido a todas as pessoas e profissões o direito de constituir associações destinadas a defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho. Consideram-se nulos os ajustes tendentes a restringir ou a impedir esse direito, bem como ilegais as medidas com esse fim (art. 9º, da Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949¹³). Na Constituição de Espanha, de 1978, reconhece-se o direito de associação, devendo ser registradas somente para fins de publicidade (Art. 22). Segundo o art. 129, “os poderes públicos promoverão eficazmente as diversas formas de participação na empresa e fomentarão, mediante uma legislação adequada, as sociedades cooperativas. Também estabelecerão os meios que facilitem o acesso dos trabalhadores à propriedade dos meios de produção.¹⁴”. A Constituição da República Portuguesa (1976), além de garantir a liberdade de associação (art. 46) e o direito à livre constituição de cooperativas, ainda assegura agrupamento em federações, confederações e o direito de autogestão organizacional (art. 61¹⁵).

Por seu turno, a atual Constituição Brasileira eleva a liberdade de associação em cooperativas à categoria de direito fundamental decorrente da liberdade de associação. É livre a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentemente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5, XVIII, CF). Ainda que não haja previsão constitucional específica, o direito de filiar e desfiliar-se decorreria da eficácia normativa do primado da liberdade e de propriedade consagrado no caput do art. 5º da CF.

¹³ Disponível em língua portuguesa em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/8o2o8o0o.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2018.

¹⁴ CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL, 2018. Disponível em versão bilíngue em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2018.

¹⁵ “Artigo 61.º (Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária) 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral. 2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos. 3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas actividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas. 4. A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública. 5. É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei.”

A ordem jurídica brasileira reconhece que o trabalho em cooperativa é modelo futuro de organização da produção e do trabalho estabelecido com pilares não conflituosos, que pode contribuir definitivamente para a construção de uma sociedade mais humanitária e democrática. Assim, é competência administrativa da União, Estados, Municípios e Distrito Federal apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo (art. 174, § 2.º, CF), com tratamento tributário adequado para os atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas (art. 146, c, CF), a ser disciplinado por lei complementar. Há, ainda, obrigação de fomento do desenvolvimento das atividades garimpeiras na forma de cooperativas, com o objetivo de promoção socioeconômica dos garimpeiros, inclusive atribuindo-lhes prioridade de tratamento na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, bem como evitar que o exercício das suas atividades extrativas venha a degradar o meio ambiente (art. 174, §§ 3.º e 4.º, CF). No âmbito da política agrícola, é dever constitucional a observância do cooperativismo, estabelecendo-se medidas de planejamento e execução (art. 187, VI, CF), além de a Constituição da República destacar a importância das cooperativas de crédito no sistema financeiro nacional, como instrumento de facilitação de empréstimos a juros menos escorchantes (art. 192, CF). Cite, por exemplo, que o próprio Supremo Tribunal Federal¹⁶ admitiu a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares, na hipótese em que um indivíduo expulso de uma cooperativa obteve da Suprema Corte a anulação desse ato, por não lhe ter sido assegurada a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por fim, o Marco Civil do uso da Internet no Brasil também elege como princípio a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet (art. 3º, VIII, Lei n. 12.965/2014), princípio que calha ao cooperativismo digital.

¹⁶ STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 158.215 -4/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 07-06 -1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo34.htm>>. Acesso em: 31 nov. 2019.

Como decorrência, o mandamento constitucional insculpido no art. 5º, inc. XVIII da CF vincula-se à legislação infraconstitucional (eficácia irradiante dos direitos fundamentais), porque a autonomia da cooperativa não se manifesta individualmente na pessoa dos diretores e administradores. Deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento e da forma de execução dos trabalhos (art. 2º, §1º, lei n. 12.690/2012). A fim de fugir de padrões engessados de gestão empresarial, especialmente com concentração unilateral das decisões, nas sociedades cooperativas utiliza-se a autogestão, assim entendida como o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos (art. 2º, §2º, lei n. 12.690/2012). Em arremate, pontua-se que o conteúdo do direito de participar de cooperativas possui o mesmo núcleo das faculdades legais decorrentes da liberdade de associação e da liberdade de associação sindical, quais sejam: (a) livre constituição de associações; (b) livre ingresso e abandono, sem justificativa prévia, e (c) auto-organização, autodeterminação e desenvolvimento de atividades associativas.

3 Identidade cooperativa e paradigma colaborativo: diferenças entre o sistema de empresas capitalistas e o modelo cooperativo – a igualdade

Uma cooperativa é uma associação autônoma de pessoas unidas voluntariamente para satisfazer suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais comuns por meio de uma empresa de propriedade conjunta e democraticamente controlada. Tais propósitos dependem do sucesso do modelo colaborativo, assim entendido como o desenvolvimento socioeconômico em bases mais justas, calcado no sentimento de solidariedade, honestidade e equidade, bem assim nos princípios cooperativas de democracia, igualdade, transparência e responsabilidade social.

A Organização Internacional do Trabalho, por meio da Recomendação n. 193, reconhece a importância das cooperativas na criação de emprego decente e sustentável e na geração de renda e investimentos. Entretanto, é imperioso desenvolver seu potencial comercial, inclusive suas capacidades empresariais e gerenciais, fortalecer sua competitividade e também lhes propiciar acesso a mercados e instituições financeiras, como fim último de melhorar o bem-estar social e econômico, levando em consideração a necessidade de eliminar todas as formas de discriminação. Acrescente-se que, em 1995, Aliança Cooperativa Internacional, organização mais importante do movimento cooperativo internacional, adotou uma Declaração sobre a Identidade Cooperativa, que inclui, além dos listados anteriormente, os princípios de associação voluntária e aberta, participação econômica dos sócios, autonomia e independência, educação, formação e informação e colaboração entre as cooperativas.¹⁷

O modelo solidário de exploração do trabalho apresenta vantagens se comparado ao sistema tradicional. Enquanto o modelo de assalariamento no sistema capitalista é marcado por salários desiguais, determinada pela oferta e demanda no mercado de trabalho, comprimindo valores, no sistema de cooperativas os sócios recebem por retirada, coletivamente decididas em assembleia, o que diminui o efeito deletério da mais-valia (diferença entre o que o trabalho vale e o que é pago ao trabalhador).

No que tange à distribuição do excedente, nas empresas comuns/capitalistas, a repartição do excedente anual se reserva a um pequeno número de acionistas e investidores, transferindo pequena proporção aos trabalhadores, fruto de negociação coletiva sindical. Por outro lado, nas cooperativas, as sobras têm sua destinação decidida pela assembleia de sócios. Uma parte delas é colocada num fundo de educação (dos próprios sócios ou de pessoas que podem vir a formar cooperativas), outra é posta em fundos de investimentos, que podem ser divisíveis ou

¹⁷ Identidade cooperativa. Aliança internacional de cooperativas, 2018. Disponível em: <<https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>>. Acesso em 19 dez. 2018.

indivisíveis, e o que resta é distribuído em dinheiro aos sócios por algum critério aprovado pela maioria: por igual, pelo tamanho da retirada, pela contribuição dada à cooperativa, etc.

SINGER¹⁸ reforça a noção de que a cooperativa está a serviço de seus cooperados, clientes e a toda sociedade:

Quando um sócio se retira da cooperativa, ele tem o direito de receber sua cota do fundo indivisível acrescido de juros a ele creditados. (...) O fundo indivisível não pertence aos sócios que o acumularam, mas à cooperativa como um todo. É um legado que os mais antigos deixam a seus sucessores.

Por fim, a diferença mais significativa reside no modo como ambas empresas são administradas (heterogestão x autogestão). Em empresas comuns, os trabalhadores de níveis hierárquicos mais baixos pouco ou nada conhecem sobre as decisões, restringindo-se as informações ao mínimo necessário à realização de suas tarefas rotineiras. É um modelo de administração hierarquizada em que as informações passam por um processo de tratamento e imposição ascendente.

De outro lado, no sistema de autogestão reinante em cooperativas, promove-se a liderança de todos os trabalhadores, a autonomia, a igualdade e anulação de cadeias hierárquicas. Aproximam-se os níveis mais altos dos mais baixos, que são por estes últimos escolhidos por intermédio de uma participação democrática dos trabalhadores, a resultar no maior engajamento, motivação, valorização e responsabilidade pessoal do cooperativado.

4 Mudanças demográficas e ambientais como desafios das cooperativas: a fraternidade cooperativa

Ao tempo em que as sociedades cooperativas se submetem aos mesmos princípios relativos às associações (liberdade de constituição,

¹⁸ SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 14-15.

desfiliação e auto-organização), também se subordinam à economia de mercado e à livre concorrência com empresas capitalistas que atuam no mercado econômico. Por isso, a globalização criou diferentes exigências, problemas, desafios e oportunidades para as cooperativas, equações que precisam ser solucionadas para a promoção e o fortalecimento de sua identidade. Como se verificou acima, esta identidade é dada pelos princípios de liberdade, mas também pelo princípio da igualdade.

Entende-se que a identidade da cooperativa é dada ainda pela ideia de fraternidade. Comemora-se 100 da OIT, 30 anos da Constituição Federal e 70 anos da Declaração dos Direitos Humanos. O que há de comum nestas comemorações? Revelam que o ser humano é ser comunitário e que deve agir para com os outros em espírito de fraternidade¹⁹.

Neste sentido, as cooperativas são instituições dotadas, na sua identidade, de espírito fraternal, posto que se abrem sobre as realidades e necessidades da comunidade. No dizer de Alain Supiot, a ideia de inclusão social e justiça social é trazida pela fraternidade, definida por num conjunto de direitos e deveres de ajuda e assistência entre os que são unidos pelo direito²⁰.

A aplicação fraternal dos princípios cooperativos se verifica, por exemplo, além da própria estrutura da cooperativa, na sua atuação específica em problemas pontuais da humanidade como forma de oportunidades aos trabalhadores excluídos do sistema capitalista, como é o caso dos trabalhadores sêniores, aposentados e migrantes, por exemplo. O envelhecimento da população mundial, o movimento de refugiados e exilados e o ingresso de jovens no mercado de trabalho são fatores demográficos importantes, uma vez que demandam respostas do modelo de trabalho cooperativado para dar vazão à crescente demanda por

19 Neste sentido o art. 1º: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade”. No art. 29, item 1, outra importante disposição: “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

20 SUPLOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p.168.

proteções sociais à população idosa e por geração de emprego para a população recém-chegada. Na Guatemala, Uruguai, Canadá, Japão e Reino Unido, existem cooperativas voltadas à economia dos cuidados com idosos, deficientes e doentes crônicos. Para os trabalhadores migrantes, as cooperativas estão surgindo como um modelo viável para uma entrada nos mercados de trabalho formal e empreendedorismo nos países de acolhimento, além de as cooperativas financeiras fornecerem infraestrutura de serviços para reduzir os custos de transação de remessas de ganhos para seus países de origem²¹. No que toca às mudanças ambientais, cresce a necessidade de adaptação das cooperativas às mudanças climáticas, de modo que surgem cooperativas agrícolas que apoiam a diversificação de culturas ou melhoram gestão de bacias hidrográficas, bem como cooperativas de energia renovável, silvicultura e cooperativas agroflorestais. Nas áreas urbanas, existem cooperativas em sistemas de gestão de resíduos, particularmente na forma de cooperativas de catadores em países como Índia, Brasil, Colômbia e na África do Sul. Essas cooperativas não apenas fornecem serviços necessários para melhorar o desperdício em gestão e reciclagem, mas também apoiam seus membros a formalizar e melhorar seu acesso à segurança e saúde no trabalho, treinamento e serviços financeiros. Também no setor elétrico, há exemplos notáveis como em Bangladesh, onde existem programas de eletrificação rural cooperativa que conectam 50.000 aldeias à rede elétrica gerando inúmeros empregos no processo. Embora o trabalho em cooperativas apresente alto nível de produtividade, aumente a capacidade de inclusão social, proteja o meio ambiente e contribua para o crescimento de número de empregos, ainda há pouco investimento nesse setor, o qual poderia incluir mais exemplos de bancos éticos, cooperativas financeiras, bancos de desenvolvimento comunitário, solidariedade de

²¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. COOPERATION IN A CHANGING WORLD OF WORK: Towards a cooperative future, p. 5. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_547459.pdf>. Acesso em 10 out. 2018.

microcrédito, esquemas de poupança baseados na comunidade e criptomoeda.²²

Estes dois exemplos, acima citados, dos trabalhadores migrantes e das mudanças ambientais, mostram que as atividades cooperativas superam as próprias fronteiras e abrem-se sobre a comunidade, em manifestação da sua identidade fraternal que supera o solidarismo, tido como a mútua ajuda verificada entre os membros da própria cooperativa.

5 Cooperativas digitais ou cooperativas de plataforma

Conforme SUTTON²³, o conceito de cooperativismo de plataforma surge de uma crítica à nova noção de economia de compartilhamento, capitaneada na conferência SHARE, em São Francisco-EUA, em 2014, quando Janelle Orsi, diretora executiva e co-fundadora do *Sustainable Economies Law Center*²⁴, desafiou empresas de compartilhamento corporativo a compartilhar sua propriedade e riqueza com os usuários. Mais tarde naquele ano, Trebor Scholz, professor associado de cultura e mídia no *Eugene Lang College da New School for Liberal Arts*, questionou a premissa de alguns proprietários e investidores serem os principais beneficiados da economia de compartilhamento, incentivando cooperativas de propriedade dos trabalhadores a projetarem suas próprias plataformas baseadas em aplicativos. Ainda em 2014, Nathan Schneider, estudioso dos estudos de mídia da Universidade do Colorado em Boulder, escreveu uma peça para o Shareable²⁵ sobre a tendência do cooperativismo de plataforma e estabeleceu o cooperativismo da plataforma como um movimento com muitos exemplos concretos. Ao contrário do que se

²² UNITED KING. ALTERNATIVE MODELS OF OWNERSHIP. Disponível em: <<http://labour.org.uk/wp-content/uploads/2017/10/Alternative-Models-of-Ownership.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018. Tradução livre.

²³ Sutton, M. 2016. A **Shareable explainer**: What is a platform co-op?, Disponível em: <<http://www.shareable.net/blog/a-shareableexplainerwhat-is-a-platform-co-op#What-is-a-platform-co-op?>>. Acesso em 14 dez. 2018.

²⁴ Sustainable Economies Law Center. Disponível em: <<https://www.thesecl.org/>>. Acesso em 12 dez. 2018.

²⁵ SCHNEIDER, NATHAN. **Owning is the new sharing**, 2014. Disponível em: <<https://www.shareable.net/blog/owning-is-the-new-sharing>>. Acesso em 19 dez. 2018.

imagina, cooperativas empregam mais pessoas do que todas as multinacionais juntas, razão pela qual é imprescindível aplicar-se as lições bicentenárias desse modelo de produção e de exploração digno e decente do trabalho humano.

Nesse sentido, o ponto central do cooperativismo de plataforma é promover um empoderamento dos prestadores de serviços resultante da propriedade coletiva dos dispositivos tecnológicos, retirando-os do modelo extrativo tradicional e incluindo-os num ciclo de empregos estáveis e de proteções sociais. Matematicamente, enquanto as empresas multinacionais extraem 25 a 30% dos lucros, a cooperativa digital poderia reduzir essa margem a 5% ou 10%, maximizando os resultados obtidos pelos trabalhadores. O cooperativismo de plataforma não ignora as alterações tecnológicas, econômicas, no comportamento do consumo e da irreversibilidade da internet das coisas. Busca, assim, introduzir conceitos de associativismo, solidariedade, propriedade coletiva e governança democrática como forma de construção de novas formas de organização social e econômica.

Em síntese, o conceito de cooperativismo de plataforma tem três partes. Primeiro, ele baseia-se na clonagem do coração tecnológico de *Uber*, *TaskRabbit*, *Airbnb* ou *UpWork*. Ele recebe a tecnologia, mas quer colocar o trabalho em um modelo proprietário distinto, aderindo a valores democráticos, para desestabilizar o sistema quebrado da economia do compartilhamento/economia sob demanda, que beneficia somente poucos. É nesse sentido que o cooperativismo de plataforma envolve mudança estrutural, uma mudança de propriedade.

Segundo, o cooperativismo de plataforma trata de solidariedade, que faz muita falta nessa economia baseada em força de trabalho distribuída e muitas vezes anônima. Plataformas podem ser possuídas e operadas por sindicatos inovadores, cidades e várias outras formas de cooperativas, desde cooperativas multissetoriais (*multi-stakeholder co-op*), cooperativas

de propriedade dos trabalhadores²⁶ (*worker-owned co-op*) ou plataformas cooperativas de propriedade - *producer-owned platform cooperatives*.

Terceiro, o cooperativismo de plataforma é construído na ressignificação de conceitos como inovação e eficiência, tendo em vista o benefício de todos, e não a sucção de lucros para poucos. (p. SCHOLZ, 2016, 61-62;71).

Por exemplo, no Canadá, a *Stocksy*²⁷ é uma cooperativa de artistas para a formação de bancos de fotografias, que acredita no compartilhamento justo de lucros e na copropriedade. Artistas podem se candidatar para se tornarem membros e, quando aceitos, licenciam imagens e recebem 50% da comissão de vendas, bem como uma divisão dos lucros no final do ano. Em 2014, as receitas chegaram a US\$ 3,7 milhões de dólares, e, desde a fundação da cooperativa, foram pagos milhões de dólares em lucro para os artistas. No ano de 2015, em Newark, Nova Jersey (EUA), taxistas e sindicatos trabalharam juntos, construíram aplicativos e organizaram o setor de taxi, fundando a *Trans Union Car*. De forma colegiada, decidem sobre o salário, horas de trabalho e condições de trabalho. Além de plataforma digital para acessar e pagar pelos serviços, os 300 membros possuem proteções sindicais, cooperativa de crédito, assistência jurídica acessível para tribunal de trânsito, apoio à imigração, assistência médica, seguro de vida e benefícios de pensão²⁸. Como os motoristas são donos da empresa, eles dividem parte do lucro no final de cada ano. Na mesma direção, em Denver existe a *Green Taxi Cooperative*, com mais de 800 membros, também com aplicativo digital e dona de sua plataforma. No âmbito do trabalho doméstico, a *Up and Go*, em Nova Iorque, é de propriedade coletiva de limpadores domésticos profissionais, oferecendo preço do serviço sem intermediários. Enquanto outros aplicativos digitais de propriedade privada retiram até de 50% do valor contratado, a *Up and Go* garante 95% do valor da diária para o

²⁶ O autor decidiu evitar o masculino genérico para alcançar uma inclusão linguística maior de outras identidades de gênero, substituindo-se o determinante pelo “x”.

²⁷ Stocksy. Disponível em: <<https://www.stocksy.com/service/about/>>. Acesso em 17 dez. 2018.

²⁸ Disponível em: <<https://community-wealth.org/content/transunion-car-service>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

cooperativado²⁹. Um exemplo de relevo é a *Associated Press*; desde 1847 é uma cooperativa de notícias independente, sem fins lucrativos, com sede em Nova York, com equipes em mais de 100 países e com 52 prêmios *Pulitzer*³⁰. No que tange às compras coletivas, a *FairMondo*, cooperativa alemã, é uma alternativa às gigantes *Amazon e Ebay*. Por meio dela, é possível a compra e venda de qualquer tipo de artigo (livros, músicas, vestuários, etc), sem taxas de intermediações, sem custo adicional e sem comissão pagas ao site³¹. No ramo literário, desde 1976, a *Zed* é o maior coletivo editorial do mundo, composto por escritores, jornalistas e acadêmicos, detida e gerida por seus trabalhadores, com remuneração igual³². Na Argentina, a cooperativa de software livre G-COOP criou o *EssApp*, que é um aplicativo que é baixado para telefones celulares e fornece informações sobre todas as cooperativas do país³³. Por fim, a *Loconomics*³⁴ é uma cooperativa americana que capacita seus membros em tecnologia e conceitos de propriedade compartilhada, para a prestação de serviços variados, como, por exemplo, cuidador de crianças, cuidador de idosos, mecânicos e contadores. Fornece as ferramentas e o marketing para que seus associados prosperem como profissionais e os lucros gerados pela *Loconomics* são devolvidos aos proprietários, proporcionalmente à sua participação na geração de lucros.

SCHOLZ não se afasta dos valores fundamentais das cooperativas, mas propõe uma releitura desses princípios para se adequar à realidade social das cooperativas de plataforma, marcadamente inserido num contexto de ciência da computação, internet das coisas, neoliberalismo e exploração predatória do trabalho humano. São eles: 1 - propriedade, 2 - pagamentos decentes e garantia de renda, 3 - transparência e

²⁹ Up and go. Disponível em: <<https://www.upandgo.coop/pages/about>>. Acesso em 22 dez. 2018.

³⁰ Disponível em: <<https://www.ap.org/about/>>. Acesso em 23 dez. 2018.

³¹ Fair mondo. Disponível em: <<https://www.fairmondo.de/marktplatz>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

³² Zed. Disponível em: <<https://www.zedbooks.net/about/the-zed-collective/>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

³³ Cicopa. Disponível em: <<http://www.cicopa.coop/wp-content/uploads/2018/03/The-Future-of-Work.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

³⁴ Loconomics. Disponível em: <<https://loconomics.com/#!about/us>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

portabilidade de dados, 4 - apreciação e conhecimento, 5 - trabalho co-determinado, 6 - moldura jurídica protetora, 7 - proteções trabalhistas portáteis e benefícios, 8 - proteção contra o comportamento arbitrário, 9 - rejeição de vigilância do ambiente de trabalho e 10 - o direito a se desconectar.

Busca-se repensar o modelo de internet e de consumo, bem assim incorporar a ideia de mutualismo, economia solidária, propriedade compartilhada, posse instantânea e de cooperação no imaginário dos indivíduos. A partir dos exemplos listados acima, se verifica que os trabalhadores possuem a oportunidade de copropriedade dos sites e aplicativos por meio dos quais distribuem trabalho e auferem proteções sociais. Sabe-se, no entanto, que o caminho para a criação de novas cooperativas digitais ainda necessita ser pavimentado com muito trabalho permanente.

GORENFLO, ao desenvolver sobre o tema, adverte que será necessário um esforço, com bons recursos para resolver os desafios jurídicos, financeiros e organizacionais inter-relacionados à sua formação. Além disso, deve-se oferecer um serviço a um preço competitivo e melhor do que já é oferecido, elevando a cooperação ao máximo possível para explorar uma vantagem competitiva sobre as demais concorrentes, já consolidadas.³⁵As cooperativas de plataformas precisam de um ecossistema similarmente poderoso para competir, mas que distribui a riqueza em vez de concentrá-la. Essa é uma tarefa difícil, mas as cooperativas de plataforma podem ter aliados naturais na criação desse ecossistema, incluindo governos municipais, sindicatos, organizações sem fins lucrativos, universidades, movimento de software livre e de código aberto e investidores sociais como cooperativas de crédito, fundos de risco social e fundações. Por fim, é imprescindível mudar a ênfase dos argumentos morais para as cooperativas de plataforma, a fim de

³⁵ Gorenflo, N. 2015. 'How platform coops can beat death stars like Uber to create a real sharing economy'. Disponível em: <<http://www.shareable.net/blog/how-platform-coops-can-beat-death-stars-like-uber-to-create-a-real-sharing-economy>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

convencerem as pessoas comuns de que a visão é viável, canalizando um sentimento negativo para as demais plataformas de compartilhamento que exploram o trabalho humano.

6 Mudanças tecnológicas e econômicas como desafios das cooperativas de plataforma: a fraternidade cooperativa

Diante da crise de desemprego, flexibilização de direitos, a economia mundial de compartilhamento, capitalismo de compartilhamento e economia dos bicos, surge um novo desafio de adaptação das cooperativas: organizar o trabalho cooperativo nos ditames da liberdade e igualdade, tornando mais coeso e solidário o mundo do trabalho.

O capitalismo é o sistema econômico baseado na legitimidade da propriedade privada individual e na irrestrita liberdade de comércio e indústria, com o principal objetivo de adquirir lucro. Constitui o nosso cotidiano. Se por um lado o sistema de livre concorrência e competitividade proporciona escolhas convenientes ao menor preço de mercado, também impõe que os ganhadores acumulem vantagens e os perdedores acumulem desvantagens nas competições futuras, produzindo um ciclo de desigualdades sociais e econômicas³⁶.

Até a década de 70 do século passado quando vigoraram políticas de pleno emprego por países desenvolvidos e subdesenvolvidos, a apropriação da mão de obra em troca de salário, gestou uma classe trabalhadora acostumada com o gozo de direitos sociais e acomodada no assalariamento. A partir da segunda metade dos anos 70, a produção industrial foi descentralizada para países historicamente sem direitos sociais e trabalhistas fortalecidos, culminando na desindustrialização e alto desemprego nos países ocidentais e em países subdesenvolvidos, a exemplo do Brasil. Par e passo, mundialmente no setor de transporte e no setor imobiliário, cresceu uma demanda interessada mais em economizar, reutilizar e partilhar recursos do que em adquirir bens. Embora no Brasil

³⁶ SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 8.

e no mundo a noção de propriedade particular tenha sido gestada sob a perspectiva liberal no século XIX (direitos reais individuais), com pouca elaboração teórica sobre copropriedade ou gestão coletiva de recursos, atualmente se alterou a forma de percepção sobre coisas e pessoas ociosas. Os bens móveis e imóveis que possuem alto custo associado à manutenção e baixa utilização, bem como a aversão ao consumo excessivo provocaram uma mudança de comportamento dos consumidores, o que, sob os auspícios de grandes corporações internacionais, reconfigurou o conceito de posse e propriedade de bens.

A economia de compartilhamento representa uma transferência de modelo de propriedade para o modelo de posse compartilhada e de acesso facilitado por meio de plataforma digitais. Repare, por exemplo, que além de *Uber*, *Airbnb*, existem plataformas que usamos cotidianamente para o compartilhamento de filmes (*Netflix*), livros (*Kindle*), músicas (*Spotify*, *Deezer*), entregas (*ubereats*, *Rappi*), agronegócio (*Agrishare*). Denota-se que a mudança tecnológica é um dos principais fatores impulsionadores do crescimento e desenvolvimento econômico, resultante no fenômeno natural de destruição e criação de empregos, bem como a transformação de trabalhos existentes. Impulsionado pelas facilidades da ciência da computação, da inteligência artificial e da *internet*, esse novo modelo de consumo globalizado atraiu milhares de trabalhadores desempregados ávidos pela necessidade de renda e ocupação. Entretanto, com a promessa inicial de horários flexíveis e autonomia individual (trabalho sem submissão à chefia), surgiram novas formas de exploração do trabalho humano, como o processo de uberização das relações de trabalho, rompendo com o padrão tradicional de contrato de trabalho. Por meio dele, ocorre a aproximação entre trabalhadores que almejam prestar um serviço qualquer e os possíveis consumidores, porém as empresas proprietárias da plataforma digital se apropriam de, em média, 25% a 30% do valor do serviço prestado (economia de intermediação). Enquanto alguns vêem a economia de plataforma como uma oportunidade econômica, também há evidências crescentes que cria mercados não

regulamentados com formas de emprego não normalizadas, corroendo o emprego e aumento do auto-emprego, resultando em insegurança do trabalhador, deteriorando condições de trabalho e direitos de proteção social suprimidos (OIT, 2016a)³⁷.

Como adverte SCHOLZ³⁸, os benefícios do capitalismo de plataforma para os consumidores, proprietários e investidores são aparentes, mas o valor agregado para os trabalhadores vulneráveis e o valor de longo prazo para os consumidores são incertos, pois o peso das escolhas mais arriscadas da vida – desemprego, doença e envelhecimento – foi colocado nos ombros dos trabalhadores. Percebe-se que o sentimento inicial de liberdade logo vem acompanhado de ansiedade, autoexploração e depressão³⁹, seguido de uma conclusão: a propriedade das instituições de que dependemos para viver, comer e trabalhar está progressivamente concentrada nas mãos de poucas empresas. Diante destes dados se questiona se é preciso transferir todos os lucros do trabalho humano mundial para uma pequena parcela de detentores das plataformas digitais e seus acionistas? O capitalismo não deveria servir ao bem comum? É esse o futuro do trabalho? Não, o capitalismo de compartilhamento pode ser desafiado e aprimorado para benefício daqueles que, de fato, estão prestando o serviço, por meio da implantação de um paradigma colaborativo inspirado em modelos cooperativos de propriedade da internet.

Potencial resposta à relação de emprego em erosão na economia de plataforma é o desenvolvimento de cooperativas, o que fortalece a voz e a representação dos trabalhadores. A cooperativa de plataforma “é uma plataforma digital - um site ou aplicativo móvel projetado para fornecer

³⁷ ILO. 2016a. A challenging future for the employment relationship: Time for affirmation or alternatives? **The Future of Work Centenary Initiative Issue Note Series No. 3.**

³⁸ SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma**: contestando a economia do compartilhamento corporativa. Tradução e comentários: Rafael A. F. Zanatta. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária, 2016, [Coleção Rosalux], p. 29; 33.

³⁹ SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma**: contestando a economia do compartilhamento corporativa. Tradução e comentários: Rafael A. F. Zanatta. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária, 2016, [Coleção Rosalux], p. 23.

um serviço ou vender um produto - que pertence coletivamente e é governado pelas pessoas que dependem dele e participam dele”⁴⁰.

Neste sentido, diante da exploração excessiva das plataformas se questiona se a criação de cooperativas de motoristas poderia suplantar o UBER. Ou melhor, se o modelo cooperativo poderia ser a melhor forma de regulamentar o trabalho de determinadas plataformas. O problema está em se saber se os motoristas querem utilizar os seus valores comuns, gerir coletivamente a plataforma e ter remuneração conforme a participação. Se a resposta for sim estamos diante de uma verdadeira cooperativa que recorda os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Nestes termos o trabalho cooperativo poderia ser uma opção para a superação da desregulamentação dos trabalhadores em plataformas.

Como afirma Honneth:

A tarefa mais importante para reavivar a tradição socialista consiste em anular a equiparação entre economia de mercado e capitalismo, levada a cabo por Marx, de modo a ganhar, assim, espaço de manobra para projetar formas alternativas de mercado.”⁴¹ Explica Honneth que a teremos a volta de um mercado que promove a riqueza das nações sendo que ... “a lei da oferta e procura [liberdade] constituía o mecanismo de uma ‘mão invisível’ através do qual os interesses econômicos de pessoas iguais [igualdade] e bem-intencionadas se deveriam poder complementar reciprocamente [fraternidade]. (colchetes nossos)

O mercado, com o cooperativismo, poderia resgatar seus aspectos éticos, retirando as impurezas do capitalismo. Além disso, com tantas mudanças tecnológicas, sociais, econômicas, demográficas, ascensão da economia do conhecimento e compartilhamento, globalização, desindustrialização, clamor por melhores condições de trabalho, redução das desigualdades sociais e aumento da proteção social, nunca foi maior a oportunidade de criação e de desenvolvimento de cooperativas.

⁴⁰ Sutton, M. 2016. **A Shareable explainer:** What is a platform co-op?, Disponível em: <<http://www.shareable.net/blog/a-shareableexplainerwhat-is-a-platform-co-op#What-is-a-platform-co-op?>>. Acesso em 14 dez. 2018.

⁴¹ HONNETH, Axel. **A ideia de socialismo.** Tentativa de atualização. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 83

Conclusão

O emprego cooperativo verdadeiro que supera o negativismo que cerca as realidades vivenciadas com o nome de falsas cooperativas tende a ser mais sustentável no tempo, sofre menos desigualdade de renda, tende a ser caracterizado por uma melhor distribuição entre áreas rurais e urbanas e desfruta de um nível mais alto de satisfação e auto-identidade do que a média. As cooperativas também são um grande laboratório que experimentam formas inovadoras e sustentáveis de trabalho com criatividade e inovação contínuas.

O objetivo maior de cooperativas digitais globais é promover a economia solidária, tanto para dar trabalho, renda e ocupação a quem se interessa, quanto para propagar mundialmente um modo democrático e mais igualitário de organização da atividade econômica, resgatando os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade que identificam as cooperativas.

Referências

- AGUIAR, Antonio Carlos; POLINESIO, André Villac. Legalidade, cidadania e democracia postas em xeque por notificação recomendatória do Ministério Público, acidentes de trânsito e cooperativas de trabalho. **LTr Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v. 51, n. 101, p. 511-513, set. 2015.
- ASSUMPÇÃO, Luiz Felipe Monsores de. A terceirização precarizante e a (in) capacidade emancipatória das cooperativas de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 81, n. 03, p. 165-191, jul./set. 2015.
- CASTRO, Antonio Escosteguy; SKREBSKI, Manoel. Vínculo de emprego e deveres contratuais. In: SEVERO, Valdete Souto (coord.). **Comentários à Lei 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico**. Porto Alegre: HS, 2017. p. 23-29.
- GORENFLO, Neal. How platform coops can beat death stars like Uber to create a real sharing economy. **Shareable**, Mountain View-CA, 3 nov. 2015. Disponível em:

<http://www.shareable.net/blog/how-platform-coops-can-beat-death-stars-like-uber-to-create-a-real-sharing-economy>. Acesso em: 10 dez. 2018.

HONNETH, Axel. **A ideia de socialismo**. Tentativa de atualização. Lisboa: Edições 70, 2017.

INTERNATIONAL LABOR OFFICE (ILO). A challenging future for the employment relationship: time for affirmation or alternatives? The Future of Work Centenary.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da regulação da figura das cooperativas de trabalho por meio da lei no 12.690/2012. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 28, n. 335, p. 19-37, maio 2017.

NUNES, Fernanda. Quase metade dos jovens brasileiros com diploma está fora da área de formação. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,mercado-de-trabalho-frustra-em-2018-e-graduados-ganham-menos-que-poderiam-diz-ipea,70002643181>. Acesso em: 22 dez. 2018.

OFICINA DE LA OIT PARA LOS PAÍSES ANDINOS; MOGROVEJO, Rodrigo; MORA, Alberto; VANHUYNEGEM, Philippe, (eds.). *El cooperativismo en América Latina. Una diversidad de contribuciones al al desarrollo sostenible*. **La Paz: OIT, Oficina de La OIT para los Países Andinos**, 2012. Disponível em: https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_188087/lang--es/index.htm. Acesso em: 01 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT); PEREIRA, Armand; FREIRE, Lucienne; LAGANA, Lizzie. Cooperativas: mudanças, oportunidade e desafios. Brasília: **OIT**, 2001. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_224480/lang--pt/index.htm. Acesso em: 01 fev. 2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Cooperativismo e direito do trabalho. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). PEREIRA, Armand; FREIRE, Lucienne; LAGANA, Lizzie. Cooperativas: mudanças, oportunidade e desafios. Brasília: **OIT**, 2001. p. 124. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_224480/lang--pt/index.htm. Acesso em: 01 fev. 2019.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora, 2016.

SCHNEIDER, Nathan. Owing is te new sharing. **Shareable**, Mountain View-CA, 21 dez. 2014. Disponível em: <https://www.shareable.net/blog/owning-is-the-new-sharing>. Acesso em: 27 dez. 2018.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma**: contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva; SIQUEIRA, Danielle Karoline Weiler de . Cooperativa de trabalho: Lei no 12690/12 e seus aspectos. **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo**, v. 25, n. 312, p. 84-93, jun. 2015.

STOCKSY, Victoria BC-Canada, [2018]. Disponível em: <https://www.stocksy.com/service/about/>. Acesso em 17 dez. 2018.

SUSTAINABLE ECONOMIES LAW CENTER, Oakland-CA, [2018]. Disponível em: <https://www.theselc.org>. Acesso em: 18 dez. 2018.

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

SUTTON, Maira; JOHNSON, Cat; GORENFLO, Neal. Shareable explainer: what is a platform co-op? **Shareable**, Mountain View-CA, 16 ago. 2016. Disponível em: <s://www.shareable.net/blog/a-shareable-explainer-what-is-a-platform-co-op>. Acesso em: 17 dez. 2018.

UNITED NATION'S SECRETARIAT (ONU). <https://www.un.org/esa/socdev/documents/2014/coopsegm/grace.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

Análise econômica do direito e empresas da economia colaborativa: uma parceria em construção

Ana Paula Silva Campos Miskulin *

Gilberto Stürmer **

Luiz Antônio da Silva Bittencourt ***

* Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás e em *Derechos Humanos Laborales y Derecho Transnacional del Trabajo* pela Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha, 2017-2018. Mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora voluntária no Núcleo de Pesquisa e Extensão “O trabalho além do Direito do Trabalho: dimensões da clandestinidade jurídico-laboral”, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juíza titular da Vara do Trabalho de José Bonifácio. <http://lattes.cnpq.br/3924944442912083>. E-mail: anapaulasilvacampos1@terra.com.br.

** Advogado e parecerista. Conselheiro Seccional da OAB/RS (2013/2015). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de Empresas no Rio Grande do Sul (SATERGS). Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e fundador da Academia Sul-rio-grandense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-rio-grandense de Direito do Trabalho (2018/2020). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1989). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação - Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Coordenador do Núcleo de Direito Público e Social da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na mesma Escola. Tem como principais áreas de atuação, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, e como principal linha de pesquisa, a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho. <http://lattes.cnpq.br/2198202518344562>. E-mail: gsturmer@sturmer.com.br.

*** Mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUCMinas (Capes 06). Aprovado conceito A. Especialista em *Derechos Humanos Laborales y Derecho Transnacional del Trabajo* pela Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha, 2017-2018. Especialista em Ensino de Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014-2015). Especialização em andamento em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante-ES. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (2009-2013) e graduação incompleta em Filosofia pela Faculdade Dom Luciano (2007-2008). Parecerista da Revista do Curso de Direito da UNIFOR e Direito em Debate da UNIJUÍ. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/1020223568689987>. E-mail: luizsofia@yahoo.com.br.

Introdução

Diante de um mercado altamente competitivo, são cada vez maiores os desafios das empresas para sua sobrevivência no mercado. Quanto mais acesso às tecnologias as pessoas têm, maior é o aumento de ideias de um mercado em constante evolução.

As novas tecnologias (inovações disruptivas) e o conceito de economia compartilhada quebram os paradigmas do cenário socioeconômico anterior/atual, causando mudanças nos padrões mercadológicos sociais. Com isso, o número de embates judiciais dos negócios que dominam o mercado cresce cada vez mais. Exemplo disso é a questão em torno da existência de concorrência desleal com os serviços tradicionais, exigindo que o Estado atue para conter e regular o avanço no mercado.

O Direito não conseguiu acompanhar todas essas mudanças e as categorias tradicionais não são suficientes para regulamentar as novas tecnologias e a intermediação da economia compartilhada. As problemáticas dessa quebra de paradigma são muitas, e verificar o papel do Estado e da iniciativa privada ante esse avanço é o objetivo central deste trabalho. Ao Estado cabe adotar uma posição ativa, regulamentadora das formas de organização empresarial proporcionadas pelo uso da tecnologia.

2 Estrita relação entre direito e economia

Direito e Economia são dois ramos das ciências sociais aplicadas, os quais, de certa forma, caminham juntos, havendo um elo entre eles. De um lado, tem-se uma ciência que busca normatizar os fatos sociais considerados relevantes, por meio da edição de leis; de outro, tem-se a Economia, que, na sua interferência social mediante a organização das atividades econômicas, influencia na criação e construção do Direito.

Sendo assim, no intuito de construir um pensamento sobre a análise econômica do Direito, é necessário compreender estas duas ciências: Direito e Economia. Conforme assevera Arouca:

As origens do Direito e da Economia confundem-se com a própria origem da sociedade, uma vez que o homem, para atender aos anseios de sobrevivência, alia-se aos seus semelhantes e, desta união, surgem relações interpessoais, os conflitos de interesses e, diante disso, surgem as normas de conduta para regular o convívio do grupo e garantir a segurança e a paz social¹.

Lado outro, a economia tem como fundamento a forma de administração dos bens e os recursos porventura existentes. De acordo com Makiw, a

[...] economia é o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central, mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças².

Assim, embora cada uma dessas ciências tenha sua identidade e independência, elas também possuem uma interligação, no sentido de que uma influencia no desenvolvimento da outra.

3 Análise econômica do direito

Quando se pensa em análise econômica do Direito, faz-se necessário um resgate do contexto de surgimento da escola que teve esse foco de pesquisa.

De acordo com Pimenta e Lana ([s.a.]), pode-se buscar os fundamentos da escola da análise econômica do Direito na matriz social de Adam Smith, que nasceu nos Estados Unidos da América, em Chicago, tendo suas raízes teóricas nos trabalhos de Ronald Coase, Gary Becker,

¹ AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. A função social do direito econômico e do direito à saúde para a garantia da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 3, p. 158-173, 2015. p. 159.

² MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro. Elsevier: 2001, p. 5.

Guido Calabresi e Richard Posner nas décadas dos sessenta e setenta do século passado. Eles sustentam que:

Ronald Coase, em 1937, então professor da Universidade de Chicago, publicou o seu artigo denominado *'The Nature of the Firm'*, pelo qual afirmou que as sociedades empresárias devem ser tidas como entidades que pertencem ao sistema econômico em si, ao passo que, sua existência, só se justificaria devido à presença dos 'custos de transação'³.

O discurso que pairava à época era a questão do custo de produção e a adoção pelas sociedades empresariais de uma forma de organização que o minimizasse.

O que justificaria a existência das sociedades empresárias seria a possibilidade de centralizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização, evitando concorrência e gastos desnecessários, inclusive com cláusulas contratuais⁴.

Lado outro, conforme leciona Posner, no nascedouro dessa escola, o objetivo era mais do que analisar a dimensão econômica dos contratos empresariais, os quais representavam a autonomia privada das partes sem a intervenção estatal. De acordo com o autor:

O objetivo de um sistema, metodologia, ou doutrina de interpretação contractual é o de minimizar os custos de transação, compreendidos, em sentido amplo, como obstáculos a esforços voluntários de mover recursos para um uso mais valioso. Esses custos podem ser muito grandes quando, induzindo-se as partes a não contratar, eles evitam que os recursos sejam alocados de maneira eficiente. Em razão de os métodos de redução de custos de transação contratuais, como a litigância, são em si mesmos custosos, cuidadosos custos de oportunidade se fazem necessários⁵ (tradução livre).

³ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise_economica_do_direito_e_sua_relacao_com_o_direito_civil.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018. p. 5.

⁴ Idem.

⁵ Original: *"The goal of a system, methodology, or doctrine of contract interpretation is to minimize transaction costs, broadly understood as obstacles to efforts voluntarily to shift resources to their most valuable use. Those costs can be very great when, by inducing parties not to contract, they prevent resources from being allocated efficiently. Because methods of reducing contractual transaction costs, such as litigation, are themselves costly, careful tradeoffs*

Em suma:

Pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito cuida-se de nítida reformulação do Direito, em sentido econômico, visando resolver problemas judiciais que se relacionam com a eficiência do direito em si, os gastos para efetivação de seus institutos, bem como os impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais, inclusive as relacionadas ao Direito Civil⁶.

Nessa ótica, a análise econômica do Direito tem por base os métodos da teoria microeconômica, em que os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja de natureza estritamente econômica, seja de natureza social ou cultural. Mas essa decisão leva em conta o custo de produção, algo sempre questionado pelo Direito do Trabalho⁷. Aqui, tem-se a ideia de um capitalismo sem reciprocidade. Insta, ainda, destacar que essa escola não caminha a par da legislação, mas analisa a legislação e a jurisprudência no intuito de encontrar as melhores formas legais de ação, objetivando alcançar a máximo de lucro possível nas atividades empresariais⁸.

Nesse sentido, o Estado, como possuidor do monopólio da força de regulamentação, assume um papel importante em face dessa política de organização empresarial. Uma posição ativa, não de mero sancionador da autonomia privada, mas de regulamentador e interventor de direito, no sentido de que essa autonomia privada empresarial deve levar em conta a questão social de produção.

Assim, tendo apresentado, mesmo que de forma bem delimitada, o que seria a análise econômica do Direito, resta uma análise sobre a função estatal ante essa filosofia, principalmente em face das novas tecnologias

are required." POSNER, Richard. *The law and economics of contractual interpretation*. *Texas Law Review*, v. 83, n. 06, 2005. p. 1538.

⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise_economica_do_direito_e_sua_relacao_com_o_direito_civil.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018. p. 9.

⁷ CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.

⁸ POSNER, Richard. *The law and economics of contractual interpretation*. *Texas Law Review*, v. 83, n. 06, 2005.

aplicadas ao mundo do trabalho, novas formas de reestruturação e organização empresarial, novas formas de controle do trabalho, ou o que a terceira revolução tecnológica tem propiciado⁹.

4 Função estatal: regulamentador ou sancionador?

Uma das funções do Estado é criar políticas que gerem seguridade e bem-estar social, principalmente a de assegurar acesso a direitos sociais.

De fato, os direitos sociais considerados como de segunda dimensão concedem aos indivíduos acesso às prestações sociais que devem ser propiciadas pelo Estado, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho. Por serem prestações positivas, a sua eficácia está condicionada aos recursos do Estado¹⁰. São também consagradas nessa dimensão as liberdades sociais, tais como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, assim como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Esses direitos passam a ser contemplados por um número considerável de constituições do pós-guerra, no século XX, e têm por objetivo atingir a igualdade, mas agora em sentido material. Impende ressaltar que os direitos sociais, no seu sentido amplo, assim como os direitos da primeira dimensão, são direitos individuais, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos¹¹.

O bem-estar social deve ser o fim último de todas as ações do Estado. A proteção social é um dos mecanismos em que o Estado efetiva um de seus objetivos, pois “[...] *los derechos sociales ‘aseguran’ a los individuos contra los principales riesgos [...] que amenazan con desconectarlos del curso ordinario de los intercambios sociales [...]*”¹², ou seja, pelos direitos

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

¹⁰ “[...] dizia-se, na primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que cunhou a expressão, que a ‘reserva do possível’ que afetava os direitos sociais os limitava àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 90.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹² CASTEL, Robert. **El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012. p. 198.

sociais garantidos, os homens fazem parte das mudanças e transformações sociais. Estar protegido é estar garantido na participação dessa mudança social positiva.

Nunes afirma que o Estado teria assumido uma posição quase que invisível ante o capitalismo, já que tem adotado postura somente sancionadora. De acordo com Nunes: “As representações liberais do *estado* e do *direito* reduziam o estado ao papel de *defensor da ordem*, cometendo ao direito a função de sancionar as relações sociais decorrentes do *exercício da liberdade individual*”¹³.

Todavia, essa visão de passividade teria de ser superada, visto que, no Estado Democrático de Direito, o Estado passa da função de sancionador para a de regulamentador das ações individuais, estabelecendo limites, sejam nas liberdades individuais, respeitando tratados internacionais de direitos humanos, sejam nas liberdades individuais das pessoas jurídicas, principalmente em face do capitalismo de produção.

Sendo assim, se o Estado assumir uma função sancionadora, a autonomia privada das partes prevalecerá e, em consequência, ao Estado caberá tão somente levar essa autonomia a prevalecer, sem adentrar a questão social. Em compensação, quando o Estado assumir uma posição ativa de regulamentador, a autonomia das partes será analisada, tendo em vista que a questão social deverá prevalecer. Por exemplo, na incorporação de uma empresa a outra, em que há necessidade da aquiescência estatal, antes de verificar as vantagens privadas, primeiramente terá de ser visto o custo social dessa transação.

É interessante notar, nesse aspecto, que, no século XIX, o Estado era menos intervencionista possível, com função sancionadora e, conseqüentemente, imperava a liberdade absoluta do mercado de contratar, o que culminou nas lutas de classes¹⁴.

¹³ NUNES, Antônio José de Avelãs. *O estado capitalista*. Mudar para permanecer igual a si próprio. OLIVEIRA NETO, Francisco et al. (Orgs.). **Constituição e Estado Social**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 49-81. p. 49.

¹⁴ VÁZQUEZ, Isabel Ramos. Derecho internacional obrero: origen y concepto. *Iuslabor*, v. 3, p. 336-372, 2017; ROBSBAWN, Eric. **Mundo dos trabalhos**: novos estudos sobre a classe operária. São paulo: Paz e Terra, 2015.

Desse modo, as transformações que vêm ocorrendo no fim do século XX e no início do século XXI, que inauguraram formas mais arrojadas de organização empresarial, na qual a gestão é feita por meio de tecnologias, possibilitando o controle à distância e o enxugamento da empresa, impõem repensar a função regulamentadora do Estado, principalmente em face da chamada economia colaborativa.

5 Revolução tecnológica e o fenômeno da uberização

O fim do século XIX foi marcado pela difusão da *internet*, num momento histórico em que se identificava a terceira revolução industrial, cuja principal característica consistiu no desenvolvimento da microeletrônica e na disseminação do uso dos computadores e da telecomunicação.

A convergência entre *internet* e as tecnologias de comunicação e informação fez com que a tecnologia fosse adentrando os escritórios, consultórios médicos, hospitais, lojas, comércios em geral e vários outros tipos de espaços de trabalho, com fios e mais fios interligando-os, para assumirem a interface operacional.

Informações e atividades que antes eram exercidas manualmente passaram a ser substituídas por *softwares*. Por exemplo, um empregado contratado para trabalhar em uma multinacional, em viagens, não era mais necessário, uma vez que bastava acessar o computador para se comunicar em tempo real com um funcionário do exterior.

Atualmente, fala-se em quarta revolução industrial que, conforme ressalta Schwab, se identifica pela fusão de tecnologias, com interação nos domínios físicos, digitais e biológicos, e abrange áreas que vão desde a sequenciação de genes até a nanotecnologia. Sua abrangência é ampla, não se limita às máquinas e sistemas inteligentes e conectados¹⁵.

A *internet* onipresente e os equipamentos portáteis veiculando informações causaram profundas alterações no modo de viver da

¹⁵ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. p. 8.

sociedade, pois não se imaginava há alguns anos que houvesse a possibilidade de trabalhar, negociar, comprar, gerenciar ou relacionar-se sem contato presencial. As cartas levavam mensagens que demoravam a chegar. Os telefonemas exigiam que os interlocutores estivessem disponíveis para atender num determinado momento.

Hoje, a informação é instantânea, independentemente da localização geográfica ou do tempo, pois, a qualquer momento, o sujeito pode comunicar-se individual ou coletivamente e de forma simultânea e imediata.

Os arquivos podem ser transferidos para a nuvem ou enviados por e-mail. O *office-boy* já não é tão requisitado e, com isso, várias profissões simplesmente deixaram e deixarão de existir, sendo substituídas por uma nova plataforma tecnológica. Assim, um novo entendimento passou a ser exigido dos empregadores e trabalhadores para lidar com a imaterialidade e a contração das distâncias¹⁶.

É certo que, em virtude do desenvolvimento da tecnologia, novas profissões também surgirão, o que, de certa forma, amenizará o medo do desemprego em massa e a substituição do trabalho humano pelos robôs. Não se sabe, porém, se as pessoas estarão preparadas para essas novas profissões e se haverá postos de trabalho suficientes para repor todas as profissões extintas.

A informação como um direito da personalidade passa a ter outra conotação, podendo ser considerada a principal matéria-prima do modelo de produção capitalista atual e, assim, a integrar a categoria dos direitos de propriedade.

Nessa seara, questões como direitos autorais, privacidade, responsabilidade civil e tributária e crimes cibernéticos surgem como grande desafio para o Estado, exigindo-lhe uma posição ativa no sentido de regulamentar, seja por meio de criação de leis, seja por meio de políticas

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

públicas e projetos sociais, situações novas que precisam ser equalizadas, a fim de que seja assegurada a paz social.

É cediça a dificuldade do Estado de acompanhar as transformações sociais e as mudanças organizacionais no sistema produtivo das corporações, bem como de cumprir, a tempo, a sua função de regulamentador. Sem intervenção estatal, porém, há abuso de poder por parte dos que detêm os meios de produção e a força necessária para impor seus interesses sobre os demais.

Nesse sentido, Albuquerque¹⁷ afirma que, se o Estado não consegue acompanhar os avanços tecnológicos, a consequência são os prejuízos sociais causados principalmente na esfera trabalhista, tributária e fiscal.

Diante disso, defende-se que cabe ao Estado aderir às modificações geradas pelo avanço da tecnologia e adotar uma posição ativa de regulamentador.

5.1 A economia compartilhada

A economia compartilhada não é uma novidade, entretanto ganhou novos relevos diante da convergência entre a *internet* e as tecnologias da informação e comunicação. Essa convergência possibilitou a conexão de milhares de usuários em uma só rede global.

Sobre o surgimento desse fenômeno, Gauthier explica que

[...] o termo economia compartilhada foi cunhado pela primeira vez por Ray Algar em um artigo publicado no boletim *Leisure Report* de abril de 2007. O conceito de consumo colaborativo começou a popularizar-se em 2010 com a publicação do livro *‘Whats Mine is Yours: The Raise of Collaborative Consumption’*¹⁸.

A partir de então, diversas expressões têm sido utilizadas para fazer referência ao mesmo fenômeno, quais sejam: economia colaborativa,

¹⁷ ALBUQUERQUE, Ana Paula Freitas de. *O mundo do trabalho na era da globalização*, n. 40, abr. 2007.

¹⁸ GAUTHIER, Gustavo (Coord.). *Disrupción, Economía Compartida y Derecho: enfoque jurídico multidisciplinario*. Montevideo: fcu, 2016. p. 12.

economia entre pares (*peer-to-peer economy*), economia do bico (*gig economy*), uberização, entre outras.

Contudo, é certo que nem todos os modelos de negócios realizados por meio de plataformas digitais e intermediados por algoritmos podem ser enquadrados no formato de compartilhamento, pois este pressupõe a existência de um bem subutilizado que uma pessoa disponibiliza na rede para compartilhar com outra, a título oneroso ou gratuito.

O aplicativo *Blá Blá Blá Car* pode ser citado como exemplo de caronas compartilhadas, em que uma pessoa procura por outra que esteja se deslocando para o mesmo local e disponibilize uma vaga, um assento vazio em seu carro.

No caso das plataformas proprietárias dos aplicativos de transportes, por exemplo, essa ideia de compartilhamento não fica tão clara, pois milhares de pessoas locam veículos e se utilizam desse instrumento de trabalho para prestar um serviço de transporte oferecido e gerenciado pela empresa proprietária do aplicativo.

O serviço fornecido pelos aplicativos de economia compartilhada apresentou-se aos consumidores como nova forma de economia com preços diferenciados e como nova forma de tratamento dos clientes consumidores.

Essas noções preliminares se fazem necessárias, pois surgiram muitas dúvidas sobre a natureza de tais atividades, especialmente em consequência de esse modelo de negócio protagonizado pela empresa Uber ter se alastrado para os mais diversos segmentos, fazendo emergir, inclusive, o termo *uberização*, conforme se verá a seguir.

5.2 O fenômeno da uberização

O fenômeno da uberização, que pode ser considerado um consectário da revolução tecnológica, generalização mundial de concorrência capitalista, instaurou um novo modelo de organização empresarial e de contratação, tanto para o trabalhador quanto para o consumidor, uma vez

que tudo é feito por meio de um *software* de propriedade da empresa que realiza a intermediação entre a pessoa que precisa de um determinado bem ou serviço e a pessoa que o fornece.

Ludmila Abílio afirma que a uberização “[...] não surge com o universo da economia digital: suas bases estão em formação há décadas no mundo do trabalho, mas hoje se materializam nesse campo”.¹⁹

De início, é importante afirmar que o termo “uberização” não se utiliza tão somente para identificar a empresa Uber, mas designa outras que utilizam plataformas tecnológicas e se baseiam na economia compartilhada, como o IFOOD, CABIFY, EASY, 99POP e milhares de outras, pois “[...] as empresas-aplicativo têm pouca materialidade, mas altíssima visibilidade”²⁰. Justifica-se o termo pela disseminação em nível global que a marca da empresa Uber atingiu, alastrando seu modelo por outros segmentos do mercado.

Não há dúvidas de que as empresas plataforma vieram para ficar e a praticidade de obter um bem ou serviço com imediatidade e menor custo incorporou esse modelo no dia a dia do consumidor.

Entretanto, é preciso analisar as circunstâncias que tornam esses serviços tão atrativos aos olhos do consumidor e as estratégias escolhidas pelas proprietárias dos aplicativos para adotar tais práticas.

Isso porque, embora a livre concorrência decorra do princípio constitucional da livre iniciativa, previsto no art. 1º da Constituição Federal e considerado um dos fundamentos da República, há restrições ao exercício desse direito, sendo certo que nem sempre o mercado se autorregula pacificamente. Tanto é que a prática de concorrência desleal foi tipificada como crime no art. 195 da Lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, assegurando ao

¹⁹ ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**, Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

²⁰ ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**, Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

prejudicado o direito de ser reparado pelos danos sofridos (arts. 207 e 208).

No caso das atividades da empresa Uber, por exemplo, alguns países foram instados a se manifestar sobre a configuração de concorrência desleal e, em decorrência disso, sofreram restrições por parte do Estado, a exemplo do que ocorreu em Bruxelas²¹ e Barcelona²².

O não cumprimento de requisitos para exercer a atividade de transporte de passageiros também culminou na suspensão das atividades da empresa Uber por um determinado período em Madri e na Alemanha²³.

No Brasil, também foram emitidas várias leis²⁴ proibindo a atividade, as quais posteriormente foram declaradas inconstitucionais²⁵, exigindo que o Estado saísse da inércia e adotasse uma postura diante da necessidade de regulamentação das atividades das plataformas proprietárias de aplicativos de transportes.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, a qual alterou a Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12), nela inserindo no art. 4º, X, o conceito de transporte remunerado, privado e individual de passageiros:

[...] serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

²¹ Conforme noticiado no site Engadged. Disponível em: <<https://www.engadget.com/2014/04/15/belgian-uber-ban-10k-fines/>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²² A Associação Profissional de Elite dos Táxis acusou a empresa Uber de concorrência desleal em um litígio instaurado na Vara Empresarial nº 3 de Barcelona (LÓPEZ, 2017, p. 120).

²³ LOPES, Carlos Górriz. **Concorrência desleal da Uber na Espanha**. Trad. Ana Carolina Reis Paes leme e Carolina Rodrigues Carsalade. 2017.

²⁴ Por exemplo, a Lei Municipal nº 10.553/2016, do município de Fortaleza-CE, e a Lei nº 16.279/2015, do município de São Paulo.

²⁵ Conforme noticiado no site de notícias G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/08/supremo-valida-aplicativos-de-transporte-individual.ghtml>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

A Lei nº 13.640, de 26 de março de 2018, foi um marco regulatório, estabelecendo competência para os municípios na organização dessa forma de transporte. No entanto, percebe-se que o Estado demorou a dar uma resposta concreta a essa nova forma de organização empresarial, afetando a vida de milhares de brasileiros.

De acordo com o CADE²⁶, entre 2014 e 2016, a chegada da Uber ao Brasil afetou diretamente empresas de táxi, as quais, até 2016, obtiveram redução de 36% das suas corridas, pois a diferença de preço entre os serviços era clara. A pesquisa do CADE apresenta o seguinte panorama:

Usando a amostra contendo todos os 590 municípios, os resultados mostram que a entrada da Uber gerou, em média, a redução de 56,8% no número de corridas de aplicativos de táxis nas cidades em que a plataforma estava presente e, adicionalmente, que para cada 1% de aumento no número de corridas da Uber, o número de corridas de aplicativos de táxi caiu em aproximadamente 0,09%. Esse conjunto de evidências, juntamente com algumas informações descritivas sobre a dinâmica do número de corridas das empresas deste setor, sugere que, além de conquistar usuários de outros modais de transporte que não utilizavam serviços de aplicativos de táxi, o aplicativo Uber também rivalizou com os serviços de aplicativos de táxi, conquistando parte de seus usuários. Ademais, verificou-se que, na média dos municípios, o segmento de táxi que utiliza aplicativos não reagiu ao aumento da competição, não oferecendo descontos no valor das corridas²⁷.

A ausência de legislação regulamentando a matéria proporcionou uma grande discussão nas mais diversas instâncias, principalmente na trabalhista e tributária²⁸. Nesse lapso temporal, o lucro da empresa foi expressivo, pois buscava a máxima eficiência na prestação de serviços sem uma reciprocidade.

²⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Documento de trabalho nº 001/2008. Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016? Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

²⁷ Ibidem. p. 9.

²⁸ Ibidem.

Enquanto a análise econômica do Direito parece ter sido de grande valia para a empresa transnacional, a questão social não foi considerada²⁹, pois, com a ausência do Estado, não se tinha um instrumento legal capaz de caracterizar a forma de cobrança de tributos, a relação entre motoristas e a empresa e a responsabilidade civil por danos causados a passageiros usuários.

A necessidade de intervenção do Estado, portanto, mostra-se indispensável para assegurar o gozo dos direitos.

Ao tratar dessa necessidade, Holmes e Sunstein afirmam: “A igualdade de tratamento perante a lei não pode ser assegurada num vasto território sem órgãos burocráticos centralizados relativamente eficazes e honestos capazes de criar e fazer valer direitos³⁰”.

A indefinição de critérios determinantes para a incidência de tributos, responsabilidade civil ou penal e aplicação ou não da legislação trabalhista nas relações engendradas pelas empresas plataformas, tais como a Uber, são exemplos de incertezas que fomentam a insegurança jurídica e aumentam a litigiosidade, causando uma instabilidade do mercado.

6 Jurimetria das decisões judiciais

A análise econômica do Direito está ligada diretamente à tomada de decisões, especialmente em relação aos agentes que participam do mercado, influenciando as suas escolhas, conforme a melhor conveniência ou o melhor custo-benefício.

Nesse sentido, é certo que os processos decisórios das empresas tendem a traçar um panorama prévio do local em que pretendem instalar-se, em termos não só do perfil do consumidor, mas também da legislação e outras particularidades do local.

²⁹ LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. **Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humana**. São Paulo: LTr, 2017.

³⁰ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. O custo dos direitos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. **São Paulo**: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 44.

No caso da empresa Uber, são notórias as demandas judiciais em que está envolvida em nível global, especialmente por conta desse modelo disruptivo de negócio em que praticamente todas as etapas da atividade são realizadas por meio de um algoritmo, desafiando a capacidade do ordenamento jurídico de regulamentar as questões trabalhistas, cíveis, tributárias e penais em torno da atividade.

Mediante as novas tecnologias de informação e inteligência artificial, agentes econômicos têm lançado mão da jurimetria para analisar dados estatísticos de atos do Poder Judiciário como ferramenta de suporte para a tomada de decisões.

Tal prática, porém, não é de uso pacífico, tanto que a França recentemente proibiu a divulgação de estatísticas das decisões judiciais não só para impedir que os juízes sejam pressionados a decidir de determinada forma, como para determinar o comportamento dos agentes sociais³¹.

É inegável que a análise jurimétrica do Direito pode apresentar virtudes como o incremento das conciliações ante a previsibilidade de uma decisão desfavorável ou a transparência no Poder Judiciário, cuja tendência é uniformizar o dissenso jurisprudencial dos órgãos fracionários.

Não se pode negar, porém, que a pungência econômica dos agentes mais abastados lhes assegura condições favoráveis em detrimento daqueles que não têm acesso a tais instrumentos, reforçando a desigualdade entre litigantes que deveriam concorrer de igual para igual, com paridade de armas.

Até mesmo a análise sobre a conveniência a respeito do cumprimento da lei, que foi realizada pelos agentes do mercado, desafiando a ética, conforme alertou Dupas, quando afirmou que “[...] o capitalismo global apossou-se por completo dos destinos da tecnologia, libertando-a de

³¹ Conforme notícia do site Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/franca-proibe-divulgacao-estatisticas-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

amarras metafísicas e orientando-a única e exclusivamente para a criação de valor econômico”³².

De acordo com Ana Carolina Paes Leme, “[...] a Uber se utiliza de técnicas de advocacia estratégica como meio de impedir a formação de jurisprudência reconhecadora do vínculo de emprego”³³. Sobre tais práticas, afirma a autora:

As demandas que chegavam aos Tribunais terminavam ou com a homologação de um acordo – com cláusula de confidencialidade e quitação total – ou era proferido um acórdão negando a existência de vínculo de emprego. Há, sob esse aspecto, indícios da prática de medidas manipuladoras, tendentes a inviabilizar a formação de jurisprudência, reconhecadora de direitos trabalhistas no Brasil³⁴.

Diante disso, é possível perceber que a visão que se tem da análise econômica do Direito, aí inclusas as técnicas como jurimetria das decisões judiciais e a gestão de dados por meio das tecnologias de informação, depende das lentes de quem faz a análise, porque, tal qual ocorre com a tecnologia, suas virtudes dependem do uso que se faça dela.

De todo modo, o Estado não pode furtar-se ao seu papel de garantir a todos uma existência digna, e, nesse desiderato, “[...] a tecnologia pode e deve se submeter a uma ética que seja libertadora a fim de contemplar o bem-estar de toda a sociedade, presente e futura, e não apenas colocar-se a serviço de minorias ou atender necessidades imediatas”³⁵.

É necessário, pois, que haja um posicionamento ativo regulamentador do Estado: traçar as diretrizes legais que vão nortear, entre outras, as relações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias intermediadas pelo uso das novas tecnologias de informação.

³² DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. São Paulo: Editora Unesp, 2011. p. 14.

³³ LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Da máquina à nuvem**. São Paulo: LTr, 2019. p. 149.

³⁴ Idem.

³⁵ DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. São Paulo: Editora Unesp, 2011. p. 18.

Conclusão

A inovação é a mola propulsora do capitalismo, e a economia revolucionária foge à lógica de organização do mercado, criando modelos de produção que não têm preocupação com a questão social.

A análise econômica do Direito proporciona um estudo sobre a legislação e jurisprudência de um determinado país, visando gerar a máxima eficiência do desempenho empresarial nas atividades ali realizadas, analisando os custos de produção. Com isso, o uso de novas tecnologias torna-se um elemento essencial para essa escola, pois o Estado não consegue acompanhar a evolução das formas tecnológicas aplicadas ao mercado de trabalho nem regulamentar em curto período de prazo, como ocorreu no Brasil relativamente ao fenômeno da uberização.

Diante da nova realidade apresentada pelo fenômeno da uberização às relações de trabalho, fiscal e tributária, é imprescindível a redefinição do alcance da proteção concebida pelo Direito à sociedade. Sendo assim, faz-se necessário ampliar os debates acerca das plataformas eletrônicas, que trazem consigo novos nichos de mercado, novas formas de trabalho e à tona novas formas de segregação de direitos.

O Estado não pode furtar-se a cumprir sua função de monopólio da força em regulamentar as relações sociais imprimidas pela revolução tecnológica. Essa resposta não pode ser tardia, pois, caso contrário, são gerados conflitos sociais e alterada a estrutura social.

Referências

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-iracao/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ALBUQUERQUE, Ana Paula Freitas de. **O mundo do trabalho na era da globalização**. n. 40, abr. 2007.

AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. A função social do direito econômico e do direito à saúde para a garantia da Dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, n. 3, p. 158-173, 2015.

CASTEL, Robert. *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Documento de trabalho nº 001/2008. **Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?** Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>. Acessado em: 28 nov. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

GAUTHIER, Gustavo (Coord.). *Disrupción, Economía Compartida y Derecho: enfoque jurídico multidisciplinario*. Montevideo: fcu, 2016.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. Da máquina à nuvem. São Paulo: LTr, 2019.

LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. **Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humana**. São Paulo: LTr, 2017.

LOPES, Carlos Górriz. Concorrência desleal da Uber na Espanha. Trad. Ana Carolina Reis Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende (Org.). **Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humana**. São Paulo: LTr, 2017.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Rio de Janeiro. Elsevier: 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Antônio José de Avelãs. O estado capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. OLIVEIRA NETO, Francisco et al. (Orgs.). **Constituição e Estado Social**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 49-81.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise_economica_do_direito_e_sua_relacao_com_o_direito_civil.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

POSNER, Richard. *The law and economics of contractual interpretation*. **Texas Law Review**, v. 83, n. 06, 2005.

ROBSAWN, Eric. **Mundo dos trabalhos**: novos estudos sobre a classe operária. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

VÁZQUEZ, Isabel Ramos. *Derecho internacional obrero: origen y concepto*. **Iuslabor**, v. 3, p. 336-372, 2017.

O trabalho e o direito no contexto da pós-modernidade: algumas reflexões

Leiliane Piovesani Vidaletti *

Introdução

A palavra “trabalho” é plurissignificativa, adquirindo contornos interpretativos distintos, a depender da área do conhecimento que a tomar como objeto de investigação. De castigo¹, na Antiguidade, à concepção recente de forma de realização pessoal, o vocábulo granjeia conotações variadas ao sabor do tempo em que estudado.

Não é difícil perder-se, portanto, diante do largo espectro teórico de análise do trabalho – objeto de estudo da História, Sociologia, Filosofia, Economia, Ciência Política e Direito – , cabendo, de pronto, o esclarecimento de que não se intenta a ilação conceitual da expressão, senão a apreensão do fenômeno a partir de seus desdobramentos/exteriorizações no atual contexto socioeconômico e, dentro de uma perspectiva baseada em evidências, de sua projeção futura.

Nesta linha, reconhecer a correlação entre o trabalho e a evolução dos modos de produção de bens e serviços permite a compreensão do modelo de prestação de labor – emprego – que fundamentou a criação do Direito

* Doutoranda e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogada.

¹ Evaristo de Moraes Filho elucida que a palavra “trabalho” tem origem no termo latino “*tripalium*”, instrumento de tortura, composto de três estacas (três paus). Remete, portanto, à ideia de pena, fadiga, tarefa árdua, pesada. MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 39.

do Trabalho², notadamente a partir da Revolução Industrial, bem como o desenvolvimento das novas formas de prestação de serviços observadas com o advento das tecnologias de comunicação e informação, da robótica, da informática e da inteligência artificial.

A pesquisa pretende analisar as transformações havidas nos meios de produção e no próprio trabalho (ou sua exteriorização), a partir do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e, especialmente, da inteligência artificial, para, com base nessas informações, perquirir acerca da suficiência-adequação do Direito à realidade da nova sociedade do século XXI.

Para tanto, após pequena digressão sobre a crise capitalista dos últimos 30 (trinta) anos e consequente desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, investiga acerca das alterações estruturais nas empresas ou organizações produtivas, enumerando-as de forma resumida, a partir de alguns exemplos de modelos empresariais mais dinâmicos, como a terceirização, *outsourcing*, *downsizing*, *offshoring*, *crowdsourcing*, *quarteirização* e *uberização*.

Na sequência, depois de curta análise dos novos ajustes empresariais, avança ao estudo de alguns efeitos que as novas tecnologias, especialmente a inteligência artificial, têm sobre o trabalho tal qual o conhecemos, especialmente o formal, constituído a partir do vínculo de emprego, sobre o qual edificou-se a construção de todo o Direito do Trabalho.

Na parte final, intenta analisar como o Direito, especialmente o do Trabalho, posiciona-se em relação às novas formas de labor decorrentes da Revolução Informacional, se suficientemente aparelhado para as demandas dessa nova sociedade hipertecnológica, que tem, dentre outras premissas, a substituição de mão de obra humana por máquinas. Enfoca, ademais, a relevância do tema, em face da expressiva carga arrecadatória projetada sobre a folha de pagamento destinada aos empregos formais.

² Conforme Maurício Godinho Delgado, “O núcleo fundamental do Direito do Trabalho se encontra, sem dúvida, na relação empregatícia de trabalho, em torno dessa relação jurídica específica é que se constrói todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo jurídico”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 97.

Trata-se, por fim, de pesquisa indutiva e teórica, que faz uso dos métodos histórico, funcionalista e estruturalista de procedimento, tendo objetivo explicativo e, quanto ao objeto, classificando-se como eminentemente bibliográfica.

1 A transformação das organizações empresariais no contexto da pós-modernidade

A economia no sistema capitalista de produção estagnou-se nas três últimas décadas do século XX. A quebra do polo petrolífero asiático, os problemas de caixa para a continuidade do Plano do *Welfare State* e o colapso imobiliário americano³ são alguns dos reflexos decorrentes da crise capitalista que, em efeito cascata, espalhou-se por todo o contingente de países do mundo globalizado.

A sobrevivência do sistema impunha a apresentação de uma alternativa ao ciclo de declínio das margens de lucro, ou seja, a reinvenção do próprio capitalismo, pautada na revisão de seus métodos, que retornasse à expansão e à lucratividade. Apostou-se, assim, em inovação tecnológica e descentralização organizacional⁴, mediante a redução de custos, inclusive de mão-de-obra, incremento de produtividade, ampliação do mercado consumidor e giro do capital, com o auxílio da mídia, no sentido de criar necessidades e estímulos ao consumo⁵.

Do conjunto de medidas adotadas para combater o arrefecimento do capitalismo do século XX, resultou uma nova forma de economia que, nas palavras de Manuel Castells, inaugura a “Revolução da Tecnologia da Informação”. Explica o autor que se trata de um sistema com notas distintivas em relação ao capitalismo tradicional, estreando a chamada “economia informacional, global e em rede”, apanágios até então desconhecidos: informacional, porque a produtividade e a competitividade

³ CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 75.

⁴ Sobre o tema, ver RIFKIN, Jeremy. **El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo**. Barcelona: Paidós, 2010, p. 148-149.

⁵ BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. **Globalização e Mercado de Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 24.

dos agentes dependem da capacidade de gerar, processar e aplicar a informação baseada em conhecimento; global, pois as atividades produtivas estão organizadas em uma verdadeira rede de conexões entre agentes econômicos; em rede, na medida em que a produtividade e a concorrência se revelam por interações empresariais organizadas neste formato⁶.

A Revolução da Tecnologia da Informação estimulou o desenvolvimento de modelos empresariais mais dinâmicos, descentralizados, integrados por unidades produtivas enxutas, interligadas em formato-rede, mediante o uso das TIC's⁷. Fala-se, como nunca, em terceirização – termo cunhado fora da cultura do Direito⁸ – para designar a descentralização empresarial das atividades, refletindo uma tendência econômica mundial de reorganização capitalista⁹, que possibilita à empresa tornar-se mais flexível e competitiva, concentrando esforços nas tarefas que podem levar à colheita de melhores resultados¹⁰.

Do mesmo modo, utiliza-se o vocábulo “outsourcing” para nomear a busca de serviços (*source*) por intermédio de fonte externa (*out*) com o objetivo primordial de centralizar esforços nas atividades eleitas pela

⁶ CASTELLS, M. A **Sociedade em Rede**. 7. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 119.

⁷ Essa nova economia, sugerem alguns autores, apresenta melhores oportunidades aos trabalhadores com mais habilidades. Neste sentido, ver Eduardo Del Río Cobián, para quem: “*El resultado de esta tendencia es que en la actualidad los trabajadores con más habilidades, los más cualificados, son los que tienen más oportunidades de empleo, mejores condiciones salariales y mayores estabilidad y reconocimiento*” (Tradução livre) O resultado desta tendência é que na atualidade os trabalhadores com mais habilidades, mais qualificados são os que têm mais oportunidades de emprego, melhores condições salariais e maiores estabilidade e reconhecimento. COBIÁN, Eduardo del Río. **El trabajo em el siglo XXI**. Madrid: Aenor, 2003, p. 115.

⁸ A expressão “terceirização” resulta de um neologismo, derivado da palavra “terceiro”, compreendido como um interveniente ou intermediário. Não se trata, pois, de terceiro, estranho à determinada relação jurídica, como se poderia imaginar nos contornos da cultura do Direito, mas se presta a caracterizar a descentralização empresarial das atividades. A esse respeito ver DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 534.

⁹ Lori Kurahashi esclarece que a terceirização permite ao trabalhador manter-se competitivo no sistema econômico globalizado, na medida em que reduz custos com mão de obra, espaço físico e encargos sociais, revelando-se em uma forma de flexibilização das relações de trabalho. REIS, Clayton (coord.). **Responsabilidade Civil em face da violação aos direitos da personalidade. Uma pesquisa multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 195.

¹⁰ FREDIANI, Yone. Terceirização de serviços – um estudo sintético e comparado com os ordenamentos espanhol e italiano. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2017, p. 106.

própria empresa.¹¹ Em sentido similar, há a expressão “downsizing” para designar o fenômeno de redução (*down*) do tamanho (*size*) das empresas, mediante o repasse de atividades para outras organizações produtivas ou mesmo unidades integradas, alocadas em qualquer local do globo, com o uso de tecnologias de informação e comunicação¹².

O mundo capitalista globalizado, ainda, permite a realocação de processos produtivos de um país para o outro, em razão da utilização de modelos de acumulação flexível, no que se denomina de “offshoring”¹³, ou seja, um novo padrão organizacional viabilizado pelo desenvolvimento das TIC’s e, supostamente, mais condizente com a realidade do mercado contemporâneo.

Na mesma linha, bastante difundida nas áreas de Administração de Empresas e Economia, há a locução “crowdsourcing”, para definir uma modalidade terceirizatória em massa, viabilizada pela *internet*, que

¹¹ Sobre *outsourcing* e descentralização produtiva ver ARCE, Juan Carlos. *Derecho del Trabajo y crisis Económica: La intervención del Porvenir*. Pamplona: Arazandi, 2013, p. 64-67. Sobre descentralização, ver CASTRO, Javier Gárate. Descentralización productiva y derecho del trabajo. In XXXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. Madrid: Cinca, 2018, p. 25-68. Sobre descentralização produtiva na Itália, ver BELLOMO, Stefano, et al. Descentralización productiva: el caso de Itália. In XXXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. **Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial**. Madrid: Cinca, 2018, p. 317-370.

¹² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 160.

¹³ Extraí-se, por elucidativo, do relatório McKinsey Global Institute, intitulado “Offshoring: Is it a Win-Win Game?”, de agosto de 2003, o seguinte trecho: “*What drives offshoring? The business practice of offshoring focuses on the relocation of labor-intensive service industry functions to locations remote to the business center, such as India, Ireland or the Philippines. It has been enabled by two main changes in the business environment. First, the improvement in international telecommunications capacity, and the concomitant step-change reduction in global telecommunications costs, is fundamental to the economics of offshoring. Second and just as important, over the past two decades the PC has enabled the computerization and digitization of most businesses services. As a result of these two changes information can now be transmitted over long distances at very low cost and with little loss of quality. These changes make organizational boundaries and national borders much less important in deciding the location of service functions*”. (Tradução livre) O que incita o offshoring? A prática negocial do offshoring tem como foco a realocação de funções industriais constituídas por intensiva força de trabalho para locações distantes do centro negocial, tais como Índia, Irlanda ou Filipinas. Foi possibilitada por duas principais mudanças no ambiente negocial. Primeiramente, o aperfeiçoamento na capacidade das telecomunicações internacionais e a concomitante significativa redução nos custos da telecomunicação global são fundamentais para a economia do offshoring. Segundo, e também importante, nas últimas duas décadas, o computador pessoal possibilitou a computadorização e digitalização da maioria dos serviços empresariais. Como resultado destas duas mudanças, informação pode agora ser transmitida através de longas distâncias, mediante baixo custo e com reduzida perda de qualidade. Estas mudanças fazem divisões organizacionais e fronteiras nacionais ter um papel muito menos significativo para a decisão da locação das funções e serviços empresariais. **MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE**. “Offshoring: is it a Win-Win Game?”. 2003. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/global-themes/employment-and-growth/offshoring-is-it-a-win-win-game>>. Acesso em 03 jun. 2019.

permite a realização de microtarefas por multidões espalhadas pelo mundo, sem qualquer vínculo de emprego¹⁴. Na prática, os interessados, que podem ser milhares de pessoas, enviam suas respostas ou sugestões – tarefas – que, uma vez aprovadas, serão pagas pelos contratantes¹⁵.

Fala-se, também, em “terceirização de uma atividade terceirizada” – ou “quarteirização” das relações produtivas, para designar a contratação de uma empresa especializada no controle, planejamento e fiscalização de outra empresa. Trata-se, em essência, de forma muito mais fluida de prestação de serviços, que atenua, significativamente, a possibilidade de formação de vínculos empregatícios, por tornar mais rarefeitos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, notadamente a pessoalidade e a subordinação¹⁶.

Constata-se que as empresas, no que diz com o “rearranjo das relações produtivas”, passaram a se organizar de modo menos concreto ou tangível. De fato, é realidade a chamada “empresa vazia”, isto é, a que projeta para fora de si todas as etapas produtivas, permanecendo apenas com a tarefa de administração da sua “marca”¹⁷, bem como a empresa com base totalmente digital, cujos serviços são prestados unicamente por meio das tecnologias de informação e comunicação.

Relativamente às empresas com plataforma totalmente digital, toma-se como exemplo a UBER. Funciona de forma bastante simples: basta que o usuário *baixe* e instale em seu dispositivo móvel pessoal (*smartphone*) o aplicativo da UBER para que possa obter serviço de transporte. A UBER não é uma empresa prestadora de serviços de transportes, mas mera

¹⁴ CRUZ, Renato. Na internet um novo tipo de trabalho. Terceirização de pequenas tarefas pela rede é comum no exterior, mas no Brasil provoca reações por causa das leis tributárias e trabalhistas. **Estadão**. 23 out. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,na-internet-um-novo-tipo-de-trabalho-imp-,789254>>. Acesso em 02 jun. 2019.

¹⁵ GUNTHER, Luiz Eduardo. O fenômeno jurídico da terceirização: aspectos atuais e relevantes no Brasil. In GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2017, p. 53.

¹⁶ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Quarteirização. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Coord.). **Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2017, p. 21.

¹⁷ Expressão cunhada por Márcio Túlio Viana. Ver obra: VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 3. ed. São Paulo, LTr, 2017, p. 406.

intermediária entre o usuário e o fornecedor desse serviço. O motorista da UBER, portanto, não recebe salário, pois não se vincula a uma relação de emprego¹⁸.

A UBER é apenas uma dentre milhares de empresas que se desenvolveram a partir da ideia de descentralização de produção mediante o uso de plataformas digitais. O termo, inclusive, gerou a expressão “uberização” para designar um novo estágio da exploração do trabalho, que traz mudanças qualitativas à configuração das empresas, gerenciamento e prestação de serviços. Em verdade, a uberização consolida a passagem do arquétipo do empregado para a de um nanoempresário permanentemente disponível ao trabalho, retirando-lhe garantias mínimas dispensadas à grande massa de trabalhadores – empregados – albergados pelo manto protetivo do Direito do Trabalho¹⁹.

Nessa linha, é impossível ignorar o fato de que o mercado atual apresenta significativo espaço virtual destinado à compra e venda de trabalho²⁰, conhecido como *e-marketplace*. Neste ambiente, ocorre a transformação de trabalhadores em microempreendedores ou em “trabalhadores amadores”, porque dispostos a executar tarefas para as quais não foram treinados. No ponto, esclarece Ludmila Costhek Abílio que o *e-marketplace* tornou-se um universo extremamente profícuo e lucrativo, fomentado pelas chamadas *startups*, que são novos modelos de empresas, gestadas a partir da combinação entre inovação, empreendedorismo e um amplo mercado de fundos de investimentos.

¹⁸ SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. Uber e o Direito do Trabalho. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. (Coord.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho II**. Curitiba: CRV, 2017, p. 21.

¹⁹ ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**. 22 fev. 2017. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>>. Acesso em 01 jun. 2019.

²⁰ Na Declaração de Filadélfia, a OIT afirmou o princípio segundo o qual “o trabalho não é mercadoria”. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/generic-document/wcms_336957.pdf>. Acesso em 02 jun. 2019.

Trata-se, pois, de pequenas empresas de alto potencial lucrativo, como a própria UBER, Loggi, Google ou Facebook.²¹

Com a uberização, transfere-se para um exército de trabalhadores, sem identidade profissional definida, os riscos e custos de um trabalho sem “estatuto de trabalho”, exercido na informalidade e, no mais das vezes, para o qual não se requer formação específica, razão por que pode ser nomeado de “trabalho amador”, que nada mais reflete do que a lógica adaptativa de sobrevivência no sistema capitalista atual, que não é privilégio de uma ou outra camada social, pois seus reflexos incidem, de forma mais ou menos gravosa, em toda a sociedade contemporânea.

Esse mercado cambiante, movido por milhões de trabalhadores que realizam as mais diversas formas de prestação de labor mediante a intermediação de plataformas digitais, já tem nome definido e globalizado: *gig economy*.²² Trata-se do mercado de serviços remunerados, que conta com o engajamento voluntário do trabalhador-usuário, a quem cabe o gerenciamento, a organização e a estratégia de gestão de seu próprio tempo e produção (não se trata, pois, de emprego).²³

²¹ ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**. 22 fev. 2017. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-valoracao/>>. Acesso em 24 out. 2018.

²² Ver Micha Kaufman: *Slowly but surely, a revolution is taking shape -- an entirely different kind of economy. The labor force of new entrepreneurs, which we call the Gig Economy, is growing rapidly around the world and could soon represent as much as 50 percent of the U.S. workforce. [...] Who are these people? They are artists and designers; writers, editors and translators, animators, videographers, and sound professionals; programmers, DBA's, and Q&A experts; providers of office services and career advice. It's our friends, and our kids. And in 10 years it is going to be everyone.* (Tradução livre) No entanto, há vislumbres de esperança. Lenta, mas seguramente, uma revolução está tomando forma - um tipo totalmente diferente de economia. A força de trabalho de novos empreendedores, que chamamos de Gig economy, está crescendo rapidamente em todo o mundo e poderá representar em breve até 50% da força de trabalho dos EUA. [...] Quem são essas pessoas? Eles são artistas e designers; escritores, editores e tradutores, animadores, videomakers e profissionais de som; programadores, DBAs e especialistas em Q & A; prestadores de serviços de escritório e aconselhamento de carreira. São nossos amigos e nossos filhos. E daqui a 10 anos vai ser todo mundo. FIVERR, Micha Kaufman. **The gig economy: the force that could save the American Worker?** Disponível em: <<https://www.wired.com/insights/2013/09/the-gig-economy-the-force-that-could-save-the-american-worker/>>. Acesso em 01 jun. 2019.

²³ Ver Arun Sundararajan: [...] *the gig economy isn't just creating a new digital channel for freelance work. It is spawning a host of new economic activity. More than a million "makers" sell jewellery, clothing and accessories through the online marketplace Etsy. The short-term accommodation platforms Airbnb, Love Home Swap and onefinestay collectively have close to a million "hosts".* (Tradução livre) [...] a gig economy não está apenas criando um novo canal digital para o trabalho freelancer. Está gerando uma série de novas atividades econômicas. Mais de um milhão de "fabricantes" vendem joias, roupas e acessórios através do mercado on-line Etsy. As plataformas de acomodação de curto prazo Airbnb, Love Home Swap e onefinestay coletivamente têm perto de um milhão de "hosts". SUNDARARAJAN, Arun. **The "gig economy" is coming. What will it mean for work?** **The Guardian**. 26 jul.

Resta clara, portanto, a necessária adaptação da força de trabalho aos meios de produção de bens e serviços redesenhados pelo paradigma da Revolução da Tecnologia da Informação, que, ao que tudo indica, parece andar na direção da redução/extinção do emprego²⁴ e ampliação de formas mais dinâmicas de trabalho *latu sensu*.

2 A transformação do trabalho no contexto da pós-modernidade

A evolução tecnológica, que se traduz, para alguns, na expressão “indústria 4.0”, define um novo modelo de tomada de decisão. Esse paradigma tem como ponto de partida o desenvolvimento da inteligência artificial (IA), que permite o avanço ou o recuo da produção a partir de um conjunto de informações recebidas e sistematizadas por máquinas, que se conectam entre si – sem a interferência humana – ou até mesmo “conversam” com o consumidor final do produto antes de dar início à produção, tudo via *internet*.

O termo Inteligência Artificial, portanto, pode ser aplicado a sistemas de computador que prometem a replicação de funções cognitivas humanas; fala-se, no caso, de “aprendizagem de máquinas” (*machine learning*), baseadas em algoritmos capazes de detectar padrões em dados, aplicando-os na automação de determinadas tarefas. Os objetivos a longo prazo da IA incluem raciocínio, conhecimento, planejamento, comunicação e percepção²⁵.

2015. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/jul/26/will-we-get-by-gig-economy>>. Acesso em 01 jun. 2019.

²⁴ Adrián Todolí Signes esclarece que as novas tecnologias permitem a diminuição dos custos de transação de forma inimaginável, razão pela qual não há interesse das empresas na manutenção de grandes estruturas organizacionais. “Assim, mesmo que as máquinas substituam em absoluto a prestação pessoal dos serviços, a figura do trabalhador empregado – dependente – criada no alvorecer da revolução industrial parece estar chegando a seu fim”. SIGNES, Adrián Todolí. O Mercado de trabalho no Século XXI: *on-demande economy*, *crowdsourcing* e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado. In LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.) **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017, p. 29.

²⁵ Disponível em: < <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/horizon-scanning/artificial-intelligence/>>. Acesso em 28 maio 2019.

Uma aplicação cada vez mais frequente de IA diz respeito aos “chatbots”, que são assistentes virtuais, a exemplo da Siri da Apple, Assistente Google ou Alexa da Amazon. Há, ainda, chatbots mais sofisticados, que usam o processamento de linguagem natural, como a chatbot Melody, desenvolvida pela gigante Baidu, em 2016. Neste último caso, o *bot* pergunta os sintomas aos pacientes e depois os compara ao conhecimento médico anteriormente armazenado, enviando, na sequência, ao médico, uma gama de possíveis diagnósticos, para que este recomende os próximos passos do tratamento²⁶.

Ainda na área de cuidados médicos, os oncologistas do Memorial Sloan-Kettering Cancer Center estão, por exemplo, utilizando o computador Watson, da IBM, para fornecer diagnósticos e tratamentos, a partir de uma base de 600.000 relatórios de evidências médicas, 1,5 milhão de registros de pacientes e ensaios clínicos, mais de 100 páginas de textos de periódicos médicos, que permitem o reconhecimento de padrões, comparação entre sintomas individuais e genéticos, histórico familiar e de medicação de cada paciente, objetivando desenvolver um plano de tratamento com maior probabilidade de sucesso²⁷.

A atividade jurídica, também, está sendo amplamente permeada por algoritmos sofisticados, que prometem a assunção de uma série de ações antes desenvolvidas apenas por humanos, como o escaneamento de documentos jurídicos e a seleção de precedentes. Um bom exemplo é o sistema Clearwell da Symantec, que provou ser capaz de analisar e classificar mais de 570.000 documentos em dois dias, um volume inimaginável para um grupo considerável de humanos e impraticável em curto prazo²⁸.

²⁶ Disponível em: < <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/horizon-scanning/artificial-intelligence/>>. Acesso em 28 maio 2019.

²⁷ Disponível em: < https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em 28 maio 2019.

²⁸ Disponível em: < https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em 28 maio 2019.

Há estimativas de MGI²⁹ no sentido de que algoritmos sofisticados poderiam substituir cerca de 140 milhões de trabalhadores do conhecimento em todo o mundo. Assim, embora o desenvolvimento tecnológico até o século XX tenha se limitado à mecanização de tarefas manuais, ao que tudo indica (e se espera), no século XXI, vai se estender às tarefas cognitivas, que até o momento eram reservadas somente aos humanos.

Estudo realizado por Carl Benedikt Frey e Michael A. Osborne concluiu que a maioria das atividades desenvolvidas por humanos pode ser informatizada, à exceção de tarefas que envolvam a percepção e a identificação de objetos em um campo de visão desordenado (os robôs ainda são incapazes de igualar a profundidade e a amplitude da percepção humana), a inteligência criativa (entendida a criatividade como a capacidade de criar ideias ou artefatos novos e valiosos) e a inteligência social (negociação, persuasão e cuidado)³⁰.

A pesquisa em questão destaca, ainda, que a informatização das atividades inicia, primordialmente, pelas ocupações de baixa qualificação e remuneração, de modo que, com o avanço desse processo, a realocação de trabalhadores deve se dar para o desenvolvimento de tarefas que não são suscetíveis à informatização, ou seja, que exigem inteligência criativa e social. Neste ponto, resta a dúvida quanto à possibilidade de realocação de um “exército de trabalhadores” para a realização dessas atividades e na própria existência de trabalho para todo esse contingente de desocupados (haverá demanda para tanto trabalho?)³¹.

Em artigo publicado no dia 09/02/2016, no Jornal La Repubblica, Maurizio Ricci afirmou que, em Davos (no Fórum Econômico Mundial), calculou-se que até 2020, a automação reduziria 5 milhões de empregos,

²⁹ Disponível em: < https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Disruptive%20technologies/MGI_Disruptive_technologies_Full_report_May2013.ashx>. Acesso em 28 maio 2019.

³⁰ Disponível em: < https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em 28 maio 2019.

³¹ Disponível em: < https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em 28 maio 2019.

sendo que a McKinsey já estimou que 45% das atividades de trabalho existentes são informatizáveis, mesmo com as tecnologias atuais, podendo chegar a 58%, ou seja, um trabalho em três, apenas, será salvo³². Segundo um cálculo do Federal Reserve de St. Louis, nos anos 1980 até hoje, nos Estados Unidos, os trabalhos autônomos duplicaram, passando de 40 para 80 milhões. No interregno, a população aumentou em 90 milhões e a desocupação permanece em torno de 7%, o que demonstra que milhares de pessoas foram substituídas pelas máquinas³³.

No séc. XX, embora a tecnologia subtraísse postos de trabalho, lograva-se, em contrapartida, a criação de outros, equilibrando a oferta e a demanda de trabalho (dentro de níveis possíveis). A partir da Revolução Informacional (ou Pós-modernidade), com o desenvolvimento da eletrônica, informática, nanotecnologias, biotecnologias, laser e inteligência artificial, esse “equilíbrio” (ou a busca dele) se rompeu, não havendo compensação na mesma medida. Um caixa eletrônico, por exemplo, subtrai o emprego de muitos operadores de caixas, assim como os *tablets* substituem milhares de funcionários de editoras, bancas de jornais e revistas. E é assim que cada aplicativo, fruto de trabalho criativo de poucos, extingue o trabalho de milhares³⁴.

Para o fenômeno há, sem dúvida, muitas abordagens. Em 2015, Martin Ford sugeriu a redistribuição de uma renda mínima universal, assim como ocorre nas socialdemocracias escandinavas para, enfim, oferecer à humanidade uma vida livre do trabalho e dos conflitos econômicos. Fala-se em redução de jornadas de trabalho, para inclusão de maior contingente de trabalhadores; diminuição de carga tributária às empresas, para incentivar a contratação; captação de recursos estrangeiros, para alavancar novos postos de trabalho; incentivo à flexibilidade contratual, para manutenção de emprego, dentre inúmeras hipóteses. Discute-se sobre a própria vida sem trabalho – esse, destinado

³² Disponível em: < https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2016/02/09/i-lavori-che-batteranno-robot30.html?refresh_ce>. Acesso em 30 maio 2017.

³³ DE MASI, Domenico. **Uma simples revolução**. Rio de Janeiro: Sextante, 2019, p. 72.

³⁴ DE MASI, Domenico. **Uma simples revolução**. Rio de Janeiro: Sextante, 2019, p. 78-79.

ao sustento – considerado como um valor em si próprio e que daria sentido à existência do homem em sociedade³⁵.

De todas as áreas do conhecimento, concentram energia mentes dispostas à compreensão das repercussões havidas em razão do desenvolvimento das novas tecnologias de informação e de comunicação, que impõem a reformulação de conceitos, dentre os quais o do próprio “trabalho”, sua exteriorização, valor, função, adequação (utilidade?) na sociedade pós-moderna. A discussão, por óbvio, ultrapassa o objetivo dessa pesquisa que, nas linhas que seguem, pretende analisar como o Direito percebe o fenômeno, em especial o brasileiro, sinalizando para a necessária reformulação (a partir de sua própria matriz) do Direito do trabalho e possíveis repercussões em outros ramos do Direito, já que inviável e mesmo inútil qualquer análise eremítica do tema.

3 O direito (do trabalho) no contexto da pós-modernidade e algumas implicações de ordem fiscal e social

A robótica, a inteligência artificial, a *internet* das coisas e as tecnologias digitais demarcaram um modelo organizativo que exige ajustes normativos condizentes com as vicissitudes do mercado³⁶.

³⁵ No ponto, vale referir a reflexão de Hannah Arendt, para quem “[...] é surpreendente que a era moderna – tendo invertido todas as tradições, tanto a posição tradicional da ação e da contemplação como a tradicional hierarquia dentro da própria *vita activa*, tendo glorificado o trabalho (labor) como fonte de todos os valores, e tendo promovido o *animal laborans* à posição tradicionalmente ocupada pelo *animal rationale* – não tenha produzido uma única teoria que distinguisse claramente entre o *animal laborans* e o *homo faber*, ente o labor de nosso corpo e o labor de nossas mãos”. A autora em questão, diferenciava o “labor”, enquanto atividade básica, objetiva e mecânica, destinada à subsistência, e o trabalho, como produção que visa o reconhecimento pessoal perante o social. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2008, p. 96.

³⁶ Neste sentido, Elena Signorini, para quem: “*La robotica, l'intelligenza artificiale, l'IoT oververosia l'Internet delle cose, dei Big Data e delle tecnologie digitali, hanno e stanno giocando un ruolo determinante nei processi di trasformazione digitale dell'industria e dell'economia, dando vita a nuovi modelli di bussiness [...] L'assorbimento delle nuove tecnologie nei sistemi produttivi porta inevitabilmente a rivedere ulteriormente il ruolo già flessibile del lavoratore. I nuovi modelli organizzativi enfatizzano un diverso modo di lavorare sprovvisto al momento di regole. Questa situazione sta raggiungendo livelli tali da mettere in forse taluni dei pilastri su cui poggia il pensiero giuslavoristico*”. (Tradução livre) “A robótica, a inteligência artificial, a IoT, Internet das coisas, o Big Data e as tecnologias digitais, têm e estão desempenhando um papel decisivo nos processos de transformação digital da indústria e da economia, dando origem a novos modelos de negócios [...] A absorção de novas tecnologias nos sistemas de produção conduz inevitavelmente a uma revisão adicional do papel já flexível do trabalhador. [...] Os novos modelos organizacionais enfatizam um modo diverso de trabalhar imprevisível ao momento das regras. Esta

Qualquer observador atento à realidade pode constatar que o modelo organizacional taylorista-fordista, verticalizado e estruturado no contexto da grande indústria, foi substituído por organizações mais fluidas, horizontalizadas e descentralizadas, que colocaram em xeque a existência do emprego – enquanto espécie do gênero “relação de trabalho”, concebido como a razão de ser da criação do próprio Direito do Trabalho. Não seria exagero dizer, portanto, que o Direito (do Trabalho) ocupou-se, desde a sua gênese, precipuamente, com a proteção e regulamentação de um tipo específico de relação de trabalho – a de emprego – deixando à margem de arrimo toda a gama de prestação de serviços que foge ao modelo para o qual foi pensado.

Ocorre que, como visto, as relações de trabalho subordinado escasseiam em quantidade e, inclusive, mingam em sua qualidade protetiva, em movimentos de reformas legislativas mundo afora³⁷. Domenico de Masi³⁸ aponta que na Itália do início dos anos 2000 apenas 30% dos italianos tinham emprego presencial e por tempo contínuo, o que permite pensar que o emprego, em breve, será a forma de trabalho de uma elite.

Seguindo na descrição do cenário, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, não obstante o caráter de mera espécie do gênero “relação de trabalho”, a relação de emprego tem a particularidade de se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais importante de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema capitalista. Para o autor, “essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a

situação está atingindo tais níveis a ponto de colocar em dúvida alguns dos pilares em que se baseia o pensamento juslaboral”. SIGNORINI, Elena. *Il Diritto del Lavoro nell'economia Digitale*. G. Giappichelli Editore, 2018, p. 4.

³⁷ Quanto ao particular, elucida Domenico de Masi que “*L'effetto congiunto della legge di Moore, del riconoscimento vocale, delle piattaforme, delle nanotecnologie, della robotica e dell'Intelligenza artificiale, comporterà un veloce jobless growth con la perdita di un numero consistente degli attuali posti di lavoro non rimpiazzati da nuovi posti.*” (tradução livre) O efeito conjunto da lei de Moore, reconhecimento de voz, plataformas, nanotecnologias, robótica e inteligência artificial resultará em um rápido crescimento sem emprego, com a perda de um número substancial de empregos atuais não substituídos por novos empregos. MASI, Domenico. *Il lavoro nel XXI secolo*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2018, p. 714.

³⁸ MASI, Domenico. *O futuro chegou*. (tradução: Marcelo Costa Sievers). 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho”³⁹. Pode-se afirmar, portanto, que a relação de emprego deu origem “a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência ao expansionismo – o Direito do Trabalho”⁴⁰.

A Constituição Federal, apesar de prever no *caput* do art. 7º que “são direitos dos *trabalhadores* urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” e, na sequência, elencar uma lista de XXXIV incisos, não os destina aos trabalhadores em geral, mas aos empregados, pois trata de direitos que são próprios dessa categoria, a exemplo do inciso VI, que versa sobre “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. Não há, pois, na norma constitucional, dispositivos que salvaguardem direitos dos trabalhadores que não se enquadrem na categoria de empregados.

Essa feição excludente do Direito do Trabalho, não se revelava tão inquietante outrora como hoje. A Revolução da Tecnologia da Informação alargou amplamente o espectro de trabalhadores que fogem da fórmula clássica bilateral celetista “empregado-empregador”. De fato, um verdadeiro contingente de trabalhadores surge no intuito de adaptar-se às novas formas de prestação de labor, para quem o Direito do Trabalho brasileiro não está precavido. E esta situação se torna evidente quando determinados conflitos trabalhistas são levados à apreciação do Poder Judiciário que, a despeito de não se subsumirem aos requisitos elencados pela própria CLT à caracterização da relação de emprego, acabam sendo forçosamente nela enquadrados para fins de garantia de direitos trabalhistas (ou afastamento)⁴¹.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo: Ltr, 2018, p. 334.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo: Ltr, 2018, p. 334.

⁴¹ Cite-se, como exemplo, decisão proferida pela 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte que reconheceu vínculo de emprego entre a UBER e um motorista credenciado pela empresa. Na sentença, o magistrado concluiu que a empresa é uma plataforma de tecnologia, mas também é transportadora, condenando-a a pagar ao trabalhador todas as verbas decorrentes da relação de emprego, inclusive determinando a assinatura da CTPS do reclamante. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&

Diante do exposto, resta forçoso concluir que a polarização “trabalho - emprego” não é protetiva. Além disso, considerando a tendência expansionista de novas formas de prestação de labor, ampliando o número de trabalhadores à margem do vínculo de emprego (por contingência ou opção), estar-se-á diante, em pouco tempo, de uma legislação arcaica, ultrapassada e ineficaz, porque somente destinada a um grupo cada vez mais restrito de trabalhadores. E, neste cenário, não parece ser a melhor solução realizar o enquadramento forçado desses trabalhadores na figura hermética do empregado, sob pena de distorção do sistema em sua essência: muitos não são, pois, empregados.

É preciso referir que a CLT passou por significativa alteração com a Reforma Trabalhista de 2017. A Lei n. 13.467 pretendeu adequar a CLT à realidade dinâmica e cambiante do mundo capitalista globalizado⁴². Na justificativa de tramitação da Lei n. 13.467/2017, fica clara a intenção do legislador ao referir que “os filósofos alemães definem o *zeitgeist* como o espírito do tempo, o espírito da época”, de modo que “as leis são construídas e escritas com o objetivo de atender o *zeitgeist* em que estão inseridas”⁴³.

Não obstante a intenção do legislador reformista e a pujança das alterações promovidas, o problema enfrentado neste estudo permanece incólume, pelo menos em sua extensão e abrangência. Com efeito, a Lei n. 13.427/2017 tratou de temas importantes, como a chamada “jornada intermitente”, o teletrabalho, a terceirização – inclusive de atividade-fim –

_101_struts_action=%02Fasset_publisher%02Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%02F&_101_assetEntryId=24169786&_101_type=content&_101_urlTitle=motorista-de-uber-tem-vinculo-reconhecido-pela-justica-do-trabalho-de-minas-gerais-&_101_redirect=http%3A%02F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Fhome%3Fp_p_id%3D%26p_p_lifecycle%3D%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D%26_3_keywords%3Duber%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inhe ritRedirect=true>. Acesso em 01 jun. 2019.

⁴² Sobre a necessária adaptação da legislação trabalhista à realidade social em constante evolução, ver MARGALEF, Jorge Torrents. Globalización, empleo y perspectivas de flexiseguridad en Europa. In FORTEZA, Jesús Lahera; DAL-RÉ, Fernando Valdés. **Relaciones Laborales, organización de la empresa y globalización**. Madrid: Editora Cinca, 2010, p. 384-385.

⁴³ Disponível em: <https://www.google.com.br/search?ei=7arJWg7ANsW2wATxmZ34Aw&q=lei+13467+justificativa&oq=lei+13467+justificativa&gs_l=psy-ab.3..o.10220.19068.0.19255.36.26.4.5.5.0.251.2701.0j16j2.18.0...o...1c.1.64.psy-ab.9.27.2719...oi131k1joi67k1joi1ok1joi3ok1joi1oi3ok1joi22i3ok1.o.e6MnGm2SxxvU>. Acesso em 19 out. 2018.

e a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado. Todas essas questões são de enorme relevância e representam, de certo modo, a quebra de um modelo excessivamente intervencionista e protecionista, relativamente à figura do empregado, denotando um esforço do legislador de adequar-se às modificações sociais, sem se perquirir, neste momento, de qualquer acerto (ou justiça) no teor das modificações implementadas.

Outrossim, a Reforma Trabalhista e eventuais desdobramentos desta, não superam ou resolvem o problema que se extrai das alterações econômicas e políticas do final do séc. XX e início do séc. XXI. Tudo parece indicar, portanto, real necessidade de alterações profundas na matriz do próprio Direito do Trabalho, para contemplar a proteção *latu sensu* do *trabalhador* e não apenas do *empregado* ou, ainda, do que venha a ser o trabalho, com a reorganização social pós-moderna e consequente substituição/extinção dos postos de trabalho pelo implemento de novas tecnologias, já que, provavelmente, não haverá espaço para todos.

Parte-se da premissa, portanto, de que o Direito – notadamente no Brasil – mantém postura conservadora (no mínimo) no que diz com a regulamentação das novas relações de trabalho. Não se pode descurar, ademais, que a necessária abordagem jurídica deve considerar, a despeito da propalada autonomia dos ramos jurídicos, a interrelação e conexão entre eles, que fundamenta e estrutura todo o universo jurídico, dentro da ideia de sistema. Nesse sentido, convém lembrar que o “tratamento” conferido ao trabalho pode constituir-se em fator de deflagração de crise econômica (talvez o contrário), diminuindo, em consequência, a arrecadação tributária do Estado, diretamente relacionada ao debate sobre o déficit público ou fiscal do Estado.

No caso do Brasil, o rendimento salarial bruto do trabalhador inclui, além do salário mensal, o 13º salário, o adicional de férias e o FGTS. Sobre as verbas de caráter salarial, incidem os encargos sociais e trabalhistas, quais sejam: (a) contribuição previdenciária ao INSS; (b) FGTS; (c) Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF; (d) contribuição sindical – que deixou de ser obrigatória com a Lei da Reforma Trabalhista – Lei

13.467/17; (e) Risco ambiental do Trabalho – RAT; (f) salário educação; (g) “Sistema S” e (h) Contribuição para o Incria, a depender do caso.

O desconto da contribuição previdenciária é feito sobre a remuneração do empregado e deve obedecer aos seguintes percentuais: alíquota de 8% até o valor de R\$ 1.659,39; alíquota de 9%, de R\$ 1.659,39 até R\$ 2.765,66; alíquota de 11%, de R\$ 2.765,67 até R\$ 5.531,31. Além disso, as empresas não optantes pelo Simples Nacional devem pagar 20% de INSS patronal sobre a folha de pagamento.

Quanto ao FGTS, deve ser depositado em conta vinculada do empregado, no percentual de 8% do salário, e só pode ser “levantado” em situações específicas, determinadas por lei.⁴⁴ Por força do § 2º, do art. 9º, da Lei n. 9.036/90, os recursos do FGTS devem ser aplicados em habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana e em operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas e instituições que atuem no campo de pessoas com deficiência, e sem fins lucrativos, que participem de forma complementar do SUS.⁴⁵

No caso do trabalhador registrado com carteira assinada, a empresa está obrigada a descontar (atualmente), a título de imposto de renda – IRRF, os seguintes percentuais, a depender da faixa salarial em que incidir o empregado: (a) para salários até R\$ 1.903,98, o trabalhador está isento; (b) de R\$ 1.903,99 até R\$ 2.826,65, a alíquota é de 7,5%; (c) de R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05, a alíquota é de 15%; (d) de R\$ 3.751,06 até R\$ 4.644,64, a alíquota é de 22,5% e (f) acima de R\$ 4.664,68, a alíquota é de 27,5%.

O risco ambiental do trabalho – RAT, por sua vez, é uma contribuição previdenciária destinada a custear acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais dos trabalhadores. A depender do risco da atividade exercida pela empresa, será fixada a sua alíquota em 1% (risco mínimo), 2% (risco

⁴⁴ Lei n. 8.036/90. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em 02 jun. 2019.

⁴⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em 02 jun.2019.

médio) e 3% (risco grave), sobre o total da remuneração dos empregados e trabalhadores avulsos segurados.

O salário educação, conforme § 5º, do art. 212 da Constituição Federal⁴⁶, é uma contribuição social que visa o financiamento de projetos, programas e ações criados para o desenvolvimento da educação básica pública. Seu percentual corresponde a 2,5% sobre o total da remuneração dos empregados de uma empresa e será destinado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE.

É de se referir, ainda, as alíquotas destinadas ao “Sistema S”, formado por entidades paraestatais, que contribuem aos interesses do Estado. As contribuições sobre a folha de pagamento são feitas considerando-se as seguintes alíquotas: (a) SENAI – 1,5%; (b) SESI – 1%; (c) SENAC – 1%; (d) SESC – 1,5%; (e) SEBRAE – variação de 0,3 a 0,6%; (f) SENAR – variação de 0,2 a 2,5%; (g) SEST – 1,5%; (h) SESNAT – 1% e (i) SESCOOP – 2,5%. As alíquotas podem variar de acordo com o tipo de empresa e o Fundo de Previdência e Assistência Social – FPAS é órgão responsável por identificar as que devem colaborar com o pagamento das contribuições.

Por fim, há a contribuição para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, que corresponde ao resultado da aplicação da alíquota de 0,2% sobre o valor da folha de pagamento dos trabalhadores urbanos e rurais. O Decreto-Lei n. 1.146/70⁴⁷ traz detalhamentos acerca da referida contribuição, sendo importante destacar que as empresas que contribuem para o INCRA estão isentas de contribuição para o “Sistema S”.

Facilmente se percebe, de tudo quanto foi exposto, que o trabalho formal – vínculo empregatício sobre o qual edificou-se o Direito do Trabalho – sustenta importante pilar de arrecadação fiscal, de modo que a dinâmica das relações de trabalho representa fator de relevância também, dentre outras áreas, ao Direito Tributário.

⁴⁶ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 jun. 2019.

⁴⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De1146.htm>. Acesso em 02 jun. 2019.

Sobre o ponto, no Brasil, pesquisa levada a efeito pelo IBGE, em 30/04/2019⁴⁸, demonstrou que mais de 1,2 milhão de brasileiros entraram na população “desocupada” no primeiro trimestre do ano, em comparação com o último trimestre de 2018. Com isso, o total de pessoas à procura de emprego no país chegou a 13,4 milhões e a taxa de desocupação subiu para 12,7%. As maiores quedas no número de ocupados, conforme a pesquisa, foram no setor da administração pública, defesa, seguridade social, educação, saúde e serviços sociais, com menos de 332 mil pessoas, seguido pelo setor da construção, com perda de 228 mil pessoas. Sobre a taxa de desocupação das pessoas com 14 anos ou mais, confira-se o gráfico abaixo:



Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua mensal

A mesma pesquisa, importa referir, informou que a categoria dos trabalhadores sem carteira assinada registrou perda de 365 mil postos de trabalho, caindo para 11,1 milhão de pessoas; observou-se, também, que a taxa de subutilização da força de trabalho foi de 25% (a maior desde 2012), que representa um grupo de 28,3 milhões de pessoas de desocupados, subocupados com menos de 40 horas semanais de prestação de serviços e pessoas livres para trabalhar, mas que não conseguem por outros motivos.

⁴⁸ Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/242-83-desemprego-sobe-para-12-7-com-13-4-milhoes-de-pessoas-em-busca-de-trabalho> >. Acesso em 02 jun. 2019.

Em razão dos fatos e dados apontados, constata-se que a Pós-modernidade, notadamente marcada pelo implemento das tecnologias de informação e comunicação, modificou substancialmente a organização das empresas e, por decorrência lógica, as formas de prestação de trabalho, especialmente no que diz com a tradicional fórmula bilateral sobre a qual se edificou o Direito trabalhista: a relação de emprego.

Essas circunstâncias impõem ao operador do Direito – e parece ser o grande desafio para o séc. XXI – repensar a matriz ideológica do Direito do Trabalho (em especial, no Brasil), de modo a contemplar, em seu espectro normativo, o trabalhador *latu sensu* e não apenas o empregado, já que os dados e pesquisas indicam, com clareza, a tendência mundial de redução do emprego formal. Tal fato, como visto, implica em expressivos reflexos na arrecadação fiscal do Estado e, por conseguinte, com aptidão para influenciar, também, no que retorna à sociedade em forma de benefícios e prestações estatais.

Conclusão

As tecnologias de informação e comunicação, a robótica, a nanotecnologia e a inteligência artificial demarcaram uma nova fase do capitalismo, já batizada, dentre outras terminologias, de Revolução Informacional, 4^o Revolução Industrial ou Pós-modernidade, caracterizada por profundas alterações nas organizações produtivas e nas relações de trabalho, sinalizando a redução progressiva da principal forma de exteriorização do trabalho dos dois últimos séculos - o emprego - e a criação de formas mais fluidas de prestação de labor.

O fenômeno, que é mundial, aponta, mediante o uso da inteligência artificial, para a informatização das atividades, mesmo “as de conhecimento”, revelando que, nos próximos anos, ainda neste século, apenas determinadas tarefas, ligadas à criatividade individual e social, permanecerão viáveis aos humanos, porquanto as demais serão progressivamente substituídas por máquinas. Por certo, a afirmativa

configura-se em tema de debate pulsante nas mais diversas áreas do conhecimento, dentre as quais, a do Direito.

Quanto ao Direito (do Trabalho), verifica-se que sua estrutura foi fundada sobre a base da relação empregatícia, mostrando-se insuficiente e, em pouco tempo, arcaica e ultrapassada, diante do contingente crescente de trabalhadores que extrapolam o conceito hermético de “empregado” e para os quais não há qualquer tipo de proteção. Destaca-se, ademais, que a questão ultrapassa o ramo do Direito do Trabalho, em razão das consequências imediatas e mediatas de tal transformação estrutural-social, inclusive no que se refere aos benefícios sociais e à função arrecadatária do Estado, posto que o Direito, conquanto tenha ramos autônomos, traduz-se em verdadeiro sistema de normas e princípios, impossível de ser analisado e apreendido isoladamente.

A pesquisa, por certo, não tem a pretensão de sugerir uma solução para o problema da alteração de base do próprio sistema capitalista, que gera, em grande escala, o aumento do número de desempregados e a readaptação de trabalhadores às novas demandas de mercado. Pretendeu demonstrar, todavia, que o séc. XXI, com as transformações decorrentes do implemento das novas tecnologias de informação e comunicação e, notadamente, da inteligência artificial, causou – e tem potencial para causar ainda mais – um rearranjo nas organizações e na forma de prestar o labor e, mais do que isso, impõe a reflexão acerca da possível inexistência de trabalho para a demanda populacional.

Além disso, intentou demonstrar que o Direito (do trabalho) tal qual articulado não apresenta respostas para o fenômeno, que causa fortes repercussões no sistema arrecadatório estatal, já que a folha de pagamento (emprego formal) representa a base de cálculo para inúmeros benefícios de caráter previdenciário, sopesando, ainda, quanto aos efeitos que a modificação do trabalho pode causar no que tange à balança fiscal do Estado, diretamente relacionada às prestações positivas que retornam à sociedade.

Vislumbra-se, por fim, um futuro no qual muitos conceitos terão de ser reformulados, inclusive o do próprio “trabalho”, face à realidade cambiante da sociedade Pós-moderna, inclusive quanto à própria existência do trabalho, pelo menos tal qual o concebemos. Para tanto, o Direito terá de modificar-se, substancialmente, sob pena de não corresponder, sequer minimamente, às demandas sociais.

Referências

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. **Blog da Boitempo**. 22 fev. 2017. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>>. Acesso em 01/06/2019.

Desemprego sobe para 12,7 com 13,4 milhões de pessoas em busca de trabalho. **IBGE**. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24283-desemprego-sobe-para-12-7-com-13-4-milhoes-de-pessoas-em-busca-de-trabalho>>. Acesso em 02 jun. 2019.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2008.

Artificial Intelligence and the legal profession. Disponível em: < <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/horizon-scanning/artificial-intelligence/>>. Acesso em 28 maio 2019.

CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9^a ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

CRUZ, Renato. Na internet um novo tipo de trabalho. Terceirização de pequenas tarefas pela rede é comum no exterior, mas no Brasil provoca receios por causa das leis tributárias e trabalhistas. **Estadão**. 23 out. 2011. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,na-internet-um-novo-tipo-de-trabalho-imp-,789254>>. Acesso em 24 maio 2018.

DE MASI, Domenico. **Il lavoro nel XXI secolo**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2018.

_____. **Uma simples revolução**. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

Declaração da Filadélfia. Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MANYKA, James. **Disruptive Technologies**. McKinsey Global Institute. Disponível em: < https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Disruptive%2otechnologies/MGI_Disruptive_technologies_Full_report_May2013.ashx>. Acesso em 28 maio 2019.

FIVERR, Micha Kaufman. The gig economy: the force that could save the American Worker?. **WIRED**. Disponível em: <<https://www.wired.com/insights/2013/09/the-gig-economy-the-force-that-could-save-the-american-worker/>>. Acesso em 01 jun. 2019.

FREDIANI, Yone. Terceirização de serviços – um estudo sintético e comparado com os ordenamentos espanhol e italiano. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2017.

FREY, Carl Benedikt. OSBORNE, Michael A. **The future of employment**. 17 set. 2003. Disponível em: <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf>. Acesso em 28 maio 2019.

GUNTHER, Luiz Eduardo. O fenômeno jurídico da terceirização: aspectos atuais e relevantes no Brasil. In GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). **Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2017.

RICCI, Maurizio. I lavori che batteranno i robot. **La Repubblica**. Publicado em 09 fev. 2016. Disponível em: < https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2016/02/09/i-lavori-che-batteranno-i-robot30.html?refresh_ce>. Acesso em 30 maio 2017.

MARGALEF, Jorge Torrents. Globalización, empleo y perspectivas de flexiseguridad en Europa. In FORTEZA, Jesús Lahera; DAL-RE, Fernando Valdés. **Relaciones Laborales, organización de la empresa y globalización**. Madrid: Editora Cinca, 2010.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. “Offshoring: is it a Win-Win Game?”. **MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE**. 1 ago. 2003. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/global-themes/employment-and-growth/offshoring-is-it-a-win-win-game>>. Acesso em 03 jun. 2019.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

REIS, Clayton (coord.). Responsabilidade Civil em face da violação aos direitos da personalidade. **Uma pesquisa multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2011.

RIFKIN, Jeremy. El fin del trabajo. **Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo**. Barcelona: Paidós, 2010.

SIGNES, Adrián Todolí. O Mercado de trabalho no Século XXI: *on-demande econmy, crowdsourcing* e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado. In LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.) **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

SIGNORINI, Elena. **Il Diritto del Lavoro nell'economia Digitale**. G. Giappichelli Editore, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. Uber e o Direito do Trabalho. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. (Coord.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho II**. Curitiba: CRV, 2017.

SUNDARARAJAN, Arun. The “gig economy” is coming. What will it mean for work?. **The Guardian**. 26 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/jul/26/will-we-get-by-gig-economy>>. Acesso em 01 jun. 2019.

VIANA, Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. 3. ed. São Paulo, LTr, 2017.

Implantação de microchips em trabalhadores e as sensíveis (e necessárias) reflexões sobre a proteção de dados pessoais como limites ao poder diretivo

Guilherme Wunsch *
Isadora Geremia Pavoni **

Introdução

Vivemos em uma era de revolução tecnológica, e muitas das tecnologias não são previstas na nossa legislação que fica desatualizada em razão da rapidez com que o mundo vem mudando nos últimos anos. A mutação constante da tecnologia faz com que não se saiba até que ponto ela pode evoluir.

Sempre que as tecnologias são criadas e atualizadas, o Direito precisa se adaptar para que essas não violem o direito das pessoas. Cada vez mais fala-se em um mundo robotizado, com robôs fazendo trabalho dos humanos, e uma evolução em relação a isso, é a utilização de microchips,

* Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, em São Leopoldo,RS. Professor e Advogado do PRASJUR - Prática de Assistência Judiciária Gratuita, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Acadêmico Titular da Cadeira número 26 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Sócio do Escritório Rita Pavoni Advogados Associados.

** Pós Graduanda em Direito dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2018). Advogada no escritório Rita Pavoni Advogados Associados. Coordenadora da Comissão Especial da Jovem Advocacia da Subseção de São Leopoldo/RS. Endereço eletrônico: isadorapavoni@gmail.com

essa tecnologia parece distante dos nossos dias atuais, porém ela é mais utilizada do que temos conhecimento.

Há alguns anos pessoas vêm implantando microchips em si mesmas, com diversos objetivos, seja para abrir uma porta, desbloquear algum aparelho ou mesmo para guardar suas informações pessoais. E passou-se a questionar se as empresas poderiam utilizar essa tecnologia em trabalhadores. A Suécia foi o primeiro país a ter empresas implantando microchip em seus trabalhadores, no entanto, isso foi realizado com o consentimento dos mesmos. A partir disso, passou-se a questionar sobre a possibilidade de empresas sugerirem ou obrigarem seus trabalhadores a utilizar a tecnologia.

Nesse sentido, questões éticas e morais da utilização de microchips em trabalhadores foram levantadas e até que ponto eles podem ser uma invasão na vida privada do trabalhador. Além disso, em agosto de 2020 entra em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados e os microchips armazenam dados pessoais, apresentando assim mais uma questão legal para a implantação de microchips.

Pensando um pouco mais à frente, apresenta-se a ideia de cibertrabalhadores e de trans-humanismo, que é a alteração genética das pessoas para “melhorias” no corpo humano, a utilização de partes biológicas, com partes mecânicas, criando assim “pessoas”, nem humanos e nem robôs. A inteligência artificial já consegue copiar muitas coisas humanas e aplicar isso em máquinas, o que faz muitas pessoas questionarem se não perderão seus empregos para máquinas.

Dessa forma, questiona-se se o futuro será apenas de robôs humanizados e humanos trabalhando apenas na função de controlar os robôs ou se haverá humanos robotizados, em razão da influência da tecnologia na vida dos seres humanos.

O presente artigo tem o intuito de demonstrar o que são microchips e sua utilização em trabalhadores, apresentar o que a legislação passou a discutir com o uso dessa tecnologia e revelar uma nova era no direito do trabalho diante da tecnologia, a criação de cibertrabalhadores, através dos

avanços da tecnologia: a implantação de microchips e a utilização de partes mecânicas para beneficiar os indivíduos e trabalhadores.

1 Questões ético-jurídicas e morais da implantação de microchips em trabalhadores e a utilização dos dados coletados pela tecnologia

A implantação de chips em seres humanos é uma inovação em termos de tecnologia. O objetivo seria dar uma segurança maior aos seres humanos, através dos dados transmitidos pelos chips. No âmbito laboral, o chip poderia ser utilizado para controle de jornada de trabalho, como ponto de entrada e saída de trabalhadores, entre outras funcionalidades que a empresa poderia decidir. Os microchips são dispositivos de identificação que são implantados ao corpo para enviar informações. Inicialmente, os microchips foram implantados em animais como forma de rastreamento; cachorros e gatos recebiam os microchips no intuito de serem localizados pelos donos, caso um desses fugisse de casa¹.

Por microchip, com base no Ato de Consentimento de Microchip de 2010, entende-se: “qualquer microdispositivo, sensor, transmissor, mecanismo, marcador eletronicamente legível ou nanotecnologia que é passivamente ou ativamente capaz de transmitir ou receber informação”² (tradução nossa).

A partir disso, foi possível perceber que não apenas para rastreamento seria possível utilizar os microchips. Atualmente, há testes de implementação de chips em baratas para que essas possam ser controladas por controle remoto, com o objetivo de acessar áreas que foram devastadas por algum terremoto, por exemplo, e que os seres

¹ ROBINSON, Wyatt. **Dog tracking chip**: unnecessary expense or life saver? [S.L., 2016?]. Disponível em: <<http://dogaaholic.com/care/dog-tracking-chip.html>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

² “Microchip means any microdevice, sensor, transmitter, mechanism, electronically readable marking, or nanotechnology that is passively or actively capable of transmitting or receiving information”. GEORGIA GENERAL ASSEMBLY. **2009-2010 Regular Session - SB 235**. Georgia, 2009. Disponível em <<http://www.legis.ga.gov/legislation/en-US/display/27774>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

humanos não conseguiriam ter acesso, localizando assim pessoas que estão em meio aos escombros³.

Por causa desses estudos, a tecnologia avançou ainda mais, chegando à possibilidade de implementar esse avanço nos seres humanos. Antes de serem utilizados por empregadores, algumas pessoas começaram a implantar em si mesmas esses chips, assim com apenas um aceno foi possível destravar portas, portões, substituir algumas senhas, acessar computadores, ativar smartphones, dentre outras possibilidades. Esse foi o caso de uma australiana que vê isso com uma facilidade e uma inovação:

“a australiana Shanti Korporeal instalou um em cada mão. Ela vem gostando da experiência de nunca mais depender de um chaveiro ou sentir a angústia de esquecer uma senha, por exemplo. Com o marido, criou o “*Chip My Life*”, um serviço de distribuição de implantes que pretende expandir a adesão à tecnologia, principalmente, na Austrália. Embora ainda seja dedicada a um nicho de mercado, o interesse pela inovação parece crescer. Recentemente, uma empresa na Suécia ofereceu aos funcionários a opção de contar com chips ao invés de crachás. Mais de 400 aceitaram a proposta⁴”.

Engana-se quem pensa que isso é algo pouco utilizado, pois o *biohacker*, Amal Graafstra, que implementou o microchip na australiana, alega já ter implantado chips em cerca de 1.200 mãos, para ele: “o corpo é um veículo utilitário esportivo que se pode melhorar”⁵.

Realizados estudos quanto ao uso do microchip em humanos, os quais inicialmente foram testados em animais, para após isso começar a ser implantado nas pessoas. Após diversos estudos, chegou-se à conclusão de que seria possível utilizá-lo como um método de detectar e tratar doenças:

³ ABC NEWS. **Cockroaches Movements Controlled With Computer Chips**. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/US/video/cockroaches-movements-controlled-computer-chips-18746063>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴ MICROCHIPS implantados nas mãos abrem portas e substituem senhas. **Gazeta do Povo**. [S.l.], 7 set. 2016. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/microchips-implantados-nas-maos-abrem-portas-e-substituem-senhas-ot7vkk6odrki1nxviyw4bcqhk>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁵ MICROCHIPS implantados nas mãos abrem portas e substituem senhas. **Gazeta do Povo**. [S.l.], 7 set. 2016. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/microchips-implantados-nas-maos-abrem-portas-e-substituem-senhas-ot7vkk6odrki1nxviyw4bcqhk>. Acesso em: 12 mar. 2020.

“em 2004, a FDA (*Food & Drug Administration*) dos Estados Unidos aprovou a implantação de chips em humanos. O chip de RFID (identificação por rádio frequência), que pode ser implantado no corpo, é menor que um grão de arroz. A implantação desse microchip é tratada com um método em potencial para detectar e tratar doenças, bem como um dispositivo capaz de salvar vida. Se uma pessoa é levada a uma sala de emergência, inconsciente, um scanner do hospital poderia ler o ID do microchip. Esse ID poderia liberar o histórico médico do paciente que está num sistema de dados⁶ (tradução nossa).”

Nos casos de acidentes de trabalho, esse mecanismo seria importante, uma vez que quando algum trabalhador sofresse um acidente grave, poderia ser rapidamente atendido da forma mais específica para suas necessidades. Apesar dos microchips poderem conter informações privadas, no caso de risco de vida, isso poderia ser um diferencial.

Os microchips em locais como a Suécia, por exemplo, já estão sendo implantados em trabalhadores, podendo esses abrir portas, liberar o uso da impressora, a compra de produtos em máquina de autoatendimento. O objetivo da empresa com a implantação dos microchips é trazer praticidade ao dia a dia do trabalhador. Mas até que ponto essa tecnologia pode ser utilizada a fim de não controlar a rotina de trabalho, e saber se o trabalhador está cumprindo seus horários de trabalho, violando o direito de privacidade do trabalhador⁷?

A técnica é uma inovação e foi criada para praticidade no ambiente de trabalho, utilizando peças eletrônicas no corpo humano para interagir com o mundo real. No entanto, a empresa não obrigou nenhum funcionário a se submeter a tal procedimento, os que implantaram o microchip fizeram de livre e espontânea vontade:

⁶ “The implanted chip is being marketed as a potential method to detect and treat diseases, as well as a potential lifesaving device. If a person was brought to an emergency room unconscious, a scanner in the hospital doorway could read the person’s unique ID on the implanted chip. The ID would then be used to unlock the medical records of the patient from a database.” INDIAN Millennials: Are microchip implants a more secure technology for identification and access control?. **IEEE Conference on Technology and Society in Asia (T&SA)**. 1, out. 2012. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsee&AN=edsee.6397977&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁷ EMPRESA sueca implanta microchips nas mãos de funcionários. **Canal Tech**. São Paulo, 05 abr. 2017. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/entretenimento/empresa-sueca-implanta-microchips-nas-maos-de-funcionarios-91750/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

“a técnica, mais conhecida como *biohacking*, consiste em implantar peças eletrônicas no corpo humano para interagir com o mundo real. No caso da *Epicenter*, os microchips, que têm o tamanho de um grão de arroz, são "instalados" através de uma injeção na área que fica entre os dedos polegar e indicador. O processo dura apenas alguns segundos e não causa dores ou sangramentos. O implante funciona por meio da tecnologia NFC, a mesma encontrada em smartphones e cartões de crédito. Ao ser ativado por um leitor a poucos centímetros de distância, uma certa quantidade de dados é transmitida entre as duas plataformas via ondas eletromagnéticas. De acordo com a startup sueca, o chip é "passivo", ou seja, ele guarda informações que podem ser lidas por outros dispositivos, mas não é capaz de ler essas informações”⁸.

Em um mundo em que se vive de senhas, códigos e padrões, algumas empresas buscam facilitar, através da tecnologia, seus ambientes de trabalho e buscam formas de evitar que haja algum ataque de *hackers* em sua empresa, uma vez que hoje em dia é muito comum falar-se em ataques cibernéticos. Cada vez mais a tecnologia avança e as facilidades tornam-se dificuldades, por exemplo, já foi comum utilizar a palavra senha como senha de algum computador ou mídia social, hoje já não é mais possível, pois a possibilidade de invasão da sua vida pessoal através dessa é muito fácil. Assim, buscam-se meios de evitar que isso aconteça⁹.

Foi pensando nisso que o Complexo Tecnológico da Suécia (*Swedish technology complex*), conhecido como Epicentro, inovou com a implementação de microchips. O chefe de desenvolvimento do complexo foi o primeiro a implementar o microchip, fazendo isso ao vivo, em uma cerimônia de abertura de um novo prédio. As posições dos trabalhadores foram divergentes; enquanto alguns são a favor da implementação de

⁸ EMPRESA sueca implanta microchips nas mãos de funcionários. **Canal Tech**, São Paulo, 05 abr. 2017. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/entretenimento/empresa-sueca-implanta-microchips-nas-maos-de-funcionarios-91750/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁹ REIDY, Jim. One step closer to robots taking over. **Business NH Maganize**. Manchester, v. 37, n. 5, p. 33-35, maio 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bwh&AN=122975340&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

microchips para, teoricamente, facilitar a vida dos trabalhadores e das empresas, outros acreditam que isso é uma invasão de privacidade¹⁰.

Nos Estados Unidos, uma companhia em Wisconsin (*Three Square Market's 85*) foi a primeira a oportunizar que seus empregados implantassem microchips em suas mãos para utilizar no trabalho. Cada microchip custa \$300 dólares, ou seja, um custo alto para algumas empresas, o que já torna um empecilho para sua regularização, eis que para isso, deveria ser um procedimento de custo razoável para qualquer tipo de empresa¹¹.

Um diferencial dessa empresa quanto à implantação dos microchips é que além de servir como chave de acesso para os prédios da empresa, login em computadores ou impressoras, pagamento de contas, o microchip tem a capacidade de armazenar informações médicas ou ser utilizado para realizar transações fora da própria empresa¹².

Em uma notícia vinculada pela CBS News, verifica-se que o uso dos microchips implantados não é tão incomum, tanto na vida pessoal das pessoas quanto em trabalhadores, no entanto, não há nenhuma regulamentação tanto legal quanto médica para implantação desses chips. Quem está fazendo a implantação desses microchips são tatuadores e não profissionais preparados para tal procedimento. O risco de implantar em um local da mão que possa ser prejudicial à pessoa é muito grande, pois normalmente os tatuadores não têm conhecimentos técnicos quanto ao procedimento¹³.

¹⁰ REIDY, Jim. One step closer to robots taking over. **Business NH Maganize**. Manchester, v. 37, n. 5, p. 33-35, maio 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bwh&AN=122975340&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹¹ KOPPLIN, Keith E.; PLATT, Sarah J. Wave of the future? Company offers to microchip employees. **HR Specialist**, Falls Church, v. 13, n. 1, p. 6, jan. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=127121028&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹² KOPPLIN, Keith E.; PLATT, Sarah J. Wave of the future? Company offers to microchip employees. **HR Specialist**, Falls Church, v. 13, n. 1, p. 6, jan. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=127121028&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹³ CYBORGS at work: Employees get implanted with microchips **CBS News**. [S.l.], 3 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/cyborgs-at-work-employees-getting-implanted-with-microchips/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

A implantação de microchips é um grande avanço, tanto para a sociedade quanto para as áreas que podem utilizar desse avanço para melhorar o seu trabalho. De forma bem aplicada, essa tecnologia pode ser muito benéfica para o futuro da sociedade, as facilidades que um microchip pode trazer para um indivíduo podem levar a uma nova era tecnológica, em que os benefícios são maiores que os possíveis prejuízos.

Hoje, os microchips são implantados na mão, no entanto, pensando em um avanço da tecnologia, em que se passa a implantar microchips para melhora de concentração do cérebro, para enviar estímulos para pessoas que têm alguma deficiência, por exemplo, ou ainda a implantação de microchips no sistema nervoso de um indivíduo não apenas violaria o seu direito da personalidade e intimidade, mas sim o seu direito a vida, já que o sistema nervoso central é o que comanda o corpo humano de uma pessoa.

O artigo 13 do Código Civil prevê que: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”¹⁴. Ou seja, o ato em relação ao corpo que prejudique a integridade física da pessoa não deve ser realizado, a não ser que seja uma questão de salvar a vida da pessoa e que isso seja uma exigência médica.

Para Anderson Schreiber, a questão de implantação de microchip é algo que gera uma discussão no que diz com a relativização da diminuição permanente da integridade física da pessoa, prevista no artigo 13 do Código Civil:

“Retorne-se ao caso dos microchips subcutâneos. Não há dúvida de que não provocam diminuição permanente da integridade física. Nem por isso se poderia considerar legítimo o consentimento para inserção de um microchip na pele de operários, com o escopo de controlar o horário do seu ingresso na fábrica. A diminuição da integridade física, embora pequenina e temporária, se daria, em tal hipótese, no exclusivo interesse do empregador, em direta afronta à tutela constitucional da dignidade humana. Por outro lado, o uso por

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

certo paciente do mesmíssimo microchip para monitoramento de suas funções vitais, desde que precedido do seu consentimento informado, deve ser considerado legítimo porque voltado à proteção da sua saúde. Tais exemplos demonstram que o juízo acerca do merecimento de proteção jurídica da autorização para uso de microchips exige bem mais que a simples avaliação da duração temporária ou permanente da diminuição à integridade física, passando por um complexo exame finalístico que o art. 13 simplesmente ignora”¹⁵.

A preocupação ética e moral é referente à proteção das pessoas diante da finalidade dos avanços tecnológicos. Ou seja, mesmo que gere uma diminuição da integridade física da pessoa, se essa diminuição for importante para proteção da sua saúde, deve-se pensar em não considerar uma violação aos direitos da personalidade da pessoa.

Quanto à implementação de microchip, Francesc Mestres apresenta como futuro para os indivíduos a possibilidade de implantação de um chip diretamente no sistema nervoso central, com o intuito de melhorar a inteligência humana, mas questiona quanto aos aspectos morais e éticos de tal procedimento:

“Este tipo de organismo abriria um grande debate ético e moral na sociedade: Quem teria o direito de receber o chip? Seria criada uma classe de seres superinteligentes e outra de servos? Estaríamos diante de uma nova versão de “O admirável mundo novo” de Aldoux Huxley? Quais seriam o papel dessas pessoas na sociedade?”¹⁶ (tradução nossa).

Na Suécia, local onde houve a implantação de microchips em trabalhadores com o intuito de abrir portas, liberar impressoras e máquinas automáticas de café, surgiu a discussão do quanto essa tecnologia poderia invadir a vida da pessoa que implementa o microchip,

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Livro eletrônico.

¹⁶ “Este tipo de organismo abriria un gran debate ético – moral en nuestra sociedad: ¿Quién podría tener derecho a recibir el chip computacional? ¿Se crearía una casta de seres superinteligentes y otra de siervos? ¿Estaríamos ante una nueva versión de “Un mundo feliz” de Aldous Huxley (1932)? ¿Qué papel desarrollarían estas personas en nuestra sociedad?” MESTRES, Francesc. Evolución: de la especie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37 - 46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Jim Reidy em seu artigo de revista *‘One Step Closer to Robots Taking Over’* discorre o seguinte:

“Além da possibilidade de rastreamento do empregado, também há preocupação quanto à informação que essa tecnologia pode captar e revelar sobre o hospedeiro. Lei Federais e Estaduais não regulam o uso dessa tecnologia, não, pelo menos, quanto à identificação por rádio frequência. Essa identificação por rádio frequência tem sido apontada como a nova geração do código de barras. A identificação de rádio frequência consiste em um microchip e uma antena que são estimuladas por leitor remoto que envia informações por ondas de rádio. Alguns Estados apontaram a preocupação quanto ao uso dessa identificação em razão das informações pessoais que podem ser liberadas. Poucos Estados têm regulado o uso desse sistema de identificação. Missouri é o único que proibiu o uso desse dispositivo e a implementação de aparelho em trabalhadores¹⁷ (tradução nossa).”

Um dos problemas éticos e morais que envolve a implantação de microchips é a forma que as empresas podem vir a utilizá-los. Dependendo do tipo de informação que o microchip libera ao empregador, pode ser que esse possa rastrear todos os passos que o trabalhador dá. Não há um botão de liga e desliga no microchip, deixando o empregado 24h conectado. Outro problema é quanto às informações que podem ser usadas de forma discriminatória, como por exemplo, o histórico médico de cada trabalhador, “uma empresa pode saber que o empregado vai regularmente a uma clínica médica, e utilizar isso de forma discriminatória contra o empregado com base em uma deficiência”¹⁸ (tradução nossa).

¹⁷ “Others objected to the optional chipping as an invasion of privacy. (...) It also raises legitimate and reasonable concerns about the information this technology can obtain and reveal about the host. Federal and state privacy laws haven’t caught up with technology, at least not RFID (radio frequency identification). RFID technology is often referred to as next-generation bar code (though its been around since the 80s). A simple RFID tag consists of a microchip and antenna that, when stimulated by a remote reader, sends information via radio waves. The use of RFID has raised privacy concerns in some states, particularly with regard to linking personal information with RFID tags. While many states have proposed legislation or adopted laws dealing with electronic surveillance or monitoring, and some have studied concerns about misused RFID comercial applications, only a few states have addressed the potential for using RFID at work. Missouri is the only state to ban the use of RFID, and specifically, devices implanted in employees.” REIDY, Jim. One step closer to robots taking over. **Business NH Maganize**. Manchester, v. 37, n. 5, p. 33-35, maio 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bwh&AN=122975340&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹⁸ “A company may learn that a employee is regulary at a medical clinic, information na employee may claim was used against her in a way that discrimated on the basis of disability.” KOPPLIN, Keith E.; PLATT, Sarah J. Wave of

Outra questão envolvendo os microchips é a possibilidade de rastreamento dos dados contidos neles, por mais que as empresas estejam criando uma tecnologia criptografada, nenhuma senha nesses dispositivos, permitindo que seja possível o roubo de informações. Além disso, é muito mais difícil detectar se houve invasão nos microchips implantados nas pessoas, pois não há um antivírus que detecte uma ação de *hackers*¹⁹.

A doutrina apresenta alguns riscos na implantação de microchips:

“Há potenciais problemas, bem como benefícios associados à implantação de microchips em humanos. Um problema é que a privacidade da pessoa pode ser severamente infringida. Isso pode acontecer pois as movimentações das pessoas, física e financeira podem ser rastreadas. Dados pessoais podem ser vendidos ou *hackeados*. Um terceiro problema é quem poderá ter acesso a essas informações e como elas serão armazenadas”²⁰.

Em Wisconsin, nos Estados Unidos, uma companhia propôs aos seus funcionários a implantação de um microchip com a função de abrir portas, logar em computadores, pagar pelos alimentos da cafeteria, de forma voluntária, eis que a empresa não pode obrigar (ainda) seus funcionários a implantar um microchip. Apesar de o microchip não ter outras funções, os diretores da empresa afirmam que não há risco de monitoramento, no entanto, esses microchips podem armazenar dados médicos e de saúde do trabalhador²¹.

Com a entrada da Lei Geral de Proteção de dados, a questão de coleta de dados, em razão da utilização dos microchips, ganha mais relevância,

the future? Company offers to microchip employees. **HR Specialist**, Falls Church, v. 13, n. 1, p. 6, jan. 2018. Disponível em: < <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=127121028&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹⁹ GIUSTI, Autumn Cafiero. The practice of microchipping employees raises ethical, privacy concerns. **Chief Executive**. Nova Orleans, 11 ago. 2017. Disponível em: <<https://chiefexecutive.net/microchipping-employees/#>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²⁰ SMITH, Charles. Human Microchip Implantation. **Journal of Technology Management & Innovation**. [S.l.], n. 3, v. 3, p. 151-160, set. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=39342723&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²¹ WISCONSIN company to be first in U.S. to implant microchips in employees. Mountain View: Google, 2017. (1 min 28 s). ABC Action News. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gzN6cUvh3kl>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

pois que há uma preocupação sobre como são coletados os dados, quais são coletados, como são tratados.

O Brasil aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), conforme Lei 13.709 de 2018, com alterações pela Lei 13.853 de 2019, sendo que a lei trata basicamente sobre a coleta e utilização de dados pessoais de pessoas físicas. A lei foi criada com base na General Data Protection Regulation (GDPR), criada pela União Europeia.

O art. 1º da LGPD dispõe sobre os objetivos da lei, nos seguintes termos:

“Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”²².

Ao mesmo tempo que a LGPD protege os dados pessoais, ela dá margem para que os empregadores questionem seus empregados sobre a realização de testes genéticos e utilização de microchips, uma vez que a lei trouxe como papel principal para coleta e tratamento de dados: o consentimento.

Para questões médicas, os microchips já são implantados e utilizados de forma a facilitar a identificação de dados e histórico médicos, ocorre que gera discussão quanto à confidencialidade dessas informações. Se as informações de alguém vazarem para terceiros, poderá ocorrer consequências prejudiciais ao indivíduo. Por isso, é necessário que haja uma legislação específica, protegendo as informações presentes em um microchip, bem como para que essas não sejam utilizadas como forma de discriminar o indivíduo²³.

²² BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²³ GUHARROY, Roy. Potential and perils of implantable microchip. **American Journal of Health-System Pharmacy**. Bethesda, v. 62, n. 4, p. 355, 15 fev. 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=c8h&AN=106084011&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Não há dúvidas de que a utilização de microchips pode ser benéfica, no entanto, há uma série de questões legais a serem discutidas para possibilitar o uso dessa tecnologia, tais como o tipo de dados que serão armazenados nesses microchips e quais as suas utilizações, bem como o fato de não ser permitido a invasão da vida pessoal da pessoa que utiliza o microchip.

2 O avanço tecnológico como uma nova era no direito do trabalho: os *cibertrabalhadores*

Existem vários tipos de evoluções e uma delas é a biológica, que representa as mudanças no decorrer do tempo. Os *cibertrabalhadores* fazem parte dessa evolução, tendo em vista que a possibilidade de implantação de um microchip em um indivíduo existe em razão do avanço da ciência²⁴.

Juntamente com a evolução biológica, há a evolução cultural em que costumes são repassados de gerações a gerações. E é através dessa evolução cultural que foram possíveis os avanços tecnológicos. Quanto ao processo evolutivo, Francesc Mestres faz a seguinte colocação: “Um dos processos que foram e continuam sendo feitos é a modificação do corpo, para melhor a adaptação do indivíduo ao meio ambiente ou para superar alguma deficiência”²⁵ (tradução nossa).

Um avanço da ciência foi a possibilidade de utilização de próteses quando o indivíduo perde algum membro do seu corpo, como, por exemplo, a mão. Francesc Mestres apresenta o exemplo de um trabalhador que teve sua mão amputada e substituída por uma prótese metálica; em

²⁴ MESTRES, Francesc. Evolución: de la especie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²⁵ “Uno de los procesos que ancestralmente hemos hecho y continuamos haciendo es modificar nuestro cuerpo, o bien para mejorar nuestra adaptación al medio ambiente o para superar una discapacidad.” MESTRES, Francesc. Evolución: de la especie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

razão dessa prótese, o indivíduo que trabalhava como soldador pode realizar soldas de uma forma que um indivíduo sem prótese não poderia fazer²⁶.

Assim, é possível perceber que os *cibertrabalhadores* podem ser indivíduos que têm alguma parte mecânica em seu corpo que lhe favoreça para o trabalho ou algum microchip que coordene suas atividades.

Para Andrés Moya, um indivíduo “com partes orgânicas que são ligadas a órgãos fundamentais do corpo humano, como por exemplo, o cérebro e materiais inorgânicos, produtos da nanotecnologia e da robótica avançada”²⁷, são chamados de *ciborgues*. Os *ciborgues* seriam a evolução de um humano que possui uma parte mecânica em seu corpo, no entanto, como seria a evolução dos *ciborgues*: haveria possibilidade um avanço tecnológico para esses indivíduos?

Apesar de na atualidade a criação de um ciborgue ser algo distante, as discussões em torno disso estão ganhando grande relevância, como, por exemplo, o que ocorrerá caso seja possível a criação de uma pessoa robotizada:

“Mesmo não tendo data certa para acontecer (não se sabendo se um dia de fato acontecerá) esse destino de ciborgue – de se fazer um *upload* do cérebro – e alcançar com isso a eternidade; de escolher entre a morte e a eternidade, suas consequências têm de ser trazidas à baila, uma vez que colidem com os atuais freios sociais, que se balizam num espaço que tem como objeto a viabilização plena do convívio social, por meio de desenho de linhas limitrofes a indicar forma de exteriorização de respeito e, ao mesmo tempo, para sua viabilidade: receios decorrentes justamente do sentimento de precariedade da vida; do não saber se haverá algo, alguém ou lugar após a morte; da herança social e do meio ambiente que se deixará à humanidade”²⁸.

²⁶ MESTRES, Francesc. Evolución: de la especie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²⁷ “con partes orgânicas que se corresponden con órganos fundamentales del cuerpo humano, como por ejemplo el cerebro, y por materiales inorgánicos, producto de nanotecnologías y robótica avanzadas.” MOYA, 2007 apud MESTRES, Francesc. Evolución: de la especie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²⁸ AGUIAR, Antonio Carlos. **Direito do trabalho 2.0**: digital e disruptivo. São Paulo: LTr, 2018. p. 26.

Percebe-se que o futuro se encaminha para a existência de pessoas bancando deuses, ou seja, a tecnologia vai possibilitar a imortalidade, que as pessoas vivam pela eternidade. Questiona-se se isso for possível, como será a vivência social, um mundo de inseguranças em que não existem mais pessoas, apenas robôs com um cérebro humano. Por mais que isso pareça algo totalmente inviável, a tecnologia mais de uma vez já provou que é imprevisível e que não se pode duvidar dos seus possíveis alcances.

Hoje em dia, há a fertilização *in vitro*, que consiste na fecundação dos gametas feita em laboratório. No ser humano, boa parte do corpo pode ser trocada por aparelhos mecânicos, muito embora nem todos os aparelhos atuem da mesma forma que o órgão original. O cérebro é um órgão que não poderia ser substituído por parte mecânica, pois ele liga todas as partes do corpo e manda os comandos para os demais órgãos, tecidos, sistemas do corpo humano. Assim, pensa-se na possibilidade da criação de cérebros *in vitro* que seriam clones genéticos de um cérebro humano com o intuito de criação de um indivíduo totalmente robotizado²⁹.

E se existissem indivíduos assim, seria o fim da espécie humana que conhecemos. Durante a implementação dessa espécie, visando à área trabalhista, os indivíduos robotizados poderiam realizar o mesmo trabalho que um ser humano, podendo vir a ‘roubar’ o emprego em razão da capacidade física, motora e de não ter uma predisposição a doenças relacionadas ao ambiente de trabalho.

E se esses *ciborgues* possuísem inteligência artificial como competir em um mercado de trabalho com indivíduos mais fortes fisicamente e com uma inteligência derivada de programas de computadores?

Com base nisso, Federico Pistono em seu livro “Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem”, trata sobre a inteligência artificial como programas de computadores, ou seja, aquilo que um trabalhador pode

²⁹ MESTRES, Francesc. Evolución: de la especie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12. mar. 2020.

fazer, pode ser substituído por uma máquina. Nesse sentido, apresenta o seguinte exemplo:

“Um radiologista é um médico especializado em analisar imagens geradas por várias tecnologias de varredura. (...) A desvantagem é que se trata de um trabalho muito repetitivo. Embora exija pelo menos treze anos de estudo e treinamento além do ensino médio, é muito fácil automatizar esse emprego. O objetivo do trabalho é analisar imagens cujos parâmetros estão bem definidos, uma que muitas vezes vêm diretamente de máquinas de escaneamento computadorizadas”³⁰.

No artigo *‘Evolución: de la espécie humana al cyborg’*, Francesc Mestres discorre não sobre a substituição do homem pela máquina, mas sim sobre a junção dos dois, em que seria implantado um chip de computador diretamente no sistema nervoso central, aumentando, assim, a inteligência humana³¹.

Um outro tipo de tecnologia é a chamada trans-humanista que tem como objetivo a modificação do ser humano, e com isso estender a vida com transferência e ‘reprojetos’ de mentes. Chegando-se à questão de que essa modificação tornará o indivíduo uma pessoa real ou virtual³².

Não é nova a ideia de criação de um homem ‘perfeito’, que seja imortal, e os exemplos científicos propõem uma ideia de formação desse ‘novo homem’, não apenas no aspecto cognitivo, mas também nas emoções, nos sentimentos, na aparência, o físico; seria a criação de um homem pelo homem. Nesse sentido, uma pessoa modificada geneticamente, provavelmente robotizada, seria o futuro da sociedade, pessoas dotadas de sentimentos falsos, manipulados, mas, provavelmente,

³⁰ PISTONO, Federico. **Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem**: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz. Tradução de Pedro Maia Soares. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2017. p. 50.

³¹ MESTRES, Francesc. *Evolución: de la espécie humana al cyborg*. **Revista digital de sociologia del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12. mar. 2020.

³² AGUIAR, Antonio Carlos. **Direito do trabalho 2.0**: digital e disruptivo. São Paulo: LTr, 2018. p. 27.

com menos predisposição à uma doença, menor probabilidade de deixar seus sentimentos interferirem no dia a dia³³.

O avanço da tecnologia permitiu a criação de impressoras 3D, em que é possível a criação de vários objetos. A medicina, com essa impressora 3D, está sendo revolucionária, criando órgãos e tecidos do corpo humano a fim de reparar e substituir os que não estão mais funcionando. Uma empresa em San Diego desenvolveu um protótipo que será a base para a construção da impressora e iniciou com tecidos simples, como a pele e músculos para testar e fazer testes com esses protótipos³⁴. A matéria sobre a criação de órgãos, tecidos por impressoras 3D é de 2010; em 8 anos, com a velocidade que a tecnologia avança, a criação de órgãos por impressoras 3D já é uma realidade.

Por enquanto, os órgãos criados por impressoras 3D servem para os estudantes de medicina aprimorarem suas habilidades. No entanto, é prioridade na área médica a pesquisa da criação de órgãos por impressoras 3D que possam servir para transplantes. Dessa forma, as pessoas não haveriam de esperar na fila para realizar um transplante³⁵.

A DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency* ou Agência de Projetos de Pesquisa Avançada em Defesa), em 2014, com a intenção de ajudar no tratamento de doenças mentais, mediante estimulação do cérebro, anunciou um investimento para desenvolver microchips a serem implantados em áreas do cérebro que sofreram algum dano³⁶:

“A esperança é implantar eletrodos em diferentes regiões do cérebro junto com um pequeno chip inserido entre o cérebro e o crânio. O chip monitoraria

³³ ROZO, Omar Parra; TAO, Hernando Barrios. El transhumanismo: cuestión de piel. **Escritos - Fac. Filos. Let. Univ. Pontif. Boliv.** Bogotá, v. 23, n. 50, p. 43-65, Jan. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So120-12632015000100003&lng=en&tlng=en#?>. Acesso em: 12. mar. 2020.

³⁴ MAKING a bit of me. **The Economist**. [S.l.]. 18 fev. 2010. Disponível em: <<https://www.economist.com/node/15543683>>. Acesso em: 12. mar. 2020.

³⁵ ÓRGÃOS humanos feitos em impressoras 3D. Mountain View, 2018. (1 min 43 s). AFP BRASIL. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4kYtsfkrOk>>. Acesso em: 12. mar. 2020.

³⁶ JEFFRIES, Adrienne. DARPA teams begins work on tiny brain implant to treat PTSD. **The Verge**. [S.l.], 28 maio 2014. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2014/5/28/5758018/darpa-teams-begin-work-on-tiny-brain-implant-to-treat-ptsd>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

sinais elétricos do cérebro e enviaria os dados para os cientistas com o intuito de entender melhor uma doença psicológica, como o transtorno do estresse pós-traumático. O implante também poderia ser utilizado para liberar impulsos eletrônicos para aliviar os sintomas”³⁷.

A implantação de microchips em pessoas já está em estudo bem avançado, e logo essa tecnologia que está sendo utilizada por algumas empresas para implantar microchips em trabalhadores, por questões de facilidade, serão utilizadas em todas as áreas. No futuro, as pessoas utilizarão chips, como se fosse algo comum e se for pensar mais longe, os microchips já serão implantados em bebês, assim todas as pessoas serão robotizadas, uma vez que esses microchips substituirão atividades básicas feitas pelas pessoas.

Não se fala apenas em pessoas robotizadas, mas também pode-se falar em robôs humanizados, uma das criações possíveis diante do avanço da tecnologia foi a robô ‘Sophia’, que é conhecida por ter dado uma entrevista ao jornalista Charlie Rose como se fosse um ser humano comum³⁸. Nessa entrevista, ‘Sophia’ diz ter uma alma, pois Deus dá alma a todos, bem como que o objetivo de vida dela é se tornar mais inteligente do que os humanos e imortal. Apesar de em certos momentos a robô se contradizer e não responder à questão conforme a pergunta, é um avanço muito significativo para a humanidade, ou esse será o futuro da humanidade, apenas robôs com inteligência artificial na sociedade e os humanos trabalhando para eles como programadores e montadores³⁹.

Uma das justificativas dos desenvolvedores dessa tecnologia, como, por exemplo, do cofundador e CEO do Complexo Tecnológico da Suécia, é de que o maior benefício dessa tecnologia é a conveniência, “basicamente

³⁷ JEFFRIES, Adrienne. DARPA teams begins work on tiny brain implant to treat PTSD. **The Verge**. [S.l.], 28 maio 2014. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2014/5/28/5758018/darpa-teams-begin-work-on-tiny-brain-implant-to-treat-ptsd>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁸ AGUIAR, Antonio Carlos. **Direito do trabalho 2.0**: digital e disruptivo. São Paulo: LTr, 2018. p. 32.

³⁹ CHIA, Jessica. Robot uses pick-up line on Charlie Rose sending the journalist into a fit of laughter during interview exploring artificial intelligence. **MailOnline**. [S.l.], 10 out. 2016. Disponível em: <www.dailymail.co.uk/news/article-3830790/Charlie-Rose-interviews-robot-named-Sophia-used-pickup-line-journalist-report-artificial-intelligence.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

substitui tudo o que uma pessoa tem, outros aparelhos de comunicação ou até mesmo cartões de crédito, ou chaves.”⁴⁰ Nos Estados Unidos, uma empresa de software de Wisconsin é a primeira a realizar a implementação de microchips, de forma opcional, em seus trabalhadores. O microchip tem a função de abrir portas, fazer login em computadores, realizar pagamentos na cafeteria, com apenas o movimento da mão. Esses dispositivos têm o tamanho de um grão de arroz e são implementados entre o dedão e o dedo indicador, conforme verifica-se pela figura abaixo⁴¹.

A diretora e professora Marie DesJardins da faculdade de engenharia e TI (Tecnologia da Informação) de Maryland questiona qual o problema que a implantação de microchips nos indivíduos resolve. Para ela, os benefícios de segurança apresentados pelos microchips são muito menores do que o esperado; como não há nenhuma senha nesse dispositivo, qualquer pessoa poderia ler o código de outra e criar outro dispositivo que responda ao mesmo código, havendo assim um perigo à segurança do indivíduo e ainda completa: “Essa tecnologia é para conveniência, não para segurança. E se as pessoas estão utilizando pois acham que é mais segura, eu acho que é muito perigoso” ⁴² (tradução nossa).

No entanto, antes mesmo de as empresas pensarem em implementar microchips em trabalhadores, os indivíduos, por sua livre e espontânea vontade, passaram a utilizar esses dispositivos para afazeres do dia a dia. Uma das histórias mais conhecidas é de Amal Graafstra, norte-americano pioneiro no implante de microchips em humanos. Ele utiliza esses dispositivos desde 2005 e a ideia surgiu em razão de Amal sempre

⁴⁰ CYBORGS, at work: employees get implanted with microchips. **CBS News**, [S.l.], 3. Abr. 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/cyborgs-at-work-employees-getting-implanted-with-microchips/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴¹ MICROCHIPPING of employees raises new privacy concerns. **HR Specialist**, Falls Church, v. 15, n. 9, p. 2, set. 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=124813939&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴² “This technology is for convenience. It’s not for security. And if people are doing this because they think it’s more secure, I think that’s dangerous.” GIUSTI, Autumn Cafiero. The practice of microchipping employees raises ethical, privacy concerns. **Chief Executive**, Nova Orleans, 11 ago. 2017. Disponível em: <<https://chiefexecutive.net/microchipping-employees/#>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

esquecer suas chaves de casa. Dessa forma, pensou em alguma forma de a própria porta reconhecê-lo e abrir, sem necessitar de uma chave. Antes de chegar ao implante de microchips, pensou em diversas formas de tentar ‘aposentar’ suas chaves, mas tudo parecia caro e obsoleto. Assim, com base na implantação de microchips em animais, foi que surgiu a ideia de implantar em si mesmo esse dispositivo⁴³.

Essa tecnologia se chama *Biohacking*, que é a “união da biologia e a ética hacker”⁴⁴ para os *biohackers*, o cérebro é algo que não pode ser modificado, no entanto, o corpo seria algo ‘flexível’, que pode ser modificado, assim, algumas pessoas implantam imãs em suas mãos e dessa forma a pessoa pode sentir campos magnéticos que não poderiam sentir antes, outros usam dispositivo que é posto no tornozelo, que faz com que a pessoa tenha senso de direção, dentre outros dispositivos que, via de regra, aprimoram o corpo humano⁴⁵.

Amal Graafstra em sua palestra no TED, apresenta o biochip como uma nova de evolução da espécie humana, e quando perguntado sobre o motivo dessa crença, ele responde o seguinte:

“Há duas coisas importantes quando falamos em evolução. Uma é a mutação randômica, nasce um bebê com um DNA modificado e geralmente isso está relacionado a algum tipo de defeito, algo que não vai ser determinante para a sobrevivência daquela pessoa. Por outro lado, temos a seleção natural. Vamos, por exemplo, dizer que a mutação é de um coração com defeito. Normalmente, este bebê iria morrer, mas somos capazes de arrumar uma falha no coração com cirurgia agora, mas a informação genética se mantém e pode ser transmitida. Se a gente conseguir arrumar o problema do coração no nível genético é possível solucionar a origem do problema. Com o biohacking, a mutação randômica é deixada de lado, porque a gente pode fazer escolhas

⁴³ BIOHACKING - the forefront of a new kind of human evolution: Amal Graafstra at TEDxSFU. Mountain View: Google, 2013. (16 min 38 s). TED X TALKS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7DxVWhFLI6E>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴⁴ ARRUDA, Felipe. Biohacking: revolução ou ameaça à humanidade?. **Tecmundo**, [S.l.], 11 mar. 2013. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/biologia/37472-biohacking-revolucao-ou-ameaca-a-humanidade-.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁴⁵ BIOHACKING - the forefront of a new kind of human evolution: Amal Graafstra at TEDxSFU. Mountain View: Google, 2013. (16 min 38 s). TED X TALKS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7DxVWhFLI6E>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

específicas e guiar algumas mudanças do jeito que gostaríamos que elas fossem. Por isso digo que é um novo tipo de evolução humana, porque escolhemos as mudanças que queremos integrar. Assim, a gente acaba ajudando o processo de seleção em níveis sociais e morais”⁴⁶.

Dessa forma, a ideia é criar um indivíduo totalmente modificado, através do *biohacking*. Assim, ao invés de serem criados robôs para substituir os humanos, será criada uma raça de humanos que serão robôs ou modificados para melhorar a espécie humana.

Um sistema utilizado por Amal Graafstra, mediante uma *tag* eletrônica, uma espécie de ‘etiqueta’ identificadora, implantada em sua mão, é o *Near Field Communication* (NFC) que é uma:

“Uma tecnologia que permite a troca de informações entre dispositivos sem a necessidade de cabos ou fios (*wireless*), sendo necessária apenas uma aproximação física. A novidade teve origem no padrão RFID (*Radio Frequency Identification*), mas se distanciou deste ao limitar o campo de atuação de frequências para uma distância de até 10 centímetros, objetivando tornar mais segura”⁴⁷.

Nessa *tag* eletrônica (‘etiqueta eletrônica’), Amal Graafstra colocou suas informações pessoais, ou seja, ao chegar perto do dispositivo, ele abre uma página com as informações sobre o indivíduo. Agora supondo que diversos celulares tenham essa tecnologia, basta algum indivíduo chegar perto para descobrir informações pessoais de alguém⁴⁸.

E se isso fosse utilizado pelos empregadores, cada indivíduo teria seus dados pessoais dentro de sua mão e com um simples ‘*click*’ liberaria os mesmos para quem tivesse um dispositivo que reconhecesse tal tecnologia. Isso traz uma insegurança jurídica muito grande, pois dependendo dos

⁴⁶ “AMAL Graafstra: um passo além de Darwin”. Entrevista com Amal Graafstra. **Dell Tecnologias do Futuro**. [S.L., 2013?]. Disponível em: <delltecnologiasdofuturo.ig.com.br/para-empresa/amal-graafstra-um-passo-alem-de-darwin/>. Acesso em: 12. mar. 2020.

⁴⁷ BRITO, Edivaldo. O que é NFC?. **Tech Tudo**, [S.L.], 31 jan. 2012. Disponível em: <www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/01/0-que-e-nfc.html>. Acesso em: 12. mar. 2020.

⁴⁸ BIOHACKING - the forefront of a new kind of human evolution: Amal Graafstra at TEDxSFU. Mountain View: Google, 2013. (16 min 38 s). TED X TALKS. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7DxVWhFLI6E>. Acesso em: 12. Mar. 2020.

tipos de dados contidos nesses sistemas, as pessoas podem saber em que local tal indivíduo mora, quantas pessoas tem em sua família, dentre outras informações que devem ser mantidas em sigilo e que cabe ao empregado liberá-las ou não.

O futuro do trabalho pode estar nas mãos de robôs e os humanos apenas existiriam para coordenar os robôs em suas funções. A tecnologia permite que as pessoas vejam um futuro em que o seres humanos são dispensáveis em suas funções, perdendo espaço para robôs. Veja-se que hoje é possível a implantação de microchips em trabalhadores e não há como prever quais as funções que esses dispositivos podem ter. Os *biohackers* implantam microchips para testar funções novas, e utilizar isso para benefício seu e da sociedade. No entanto, no momento que essa tecnologia entra no direito do trabalho, ela pode influenciar diretamente nas relações. Um microchip pode vir a melhorar funções do corpo, modificando a pessoa e a tornando mais apta ao trabalho. Se o futuro reserva um mundo com *cibertrabalhadores*, modificados geneticamente, com o intuito de melhorar as funções, por exemplo, motoras, de alguém, não há como saber, mas na velocidade e avanço que a tecnologia apresenta, é algo que se pode cogitar.

Conclusão

No presente artigo, buscou-se inicialmente fazer uma breve explicação sobre o que são os microchips e a utilização desses no ambiente de trabalho, bem como abordar as situações de violação dos direitos da personalidade, demonstrando que a tecnologia dos microchips pode apresentar problemas éticos e morais, se utilizada por empregadores.

Abordou-se a necessidade do consentimento para que, caso seja permitida a utilização de microchips em trabalhadores, não haja nenhuma violação dos seus direitos pessoais e da sua privacidade. E conclui-se que por mais benéfica que possa ser a utilização de microchips, como, por exemplo, no caso de informações médicas, auxiliando o melhor

atendimento em caso de necessidade, com monitoramento das funções vitais da pessoa, ainda há diversas questões a serem estudadas para que a utilização desses microchips não violem direitos das pessoas.

Não há dúvidas de que a tecnologia no mundo está em um ritmo muito acelerado, e cada vez mais as pessoas precisam aprender a utilizar a tecnologia a seu favor, e implementar no seu trabalho de forma que seja benéfico para si e para seus empregados. Porém, a implantação de microchips pode ser considerada como uma invasão ao corpo da pessoa, por ser implantado de forma subcutânea, e as informações que esses microchips podem conter, podem violar os direitos da personalidade do indivíduo, e novamente, não há como saber quais as pessoas poderão ter acesso às informações contidas nos microchips.

Não é possível prever o futuro, no entanto, em uma era em que a tecnologia domina e que cada vez mais avanços são possíveis, refere-se a uma nova classe de trabalhadores, os *cibertrabalhadores*, o processo de evolução possibilita que inovações sejam realizadas e que se é possível a utilização de próteses mecânicas para substituir certas partes do corpo e a implantação de microchips nos seres humanos, não é de se duvidar de que no futuro não existam pessoas, apenas robôs humanizados, com a capacidade de pensar como qualquer outro ser humano, mas com um corpo que não é vulnerável, que não sofre com emoções, substituindo-se, assim, as pessoas, ou criando pessoas, através do *biohacking*, para que os indivíduos sejam menos vulneráveis e atendam melhor às questões de produtividade requeridas pela sociedade.

Referências

ABC NEWS. **Cockroaches movements controlled with computer chips**. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/US/video/cockroaches-movements-controlled-computer-chips-18746063>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

AGUIAR, Antonio Carlos. **Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo**. São Paulo: LTr, 2018.

AMAL Graafstra: um passo além de Darwin”. Entrevista com Amal Graafstra. **Dell Tecnologias do Futuro**. [S.l., 2013?]. Disponível em: <delltecnologiasdofuturo.ig.com.br/para-empresa/amal-graafstra-um-passo-alem-de-darwin/>. Acesso em: 12 mar. 2020.

ARRUDA, Felipe. Biohacking: revolução ou ameaça à humanidade?. **Tecmundo**, [S.l.], 11 mar. 2013. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/biologia/37472-biohacking-revolucao-ou-ameaca-a-humanidade-.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BIOHACKING - the forefront of a new kind of human evolution: Amal Graafstra at TEDxSFU. Mountain View: Google, 2013. (16 min 38 s). TED X TALKS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7DxVWhFLI6E>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRITO, Edivaldo. O que é NFC?. **Tech Tudo**, [S.l.], 31 jan. 2012. Disponível em: <www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/01/0-que-e-nfc.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CHIA, Jessica. Robot uses pick-up line on Charlie Rose sending the journalist into a fit of laughter during interview exploring artificial intelligence. **MailOnline**. [S.l.], 10 out. 2016. Disponível em: <www.dailymail.co.uk/news/article-3830790/Charlie-Rose-interviews-robot-named-Sophia-used-pickup-line-journalist-report-artificial-intelligence.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CLARKE, Tom. Here come the ratbots. **Nature**. [S.l.], 2 maio 2002. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/newso20429-9>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CYBORGS, at work: employees get implanted with microchips. **CBS News**, [S.l.], 3. Abr. 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/cyborgs-at-work-employees-getting-implanted-with-microchips/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

EMPRESA sueca implanta microchips nas mãos de funcionários. **Canal Tech**, São Paulo, 05 abr. 2017. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/entretenimento/empresa-sueca-implanta-microchips-nas-maos-de-funcionarios-91750/>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

GEORGIA GENERAL ASSEMBLY. **2009-2010 Regular session – SB 235. Georgia, 2009.** Disponível em <<http://www.legis.ga.gov/legislation/en-US/display/27774>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

GIUSTI, Autumn Cafiero. The practice of microchipping employees raises ethical, privacy concerns. **Chief Executive**. Nova Orleans, 11 ago. 2017. Disponível em: <<https://chiefexecutive.net/microchipping-employees/#>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

GUHARROY, Roy. Potential and perils of implantable microchip. **American Journal of Health-System Pharmacy**. Bethesda, v. 62, n. 4, p. 355, 15 fev. 2005. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=c8h&AN=106084011&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

INDIAN Millennials: Are microchip implants a more secure technology for identification and access control?. **IEEE Conference on Technology and Society in Asia (T&SA)**. 1, out. 2012. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsee&AN=edsee.6397977&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

JEFFRIES, Adrienne. DARPA teams begins work on tiny brain implant to treat PTSD. *The Verge*. [S.l.], 28 maio 2014. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2014/5/28/5758018/darpa-teams-begin-work-on-tiny-brain-implant-to-treat-ptsd>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

KOPPLIN, Keith E.; PLATT, Sarah J. Wave of the future? Company offers to microchip employees. **HR Specialist**, Falls Church, v. 13, n. 1, p. 6, jan. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=127121028&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MAKING a bit of me. **The Economist**. [S.l.]. 18 fev. 2010. Disponível em: <<https://www.economist.com/node/15543683>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MESTRES, Francisc. Evolución: de la espécie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MICROCHIPPING of employees raises new privacy concerns. **HR Specialist**, Falls Church, v. 15, n. 9, p. 2, set. 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=124813939&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MICROCHIPS implantados nas mãos abrem portas e substituem senhas. **Gazeta do Povo**. [S.l.], 7 set. 2016. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/microchips-implantados-nas-maos-abrem-portas-e-substituem-senhas-0t7vkk6odrki11nxviyw4bcqhk>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MOYA, 2007 apud MESTRES, Francisc. Evolución: de la espécie humana al cyborg. **Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico**, Barcelona, v. 1, p. 37-46. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=64397170&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

ÓRGÃOS humanos feitos em impressoras 3D. Mountain View, 2018. (1 min 43 s). **AFP BRASIL**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4kYtsfkiOk>>. Acesso em: 12 mar. 2020..

PISTONO, Federico. **Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem**: como sobreviver ao colapso econômico e ser feliz. Tradução de Pedro Maia Soares. 1. ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2017.

REIDY, Jim. One step closer to robots taking over. **Business NH Maganize**. Manchester, v. 37, n. 5, p. 33-35, maio 2017. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bwh&AN=122975340&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

ROBINSON, Wyatt. **Dog tracking chip: unnecessary expense or life saver?** [S.l., 2016?]. Disponível em: <<http://dogsaholic.com/care/dog-tracking-chip.html>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

ROZO, Omar Parra; TAO, Hernando Barrios. El transhumanismo: cuestión de piel. Escritos - **Fac. Filos. Let. Univ. Pontif. Bolívar. Bogotá**, v. 23, n. 50, p. 43-65, Jan. 2015.

Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So120-12632015000100003&lng=en&tlng=en#?>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Livro eletrônico.

SMITH, Charles. Human Microchip Implantation. **Journal of Technology Management & Innovation**. [S.l.], n. 3, v. 3, p. 151-160, set. 2018. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=39342723&lang=pt-br&site=ehost-live>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

TALWAR, Sanjiv K. et al. Behavioural neuroscience: rat navigation guided by remote control. **Nature**. [S.l.], n. 417, p. 37-38, 2 maio 2002. Disponível em: <<http://www.nature.com/articles/417037a.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

WISCONSIN company to be first in U.S. to implant microchips in employees. Mountain View: Google, 2017. (1 min 28 s). **ABC Action News**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gzN6cUvh3kl>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Reflexões sobre o direito ao contraditório no contexto do exercício do *jus postulandi* no processo eletrônico da justiça do trabalho

Amália Rosa de Campos *

Introdução

O direito ao contraditório, como é consabido, corresponde em nosso ordenamento jurídico a um dos muitos consectários do direitos das partes a um processo justo. Não obstante, quando confrontado com as peculiaridades que envolvem o exercício do *jus postulandi* no âmbito do Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT, torna necessário perquirir em que medida a parte desassistida por procurador tem resguardado o seu direito de participar efetivamente do processo e de influenciar o provimento jurisdicional que invariavelmente afetará sua esfera privada.

A investigação dessa problemática será levada a efeito, no presente estudo, em dois momentos: o primeiro, voltado a perquirir justamente no que consiste o contraditório e quais suas dimensões, bem como a determinar quais os reflexos gerados pelo fenômeno da virtualização do processo em seu conteúdo mínimo; o segundo, destinado a estabelecer qual a roupagem que o *jus postulandi* apresenta hodiernamente na

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pesquisadora no Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho da PUCRS. Advogada. E-mail: amalia@santannaecampos.com.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2978023445556532>.

processualística juslaboral, com especial atenção às críticas que lhe são dirigidas pela doutrina, sobretudo face à implementação do PJe-JT. Tomando-se por base justamente as dimensões material e formal do contraditório, ao fim, são propostas alternativas para assegurar-se, tanto quanto possível, a coexistência de ambos os direitos sob comento no ordenamento jurídico pátrio.

Aqui, cumpre desde já referir que o presente estudo não se presta à discussão acerca da (in)constitucionalidade do *jus postulandi* frente ao e-processo. Isso porque a sua subsistência é uma realidade que se impõe ao operador do direito, de modo que o que se pretende é contribuir para que o seu exercício não se afaste dos postulados inerentes ao contraditório enquanto instrumento de justo processo – o que será obtido mediante o emprego de método de abordagem hipotético-dedutivo, comparativo e funcionalista, quanto ao procedimento, e sistemático, quanto ao método de interpretação, recorrendo-se, ademais, à pesquisa essencialmente explicativa e bibliográfica.

O tema proposto envolve o delineamento e conformação de importantes pilares do direito ao processo justo e almeja-se com seu estudo mitigar o desequilíbrio processual que comumente envolve o exercício do *jus postulandi* e que parece ser exponencializado pela tramitação do processo trabalhista em ambiente eletrônico.

1 O direito ao contraditório: breves considerações acerca do impacto do e-processo no seu conteúdo mínimo e dimensões

O contraditório, como é cediço, traduz-se em direito fundamental que no ordenamento jurídico pátrio figura como um dos muitos consectários do direito ao processo justo.¹ No presente título, pois, após uma breve exposição do conteúdo mínimo do direito ao contraditório e das dimensões

¹ GRECCO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, ano VII, n. 14, abril, 2002. Arquivo em PDF, p. 12.

que lhe são atribuídas pela doutrina, será abordado o fenômeno da virtualização do processo e os reflexos por si gerados no sobredito direito.

1.1 Noções elementares acerca do conteúdo mínimo e dimensões do direito ao contraditório

Partindo-se das premissas de que: no ordenamento jurídico pátrio a jurisdição, enquanto forma de solução de conflitos, está sujeita a monopólio do Estado²; e que hodiernamente o processo é encarado não mais como a mera dicção da vontade da lei para o caso concreto³, mas como um instrumento voltado a “[...] proporcionar a todos uma tutela *procedimental* e substancial *justa*, adequada e efetiva”⁴; pode-se afirmar que o contraditório desempenha o importante papel de assegurar às partes a faculdade de participar do processo e travar debates, de modo a que, justamente, possam contribuir ativamente para que a decisão final represente a melhor solução para o caso concreto⁵.

Ao assegurar “[...] a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica”⁶, o contraditório auxilia na concretização do “[...] fim último do processo, qual seja a prolação de uma sentença que regule de forma justa o caso concreto, dando uma resposta adequada ao problema proposto”⁷. Nessa senda, pois, é possível afirmar que “[...] o conteúdo mínimo do direito ao contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade

² OSNA, Gustavo. Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise crítica da teoria processual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 22.

³ OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos? Curitiba: UFPR, 2013. **Dissertação** (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 9-11).

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e Contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2, n. 1, jan.-jun., 2010, p. 64.

⁵ REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia ao contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. vol. 33., n. 162, ago., 2008, p. 336-7.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov., 1993, p. 178.

⁷ REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia ao contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. vol. 33., n. 162, ago., 2008, p. 335.

de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes”⁸.

Pois bem, é justamente a partir do conteúdo mínimo supra referido que a doutrina pátria sinaliza a existência de duas dimensões do direito ao contraditório.

Sob o ponto de vista formal - produto da sedimentação de uma visão liberal do processo⁹ - o contraditório está adstrito à bilateralidade da audiência¹⁰, é dizer, ao direito das partes de serem comunicadas acerca de cada um dos desdobramentos da marcha processual¹¹ e de terem assegurada a possibilidade de se manifestarem nos autos, em situação de “[...] igualdade de chances (*chencengleichheit*) e [...] igualdade de armas (*woffengleichheit*) [...]”¹², sobre qualquer questão de fato ou de direito que seja relevante para a formação do convencimento do julgador e, por conseguinte, ao deslinde do feito¹³.

Já em sua dimensão material – atrelada a uma releitura do ordo isonômico¹⁴ e exponencializada por movimentos de “[...]”

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 10, out.-dez, 1998, p. 672.

⁹ GROSS, Marco Eugênio. Diálogo, Participação e a Influência do Processo Cooperativo no Conteúdo da Garantia do Contraditório. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS**. v. 6, n. 7 e 8, 2007, p.367-70.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

¹¹ GRECCO, Leonardo. Contraditório Efetivo (art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 15, jan.-jun., 2015, p. 302.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e Contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2, n. 1, jan.-jun., 2010, p. 70.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **GENESIS - Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 10, out.-dez, 1998, p. 672.

¹⁴ Ao discorrer sobre o ordo isonômico, cujo surgimento remonta ao medievo dos séculos XVII, refere a doutrina tratar-se de um modelo cujas raízes lógicas e éticas repousam na dialética, sofisticada e retórica aristotélicas, caracterizado pela possibilidade das partes se manifestarem ativamente e sucessivamente no processo, trazendo ao julgador os fatos tendentes à revelação de uma verdade provável e pela postula do magistrado que, adotando conduta neutra, mas não passiva, era responsável por conduzir o processo de modo a assegurar a manutenção de uma relação isonômica (*In*: GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. **La responsabilità del Giudice**. Milão: Giuffrè, 1995, p. 8-10). A atual dimensão formal do contraditório, importa registrar, não visa a “[...] restabelecer o ordo isonômico medieval propriamente dito, mas [...] inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação de órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes” (*In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do Juiz e Visão cooperativa do Processo. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/poderes-do-juiz-e-vis%03%A3o-cooperativa-do-processo>. Acesso em 15 mar. 2019, p. 6).

constitucionalização de garantias processuais”¹⁵ - o contraditório é percebido como consectário do direito a um processo justo¹⁶, de modo que o já existente direito das partes à participação no processo é qualificado pela necessidade de estabelecimento de uma relação dialética¹⁷ e cooperativa¹⁸ que lhes permita, como tal, influenciar o convencimento do julgador¹⁹ e, com ele, construir uma tutela jurisdicional efetiva²⁰.

No que tange à figura do julgador, exsurge, no panorama do contraditório substancial, a necessidade de adoção de comportamento “[...] leal e previsível, que respeite as garantias fundamentais oferecidas às partes, [...] prestando-lhes, nos limites impostos pela necessidade de preservar a sua imparcialidade, toda assistência e colaboração”²¹, bem como garantindo que não sejam surpreendidas pelos argumentos expendidos por ocasião da prolação do *decisum* que dá fim à prestação jurisdicional²².

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e Contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2, n. 1, jan.-jun., 2010, p. 69.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 10, out.-dez, 1998, p. 669.

¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov., 1993, p. 178; REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia ao contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. vol. 33, n. 162, ago., 2008, p. 343-4.

¹⁸ Veja-se que, consoante a melhor doutrina, o direito de influência nos rumos da lide e em seu resultado final somente pode ser verificado no âmbito processual quando assegurado às partes e ao julgador o estabelecimento de uma relação processual colaborativa (*In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e Visão cooperativa do Processo. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/poderes-do-juiz-e-vis%C3%A3o-cooperativa-do-processo>. Acesso em 15 mar. 2019, p. 6), que por sua vez encontra fundamento: a) nos efeitos estruturantes dos primados da democracia participativa e da soberania popular características do Estado Democrático (*In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6. ed. São Paulo :Saraiva, 2017, *E-book*, p. 294); e b) da dignidade da pessoa humana, que especificamente em sede processual assegura que as partes não sejam tratadas como “[...] simples ‘objeto’ do pronunciamento judicial [...]” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 10, out.-dez, 1998, p. 670).

¹⁹ REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia ao contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. vol. 33, n. 162, ago., 2008, p. 333-4.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e Contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 2, n. 1, jan.-jun., 2010, p. 69).

²¹ GRECCO, Leonardo. Contraditório Efetivo (art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 15, jan.-jun., 2015, p. 306.

²² SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação da Decisão Surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*, p. 71.

De se registrar, por relevante, que no direito processual contemporâneo a relação existente entre as dimensões do direito ao contraditório é de coexistência²³ – e não de substituição do viés formal pelo material, como equivocadamente se poderia supor, em razão de seus marcos históricos e ideológicos se apresentarem em caráter de sucessão. Nessa senda, se processo é procedimento em contraditório²⁴, pode-se afirmar que um processo somente poderá ser qualificado como justo quando o contraditório puder ser adjetivado como pleno, leia-se, quando garantido em seu duplo espectro.

1.2 O processo em ambiente eletrônico e seus reflexos no direito ao contraditório

O fenômeno da virtualização de processos, no direito pátrio, passou – e ainda passa – por constante evolução. A doutrina, no ponto, costuma dividi-lo dogmática e cronologicamente em três fases ou gerações: a) a primeira, foi marcada essencialmente pela mudança do processo do meio físico para o meio eletrônico²⁵ - o que foi operacionalizado por meio da digitalização de peças processuais originalmente cartulares²⁶; b) a segunda tem como principais traços distintivos o crescimento do uso de documentos propriamente eletrônicos²⁷ e a “[...] automação de parte das atividades associadas à execução dos trabalhos, como a publicação de atos e decisões por meio eletrônico”²⁸; e c) a terceira, traduz-se em reflexo

²³ MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, dez., 2014, p. 72.

²⁴ FAZZALARI, Elio. *Procedimento e Processo (teoria generale)*. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. 35, Milão: Guiffre, 1986, p. 827-8.

²⁵ CHAVES, Manoel Matos de Araújo. Algumas Considerações sobre o Princípio do Contraditório no Processo Eletrônico. **Revista Eletrônica do TRT9**. Curitiba, v. 2, n. 15, jan.-fev., 2013, p. 172.

²⁶ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma Nova Teoria do Processo em Rede. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 185, nov., 2015. Arquivo em PDF, p. 2-3.

²⁷ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma Nova Teoria do Processo em Rede. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 185, nov., 2015. Arquivo em PDF, p. 3.

²⁸ ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26.

direto da sociedade em rede²⁹ na medida em que a possibilidade de conexão do processo com a rede mundial de computadores teve – e ainda tem – o condão de alterar a dinâmica entre os sujeitos processuais³⁰, representando uma alteração de paradigmas.

A uma porque causa verdadeira disrupção nas noções vigentes de tempo e lugar da prática dos atos processuais, haja vista que os autos se tornam acessíveis em qualquer lugar do globo terrestre e em tempo integral³¹. A duas, porque o meio eletrônico deixa de ser “[...] mera ferramenta de transferência, armazenamento, processamento ou manipulação de dados”³² e passa a representar a possibilidade de uma prestação jurisdicional “[...] mais célere e acessível, ocasionando uma maior aproximação das partes com o processo, passando assim a colaborar de maneira mais efetiva na formação do convencimento do juiz”³³.

A “[...] desmaterialização dos autos, isto é, sua passagem do mundo dos átomos, para o mundo digital dos *bits* [...]”³⁴, outrossim, desencadeou a necessidade de se repensar a ciência processual. As características *sui generis* do meio reticular se mostraram tantas que a doutrina especializada reconheceu na virtualização do processo uma fonte de princípios específicos³⁵, dentre os quais interessam para os fins do presente estudo o da conexão e da interação, porquanto mais diretamente impactam o direito ao contraditório.

²⁹ Trata-se de expressão cunhada por Manuel Castells para designar a sociedade que é produto de uma economia globalizada e de um avanço tecnológico, sobretudo nos meios de comunicação, na qual se verifica uma tendência a relativizar a soberania dos Estados e ao estabelecimento de uma governabilidade transnacional. (In: CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1).

³⁰ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma Nova Teoria do Processo em Rede. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 185, nov., 2015. Arquivo em PDF, p. 4.

³¹ ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97.

³² FINCATO, Denise; CARVALHO, Jorge Jales de. **Revista Jurídica do Cesuca**, v. 3, n. 5, abr., 2016. Arquivo PDF, p. 5.

³³ FINCATO, Denise; CARVALHO, Jorge Jales de. **Revista Jurídica do Cesuca**, v. 3, n. 5, abr., 2016. Arquivo PDF, p. 5.

³⁴ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Comentários à Lei do Processo Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010, p. 15.

³⁵ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Comentários à Lei do Processo Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010, p. 23-37).

O princípio da conexão³⁶ parte da premissa de que, por ser possível acessar livremente os autos através da rede mundial de computadores³⁷ a interação – das partes entre si e frente ao julgador, assim como de todos os sujeitos com os autos do processo³⁸ – é exponencializada³⁹. Essa realidade, a toda obviedade, repercute no direito ao contraditório, na medida em que “[...] a conexão aumenta a responsabilidade das partes no processo, como contrapartida ao próprio alargamento de sua participação”⁴⁰.

E é precisamente essa potencialização da possibilidade de participação das partes no processo que fundamenta o princípio da interação⁴¹. O referido princípio, concebido por José Eduardo de Resende Chaves Júnior, é por ele descrito como “[...] uma espécie de *upgrade* do contraditório [...]”⁴², na medida em que a adoção de meios eletrônicos para a prática de atos processuais e a possibilidade de interação incessante com os autos transformaria a mera contradição – no sentido de possibilidade de reação – em interação – enquanto possibilidade de construção de uma relação colaborativa e compromissada com a busca da verdade⁴³.

Em se tratando da dimensão formal do contraditório, não paira dúvida de que o processo que tramita em ambiente eletrônico a preserva,

³⁶ Como bem salienta José Eduardo de Resende Chaves Júnior, a noção de conexão não pode ser confundida com a imaterialidade do processo. Isso porque o e-processo alia ao seu caráter virtual à característica da reticularidade, ou seja, de uma existência em rede que permite múltiplas, incessantes e fluidas ligações entre os sujeitos processuais no ambiente do processo (*In*: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma Nova Teoria do Processo em Rede. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 185, nov., 2015. Arquivo em PDF, p. 13).

³⁷ CHAVES, Manoel Matos de Araújo. Algumas Considerações sobre o Princípio do Contraditório no Processo Eletrônico. **Revista Eletrônica do TRT9**. Curitiba, v. 2, n. 15, jan.-fev., 2013, p. 173.

³⁸ GILLET, Sérgio Augusto da Costa. Pelo e-processo justo: construção de um modelo mínimo para a virtualização do processo judicial. Porto Alegre. PUCRS, 2017. **Dissertação (Mestrado em Direito)**, Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, p. 60.

³⁹ FINCATO, Denise; CARVALHO, Jorge Jales de. **Revista Jurídica do Cesuca**, v. 3, n. 5, abr., 2016. Arquivo PDF, p. 8.

⁴⁰ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Comentários à Lei do Processo Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010, p. 29.

⁴¹ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma Nova Teoria do Processo em Rede. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 185, nov., 2015. Arquivo em PDF, p. 22

⁴² CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Comentários à Lei do Processo Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010, p. 34.

⁴³ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Comentários à Lei do Processo Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010, p. 34.

na medida em que, além de obviamente permitir que as intimações e citações sejam realizadas por meio eletrônico⁴⁴, assim tornando-as mais simples⁴⁵, sustentáveis e menos dispendiosas - o que é altamente desejável em termos de administração judiciária -, também possibilita o imediato e irrestrito conhecimento, pelas partes, das petições, decisões e provas que se encontram no processo, com relação às quais é-lhes assegurada a possibilidade de manifestação⁴⁶.

Quanto à dimensão material do contraditório, superadas algumas dificuldades iniciais atinentes ao acesso a autos eletrônicos e à utilização de ferramentas informacionais, é deveras evidente que é ela privilegiada no processo em ambiente reticular, a partir do momento em que este permite uma interação “[...] em tempo real, com sinergia e maior grau de autenticidade”⁴⁷, que é também realizada em um ambiente aberto ao diálogo entre os sujeitos processuais e que incentiva a formação entre eles de uma relação cooperativa⁴⁸.

Verifica-se, a partir do exposto, que o fenômeno da virtualização do processo, ao menos em tese, tem o potencial de gerar repercussões positivas no direito ao contraditório.

2 o direito a um contraditório pleno no contexto do exercício do jus postulandi no processo eletrônico da justiça do trabalho

Uma vez delimitado o conteúdo e alcance do direito ao contraditório, cumpre no presente momento verificar se as exponencializações de acesso à informação, possibilidade de manifestação e de estabelecimento de um regime de diálogo e cooperação em meio reticular professadas pela

⁴⁴ ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 93.

⁴⁵ CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo Judicial Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 146-8).

⁴⁶ ARONNE, Bruno da Costa. O impacto da informação judicial sobre os princípios do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 2, n. 2, jan-dez., 2008, p. 94.

⁴⁷ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma Nova Teoria do Processo em Rede. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 185, nov., 2015. Arquivo em PDF, p. 22.

⁴⁸ FINCATO, Denise; CARVALHO, Jorge Jales de. **Revista Jurídica do Cesuca**, v. 3, n. 5, abr., 2016. Arquivo PDF, p. 8.

doutrina efetivamente se confirmam – e em que medida - quando confrontadas com as vicissitudes do *jus postulandi* exercido em sede de PJe-JT.

2.1 *Jus postulandi* e os impactos decorrentes da adoção do processo eletrônico pela justiça do trabalho

O *jus postulandi*, como é cediço, traduz-se na faculdade que a parte detém de postular pessoalmente em Juízo⁴⁹. Particularmente na processualística juslaboral, remonta à época na qual a Justiça do Trabalho sequer se encontrava sob o pálio do Poder Judiciário⁵⁰ e foi concebido como instrumento voltado a assegurar o acesso à justiça – aqui, coadunando-se com o típico propósito da primeira onda retratada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth⁵¹ - àqueles empregados e empregadores que, seja pela impossibilidade de dispêndio com honorários advocatícios, seja à vista de uma realidade de procedimentos de natureza administrativa que se revestiam de informalidade e nos quais eram discutidas matérias deveras simplórias⁵², optassem por não constituir defesa técnica.

⁴⁹ Aqui, impera registrar que há doutrinadores que sustentam que o *jus postulandi* confere à parte capacidade postulatória, sendo uma exceção à regra de que tal capacidade é restrita à figura dos advogados, enquanto outros argumentam essencialmente que o *jus postulandi* não equivale à capacidade postulatória, que é privativa dos profissionais legalmente habilitados” (In: BARROS, Ana Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. *O jus postulandi e o acesso à justiça no processo do trabalho*. In: MEZZAROBBA, Orides et al (org.) **Acesso à Justiça II**. Curitiba: Clássica Editora, 2014, p. 55-6).

⁵⁰ No ponto, impende registrar que a Justiça do Trabalho fez sua primeira aparição no Texto Constitucional de 1934, enquanto órgão atrelado ao Poder Executivo, sendo-lhe negada competência para julgamento de questões ligadas à legislação social, situação esta que permaneceu até a Carta de 1946, então, responsável por efetivamente incluir que a Justiça do Trabalho na organização do Poder Judiciário. (In: CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 462, 490 e 511). No tocante especificamente ao *jus postulandi*, verifica-se certa divergência acerca do momento histórico de sua gênese. Enquanto há autores que sustentam que o Decreto n. 22.132/32, em seu art. 6º, ao autorizar que as reclamações fossem “dirigidas pelos interessados”, ainda que exigisse para tanto sua sindicalização, foi o precursor de tal direito, outros apontam que seu nascimento decorreu apenas por meio do Decreto-Lei n. 1.237/39, cujo art. 42 previa a possibilidade de comparecimento “pessoal” do reclamante e do reclamado à audiência. (In: ASSIS, Estela Regina. *Efeitos do Processo Eletrônico no Jus Postulandi*. *Revista do Curso de Direito da FSG*, v.10, n.19, 2016, p. 101; e CARDEL, Renato de Souza. *O Processo Judicial eletrônico e o jus postulandi na Justiça do Trabalho*. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*. V. 6, n. 8, jan., 2017, p. 336.).

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15-49).

⁵² SUSSEKIND, Arnaldo; BOMFIM, Benedito Calheiros; PIRAINO, Nicola Manna. *Justiça do Trabalho, Advogado e Honorários*. *Revista do TRT/EMATRA 1ª Região*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 46, jan./dez, 2009, p. 52-3.

Em sua atual roupagem, extraída preponderantemente do artigo 791, do Texto Consolidado, corresponde à “[...] *capacidade conferida por lei às partes*, como sujeitos da relação de emprego, *para postularem diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogados*”⁵³, à qual se soma – e no ponto já se identifica uma visão de acesso à justiça preocupada com a efetividade da tutela jurisdicional⁵⁴ – a faculdade de acompanhamento do desenrolar da lide até que chegue a termo, resguardados alguns limites fixados por entendimento pretoriano⁵⁵.

Pois bem, em que pese o indiscutível caráter bem-intencionado do legislador ao prever o *jus postulandi*, sua constitucionalidade não é questão pacificada entre os operadores do direito. Embora tenha resistido⁵⁶ à superveniência do artigo 133, da Constituição Federal de 1988 – que estabelece a indispensabilidade do advogado para a administração da Justiça – e do artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.906/94 – que previa ser a postulação em qualquer juízo atividade exclusiva da advocacia – o instituto ainda sofre duras críticas propaladas pela doutrina, que sustenta essencialmente que: a) o aumento da complexidade das matérias discutidas, quando somado à quantidade e tecnicidade das normas aplicáveis ao direito material e processual do trabalho⁵⁷, tornam-no

⁵³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 408.

⁵⁴ GILLET, Sérgio Augusto da Costa. Pelo e-processo justo: construção de um modelo mínimo para a virtualização do processo judicial. Porto Alegre. PUCRS, 2017. **Dissertação (Mestrado em Direito)**, Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, p. 31-2).

⁵⁵ Súmula n.º 425 – “JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE.

O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

⁵⁶ Diz-se resistido porque embora os dispositivos legais abaixo referidos tenham estabelecido, respectivamente, a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça e a postulação em Juízo como atividade privativa da advocacia, daí exurgindo ferrenhos debates acerca da revogação ou não do art. 791, do Texto Consolidado, a questão foi sepultada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 67.390-2/PR – em que essencialmente sustentou-se que o art. 133, da Constituição Federal não teve o condão de revogar o art. 791, do Texto Consolidado, então, norma específica – e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127-8 – em que foi reconhecida a subsistência do *jus postulandi* e declarada a inconstitucionalidade do vocábulo “qualquer”, inserto no art. 1º, inciso I, do Estatuto de Ordem –.

⁵⁷ STOCCO, Kleber José. Jus postulandi e o processo judicial eletrônico na justiça do trabalho: A mitigação do princípio da irrenunciabilidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. n. 29, maio-ago., 2016, p. 98.

incompatível com a concepção de processo justo⁵⁸; b) haveria violação de princípios e garantias processuais de matriz constitucional, tais como o direito à paridade de armas⁵⁹, a ampla defesa, acesso à justiça⁶⁰ e imparcialidade do julgador⁶¹; c) seria ele incompatível com o princípio protetivo e com o princípio da irrenunciabilidade⁶²; e d) que a parte desassistida de advogado não teria condições psicológicas e/ou emocionais para o enfrentamento de um processo, havendo também potencialidade de acirramento do litígio em razão da participação direta do jurisdicionado na prática dos atos processuais⁶³.

Nesse já delicado contexto, o advento do PJe-JT – instituído e disciplinado a partir da conjugação da Lei n. 11.419/06 e da então vigente Resolução n. 94, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT⁶⁴ -, que trouxe consigo diversas exigências de ordem técnica, bem assim de domínio de ferramentas informacionais para a prática de atos processuais, só fez avolumar o coro daqueles que já se mostravam contrários à subsistência do *jus postulandi* no processo trabalhista.

Das críticas mais comumente traçadas é possível observar um denominador comum: o argumento de que o sistema do PJe-JT não é acessível àquelas partes que optam por litigar sem a constituição de defesa

⁵⁸ GRECCO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, ano VII, n. 14, abril, 2002. Arquivo em PDF, p. 3-4.

⁵⁹ BARROS, Ana Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. O *jus postulandi* e o acesso à justiça no processo do trabalho. In: MEZZARROBA, Orides *et al* (org.) **Acesso à Justiça II**. Curitiba: Clássica Editora, 2014, p. 67.

⁶⁰ FINCATO, Denise Pires; FREITAS, Raquel Hochmann. *Jus postulandi*, Assistência Judiciária e Processo Eletrônico. Reflexões sobre o Processo do Trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, v. 347, 2012, p. 12.

⁶¹ BARROS, Ana Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. O *jus postulandi* e o acesso à justiça no processo do trabalho. In: MEZZARROBA, Orides *et al* (org.) **Acesso à Justiça II**. Curitiba: Clássica Editora, 2014, p. 54.

⁶² STOCCO, Kleber José. *Jus postulandi* e o processo judicial eletrônico na justiça do trabalho: A mitigação do princípio da irrenunciabilidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. n. 29, maio-ago., 2016, p. 100.

⁶³ BARROS, Ana Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. O *jus postulandi* e o acesso à justiça no processo do trabalho. In: MEZZARROBA, Orides *et al* (org.) **Acesso à Justiça II**. Curitiba: Clássica Editora, 2014, p.64).

⁶⁴ O Conselho Superior da Justiça do Trabalho essencialmente regulamentou o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho ao longo dos anos por meio das Resolução n. 94/2012, substituída posteriormente pela Resolução n. 136/2014, que hodiernamente também foi substituída pela Resolução n. 185/2017, em vigor.

técnica⁶⁵, seja porque muitas são as ferramentas informacionais necessárias para seu acesso⁶⁶, seja porque a simplicidade dos usuários não lhes permite efetivamente acompanhar o desenrolar do processo em autos eletrônicos⁶⁷.

Veja-se, nesse sentido, que essas limitações se mostram presentes já no momento de ajuizamento da reclamação. Isso porque, a despeito de o artigo 4, da Resolução n. 185/2017 do CSJT, estabelecer a possibilidade de que a parte desassistida de advogado apresente peças processuais e documentos em meio físico e de, no caso específico das peças exordiaais, haver determinação no sentido de que “[...] os fatos relatados pelo autor serão digitados pelo servidor no sistema de Processo Eletrônico e formarão a base para a reclamação trabalhista”⁶⁸, sustenta-se que “[...] ao serventuário da justiça não compete o exame detalhado da pretensão do autor da ação, tampouco a orientação jurídica sobre o cabimento ou não do pretendido”⁶⁹, de sorte que a atermação potencialmente colocaria o reclamante à “[...] mercê da interpretação que o servidor dá às suas explicações, o que pode causar perdas irreparáveis de direitos”⁷⁰.

No tocante à audiência, argumenta-se que se quando os autos tramitavam em meio físico, já poderia haver dificuldade da parte em compreender, acompanhar e efetivamente participar da solenidade⁷¹, a situação fica ainda mais delicada a partir do momento em que os autos só

⁶⁵ FINCATO, Denise Pires; FREITAS, Raquel Hochmann. Ius postulandi, Assistência Judiciária e Processo Eletrônico. Reflexões sobre o Processo do Trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, v. 347, 2012, p. 8-9.

⁶⁶ OLIVEIRA, Clarisse Inês de. Processo Eletrônico e Ius Postulandi O Verso e o Anverso da Inovação Tecnológica. **Revista Eletrônica do TRT9**. Curitiba, v. 2, n. 15, jan.-fev., 2013, p. 68).

⁶⁷ SILVA, Tais Campos. A implementação do processo judicial eletrônico na justiça do trabalho e o conseqüente fim do jus postulandi. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, nov., 2014. **Acesso à Justiça I**. João Pessoa: CONPEDI, 2014. Arquivo em PDF, p. 9).

⁶⁸ **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUARTA REGIÃO**. Como ajuizar uma ação. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/como-ajuizar>. Acesso em 07 de abr. 2019.

⁶⁹ FINCATO, Denise Pires; FREITAS, Raquel Hochmann. Ius postulandi, Assistência Judiciária e Processo Eletrônico. Reflexões sobre o Processo do Trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, v. 347, 2012, p. 12.

⁷⁰ BARROS, Ana Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. O jus postulandi e o acesso à justiça no processo do trabalho. In: MEZZARROBA, Orides et al (org.) **Acesso à Justiça II**. Curitiba: Clássica Editora, 2014, p. 64.

⁷¹ SILVA, Tais Campos. A implementação do processo judicial eletrônico na justiça do trabalho e o conseqüente fim do jus postulandi. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, nov., 2014. **Acesso à Justiça I**. João Pessoa: CONPEDI, 2014. Arquivo em PDF, p. 8.

podem ser consultados por meio do acesso a diretórios específicos que, mesmo quando encontrados, demandam que as peças sejam localizadas através de comandos sequenciais de busca ou pela seleção de *links* presentes nos códigos alfanuméricos de identificação - IDs dos documentos eletrônicos ou em um sumário que se encontra apenas ao final do documento, local onde o homem médio, talvez, não atine a procurá-lo.

Soma-se a isso o fato de que os autos eletrônicos precisam ser compulsados enquanto a parte acompanha o andamento da audiência, cujos termos são consignados em uma ata que também é disponibilizada no mesmo computador, exigindo do usuário a capacidade de revezamento, em tempo real, entre duas interfaces – comumente designadas de “janelas” - com conteúdos distintos, em situação que, como bem pontua a doutrina, causa dificuldades até mesmo aos advogados mais habituados com o PJe-JT⁷².

Outra barreira apontada por aqueles que sustentam a incompatibilidade do *jus postulandi* com o processo em meio eletrônico, diz respeito ao fato de que, a teor do artigo 17, da Resolução n. 185, do CSJT, estabelece que a comunicação de atos processuais será feita por meio eletrônico, o que transferiria à pessoa leiga não apenas a obrigação de se manter alerta à comunicações eletrônicas de atos processuais, mas também de efetuar o controle dos prazos correspondentes⁷³.

Tomando-se em conta os entraves já descritos, poder-se-ia chegar à conclusão – como o fazem diversos dos doutrinadores citados no presente estudo – de que não mais haveria espaço para o *jus postulandi* no contexto do PJe-JT. Ocorre, contudo, que contrariando tais prospectos, estudos realizados no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho afetos aos

⁷² STOCCO, Kleber José. Jus postulandi e o processo judicial eletrônico na justiça do trabalho: A mitigação do princípio da irrenunciabilidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte. n. 29, maio-ago., 2016, p. 105.

⁷³ ASSIS, Estela Regina. Efeitos do Processo Eletrônico no *Jus Postulandi*. *Revista do Curso de Direito da FSG*, v. 10, n. 19, 2016, p. 107-8).

Estados da Paraíba e de Mato Grosso⁷⁴, apontam que a faculdade não apenas segue sendo utilizada pelas partes, como tem lhes assegurado significativo grau de sucesso.

O que essas pesquisas demonstram é que, muito embora o número de reclamações envolvendo *jus postulandi* seja ínfimo – e tenha diminuído com a adoção do PJe-JT -, seu objeto incide essencialmente sobre pedidos de anotação da rescisão contratual na Carteira de Trabalho e Previdência Social, pagamento de verbas rescisórias e liberação de guias para saque do Seguro Desemprego e de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço⁷⁵. Justamente por se tratarem: de matérias de menor complexidade; com valores que imprimem ao rito processual uma maior simplicidade; cuja produção de prova é estritamente documental; e cujo o ônus recai exclusivamente sobre o empregador⁷⁶; o que se verifica é que as demandas se mostram adequadas a tutelar o direito material adjudicado, sendo solucionadas em sua quase totalidade ainda em primeiro grau de jurisdição, de forma célere e satisfatória⁷⁷.

⁷⁴ Estudo conduzido junto ao Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba, verificou que embora tenha havido uma queda sensível de processos nos quais a parte atuou sem procurador, eles ainda assim representam pouco menos de 1% das ações distribuídas – e aqui, portanto, a amostragem não considera processos em que o reclamado litiga sem advogado – entre os anos de 2008 e 2012. (In: CAMÉLO, Lucas Emmanuel Silveira. *O jus postulandi e a implantação do processo eletrônico nas Varas do Trabalho do TRT/PB*, capital. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro. v. 23, n. 52, jul./dez. 2012, p. 188-189). Resultados de teor similar, podem ser extraídos de pesquisa que tomou por base as 207 e 202 reclamações ajuizadas em primeiro grau de jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho de Mato Grosso, respectivamente nos anos de 2012 e 2013. (In: BEHAR, Juliana Correia Rodrigues; ARAÚJO, Jailton Macena de. A nova processualística e o *Jus Postulandi* enquanto instrumento de acesso à justiça: Uma análise da realidade do *jus postulandi* no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região nos anos de 2012 e 2013. In: **Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da 13ª Região**. João Pessoa, v. 1, n. 1, jan./jun. 2016, p. 266).

⁷⁵ ASSIS, Estela Regina. Efeitos do Processo Eletrônico no *Jus Postulandi*. **Revista do Curso de Direito da FSG**, v. 10, n. 19, 2016, p. 108.

⁷⁶ A sumarização do rito trabalhista para ações que envolvam valores de até quarenta salários mínimos está prevista no art. 852-A, *caput*, da CLT; as obrigações de registro das informações essenciais do contrato de trabalho em CTPS constam no art. 29, CLT; a obrigação de documentação dos valores devidos e pagos face ao término do contrato de trabalho é extraída do art. 477, § 1º, CLT; o dever de assegurar acesso a seguro desemprego e saque do fundo de garantia por tempo de serviço decorre da obrigação prevista no art. 477, § 6º, CLT.

⁷⁷ Ainda sobre a pesquisa realizada junto ao TRT 23, “[...]convém esclarecer que cerca de 99% dos pleitos analisados tem a manifestação jurisdicional da fase cognitiva encerrada na primeira instância [...] no ano de 2013 houve procedência total de 35,64% das ações, as conciliações obtiveram êxito em 17,82%, percentual igual ao arquivamento por ausência de ambas as partes a audiência, seguido pelo arquivamento por ausência da parte reclamante em 12,87% dos casos e pela procedência parcial em 8,91% das lides. Neste ano, convém ressaltar que a improcedência foi observada em apenas 0,99% dos pleitos analisados. Nesses casos observa-se que notadamente houve um ganho do empregado optante pelo *jus postulandi* na maioria das demandas submetidas a apreciação do judiciário, com a procedência ou a composição do litígio por meio de conciliação, aparecendo a improcedência em números pouco

Verifica-se, a partir dos dados de jurimetria expostos, que o *jus postulandi* é uma realidade que ainda se impõe aos processos eletrônicos trabalhistas, de modo que não resta ao operador do direito alternativa outra que não seja, tanto quanto possível, compatibilizá-lo com o direito a um processo justo - e, para os propósitos do presente estudo, com o direito ao contraditório.

2.2 O direito ao contraditório face à realidade do exercício *jus postulandi* na justiça do trabalho: propostas de alternativas

Considerando-se, que em uma perspectiva de direito ao processo justo a garantia de acesso à justiça abrange, além da possibilidade de o jurisdicionado chegar às portas do Poder Judiciário, também “[...] o direito de ser ouvido e de influir na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual foi ela desencadeada”⁷⁸, fica bastante evidente o vínculo etiológico que se forma entre o contraditório e o direito de acesso à justiça.

Nessa senda, partindo-se das já mencionadas críticas ao exercício do *jus postulandi* no contexto do PJe-JT e confrontando-as com o conteúdo mínimo e dimensões do direito ao contraditório, buscar-se-á propor medidas que possam ser adotadas pelo Poder Judiciário de modo a se permitir, tanto quanto possível, a coexistência de ambos os direitos.

No tocante à dimensão formal do direito ao contraditório, tem-se que, de fato, a previsão do art. 17, da Resolução n. 185/2017 do CSJT, no sentido de que a comunicação dos atos processuais dar-se-á exclusivamente por meio eletrônico, pode representar - em um panorama no qual o acesso à rede mundial de computadores por pessoas de baixa escolaridade alcança

significativos (In: BEHAR, Juliana Correia Rodrigues; ARAÚJO, Jailton Macena de. A nova processualística e o *Jus Postulandi* enquanto instrumento de acesso à justiça: Uma análise da realidade do *jus postulandi* no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região nos anos de 2012 e 2013. In: **Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da 13ª Região**. João Pessoa, v. 1, n. 1, jan./jun. 2016, p. 267-8).

⁷⁸ GRECCO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, ano VII, n. 14, abril, 2002. Arquivo em PDF, p. 8.

índices pífios⁷⁹ e o analfabetismo funcional patamares alarmantes⁸⁰ - efetivo entrave ao direito subjetivo de tomar conhecimento de todos os atos praticados no curso da lide.

Aqui, contudo, há alternativa possível. Vislumbra-se a possibilidade de o Juízo, com fulcro no artigo 191 do Código de Processo Civil, atentando para a condição de hipossuficiência técnica de ao menos uma das partes, inclua na ata de audiência um cronograma em que conste as datas de início e término dos prazos judiciais e legais, assim permitindo não só que o litigante desassistido por procurador conheça de antemão os prazos que lhe tocam, mas também que reporte eventual impontualidade da parte *ex adversa*.

No que pertine, outrossim, à faculdade da parte de se manifestar nos autos acerca dos atos que lhe foram comunicados, o já mencionado artigo 4, da Resolução n. 185/2017 do CSJT, parece oferecer solução adequada ao assegurar que a digitalização das peças e documentos será realizada pelo próprio Judiciário, pois ao fazê-lo elimina a variável eletrônica da equação do acesso à justiça. Subsiste, contudo, a limitação inerente à falta de conhecimentos técnicos pela parte que, como visto, mesmo com a possibilidade de atermação, não é de todo solucionada.

Há, outrossim, autores que sustentam a “[...] a possibilidade de adoção de formulários eletrônicos para a redação da petição inicial e da contestação [...]”⁸¹, o que, ao menos em se tratando de processos em que exercido o *jus postulandi* – sobretudo se considerado que costumam eles envolver matéria de fácil delimitação e menor complexidade - pode

⁷⁹ A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios conduzida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no ano de 2017 revelou que, muito embora a internet chegue a 79,4% dos lares brasileiros, com relação às pessoas com mais de dez anos sem instrução, o uso da ferramenta chega a ínfimos 11,2% (In: IBGE. PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. Acesso em 15 jun. 2019).

⁸⁰ O Indicador do Alfabetismo Funcional – INAF, a partir de dados coletados no ano de 2018, aponta que “três em cada dez jovens e adultos de 15 a 64 anos no país (29% do total, o equivalente a cerca de 38 milhões de pessoas) são considerados analfabetos funcionais.[...]”. (In: VEJA. Educação. Três em cada dez são analfabetos funcionais no país, mostra estudo. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/tres-em-cada-dez-sao-analfabetos-funcionais-no-pais-mostra-estudo/>. Acesso em 15 jun. 2019).

⁸¹ CHAVES, Manoel Matos de Araújo. Algumas Considerações sobre o Princípio do Contraditório no Processo Eletrônico. **Revista Eletrônica do TRT9**. Curitiba, v. 2, n. 15, jan.-fev., 2013, p. 177.

constituir uma alternativa que assegure às partes uma defesa mais adequada de seus interesses.

A compatibilização da dimensão material do direito ao contraditório e do exercício do *jus postulandi* no PJe-JT, de outra banda, exige intelecção mais sutil. Enquanto é certo que “as diferenças entre as partes litigantes não podem jamais ser completamente erradicadas”⁸², também não paira dúvida que a inatingibilidade de uma ideal isonomia não há de figurar como óbice à busca do maior equilíbrio possível⁸³. E é precisamente nesse ponto que o recurso ao um modelo dialético e cooperativo de processo poderá, se não restabelecer integralmente – haja vista que a ausência de conhecimento técnico pela parte é barreira intransponível –, ao menos em muito mitigar as limitações sofridas por aqueles que exercem o *jus postulandi*.

A doutrina especializada, no ponto, sustenta que o direito da parte ao estabelecimento de uma relação de diálogo tem o condão de gerar a todos os sujeitos processuais deveres de informação e esclarecimento recíprocos⁸⁴, que a seu turno se desdobram em direitos “[...] de pedir esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio”⁸⁵ ou mesmo de “[...] preservação da igualdade”⁸⁶. Assim, o modelo cooperativo de processo ao mesmo tempo que cria para a parte um direito de ver esclarecidas suas dúvidas⁸⁷, traz para o julgador um correlato dever de sempre consultá-la

⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

⁸³ BARROS, Ana Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. O *jus postulandi* e o acesso à justiça no processo do trabalho. In: MEZZAROBIA, Orides *et al* (org.) **Acesso à Justiça II**. Curitiba: Clássica Editora, 2014, p. 54.

⁸⁴ AULIO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador, Juspodivm, 2017, p. 72.

⁸⁵ GROSS, Marco Eugênio. Diálogo, Participação e a Influência do Processo Cooperativo no Conteúdo da Garantia do Contraditório. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS**. v. 6, n. 7 e 8, 2007, p. 376.

⁸⁶ Ao discorrer acerca do modelo presidencial cooperativista de processo, Fernando da Fonseca Gajardoni expressamente menciona a existência de um “dever de preservação da igualdade”, extraído do art. 5º, caput, da Constituição Federal, bem como dos arts. 8º e 139, inciso I, ambos do CPC. (*In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Modelo Presidencial Cooperativista De Processo E Os Poderes E Devers Do Juiz No Novo CPC. In: GRIOVER, Ada Pellegrini *et al*. **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**, São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*, item “3.1”, n.p.)

⁸⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. **Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. v.1, 19. ed., rev. atual. e amp., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 145.

antes de tomar qualquer decisão que influencie os destinos da lide, assim como de alertá-la sobre eventuais deficiências das manifestações apresentadas, com conseqüente oportunização de prazo para sanação de vícios⁸⁸.

Ora, em um panorama no qual ao menos uma das partes encontra-se desprovida de defesa técnica, esses comportamentos estandardizados dos sujeitos processuais autorizam que o magistrado, “fundando-se [...] numa ‘ética material’, de reconhecimento da ‘exterioridade do outro’ e, até mesmo de ‘altruidade processual’ (que também há de ser exigida dos contendores) [...]”⁸⁹ possa adotar medidas que efetivamente logrem assegurar a tal indivíduo a possibilidade de efetivamente influenciar os deslindes do feito.

Poderá o julgador, nesse contexto, adotar deliberadamente um linguajar mais acessível, despido de termos técnicos ou jargões jurídicos, explicar à parte que litiga tecnicamente desassistida acerca dos próximos desdobramentos do processo, dos recursos informáticos que estão disponíveis e como melhor utilizá-los, dos ônus que dela são esperados e de eventuais vícios em sua tese. Tais medidas, por certo, em nada prejudicam o direito da parte que constituiu procurador de exercer sua defesa e tampouco violam o dever de imparcialidade do julgador, mas restabelecem, em certa medida, a paridade de armas tão cara ao ideal de justo processo⁹⁰.

Verifica-se, pois, que embora o *jus postulandi* efetivamente represente um desafio à uma prestação jurisdicional justa e adequada no

⁸⁸ AULIO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 81 e 85.

⁸⁹ SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 330-1.

⁹⁰ Aqui, pede-se vênia para a transcrição de pertinente lição de Leonardo Grecco, para quem: “as partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo. (In: GRECCO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, ano VII, n. 14, abril, 2002. Arquivo em PDF, p. 12).

âmbito do PJe-JT, uma análise pormenorizada do perfil dos utentes de tal faculdade, do arcabouço jurídico disponível para a solução dos novos conflitos de interesse que daí advém e, sobretudo, a adequação do comportamento das partes e do juízo tomando por base um modelo cooperativo de processo, podem assegurar sua coexistência com as dimensões formal e material do direito ao contraditório.

Conclusão

A partir das exposições realizadas na presente pesquisa, é possível notar que os direitos ao contraditório e ao exercício do *jus postulandi*, mormente quando consideradas as alterações promovidas em ambos pelo fenómeno da virtualização do processo, podem facilmente entrar em rota de colisão. Isso se dá essencialmente porque, em que pese o *jus postulandi* efetivamente figure como meio adequado para que a parte chegue até o Poder Judiciário, ao menos *a priori* não teria o condão de assegurar acesso a uma prestação jurisdicional justa e adequada.

De fato, a ausência de conhecimento técnico da parte processualmente hipossuficiente para promover sua defesa, quando somada às barreiras de natureza informacional impostas pelo processo eletrônico em geral – e pelo PJe-JT, em particular – redundam em cenário no qual, para a quase unanimidade da doutrina, o exercício do *jus postulandi*, além de desaconselhável – e aqui não paira dúvida de que a representação exercida por procurador certamente assegura uma maior paridade de armas – deveria ser, também, inconstitucional, dada a violação a diversos preceitos vinculados ao direito a um processo justo.

Não obstante, o exame da (parca) jurimetria existente sobre o tema, permite que se chegue à surpreendente constatação de que, não obstante tenha o recurso a tal instituto sofrido grande impacto após a implementação do PJe-JT, a simplicidade do objeto das lides que o envolve acaba por garantir à parte desprovida de procurador excelentes índices de satisfação da tutela do direito material.

Não sendo possível negar vigência – e efetividade – ao *jus postulandi*, pois, resta aos operadores do direito buscar alternativas de modo a contemporizar o seu exercício com o resguardo do conteúdo mínimo do direito contraditório. E isso pode ser obtido, consoante demonstrado, através de esforços empreendidos, sobretudo pelo Juízo, mas também pela parte adversa, para tornar o processo eletrônico não apenas mais acessível, mas também mais cognoscível ao usuário.

Em uma realidade em que, contrariando os prognósticos de morte anunciada, o *jus postulandi* ainda resiste ao advento e implementação do PJe-JT, mostrando-se, ademais, capaz de proporcionar ao litigante tutela efetiva e adequada do direito material trazido a Juízo, talvez as discussões acerca de sua inadequação devam servir a um propósito diverso da promoção de sua extinção, voltando-se ao estudo e implementação de iniciativas tendentes à qualificação da prestação jurisdicional e ao desenvolvimento de novas ferramentas de gestão processual.

Referências

- ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2010.
- AULIO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ARONNE, Bruno da Costa. O impacto da informação judicial sobre os princípios do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 2, n. 2, p. 77-97, jan-dez., 2008.
- ASSIS, Estela Regina. Efeitos do Processo Eletrônico no *Jus Postulandi*. **Revista do Curso de Direito da FSG**, v. 10, n. 19, p. 99-112, 2016.
- BARROS, Ana Flávia Magalhães de Caux; PINTO, Mariana Lamego de Magalhães. O *jus postulandi* e o acesso à justiça no processo do trabalho. In: MEZZARROBA, Orides *et al* (org.) **Acesso à Justiça II**. Curitiba: Clássica Editora, 2014.

BEHAR, Juliana Correia Rodrigues; ARAÚJO, Jailton Macena de. A nova processualística e o *Jus Postulandi* enquanto instrumento de acesso à justiça: Uma análise da realidade do *jus postulandi* no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região nos anos de 2012 e 2013. In: **Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da 13ª Região**. João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 247-75, jan./jun. 2016.

CAMÊLO, Lucas Emmanuel Silveira. O *jus postulandi* e a implantação do processo eletrônico nas Varas do Trabalho do TRT/PB, capital. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro. v. 23, n. 52, p. 18-92, jul./dez. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDEL, Renato de Souza. O Processo Judicial eletrônico e o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. v. 6, n. 8, p. 334-47, jan., 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAVES, Manoel Matos de Araújo. Algumas Considerações sobre o Princípio do Contraditório no Processo Eletrônico. **Revista Eletrônica do TRTg**. Curitiba, v. 2, n. 15, p. 170/182, jan.-fev., 2013.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (coord.). **Comentários à Lei do Processo Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma Nova Teoria do Processo em Rede. **Revista de Direito UNIFACS**. n. 185, nov., 2015. Arquivo em PDF.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo Judicial Eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Anotações Sobre a Garantia Constitucional do Juiz Natural. In: **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. **Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. v.1, 19. ed., rev. atual. e amp., Salvador: Juspodivm, 2017.
- FAZZALARI, Elio. *Procedimento e Processo (teoria generale)*. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. 35, Milão: Guiffirè, 1986.
- FINCATO, Denise Pires; CARVALHO, Jorge Jales de. **Revista Jurídica do Cesuca**, v. 3, n. 5, abr., p. 130-152, 2016. Arquivo PDF.
- FINCATO, Denise Pires; FREITAS, Raquel Hochmann. Ius postulandi, Assistência Judiciária e Processo Eletrônico. Reflexões sobre o Processo do Trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, v. 347, p. 7-18, 2012.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Modelo Presidencial Cooperativista De Processo E Os Poderes E Devers Do Juiz No Novo CPC. In: GRIOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**, São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.
- GILLET, Sérgio Augusto da Costa. Pelo e-processo justo: construção de um modelo mínimo para a virtualização do processo judicial. Porto Alegre. PUCRS, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito), Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul.
- GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. **La responsabilità del Giudice**. Milão: Giuffirè, 1995.
- GRECCO, Leonardo. Contraditório Efetivo (art. 7º). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 15, p. 299-310, jan.-jun., 2015.
- GRECCO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, ano VII, n. 14, p. 9-68, abril, 2002.
- GROSS, Marco Eugênio. Diálogo, Participação e a Influência do Processo Cooperativo no Conteúdo da Garantia do Contraditório. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS**. v. 6, n. 7 e 8, p. 363-89, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez., 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, n. 10, p. 667-80, out-dez, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do Juiz e Visão cooperativa do Processo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/poderes-do-juiz-e-vis%C3%A3o-cooperativa-do-processo>. Acesso em 15 mar. 2019. Arquivo PDF.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 9, n. 1, p.178-84, nov., 1993.

OLIVEIRA, Clarisse Inês de. Processo Eletrônico e Ius Postulandi O Verso e o Anverso da Inovação Tecnológica. **Revista Eletrônica do TRT9**. Curitiba, v. 2, n. 15, p. 63-75, jan.-fev., 2013.

OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos? Curitiba: UFPR, 2013. **Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais)**, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2013.

OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade**: Análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação da Decisão Surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo :Saraiva, 2017, *E-book*.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Tais Campos. A implementação do processo judicial eletrônico na justiça do trabalho e o conseqüente fim do jus postulandi. In: XXIII Congresso Nacional do

CONPEDI, p. 306-29, nov., 2014. **Acesso à Justiça I**. João Pessoa: CONPEDI, 2014.

STOCCO, Kleber José. Jus postulandi e o processo judicial eletrônico na justiça do trabalho: A mitigação do princípio da irrenunciabilidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. n. 29, p. 97-106, maio-ago., 2016.

SUSSEKIND, Arnaldo; BOMFIM, Benedito Calheiros; PIRAINO, Nicola Manna. Justiça do Trabalho, Advogado e Honorários. **Revista do TRT/EMATRA 1ª Região**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 46, p. 51-55, jan./dez, 2009.

REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia ao contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**. vol. 33., n. 162, p. 330-51, ago., 2008. Arquivo PDF.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e Contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 2, n. 1, p.64-71, jan.-jun., 2010

Greve tecnológica: uma releitura necessária?

Diego Sena Bello *

Paula Jaeger da Silva **

Introdução

A greve é identificada por uma parcela considerável da doutrina como uma das formas de solução direta de conflitos no âmbito do direito do trabalho, mais especificamente das relações de trabalho, constituindo, segundo o texto constitucional, um direito fundamental do trabalhador, haja vista sua previsão no rol dos direitos sociais. Entretanto, tem-se que a greve, apesar de ser um direito individual, é uma manifestação coletiva e, portanto, somente se configura a partir da atuação coletiva da categoria.

Como um conceito precário, apenas para fins introdutórios, uma vez que será melhor exposto no desenvolvimento da presente pesquisa, pode-se afirmar que a greve se caracteriza pela suspensão da força laboral dos trabalhadores grevistas com vistas a coagir o empregador a negociar com a categoria obreira, de tal sorte que a greve é, por natureza, um movimento de coação, pressão da classe trabalhadora.

Contudo, com o desenvolvimento da sociedade e com os avanços das tecnologias e da globalização, identificou-se que o instituto da greve, assim

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter. Advogado. E- mail: dsb.bello@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/1036090995173836>.

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS. Especialista em Direito do Trabalho pela UFRGS. Advogada. E-mail:paulajaegers@yahoo.com.br. <http://lattes.cnpq.br/8314882242862365>.

como diversos outros do Direito do Trabalho, estava sendo afetado. Assim, a problemática aqui proposta reside exatamente na eficácia da greve frente aos avanços tecnológicos experimentados pela sociedade nos últimos anos.

É importante observar que a Lei de Greve veda a substituição de trabalhadores grevistas por outros trabalhadores, com o intuito de proteger a relação de emprego ali existente, vide a redação do art. 7º, parágrafo único, da norma supracitada, porém, não há qualquer referência sobre a substituição destes trabalhadores por robôs ou sistemas virtuais, por exemplo.

Referido problema é relevante social e juridicamente na medida em que encontramos atualmente, cada vez em maior número, máquinas executando atividades que antes eram executadas por humanos. Dessarte, entende-se de suma importância o debate, afinal, será necessário um posicionamento jurídico sobre a questão, para que se possa transmitir segurança jurídica para aqueles trabalhadores que aderem ao movimento grevista e também para as empresas, que precisam tomar medidas para mitigar seus prejuízos frente à situação de suspensão das atividades.

Outrossim, partindo-se da premissa alhures referida de que a greve é movimento de pressão da classe trabalhadora na busca por melhores condições de trabalho, o esvaziamento do instituto em decorrência do implemento de novas tecnologias, por certo, será prejudicial a eficácia da greve, de tal sorte que, por ser a tecnologia um caminho sem volta, como bem destaca a doutrina, cabe aos operadores do direito buscar uma releitura do instituto de modo a torná-lo eficaz nessa nova realidade e a partir da legislação vigente.

Ressalta-se, portanto, que o objeto da presente pesquisa é demonstrar que existem diversas situações envolvendo as novas tecnologias que não estão abrangidas pela atual legislação brasileira, ocasionando prejuízo para toda a sociedade, sendo, por conseguinte, não albergada pelo escopo deste estudo eventual solução legislativa.

Cabe observar, ainda, que para melhor apreciação do objeto em discussão, lança-se mão do método de abordagem hipotético-dedutivo,

auxiliado pelos métodos de procedimento histórico, comparativo e funcionalista. Ademais, como método de interpretação tem-se o sistemático.

Por fim, com o estudo ora apresentado, espera-se contribuir à reflexão do tema, afastando dúvidas interpretativas e auxiliando na depuração hermenêutica do instituto em si.

1. Greve e sindicalismo

A greve e o sindicalismo fazem parte de um ramo do Direito do Trabalho voltado para a problemática das relações de trabalho no âmbito coletivo, o qual é denominado pela doutrina como Direito Coletivo do Trabalho. Valendo-se da lição de Maurício Godinho Delgado¹, tem-se que o Direito Coletivo do Trabalho compreende “[...] o conjunto de regras, princípios e institutos regulatórios das relações entre os seres coletivos trabalhistas”, as quais serão aplicáveis ao contrato individual de trabalho com vistas a implementar a melhoria das condições de trabalho do empregado.

Nessa esteira, mister observar que esse ramo do Direito do Trabalho tem um papel social de grande relevância em momentos de crise², essencialmente em crises econômicas como as vivenciadas nos últimos anos no Brasil.

Desse modo, a atuação dos sindicatos revela-se de suma importância para moderar a flexibilidade laboral cada vez mais incidente, bem como o instrumento da greve apresenta-se como uma das principais ferramentas de pressão da classe operária na busca por melhores condições de trabalho ou, ao menos, pela manutenção de direitos.

Assim sendo, parte-se para a abordagem que segue acerca dos sindicatos e do seu papel na tutela dos direitos dos trabalhadores e, por

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1422.

² Nas lições de Orlando Teixeira da Costa, crise é o vocábulo empregado, normalmente, no sentido de “perturbação violenta ou ruptura de um processo”, sendo que, para economia, refere-se às flutuações periódicas no mundo dos negócios. É que a um período de prosperidade sucede, via de regra, um período de depressão, ao qual se segue uma nova melhora e assim por diante, fluindo na mesma sequência alternativa.

reflexo, na sociedade, para, posteriormente, tecer algumas considerações introdutórias e relevantes para a adequada compreensão do instituto da greve na ordem jurídica brasileira.

1.1 O sindicato e a tutela do trabalhador

O homem é um ser social, de tal sorte que desde os primórdios da civilização identificou-se a necessidade de união entre os homens como método indispensável e instintivo de sobrevivência. Diante disso, o sindicato, termo que possui origem na palavra “*syndicus*”, do latim, e significa “o encarregado de tutelar o direito ou os interesses de uma comunidade ou sociedade”³, representa a unidade de trabalhadores necessária para o equânime enfrentamento na busca por melhores condições de trabalho.

Na história encontram-se associações similares ao que hoje se interpreta por sindicatos desde muitos anos, sendo que, por exemplo, na Grécia, na Antiguidade clássica, os autores citam a existência da chamada “heteria”, a qual compreendia os grupos oligárquicos, dentre eles, por exemplo, as associações das mulheres que comercializavam o próprio corpo. Referido grupo tinha o objetivo de promover a tutela dos interesses comuns de suas associadas, assim como hoje tem os sindicatos⁴.

Segundo ensina Mozart Victor Russomano⁵, encontram-se elementos originários dos sindicatos também entre os povos germânicos e saxônicos, nas denominadas *guildas*, as quais compreendiam associações ou ligas criadas com o objetivo de primar/lutar pelos interesses dos integrantes. Gize-se, ademais, que a união dos trabalhadores em guildas dava-se, assim como hoje se tem nos sindicatos, através de um sentimento de companheirismo e lealdade.

³ AROUCA, Jose Carlos. **Curso básico de direito sindical**. São Paulo: LTr, 2006. p. 13.

⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 26.

⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1998. p. 10.

Entretanto, é oportuno mencionar que as guildas possuíam uma finalidade exclusivamente religiosa e assistencialista, sendo que somente após alguns anos assumiu entre suas bandeiras a luta pelos interesses profissionais. Nessa esteira, atribui-se às guildas, por exemplo, a conquista referente à limitação do trabalho antes da saída ou depois do pôr-do-sol⁶.

No entanto, as associações supracitadas não representam a origem exata dos sindicatos, haja vista que apenas alguns elementos característicos encontram guarida em tais instituições. Assim, a representação profissional, na forma como hoje é identificada, tem seu berço em Roma com as primeiras corporações. Outrossim, destaca-se que o maior desenvolvimento da concepção de sindicatos enquanto organizações de tutela do trabalhador ocorreu a partir da revolução industrial.

Dessa feita, a luz da doutrina atual, define-se sindicado como:

[...] entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhista e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida⁷.

Destaca-se, contudo, que também há sindicatos de empregadores, mas, para o objeto da presente pesquisa, o enfoque será no sindical laboral, haja vista sua relevância para o tema ora proposto.

No que tange especificamente ao papel do sindicato, mister observar que o constituinte trouxe expressamente no texto da Carta Magna, vide redação do art. 8º, inciso III, da CF/88, que cabe ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;”.

Portanto, segundo a interpretação sistemática do dispositivo constitucional alhures citado, tem-se por adequado afirmar que o sindicato

⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1998. p. 10.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1422.

tem um papel social relevante na medida em que é parte integrante da sociedade e não da organização estatal e, assim, tem o dever de atuar pela melhoria da condição social de seus membros, o que, ao fim e ao cabo, refletirá não somente nos seus membros, mas em toda a sociedade. Cumpre salientar, entretanto, que não é admitido aos sindicatos exercerem função político-partidária por expressa vedação legal⁸.

Desse modo, insta observar a lição de José Carlos Arouca⁹, o qual sustenta que “[...] o verdadeiro movimento sindical é luta, reivindicação, risco, desprendimento, conquista de melhores níveis e condições de vida, com sacrifício pessoal.” Assim, a relação entre a atuação do sindicato na tutela dos interesses dos trabalhadores, assumindo o seu papel de agente de luta operária, e o instituto da greve, enquanto mecanismos de solução direta de conflitos trabalhistas, é indissociável.

Contudo, como será melhor abordado no desenvolvimento da presente pesquisa, a greve tem sido atingida diretamente pelas novas tecnologias, de tal sorte que se fazem necessárias mudanças consideráveis nos mecanismos de luta, dentre eles, por óbvio, a greve, a qual precisará se adequar a essa nova realidade tecnológica.

No entanto, para que se possa tratar da relação entre o instituto da greve e a tecnologia é necessária uma adequada compreensão das bases teóricas do referido instituto, conforme segue no próximo item.

1.2 Notas introdutórias sobre o direito de greve

Inicialmente, é oportuno mencionar que a greve, com características semelhantes a que se tem atualmente, é instituto que remonta à Idade Moderna, coincidindo sua origem, mais especificamente, com o surgimento da grande indústria. Contudo, antes mesmo dessa época, como ressalta Mozart Victor Russomano, existiram outros fatos, como, por

⁸ Art. 521 - São condições para o funcionamento do Sindicato:

d) proibição de quaisquer atividades não compreendidas nas finalidades mencionadas no art. 511, inclusive as de caráter político-partidário;

⁹ AROUCA, Jose Carlos. **Curso básico de direito sindical**. São Paulo: LTr, 2006. p. 25.

exemplo, a luta de classes entre os fenícios, que se caracterizavam pela luta coletiva do movimento de trabalhadores, todavia, não se enquadram no conceito de greve trabalhado hoje no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho¹⁰.

Mister salientar, ademais, que a greve é uma das formas de solução direta de conflitos no âmbito das relações de trabalho (aqui indicada como as relações *latu sensu*), sendo uma das manifestações coletivas mais importantes na atualidade, haja vista que representa um meio utilizado para a busca de melhores condições de trabalho.

No âmbito doutrinário, o instituto da greve é definido como um fato jurídico e social que se caracteriza pela suspensão das atividades laborativas com a finalidade específica de coagir o empregador a aceitar as reivindicações da categoria.

Na esteira da conceituação doutrinária, a legislação brasileira preceitua, por meio da redação do art. 2º da Lei nº 7.783/1989¹¹, que a greve é a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores/tomadores de serviços, objetivando a defesa ou conquista de melhores condições de trabalho.

Entretanto, é digno de nota observar que o direito de greve não foi sempre aceito na ordem jurídica brasileira, haja vista que chegou a ser considerado, por um período, como um delito que era passível, inclusive, de pena de prisão. Posteriormente, o direito *sub examine* passou a ser interpretado como uma liberdade para, nos regimes democráticos, ser considerada um direito¹².

No âmbito constitucional, por sua vez, é relevante destacar que o direito de greve encontra sua primeira disposição na Constituição de 1967 que garantia o direito de greve aos trabalhadores¹³. Atualmente, pela

¹⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 243.

¹¹ Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

¹² Sergio Pinto Martins. p. 935.

¹³ Art. 158 da CF - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º.

redação da Carta Magna, tem-se que a greve é um direito que possui natureza de direito fundamental, uma vez que consta expressamente rol dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, apesar de ser um direito fundamental, insta observar que a greve é, por natureza, um ato coletivo, de tal sorte que não há falar em greve individual, apesar de ser a adesão à greve um ato voluntário e individual, ou seja, para que se possa falar de greve é necessária uma coletividade laboral¹⁴.

Nessa esteira, segue a lição de Sergio Pinto Martins¹⁵: “a greve tem a característica de ser um direito individual do trabalhador, pois ele que vai decidir em fazer a greve ou não, mas tem dimensão coletiva, em razão de que não existe greve de uma única pessoa”.

No Brasil, a história demonstra que o movimento grevista foi muito importante para o desenvolvimento social e, até mesmo, legislativo, com vista a implementar uma efetiva proteção do trabalhador e disciplinar a relação entre capital e trabalho. Diz-se que a primeira greve ocorrida no Brasil aconteceu no ano de 1858 e foi realizada no estado do Rio de Janeiro, envolvendo a paralisação dos gráficos¹⁶.

Entretanto, além das considerações históricas alhures apresentadas, é relevante destacar também elementos técnicos no que tange ao exercício do direito de greve como, por exemplo, o reflexo no contrato de trabalho, bem como os limites impostos pela atual legislação brasileira de greve.

Primeiramente, é importante referir que a greve não constitui um direito absoluto, sendo que a própria Constituição Federal traz no § 1º, do art. 9º, a primeira limitação acerca das atividades essenciais.¹⁷ Da leitura do dispositivo constitucional supracitado tem-se que não é vedado o

¹⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 246.

¹⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 938.

¹⁶ ZAVANELLA, Fabiano. O instituto da greve e seus desdobramentos. **Revista dos Tribunais**. vol. 194, p. 177-209. 2018.

¹⁷ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

exercício do direito de greve em atividades essenciais, porém, deverá ser observado o atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade.

Sobre o que se classifica como atividades essenciais, o art. 10 da Lei 7.783/89 dispõe:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.

Ademais, o exercício do direito de greve, por força do disposto no art. 6º da Lei de Greve, não pode resultar em lesão a direitos ou garantias fundamentais de outro indivíduo, bem como o movimento grevista não poderá impedir o acesso ao trabalho ou causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa. Contudo, é necessário observar que essa limitação é uma consequência lógica da própria interpretação sistemática da Constituição, haja vista que o *caput* do art. 5º da Carta assegura a todos o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Nessa esteira, segue, em complemento, a lição de Maurício Godinho Delgado¹⁸, para quem a “[...] a conduta coletiva paredista, embora amplamente franqueada, não traduz permissão normativa para atos abusivos, violentos ou similares pelos grevistas.”, haja vista que o direito de greve encontra os referidos limites pelo próprio conjunto da lógica jurídica.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1517.

Por fim, no que tange aos limites do exercício do direito de greve, é oportuno destacar que a Carta Magna apresenta limitações totais ao direito de greve, haja vista vedar o exercício pelos militares (art. 142, § 3º, IV da CF/88).

Todavia, como já amplamente mencionado na presente pesquisa, a greve operária é um dos meios mais adequados e efetivos para a promoção e defesa dos interesses da categoria, assim, se mostram relevantes as ponderações a seguir acerca dos efeitos do exercício do direito de greve no contrato de trabalho.

Sendo regular o exercício do direito de greve, por expressa previsão na Lei de Greve, tem-se que é vedado ao empregador despedir os trabalhadores durante o seu exercício, bem como é vedada a contratação de trabalhadores substitutos. Dessarte, à luz do disposto no art. 7º da Lei 7.783/89, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Jose Carlos Arouca, ao tratar da matéria, menciona que a lei, ao definir que a greve constitui suspensão do contrato de trabalho, está buscando privilegiar a greve em face do poder do empregador, detentor do capital, de dispensar livremente o trabalhador grevista. Importante esclarecer, contudo, que os atos faltosos estranhos ao exercício do direito de greve podem ser penalizados com a extinção do contrato de trabalho, haja vista não estarem abarcados por tal proteção legal¹⁹.

A opção do legislador é adequada na medida em que a greve não pode ser interpretada como um conflito coletivo, haja vista que, na verdade, configura, como alhures mencionado, um instrumento para buscar a solução direta dos conflitos entre o capital e o trabalho.

Ocorre que, conforme será melhor explicitado do tópico a seguir, a efetividade do exercício do direito de greve, enquanto instrumento de solução direta de conflitos, tem sido afetada diretamente pelo avanço das

¹⁹ AROUCA, Jose Carlos. **Curso básico de direito sindical**. São Paulo: LTR, 2006. p. 324.

tecnologias, que é inarredável à realidade mundial, indispensável para o sucesso das organizações e, por conseguinte, para a evolução da sociedade.

Assim, questiona-se: como o direito de greve será exercido diante do ambiente tecnológico em que vivemos? A greve virtual é um novo método para o exercício do direito de greve?

Como base teórica para as ponderações a seguir apresentadas é preciso repisar que a greve tem como elemento característico a suspensão das atividades laborativas, com vistas a pressionar o empregador a manter ou modificar as condições de trabalho vigentes ou, ainda, criar novas condições.

2. Greve e tecnologia

Na atualidade, quando se fala em tecnologia, normalmente, pensa-se em máquinas modernas, internet, inteligência artificial, robôs, etc. Porém, cumpre destacar que a tecnologia acompanha o homem desde a sua origem, sendo que este sempre buscou, ainda que com métodos precários, alcançar uma melhor condição de sobrevivência, de saúde, de bem-estar social, de boas condições de trabalho, através de tecnologias, como por exemplo a roda, a lâmpada, a máquina de tear, etc.

Partindo-se da premissa de que a tecnologia sempre existiu e fez parte da evolução humana, entende-se que ela não deve ser rotulada como algo “bom ou ruim”, mas sim, como algo inevitável e necessário.

Neste sentido Domenico De Masi²⁰, expõe:

A tecnologia não é um fim em si mesma. Serve para que se viva melhor. Do ponto de vista da saúde, por exemplo, da gestão da dor e do prolongamento da vida, rejeitar o aporte tecnológico equivale a regredir.

Inegável que nos últimos anos os avanços tecnológicos passaram a acontecer de forma mais rápida e com abrangência global. Então, mais

²⁰ DE MASI, Domenico. O ócio criativo. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 40.

precisamente nas duas últimas décadas do século XX, populariza-se a tecnologia da informação e comunicação (TIC), fazendo com que a globalização atinja seu estágio mais complexo, causando impactos principalmente na internacionalização do mercado e na produção financeira e tecnológica²¹.

Diante das constatadas mudanças da sociedade e das constantes novidades tecnológicas que vêm sendo apresentadas, cabe ao mundo jurídico analisar de que forma as novas tecnologias podem contribuir ou prejudicar as relações jurídicas da sociedade. A preocupação e euforia são sentimentos que parecem caminhar junto dos juristas nos dias atuais e o tema da tecnologia no âmbito do Direito laboral tem sido pauta em diversos países, como se pode perceber na brilhante obra espanhola ²² :

El intenso desarrollo científico y tecnológico de la segunda mitad del siglo XX es comúnmente aceptado como el soporte y escenario de los cambios radicales que están viviendo nuestras sociedades. Esta aceptación también se manifiesta en una amplia percepción social sobre la profundidad del cambio tecnológico, reflejada en el creciente uso de conceptos como nuevas tecnologías o sociedad de la información.

Assim, buscando enfrentar a temática da tecnologia de forma mais direta, pode-se perceber o direito de greve, como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal, pode sofrer diversos impactos, sendo necessária uma reflexão sobre a sua eficácia na modernidade.

2.1 O impacto da tecnologia no movimento grevista

A greve enquanto suspensão das atividades laborativas com finalidade específica de coagir o empregador a aceitar as reivindicações da

²¹ BOFF, Caroline Moreira; FINCATO, Denise Pires. Globalização: Nova ordem econômica social, direitos fundamentais sociais e direito ao trabalho. In: FINCATO, Denise Pires (Org). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015. p. 546.

²² ARAGÓN, Jorge; CRUCES, Jesús; DURÁN, Alicia; ROCHA, Fernando. **Las relaciones laborales y la innovación tecnológica em España**. Madrid: Catarata, 2005. p. 31.

categoria parece sofrer diretamente impactos advindos das novas tecnologias.

São diversas as situações que se pode elencar para demonstrar a referida afirmação. Primeiramente, pode-se referir a velocidade da informação e o seu alcance, pois em um mundo globalizado, quanto mais pessoas se atingir, em um curto espaço de tempo, mais aumentam as chances de se obter um maior número de trabalhadores que irão aderir ao movimento grevista. Assim, os trabalhadores que pretendem usufruir do seu direito de greve conseguem organizá-la de forma mais rápida.

Nesta mesma linha, é realidade a convocação do movimento grevista através das redes sociais, que aqui desempenham um papel fundamental, pois os sindicalistas criam o movimento na internet e espalham os convites para diversas pessoas, possibilitando que estas tomem conhecimento das reivindicações e se unam para que ganhe força a luta que ali se está propondo. Assim, em poucas horas, ou até mesmo minutos, atinge-se o objetivo proposto, o que antigamente levaria alguns dias para acontecer, pois as convocações eram realizadas mediante cartas, telegramas, panfletagem e da própria conversa que se espalhava entre os trabalhadores.

Uma outra forma que a tecnologia influencia na greve é através da boa imagem e avaliação da empresa no mundo virtual. Os empresários já perceberam que as pessoas cada vez mais buscam informações dos produtos, dos serviços ou dos estabelecimentos na internet. Tanto é assim que surgiu nos últimos anos a profissão de influenciador digital²³, pois os consumidores querem se informar e são influenciados por aquilo que aparece no site, nas redes sociais, no site de buscador, etc.

Assim, um novo hábito que se criou na sociedade é o de avaliar através de notas e comentários na internet os estabelecimentos ou serviços. Os reflexos disso podem ser cotejados com o instituto de greve,

²³ INFLUENCIADORA Digital: profissão é nova aposta de mercado, diz master coach. **Exame**, São Paulo, 03 maio 2018. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/negocios/dino/influenciadora-digital-profissao-e-nova-aposta-de-mercado-diz-master-coach/>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

afinal, se para o empregador a boa avaliação e imagem é algo valioso, os empregados poderiam utilizar isto como ferramenta para pressioná-lo para uma negociação em momento de reivindicação. A possibilidade de “manchar” a imagem empresarial, através de um movimento grevista, poderia ter a eficácia pretendida na origem legislativa do instituto.

Mais uma influência da tecnologia na greve pode ser ilustrada com um dos exemplos mais clássicos, que é o caso das agências bancárias. O número de agência físicas diminuiu nos últimos anos, conforme demonstra a notícia do jornal Valor Econômico de 2017²⁴:

O avanço dos canais eletrônicos e a busca por eficiência têm levado os bancos a reduzir a rede física de atendimento. De janeiro até maio, foram fechadas 929 agências no país, segundo o Banco Central, por outro lado, cresce o número de contas digitais: Ao mesmo tempo, cresce o número de contas digitais - o que significa maior facilidade para os clientes e economia para os bancos.

É fato que cada vez mais as pessoas fazem suas transações bancárias através dos caixas eletrônicos e dos aplicativos de celular, não necessitando se deslocar até a agência bancária e ser atendido por um trabalhador bancário. Diante deste cenário, se for declarada uma greve dos bancários que lutam pelos interesses da categoria, muitos dos serviços continuarão sendo executados através do autoatendimento e da internet *banking*, não necessitando da força de labor dos trabalhadores. Sendo assim, resta evidente que a pressão exercida nos banqueiros empregadores para que negocie com a categoria que está de greve é muito menor.

Cumpra esclarecer que não se está afirmando que a greve não terá nenhuma força, mas sim, que ela terá eficácia mitigada, afinal, temos pessoas que ainda não possuem acesso à internet ou aquelas que precisam realizar um serviço que necessita do bancário (que são poucos). Ainda,

²⁴ ROSA, Sílvia; MOREIRA, Talita. Fechamento de agências bancárias cresce no ano. **Valor Econômico**, São Paulo, 28 junho 2017. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/financas/5019144/fechamento-de-agencias-bancarias-cresce-no-ano>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

apesar de se utilizar o caso dos bancos como exemplo, essa realidade pode ser aplicada a outras categorias.

Uma das questões que surge é a possibilidade ou a necessidade de haver uma suspensão também do sistema ou do serviço oferecido virtualmente, não possibilitando que se faça qualquer transação, assim como ocorria em uma greve no período em que não se tinha acesso à internet ou caixas eletrônicos.

Não há dúvidas de que a eficácia da greve neste caso seria maior, porém, na legislação brasileira atual, não há qualquer previsão para este tipo de ação. Por óbvio, que poderá ocorrer adesão à greve dos funcionários que controlam o sistema, retirando o mesmo de funcionamento, o que seria diferente de proibir o funcionamento do serviço virtual enquanto ocorrer a greve dos trabalhadores da empresa.

Ainda, observe-se que no exemplo relatado acima, o banco ou qualquer outra empresa já dispunha do oferecimento dos serviços virtuais, então, em caso de greve, continuaria oferecendo o serviço.

Outra problemática que pode surgir é o caso de substituição da mão de obra do trabalhador em greve por um robô ou até mesmo um sistema virtual. Como se viu no início do presente estudo, o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 7.783/89, prevê: “É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a **contratação de trabalhadores substitutos**, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14” (grifou-se).

Poderia se fazer uma interpretação literal da legislação e o entendimento seria de que só não é possível substituir um grevista por um outro trabalhador ser humano, não referindo nada sobre substituição por tecnologias advindas da robótica, inteligência artificial ou uma implantação do sistema que faça o serviço que antes era exercido por uma pessoa.

Vale apresentar o entendimento do professor Sérgio Pinto Martins ao tratar da substituição do trabalhador grevista por contratação de empresa

especializada, através da terceirização, que atualmente é possível em qualquer atividade da empresa²⁵:

Nada impede, portanto, a contratação de empresa especializada para fazer os serviços de trabalhadores grevistas, pois não há proibição na lei nesse sentido. A contratação também poderá ser feita por terceirização, pois não há proibição na lei.

Seguindo esta linha de entendimento, poder-se-ia afirmar que a substituição dos trabalhadores por robôs ou por sistema informatizado não acarretaria ferimento ao direito fundamental de greve, mas parece não pairar dúvida no sentido de que haveria, na prática, uma frustração do movimento grevista ou o impedimento do seu sucesso.

Não se pode deixar de mencionar, também, que a Constituição Federal protege no seu artigo 1º, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, ou seja, ambos estão colocados em igualdade e, além do mais, valendo-se da máxima de que “tudo que não é proibido é permitido”, questiona-se se seria possível imputar à empresa os prejuízos causados pela proibição de continuidade nos seus serviços em face de um sistema já existente ou da contratação de robôs ou outra tecnologia para substituir a força de trabalho do grevista. Certamente, as empresas se insurgiriam fortemente contra este tipo de situação, afinal, pela literalidade da lei, caso ocorresse alguma das situações relatadas, elas não estariam cometendo qualquer ilegalidade.

Em Portugal, o empregador não pode, durante a greve, substituir os grevistas por pessoas que, à data do aviso-prévio, não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço, nem pode, desde essa data, admitir trabalhadores para aquele fim (art. 535, 1, do Código do Trabalho). A tarefa a cargo de trabalhador em greve não pode, durante a paralisação, ser realizada por empresa contratada para esse fim, salvo em caso de incumprimento dos serviços mínimos necessários à satisfação das

²⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Greve e Substituição de Trabalhadores Grevistas**. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/greve-e-substituicao-de-trabalhadores-grevistas/14863>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

necessidades sociais impreteríveis ou à segurança e manutenção de equipamento e instalações e na estrita medida necessária à prestação desses serviços²⁶. Assim, embora os portugueses também não tenham tratado especificamente da substituição tecnológica, avançaram um pouco mais e proibiram a contratação de empresa especializada, ou seja, não haveria se falar em terceirizar a atividade do grevista.

Desde modo, o tema aqui apresentado é polêmico e, como já referido, o objetivo não é apresentar resposta para todas as situações descritas, mas sim apresentar algumas reflexões que nos levam a crer ser necessária e urgente a discussão e o debate sobre o instituto de greve no âmbito tecnológico.

Ainda, para reforçar a ideia de que cada vez mais o Judiciário irá se deparar com este tipo de situação, no próximo tópico se apresentará dois casos emblemáticos que envolvem a matéria.

2.2 Os casos paradigmáticos de greve virtual (Itália e Espanha)

Embora pouco se tenha discutido no cenário nacional sobre a greve tecnológica, alguns países como Itália e Espanha enfrentaram casos que se tornaram mundialmente conhecidos e que refletem bem a preocupação objeto da presente pesquisa.

O caso italiano ocorreu em 2007 e envolveu a empresa IBM Itália e seus empregados. Os trabalhadores estavam reivindicando perante a empresa um reajuste salarial, porém, não parecia haver qualquer interesse empresarial de atender à solicitação, tanto é que em resposta ao pedido operário foi informado que além de não haver o reajuste seria diminuído o percentual dos valores pagos à título de PLR – Participação nos Lucros e Resultados.

Então, em solidariedade aos trabalhadores insatisfeitos, foi organizado por sindicalistas, coordenado pela Federação Sindical Mundial

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Greve e Substituição de Trabalhadores Grevistas**. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/greve-e-substituicao-de-trabalhadores-grevistas/14863>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

– UNI, um movimento grevista em um *game* denominado *Second Life*, que basicamente trata-se de uma ilustração da sociedade no mundo virtual, onde são criados avatares que podem se relacionar, construir casas, famílias, trabalhar, etc.

Como a IBM possuía uma empresa virtual no *Second Life*, 1.800 (mil e oitocentos) sindicalistas procedentes de trinta países se manifestaram em frente às suas instalações através de seus avatares que estavam vestidos com camisetas dos sindicatos e carregando faixas de protesto, ou seja, retratando no mundo virtual o que ocorre na realidade²⁷.

Não há dúvidas de que se trata de um protesto pouco usual, mas deve-se destacar que o *Second Life*, que foi criado em 2007 é povoado por, em média, sete milhões de assinantes e o fato acabou chamando a atenção da imprensa mundial, que noticiou o ocorrido nas rádios, televisões, internet; a consequência disso é que a IBM Itália passou a sofrer a pressão que é esperada de uma greve tradicional e resolveu negociar com a categoria, firmando acordo nos termos solicitados pelos trabalhadores e, inclusive, desistindo da medida de diminuição do valor do PLR.

Observa-se que neste caso retratado a pressão exercida sobre empregador se deu mediante avatares, em ambiente virtual, demonstrando o que foi referido no tópico anterior de que a boa imagem da empresa na internet é muito valorizada e pode prever formas futuras para empreender ações sindicais, pelo menos, é a sugestão para que os sindicatos encontrem novas e interessantes formas de resposta aos desafios da globalização²⁸.

O caso espanhol ocorreu em 2010, quando foi convocada a Greve Geral de 29. Então, no dia da greve, a empresa de televisão Telemadrid não transmitiu nenhuma programação, aparecendo na TV apenas uma mensagem de que estavam de greve. Porém, neste dia, na Inglaterra,

²⁷ ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Respostas sindicais nos mundos virtuais: a greve virtual de avatares.** Disponível em: <http://www.direitolegal.org/manchetes/respostas-sindicais-nos-mundos-virtuais-a-greve-virtual-de-avatares/>. Acesso em 20 out. 2018.

²⁸ ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Respostas sindicais nos mundos virtuais: a greve virtual de avatares.** Disponível em: <http://www.direitolegal.org/manchetes/respostas-sindicais-nos-mundos-virtuais-a-greve-virtual-de-avatares/>. Acesso em 20 out. 2018.

estava marcado um jogo de futebol do campeonato da *Champions League* e um dos times era espanhol.

Em um dia normal de funcionamento a empresa televisiva dispunha de um ponto de codificação A e de um ponto B, que era utilizado apenas como reserva, de onde vinha o sinal da gravação do jogo, que era repassado para uma central responsável por transmitir para os televisores do país.

No momento do referido jogo, havia um trabalhador no ponto B que não estava em greve, assim como trabalhadores da central de transmissão, o que permitiu que a empresa utilizasse da tecnologia que ela dispunha e destes trabalhadores e fizesse a transmissão de forma diferente da rotineira, ou seja, utilizando o codificador reserva. Assim, o jogo foi transmitido, através do codificador B, de forma mais artesanal, pois nem todos os serviços gráficos, de locução e de propaganda estavam disponíveis.

Tal atitude da empresa foi considerada pelo sindicato CGT – *Central General del Trabajadores* uma vulneração de direitos fundamentais de greve e de liberdade sindical, tendo em vista que na Espanha também há legislação determinando que não é possível a substituição de trabalhador grevista²⁹. Assim, o sindicato ingressou com ação judicial sob o argumento de sabotagem do direito de greve.

A sentença do caso foi proferida em 2012, no sentido de que não houve violação do direito grevista, sendo um dos principais fundamentos a não substituição dos trabalhadores, pois o jogo foi transmitido através dos serviços prestados por trabalhadores que não estavam de greve e da tecnologia que a empresa já dispunha, embora não fosse comumente utilizada. Em 2 de fevereiro de 2017, após interposições de recursos, o caso

²⁹ Artículo 28. CE. 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

foi levado à julgamento pelo Tribunal Constitucional Espanhol, que decidiu pela manutenção da sentença de primeiro grau tendo em vista a não violação dos direitos grevistas³⁰:

En consecuencia, en el presente supuesto no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden.

Gize-se que a votação no TCE não foi unânime, sendo que o voto vencido do Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré foi bastante divulgado na imprensa espanhola, tendo em vista a profundidade dos seus argumentos, para quem a efetividade dos direitos fundamentais depende de novas respostas constitucionais, que possibilitem e garantam a proteção dos direitos essenciais dos trabalhadores³¹:

Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan. También en esto la Sentencia dictada por el Pleno da la espalda, de manera insensible, a la cobertura constitucional y a la necesidad de adaptarla a las nuevas circunstancias, a la evolución de la realidad laboral por razón de las transformaciones que se producen en el marco de las relaciones de trabajo.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA. **Sentencia 17/2017**, 2 fev. 2017. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/25242>>. Acesso em 20 out. 2018.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA. **Sentencia 17/2017**, 2 fev. 2017. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/25242>>. Acesso em 20 out. 2018.

Más que una nueva oportunidad perdida, advierto en estos pronunciamientos la repetida confirmación de interpretaciones que eligen la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental.

O caso espanhol possui grande importância para o direito brasileiro, na medida em que a decisão do Tribunal Constitucional pode ser um indício do caminho a ser trilhado pelo Judiciário pátrio, especialmente em face do texto do artigo 8º da CLT³², que prevê a possibilidade de utilização do direito comparado como fonte subsidiária, no caso de falta de disposição legal ou contratual.

Assim, diante da interpretação de que a Lei de Greve não versa sobre os casos envolvendo a substituição dos trabalhadores grevistas por novas tecnologias, especula-se acerca da possibilidade de fundamentação no sentido da decisão espanhola, ou seja, de não haver violação ao direito de greve se os funcionários não grevistas continuarem exercendo suas atividades comuns e se a empresa já dispunha da tecnologia utilizada, o que demonstra a existência de muitas questões a serem analisadas sobre o tema, em ambas as direções, penderes, portanto, de maior investigação.

Conclusão

Em razão dos argumentos e do cenário apresentado no desenvolvimento dessa pesquisa, não restam dúvidas de que o tema é, no mínimo, polêmico, sendo importante ressaltar, novamente, que o objetivo da pesquisa não é o de trazer respostas para todas as situações descritas. A proposta é justamente demonstrar que o instituto da greve vem sendo

³² 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.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

[...]

afetado cada vez mais pelos avanços tecnológicos e, por isso, a pesquisa não se encerra com esse texto, haja vista a necessidade de se propor uma urgente discussão sobre o instituto de greve no âmbito tecnológico.

Importante observar, ademais, que a legislação tal como está proposta atualmente não é eficaz para resolver um litígio envolvendo a substituição de trabalhadores grevistas por alguma tecnologia, sendo necessária uma releitura (uma leitura sistemática) da abrangência desta proibição. Referida releitura deve se dar, salvo melhor juízo, com um viés voltado para a tutela do instituto e de suas bases teóricas, ou seja, de sua concepção como movimento coletivo de pressão da classe trabalhadora em face do empregador em busca de melhoria nas condições laborais.

Isso porque, tanto trabalhadores quanto empregadores saem prejudicados com a incerteza que rodeia o tema da greve e das novas tecnologias. Assim, sob pena de prejuízo aos contratos de emprego, bem como da própria produção empresarial, reforça-se a conclusão de que o instituto da greve não pode ser analisado única e exclusivamente à luz de uma interpretação literal da norma jurídica, sob pena de ser premente uma adequação legislativa que contemple as novidades tecnológicas que permeiam o âmbito laboral.

Sobre o tema, é importante observar que atualmente já é possível identificar nos sindicatos uma adaptação às novas tecnologias, haja vista a percepção de que estas podem ser um instrumento válido e eficaz para alcançar os objetivos almejados. Isso se deve, por certo, ao fato de que muitas empresas, sejam elas multinacionais ou nacionais, investem um montante considerável de seus recursos no marketing em ambiente virtual e, por isso, manifestações virtuais que abalem a imagem da empresa podem provocar consequências no mundo físico e até jurídico, sendo, portanto, um interessante mecanismo de pressão da classe operária.

É necessário, portanto, que o operador do direito analise a questão sem preconceitos, partindo da premissa de que os avanços tecnológicos são inevitáveis e, por certo, geram modificações no ambiente do Direito do Trabalho, o qual deverá se amoldar a essa realidade, a fim de manter a

efetividade de institutos relevantes como a greve. Por fim, registre-se que a presente pesquisa não se encerra nessas considerações, mas, na verdade, serve como ponto de partida para novas linhas e estudos diante da relevância do problema na sociedade atual.

Referências

- ANDRADE, Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de. Teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13^a Região**. João Pessoa, v. 15, n.1, 2007.
- ARAGÃO, Cristina Gueths. O teletrabalho e a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro. In: FINCATO, Denise Pires (Org). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015.
- ARAGÓN, Jorge; CRUCES, Jesús; DURÁN, Alicia; ROCHA, Fernando. **Las relaciones laborales y la innovación tecnológica em España**. Madrid: Catarata, 2005.
- ARAUJO, Telga. **Anotações sobre o direito de greve**. Pernambuco: Assessoria Sindical do Estado de Pernambuco, 1962.
- AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 5. ed. São Paulo: ltr, 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOCCANERO, Ney da Fontoura. **O instituto da greve**. **Revista de direito do trabalho**. vol. 35. p. 89-100, 1982.
- BOFF, Caroline Moreira; FINCATO, Denise Pires. Globalização: Nova ordem econômica social, direitos fundamentais sociais e direito ao trabalho. In: FINCATO, Denise Pires (Org). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015.
- BONET, Andreu Agredano. **El ejercicio del derecho a la huelga: pasado y presente**. Disponível em: <<http://nportal0.urv.cat:18080/fourrepo/rest/digitalobjects/ds?>

objectid=tf667&datastreamid=mem%0c3%0b2ria&mime=application/pdf>.

Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho (CLT)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTILLO, Santiago Pérez Del. **O direito de greve**. São Paulo: LTr, 1994.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. **Direito social brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

CONTRERAS, Eduardo Montagut. **Breve historia del derecho de huelga em Espana. In Los Hojos de Hipatia**. Disponível em: <<https://losojosdehipatia.com.es/cultura/historia/breve-historia-del-derecho-dehuelga-en-espana/>>.

COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica**. São Paulo: LTr, 1991.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIARIO DE BURGOS. 23-f: **el golpe sindical**. Disponível em:
<<https://diariodevurgos.com/dvwps/23-f-el-golpe-sindical.php>>.

EDELMAN, B. **A legalização da classe operária**. Tradução de Flávio Roberto Batista, Jorge Luiz Souto Maior, Marcus Orione Gonçalves Correia e Pablo Biondi. Boitempo, São Paulo. 2016.

EICK, Luciana Gemelli; BITENCOURT, Manoela de; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **Teletrabalho como uma nova modalidade laboral em âmbito público e privado**. In:

FINCATO, Denise Pires (Org). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015.

EL PAIS. **Movilización histórica por la igualdad de las mujeres**. Disponível em: <https://elpais.com/economia/2018/03/08/actualidad/1520545956_654616.html>.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **A Greve Virtual: O Projeto de Lei Italiano nº 1.170 de 2008**. Revista do Tribunal Regional da 4ª Região. Ano V. n. 80. 2009.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. Panorama juslaboral do teletrabalho no Brasil, na OIT, na Venezuela e Espanha. **Revisa dos Tribunais**. Rio de Janeiro, vol. 123, 2006, p. 97 – 119.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Respostas sindicais nos mundos virtuais: a greve virtual de avatares**. Disponível em: <<http://www.direitolegal.org/manchetes/respostas-sindicais-nos-mundos-virtuais-a-greve-virtual-de-avatares/>>.

FRIEDMAN, Thomas Loren. **O mundo é plano: uma breve história do século XXI**. 3. ed. Tradução de Cristina Serra; Sergio Duarte; Bruno Casotti; Cristina Cavalcanti. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GAMUCCI, Francesco Colorni Bernardo; TEMPORELLI, Massimo. **4 punto o: fabbriche, professionisti e prodotti dela Quarta rivoluzione industriale**. Milano: Hoelpi, 2017.

INFLUENCIADORA Digital: profissão é nova aposta de mercado, diz master coach. **Exame**, São Paulo, 03 maio 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/influenciadora-digital-profissao-e-nova-aposta-de-mercado-diz-master-coach/>>.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Greve e substituição de trabalhadores grevistas**. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/greve-e-substituicao-de-trabalhadores-grevistas/14863>>.

MATTOSO, Jorge. **Tecnologia e emprego: uma relação conflituosa**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000300017&lng=pt&tlng=pt>.

MEDEIROS, Dárlin Prietsch. Interação entre trabalho e tecnologia: as influências da tecnologia na forma, ritmo e intensidade do trabalho. In: FINCATO, Denise Pires (Org). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015.

MURARO, Rose Marie. **Os avanços tecnológicos e o futuro da humanidade: querendo ser deus?** Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

PERALTA, Adrian; Roitman, Agustin. **A tecnologia e o futuro do trabalho**. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/blog/2018/050118p.pdf>>.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

ROSA, Sílvia; MOREIRA, Talita. Fechamento de agências bancárias cresce no ano. **Valor Econômico**, São Paulo, 28 junho 2017. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/financas/5019144/fechamento-de-agencias-bancarias-cresce-no-ano>>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA. Sentencia 17/2017, 2 fev. 2017. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/25242>>.

VALOR ECONÔMICO. **Fechamento de agências bancárias cresce no ano**. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/financas/5019144/fechamento-de-agencias-bancarias-cresce-no-ano>>.

VIERA. Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Reccord, 1997.

WOLTEN, Dominique. **Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

ZAVANELLA, Fabiano. O instituto da greve e seus desdobramentos. In: **Revista de Direito do Trabalho**. vol 194. p. 177-209. 2018.

Inteligência artificial e a prestação jurisdicional

*Cláudio Teixeira Damilano **

Introdução

A 4ª Revolução Industrial (indústria 4.0) caracteriza-se pela eliminação de todas as fronteiras físicas, biológicas e digitais, diferenciando-se das demais em razão da sua velocidade, profundidade e impacto sistêmico que a conduz. Um dos pilares da indústria 4.0 é a inteligência artificial (IA), sendo-lhe reconhecida capacidade suficiente para gerar dentro de pouco tempo sistemas dotados de larga autonomia, aptos a substituírem a intervenção humana em praticamente todos os estágios da formação da vontade e da tomada de decisões. Diante disso, surge o inevitável questionamento e que torna o estudo necessário: será que a IA irá fazer com que a jurisdição seja prestada por um robô, substituindo servidores e juízes?

Para responder ao problema usar-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo, por meio do qual se partirá de hipóteses formuladas na condição de respostas provisórias, submetendo-as a uma análise de falseamento, de modo a acolhê-las ou rejeitá-las. Cada hipótese será

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Graduado em Direito e Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CETRA-CESUSC. Formado pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul - FEMARGS. Integrante dos Grupos de Pesquisa "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Gilberto Stürmer e "Novas Tecnologias, Processo, e Relações de Trabalho", coordenado pela Prof.ª Denise Pires Fincato, ambos junto à PUCRS. Advogado atuando nas áreas do Direito do Trabalho, Responsabilidade Civil, Contratos, Previdência Privada e Seguridade Social. E-mail: claudiotdamilano@gmail.com; CV: <http://lattes.cnpq.br/1215685488127905>.

relativa à forma com que a IA está sendo utilizada e às consequências de seu uso na prestação jurisdicional. O objetivo geral do trabalho é buscar entender de que forma a IA está sendo aplicada no Poder Judiciário. Já o objetivo específico é saber quais são os impactos positivos e negativos no seu uso e se existe uma necessidade de regulamentação.

Assim sendo, para uma melhor compreensão, em um primeiro momento será conceituada a IA e os temas que a compõe: *Machine Learning*, *Deep Learning*, redes neurais, *over-training* e neurocomputadores. Após, serão analisados os avanços e o alcance da IA com a implementação do processo eletrônico. Em seguida, serão verificados os impactos positivos e negativos da IA e de que forma o uso desta tecnologia está atingindo a prestação jurisdicional nos Tribunais. Por fim, serão examinadas as diretrizes éticas da Comissão Europeia, os princípios de IA da OCDE, os princípios éticos em sistemas judiciais da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ) e o Projeto de Lei 5.051/2019 que estabelece os princípios para o uso da IA no Brasil. Os métodos de procedimento da pesquisa serão o histórico, comparativo e estatístico, já o método de interpretação será o sociológico, valendo-se de fontes bibliográficas e documentais.

Enfim, a pesquisa versa sobre a IA e sua utilização pelos Tribunais na prestação jurisdicional, esperando contribuir para sua compreensão e reflexos na sociedade.

1 Inteligência artificial¹

A inteligência artificial (IA) vem produzindo grandes transformações no modo com que as pessoas se relacionam com a tecnologia no dia a dia, pois possui a capacidade de processar bilhões de informações e transformá-las em dados estruturados. Segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza a inteligências artificial é:

¹ Cf. DAMILANO, Cláudio Teixeira Damilano. Inteligência Artificial e Inovação Tecnológica: As necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. *Brazilian Journal of Development*, v. 5, 2019, p. 19987-19988.

[...] o método cibernético de adoção de soluções por programas de computador não previstos anteriormente pela vontade humana. Assim, através da inteligência artificial há a possibilidade do sistema do computador adotar soluções baseando-se em situações ou ordens de comando humano anteriores para hipóteses novas semelhantes, com base na experiência adquirida, em um processo de *automação da vontade*. Contudo, essa vontade não é a vontade humana, mas o desiderato encontrado pela máquina, irrefletida e infértil pela parte, programador ou do seu próprio criador [...] ²

Neste sentido, surgem dois termos relacionados com a IA, que são *Machine Learning* e *Deep Learning*. A *Machine Learning* ou Aprendizagem de Máquina possibilita aos computadores, utilizando-se de algoritmos, o reconhecimento de padrões e previsões sob determinado fato e/ou acontecimento e a tomada de decisões de forma natural, sem parecer que foram programados para isso. Por exemplo, a indicação de seriados e filmes que aparecem quando faz-se *login* na Netflix, os vídeos disponibilizados na página inicial do YouTube, os posts do Facebook, Twiter e Instagram, as recomendações de músicas do Spotfy são listas personalizadas, geradas a partir de técnicas de *Machine Learning* que preveem qual a melhor ordem lógica para apresentar os resultados em suas páginas.³

Já a *Deep Learning* ou Aprendizado Profundo “é uma técnica da *Machine Learning* composta por uma rede neural artificial, uma versão matemática de como uma rede neural biológica funciona, composta de camadas que se conectam para realizar tarefas de classificação”.⁴ Por exemplo, quando o aplicativo automaticamente separa as suas fotos por local e/ou identifica a pessoa que está na imagem.

César Antônio Serbena esclarece melhor o que é uma rede neural:

² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil e a inteligência artificial nos contratos eletrônicos na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 877, ano 97, nov. 2008, pág.33-34.

³ SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, Machine Learning e Deep Learning. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.o**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. pág. 40.

⁴ SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, Machine Learning e Deep Learning. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.o**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. pág. 41.

[...] as Redes Neurais (RN) são uma técnica de programação que procura modelar e imitar alguns princípios do cérebro humano. O principal avanço das RN em relação a outras técnicas de programação tradicional consiste na possibilidade do sistema dito “inteligente” ser capaz, em um certo sentido, de aprender. Basicamente, uma RN passa por um período de aprendizado, onde os dados são inseridos no sistema. A partir da inserção dos dados, a RN compara todos eles e permite, por exemplo, nos próximos cem casos, repetir os mesmos padrões adotados quando os dados foram inseridos⁵.

O processo de treinamento da rede neural pode ser classificado da seguinte maneira:

- a) *Aprendizado supervisionado* – um agente externo indica à rede de acordo com o padrão de entrada, qual deve ser a resposta na saída;
- b) *Aprendizado não supervisionado* ou através de auto-organização não utiliza um agente externo para indicar qual a resposta a ser esperada na saída, entretanto, utiliza exemplos de objetos ou padrões semelhantes para que a rede responda de maneira semelhante⁶.

A rede neural também pode ser classificada em função da finalidade de aprendizado:

- a) *Auto-associador*: uma coleção de exemplos é apresentada à rede para que ela os memorize. Quando um dos elementos da coleção de exemplos for apresentado de modo errôneo, a rede deve ser capaz de mostrar o exemplo original.
- b) *Hetero-associador*: é uma variação do anterior, a diferença consiste na memorização de um conjunto de pares. Neste aprendizado, a rede funciona como um reconhecedor de padrões, sendo capaz de reproduzir o segundo elemento do par mesmo que o primeiro esteja pouco modificado⁷.

Por outro lado, se a rede neural receber muita informação ela poderá tornar-se viciada ou prematuramente saturada (*over-training*), perdendo

⁵ SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial ao direito. In: **e-Justiça e processo eletrônico: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR**, 1., 2013, Curitiba: Juruá, 2013. pág. 52.

⁶ SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial ao direito. In: **e-Justiça e processo eletrônico: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR**, 1., 2013, Curitiba: Juruá, 2013. pág. 49.

⁷ SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial ao direito. In: **e-Justiça e processo eletrônico: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR**, 1., 2013, Curitiba: Juruá, 2013. pág. 52.

a capacidade de generalização. Deste modo, quando o sistema atingir uma taxa de erro pequena e uma máxima capacidade de generalização, o treinamento deve ser interrompido⁸.

Diante disto, em breve, uma nova geração de computadores irá ser desenvolvida: os neurocomputadores⁹. Isto é, enquanto os *computadores* executam programas e operações lógicas, dependem do modelo ou do programador e testam uma hipótese por vez, os *neurocomputadores* aprendem, executam operações não lógicas, transformações e comparações, descobrem as relações ou regras dos dados e exemplos e testam todas as possibilidades em paralelo.

Como se vê, a *Machine Learning* (Aprendizagem de Máquina) e *Deep Learning* (Aprendizado Profundo), “compõem tudo o que é a Inteligência Artificial e apontam para um futuro em que nossas plataformas e sistemas terão inteligência suficiente para aprender com nossas interações e dados, alcançando *performance* próxima ou superior à humana”¹⁰.

2 Processo eletrônico e inteligência artificial

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu no artigo 5º da CF/88 o inciso LXXVIII que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Para tentar concretizar esse direito, em 2006, a Lei nº11.419 instituiu a informatização do processo judicial, tornando possível, nos termos do artigo 1º, o “uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais”. Neste sentido, o CPC/2015 estabeleceu que os atos processuais podem ser digitais (art. 193), inclusive audiências e sessões de julgamentos (art. 194), admitindo-se o uso de videoconferência ou outro

⁸ SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial ao direito. In: **e-Justiça e processo eletrônico: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR**, 1., 2013, Curitiba: Juruá, 2013. pág. 52.

⁹ SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial ao direito. In: **e-Justiça e processo eletrônico: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR**, 1., 2013, Curitiba: Juruá, 2013., pág. 52-53.

¹⁰ SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, Machine Learning e Deep Learning. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.o**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pág. 41.

recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 236, §3º, art. 385, §3º e art. 937, §4º).

Todavia, conforme Jaqueline Mielke Silva, o CPC/2015 deixou de “regulamentar de uma forma sistemática e completa o processo eletrônico”¹¹, tratando-se, ainda, de um “diploma legal para processos físicos (em papel)”¹². Segundo a referida doutrinadora, somente teremos “uma real pacificação social, se tivermos um Direito Processual Civil adequado à realidade moderna e não a outros momentos históricos”¹³.

Não obstante, o Judiciário sofre com “uma fragilidade estrutural – ineficiências administrativa e de gestão – que vem prejudicando a celeridade processual, de modo a trazer à tona, o ideal de eficiência processual.”¹⁴

Diante disso, a IA está sendo utilizada para automatizar atividades, reduzindo drasticamente o tempo de certas tarefas e possibilitando que servidores e juízes detenham mais tempo para analisar as questões de mérito propriamente dito dos processos. Para José Eduardo de Resende Chaves Júnior, o uso da IA é uma importante ferramenta para analisar os processos de massa em que os assuntos são repetitivos e por consequência também existirá “mecanização da decidibilidade”¹⁵. No entanto, adverte o

¹¹ SILVA, Jaqueline Mielke. O Processo Eletrônico no Código de Processo Civil de 2015: Avanços e Retrocessos. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III**. Porto Alegre: Lex Magister, 2019. Cap. 19. p. 340.

¹² SILVA, Jaqueline Mielke. O Processo Eletrônico no Código de Processo Civil de 2015: Avanços e Retrocessos. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III**. Porto Alegre: Lex Magister, 2019. Cap. 19. p. 345.

¹³ SILVA, Jaqueline Mielke. O Processo Eletrônico no Código de Processo Civil de 2015: Avanços e Retrocessos. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III**. Porto Alegre: Lex Magister, 2019. Cap. 19. p. 333.

¹⁴ CRUZ, Jaqueline Keila Leite; BELTRÃO FILHO, João Alfredo. **Uso da inteligência artificial na análise de processos no Judiciário como instrumento de concretização da eficiência processual**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/uso-da-inteligencia-artificial-na-analise-de-processos-como-instrumento-de-eficiencia-31052019>. Acesso em: 05 jun. 2019.

¹⁵ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em Meio Reticular-eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos mega dados. In: BRANDÃO, Cláudio; SOUZA, Fabiano Coelho de; CARVALHO, Maximiliano Pereira de (Org.). **Princípios do processo em meio reticular-eletrônico : fenomenologia, normatividade e aplicação**. São Paulo: Ltr, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/35324051/Processo_em_Meio_Reticular-eletr%C3%B4nico_constitucionalismo_dial%C3%B3gico_e_democracia_hiper-real_no_contexto_dos_megadados>. Acesso em: 13 maio 2019. Pág. 12

doutrinador que o uso da IA “talvez não seja o mais adequado para lidar com a disseminação dos microconflitos”.¹⁶ De qualquer forma, toda mudança gera resistência em que “os otimistas miram a automatização dos atos processuais e a sustentabilidade ambiental” e os “pessimistas fazem cogitações sobre a perda da dimensão humana do processo”.¹⁷

3 Impactos positivos x impactos negativos

A IA está trazendo profundas mudanças em nossa sociedade e nas relações humanas. No caso específico da prestação jurisdicional, a IA impactará positivamente¹⁸ pelo uso de decisões racionais, baseadas em dados objetivos, com diminuição de escolhas subjetivas. Segundo César Antônio Serbena:

“Sempre haverá alguém preocupado que, com a RN, estaremos substituindo o homem pela máquina na tarefa de julgar. No entanto, do ponto de vista matemático e quantitativo, as máquinas e sistemas computacionais são mais eficientes e objetivos na medição e previsão de padrões de coerência do que seres humanos, sempre sujeitos às considerações subjetivas de diversas espécies. E neste sentido, se a decisão judicial que desejamos do sistema jurídico deva ser uma decisão coerente e igualitária, que leve em consideração todos os jurisdicionados na mesma medida, as RN podem auxiliar o julgador humano de forma bastante consistente, tal como demonstrado neste trabalho”¹⁹

¹⁶ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em Meio Reticular-eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos mega dados. In: BRANDÃO, Cláudio; SOUZA, Fabiano Coelho de; CARVALHO, Maximiliano Pereira de (Org.). **Princípios do processo em meio reticular-eletrônico : fenomenologia, normatividade e aplicação**. São Paulo: Ltr, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/35324051/Processo_em_Meio_Reticular-eletr%C3%B4nico_constitucionalismo_dial%C3%B3gico_e_democracia_hiper-real_no_contexto_dos_megadados>. Acesso em: 13 maio 2019. Pág. 12

¹⁷ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em Meio Reticular-eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos mega dados. In: BRANDÃO, Cláudio; SOUZA, Fabiano Coelho de; CARVALHO, Maximiliano Pereira de (Org.). **Princípios do processo em meio reticular-eletrônico : fenomenologia, normatividade e aplicação**. São Paulo: Ltr, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/35324051/Processo_em_Meio_Reticular-eletr%C3%B4nico_constitucionalismo_dial%C3%B3gico_e_democracia_hiper-real_no_contexto_dos_megadados>. Acesso em: 13 maio 2019. Pág. 10

¹⁸ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. Tradução Daniel Moreira Miranda. Pág. 142-143.

¹⁹ SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial ao direito. In: **e-Justiça e processo eletrônico: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR**, 1., 2013, Curitiba: Juruá, 2013, p. 57-58.

Outros aspectos positivos são a eliminação da “exuberância irracional”; reorganização e diminuição das burocracias ultrapassadas; ganhos no trabalho e inovação; independência energética; redução dos custos; ganhos em eficiência; desbloqueio das inovações, aumento substancial da produtividade²⁰ e diminuição no tempo de tramitação dos processos.

Para alguns estudiosos, a previsibilidade da jurisprudência impulsionaria o uso de meios alternativos de solução de controvérsia (ODR – Resolução de Disputas Online), fazendo com que o Poder Judiciário concentre sua atenção e recursos para casos que merecem maior atenção²¹.

Com relação aos impactos negativos trazidos por aqueles que estudam os avanços tecnológicos, estão os ataques de hackers aos sistemas, o que poderia acarretar em alterações nos algoritmos e a prolação de decisões em desconformidade com aquilo que foi previamente programado. Além disto, existe o risco de decisões padronizadas trazerem discrepâncias em um país continental como o Brasil²².

A utilização do sistema preditivo de jurisprudência acarreta no mínimo dois efeitos: (1) os juízes serão confrontados não só com as decisões dos Tribunais Superiores (jurisprudência vertical), mas também com as decisões de seus colegas do mesmo Tribunal (jurisprudência horizontal); e (2) o juiz confrontado com o entendimento majoritário das decisões de seus colegas irá harmonizar o seu posicionamento²³.

²⁰ MENEZES FILHO, Naércio. Inteligência artificial e mercado de trabalho. In: PIO, Carlos; REPEZZA, Ana Paula. **Diálogos Estratégicos: O Brasil e os desafios da quarta revolução industrial**. Brasília: Secretaria Especial de Assuntos Estratégico, volume 1. Número 2, julho/2018., pág. 60.

²¹ BUAT-MÉNARD, Eloi. La justice dite « prédictive » en matière judiciaire : prérequis, risques et attentes – la réflexion en cours en France. In: L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE AU SERVICE DU POUVOIR JUDICIAIRE, Riga. **Conferência**. 2018. Disponível em: <<https://rm.coe.int/the-so-called-predictive-justice-applications-in-civil-and-criminal-ma/16808e4d85>>. Acesso em: 04 out. 2019. Pág. 10.

²² MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Inteligência artificial na produção de decisões humanizadas: uma verdadeira quimera da busca pela decisão perfeita. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 5, n. 5, 2019. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-5/2019>>. Acesso em: 02 out. 2019. Pág. 15.

²³ BUAT-MÉNARD, Eloi. La justice dite « prédictive » en matière judiciaire : prérequis, risques et attentes – la réflexion en cours en France. In: L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE AU SERVICE DU POUVOIR JUDICIAIRE, Riga. **Conferência**. 2018. Disponível em: <<https://rm.coe.int/the-so-called-predictive-justice-applications-in-civil-and-criminal-ma/16808e4d85>>. Acesso em: 04 out. 2019. Pág. 8.

Contudo, o uso preditivo pode trazer algumas armadilhas para a prestação jurisdicional, pois o juiz irá decidir da mesma forma que seus colegas e não por intermédio de sua análise. A decisão proferida por um algoritmo também não contempla um senso crítico que só os humanos são capazes de fazer. Assim, a jurisprudência poderá ficar presa no passado e não acompanhar a evolução da sociedade o que também será algo negativo. Deste modo, o sistema preditivo deverá ser utilizado de forma equilibrada entre a lógica da harmonização e o da individualização²⁴.

O doutrinador Dierle Nunes, ao analisar o uso da IA nas decisões judiciais, adverte que:

“Os riscos jurídicos do emprego de tecnologia em decisões públicas transcendem muito o processo jurisdicional, na medida em que envolvem um risco para a própria democracia pela possibilidade de controle de dados, indução de comportamentos, uso de dados de perfis psicológicos em rede para micromarketing direcionado, emprego de *fake News*, entre muitas outras formas. Alguns especialistas falam mesmo do risco de um ‘Estado totalitário digital’ mediante um policiamento algorítmico”²⁵.

Segundo Patrícia Peck Pinheiro, a discussão sobre os impactos da IA na sociedade atual deve ser levada bem mais a sério, pois mesmo que muitos não percebam, já chegamos ao ponto em que os algoritmos estão controlando as nossas vidas.²⁶ Nos centros de direitos civis se discute se a IA está retirando o livre-arbítrio do indivíduo.

Elon Musk²⁷ é um dos líderes empresariais a pedir que haja uma regulamentação para a IA, por entender que há necessidade de se

²⁴ BUAT-MÉNARD, Eloi. La justice dite« prédictive » en matière judiciaire : prérequis, risques et attentes – la réflexion en cours en France. In: L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE AU SERVICE DU POUVOIR JUDICIAIRE, Riga. Conferência. 2018. Disponível em: <<https://rm.coe.int/the-so-called-predictive-justice-applications-in-civil-and-criminal-ma/16808e4d85>>. Acesso em: 04 out. 2019. Pág. 9.

²⁵ NUNES, Dierle. Processo Civil, vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Panorama atual do novo CPC**. São Paulo: Empório do Direito.com: Tirant Lo Blanch, 2019. Cap. 5. pág. 87.

²⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. A inteligência Artificial deve ser regulamentada em âmbito internacional. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.0**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pág. 29.

²⁷ Cf. ALVES, José Eustáquio Diniz. **Inteligência artificial: ameaça à civilização**. 2017. Disponível em: <<https://projetocolabora.com.br/artigo/inteligencia-artificial-ameaca-civilizacao/>>. Acesso em: 26 abr. 2019, “O bilionário Elon Musk, 46 anos, é um empreendedor schumpeteriano que está à frente da fábrica de carros elétricos e

estabelecer padrões e limites antes que seja tarde demais. Para o Parlamento Europeu, os robôs deveriam passar a ter personalidade jurídica e deveria ser criado um tipo de pessoa, a “pessoa eletrônica”, para que seja possível imputar responsabilidade a eles. Ou seja, querem que tanto os robôs como os donos dos robôs sejam responsabilizados.²⁸

Em 2017, a Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, aprovou um relatório sobre direito civil para robótica que trata das regras fundamentais para a construção de robôs e para sistemas de IA. A proposta até o momento é não vinculativa e tem como objetivo fazer como que o impacto ético e social dessas novas tecnologias seja levado em consideração. Isto porque a próxima geração de robôs que está sendo desenvolvida é muito mais autônoma, possuindo capacidade de aprender com a coleta de dados, o que torna a sua regulamentação necessária.²⁹

4 O uso da inteligência artificial nos tribunais do Brasil

O art. 196 do CPC/2015 confere ao CNJ a competência para velar pela compatibilidade dos sistemas e disciplinar a incorporação progressiva de inovações tecnológicas. Desse modo, no final de 2018, o CNJ criou um laboratório de IA para desenvolver uma política nacional de implantação de ferramentas inteligentes, assim como para disciplinar o acesso aos dados depositados nos bancos de dados dos tribunais brasileiros. Nesse sentido, foi publicada a Portaria nº 25, de 19 de fevereiro de 2019, que instituiu o Laboratório de Inovação para o Processo Judicial em meio Eletrônico e o Centro de Inteligência Artificial aplicada ao PJe. Recentemente, a Portaria nº 197, de 22 de novembro de 2019, instituiu o

autônomos, Tesla; da produção de painéis solares e baterias elétricas da Solar City; do transporte em túnel de vácuo Hypelooop; do lançamento de foguetes da SpaceX; do projeto de colonização de Marte; etc. Ele é quase tão admirado hoje como foram no passado Henry Ford e Steve Jobs”.

²⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck. A inteligência Artificial deve ser regulamentada em âmbito internacional. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.0**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pág. 30.

²⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. A inteligência Artificial deve ser regulamentada em âmbito internacional. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.0**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pág. 31.

Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e propostas voltadas à ética na produção e uso da IA no Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal está desenvolvendo e utilizando o programa VICTOR, em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal que foi quem primeiro tentou sistematizar os precedentes da Corte. O sistema utiliza-se do *machine learning* (mecanismo de aprendizado de máquina) e já executa, ao menos, 4 (quatro) atividades: “(i) converte imagens em textos no processo digital; (ii) separa o começo e o fim de um documento (peça processual, decisão etc) em todo o acervo do Tribunal; (iii) separa e classifica as peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF; (iv) identifica a incidência dos temas de repercussão geral mais comuns”.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça, objetivando tornar-se mais eficiente, está utilizando a IA para identificar grupos de processos com acórdãos semelhantes. O sistema permite uma análise dos processos em que há repetição das controvérsias, possibilitando o aprimoramento da utilização do mecanismo dos recursos repetitivos. O Tribunal está desenvolvendo o sistema SÓCRATES que possibilitará a análise automatizada do recurso e do acórdão recorrido. Com isto, o relator receberá informações sobre o processo como, por exemplo, se determinado caso encaixa-se na categoria de demandas repetidas, as referências legislativas, a listagem de ações semelhantes e até a minuta de decisão³¹.

O Tribunal Superior do Trabalho lançou em outubro de 2018 o programa “Bem-te-vi” que permite analisar “quantos processos estão relacionados a determinado tema, há quanto tempo essas ações chegaram ao gabinete ou se o número de julgados está de acordo com as metas

³⁰ FUX, Luiz. **Benefícios e questionamentos da inteligência artificial no Direito**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/fux-mostra-beneficios-questionamentos-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³¹ STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Inovação, agilidade processual e redução de acervo marcam primeiro ano da atual gestão no STJ**. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Inovacao--agilidade-processual-e-reducao-de-acervo-marcam-primeiro-ano-da-atual-gestao-no-STJ.aspx>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³². Recentemente, o sistema passou a permitir a análise automática da tempestividade, e, em breve, serão incluídos alertas para indicar os impedimentos dos ministros no julgamento de recursos³³.

No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região está sendo desenvolvido um sistema que consegue analisar a tempestividade (comparando a data de interposição do recurso e a data da publicação do acórdão); o pagamento de custas e do depósito recursal (facilitando a localização das respectivas guias de comprovação); e a indicação do trecho da decisão recorrida (acelerando a busca por similaridades no texto)³⁴.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco desenvolveu o sistema “ELIS” que faz em 15 dias o trabalho que 11 servidores demorariam para finalizar em mais de 01 ano. O programa possibilita realizar a triagem, conferindo de forma acelerada os documentos, datas e dados dos processos, seleciona e assina automaticamente os documentos³⁵. Em 03 dias, avaliou 5.247 processos, sendo que que 4.447 poderiam continuar tramitando, 640 estavam prescritos, 160 continham erros no cadastro da dívida ativa, 16 eram de competência estadual e 14 apresentavam dados divergentes³⁶. Em pouco tempo, o programa irá descobrir se os devedores possuem bens e/ou contas em bancos para serem penhorados³⁷.

³² SECOM, Secretaria de Comunicação Social. **Inteligência artificial traz melhorias inovadoras para tramitação de processos no TST**. 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24875517>. Acesso em: 06 maio 2019.

³³ SECOM, Secretaria de Comunicação Social. **Inteligência artificial traz melhorias inovadoras para tramitação de processos no TST**. 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24875517>. Acesso em: 06 maio 2019.

³⁴ TRT4, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Inteligência artificial - inscrição Prêmio Innovare**. 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/168725>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

³⁵ CASTRO, Beatriz. **Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghtml>>. Acesso em: 13 maio 2019.

³⁶ ABRAHAM, Marcus. **Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019.>>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³⁷ CASTRO, Beatriz. **Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghtml>>. Acesso em: 13 maio 2019.

Em Rondônia, o Tribunal de Justiça desenvolveu o SINAPSES que possibilita maior celeridade ao andamento processual das ações judiciais por meio de mecanismos de predição (predictive models): algoritmos que conseguem armazenar dados para prever determinado fenômeno, após pesquisar, em segundos, centenas de processos semelhantes já julgados.³⁸

Na 12^a Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi implementado o sistema de bloqueio de bens de devedores de tributos municipais. Foram realizadas ordens de bloqueios em mais de 6.600 execuções fiscais, obtendo a penhora integral em 1.512 processos e parcial em 1.157. Antes da implantação do programa de inteligência artificial, só para acionar o sistema tradicional (BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD) o servidor levava em média 30 minutos³⁹.

O Poder Judiciário carioca, com apoio financeiro das empresas que mais são demandadas, também está desenvolvendo um projeto de sistema automatizado de atendimento para resolução de conflitos. Segundo o presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), Desembargador Cesar Cury, o sistema de mediação *online*, baseado em inteligência artificial, visa conectar as partes em uma plataforma⁴⁰ o que facilitaria a celebração de acordos.

No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça estuda uma parceria com o Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação da USP com o objetivo de “atender à expansão do uso de robôs na área de triagem de petições intermediárias”⁴¹.

³⁸ FUX, Luiz. **Benefícios e questionamentos da inteligência artificial no Direito**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/fux-mostra-beneficios-questionamentos-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

³⁹ ABRAHAM, Marcus. **Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

⁴⁰ PÁDUA, Luciano. **OAB-RJ protesta contra sistema automatizado de solução de conflitos**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/oab-rj-protesta-contra-sistema-automatizado-de-solucao-de-conflitos-19032018>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴¹ USP, Institucional da. **USP e Tribunal de Justiça estudam parceria na área de inteligência artificial**: Reitor participou de uma reunião com presidente do TJ para discutir formalização de convênio. 2019. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/institucional/usp-e-tribunal-de-justica-estudam-parceria-na-area-de-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Por fim, em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça criou o sistema de inteligência artificial denominado RADAR⁴² que possui a função de identificar e separar recursos com idênticos pedidos no âmbito do tribunal, que já foram pacificados no âmbito da sua jurisdição e que foram objeto de decisões com eficácia vinculante por tribunais superiores. A partir da identificação, o próprio sistema elabora uma minuta de voto padrão para aquele tema, aplicando a jurisprudência adequada em todos os recursos identificados em um julgamento conjunto⁴³. O sistema RADAR também disponibiliza a chamada taquigrafia digital, que possibilita a imediata transcrição dos áudios gravados, podendo tal ferramenta ser executada de maneira automatizada⁴⁴.

5 O uso da inteligência artificial nos tribunais estrangeiros

No âmbito internacional, a IA também está sendo utilizada na prestação jurisdicional. Na Europa o uso da IA tem ocorrido com maior frequência nas seguintes hipóteses⁴⁵:

- ▶ Mecanismos avançados de pesquisa de jurisprudência;
- ▶ Resolução de disputas on-line;
- ▶ Assistência na elaboração de escrituras;
- ▶ Análise (preditiva, escalas);
- ▶ Categorização de contratos de acordo com diferentes critérios e detecção de cláusulas contratuais divergentes ou incompatíveis; e
- ▶ “Chatbots” para informar os litigantes ou apoiá-los em seus processos legais.

⁴² ASCOM, Assessoria de Comunicação Institucional – **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. 2018. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XdWfQ1dKjIV>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴³ ABRAHAM, Marcus. **Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

⁴⁴ ASCOM, Assessoria de Comunicação Institucional – **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual**. 2018. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XdWfQ1dKjIV>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁴⁵ CEPEJ, European Commission For The Efficiency Of Justice. **European Ethical Charter On The Use Of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment**. (strasbourg, 2018. Disponível em: <<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>>. Acesso em: 07 out. 2019. Pág. 18.

O Ministério de Justiça da Estônia está desenvolvendo um “juiz robô” para ser utilizado na mediação de pequenas causas (até US\$ 8mil). O sistema usará um banco de dados com todas as leis existentes no país para basear suas decisões⁴⁶.

Na Espanha, o Poder Judiciário estuda o uso de um sistema preditivo para reconhecer toda jurisprudência sobre um assunto e estimar as probabilidades segundo experiências de outros países da Europa⁴⁷. O sistema possui uma eficácia de 85%, o que eliminaria as incertezas jurídicas, reduzindo uma importante quantidade de burocracias. No entanto, o uso de um sistema de IA poderá trazer algumas consequências negativas, como, por exemplo, a resolução de processos com poucos fundamentos e o “efeito manada” em que não se sabe como o algoritmo chegou àquele resultado, mas mesmo assim segue a decisão sugerida pela máquina.

Nos Estados Unidos, alguns estados federais, utilizam o sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*⁴⁸) que possui como função analisar o risco de reincidência do sujeito que cometeu um delito. Trata-se de um software criado por uma empresa privada que contém uma série de perguntas variadas que classificam o risco de reincidência de 1 a 10. Ocorre que a ONG *ProPublica* constatou que populações afro-americanas foram classificadas com alto risco de reincidência, representando o dobro em comparação com as demais etnias, trazendo grandes discussões sobre ética dos algoritmos⁴⁹.

⁴⁶ SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estônia está desenvolvendo o primeiro "juiz robô" do mundo**. 2019. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/estonia-esta-desenvolvendo-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo-136099/>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁴⁷ HERNANDEZ, Joaquín. **El Poder Judicial estudia implementar robots que predigan sentencias**: El Consejo General del Poder Judicial estudia ya la aplicación generalizada de sistemas de "Justicia predictiva". 2019. Disponível em: <https://www.vozpopuli.com/espana/poder-judicial-estudia-implementar-algoritmos-predigan-sentencias_0_1256574916.html>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁴⁸ Tradução livre: Perfil corretivo do gerenciamento de infratores para sanções alternativas.

⁴⁹ CEPEJ, European Commission For The Efficiency Of Justice. **European Ethical Charter On The Use Of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment**. (strasbourg, 2018. Disponível em: <<https://tm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>>. Acesso em: 07 out. 2019. Pág. 52.

A Universidade de Chicago criou, em 2014, “um algoritmo que foi capaz de prognosticar os resultados de julgamentos da Suprema Corte americana, com uma taxa de sucesso que beirou os 70%, ao analisar 7.700 julgados proferidos entre os anos de 1816 a 2015.”⁵⁰

Pesquisadores da University College London e das Universidades de Sheffield e Pensilvânia desenvolveram um sistema de IA que prevê, com precisão de 79%, os resultados de centenas de casos julgados no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Para tanto, foram utilizados 584 casos relacionados a três artigos da Convenção sobre Direitos Humanos: (i) artigo 3 – casos envolvendo tortura ou tratamento degradante; (ii) artigo 6 – direito a um julgamento justo; e (iii) artigo 8 – respeito pela vida privada.

Os pesquisadores selecionaram um número igual de casos de violação e não violação sobre direitos fundamentais para aprendizagem da máquina⁵¹. Contudo, o algoritmo apresentou dificuldade quando as decisões apresentavam casos semelhantes de violação e não violação. Assim, os pesquisadores irão testar em uma próxima etapa o sistema com mais dados para uma melhor compreensão das decisões⁵².

Por outro lado, a França aprovou a Lei 2019-222 que proibiu a divulgação de dados estatísticos (análise preditiva) baseados em decisões proferidas por seus juízes⁵³. O art. 33 estabelece que “Os dados de magistrados e membros do Judiciário não podem ser reutilizados com o propósito ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever suas práticas profissionais reais ou potenciais.” A lei francesa fixou, também, que as decisões quando forem disponibilizadas ao público em formato eletrônico deverão ocultar os nomes das partes, terceiros e magistrados. Para aqueles

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ WAKEFIELD, Jane. **AI predicts outcome of human rights cases**. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-37727387>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁵² WAKEFIELD, Jane. **AI predicts outcome of human rights cases**. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-37727387>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁵³ SANTOS, Cleórbete. **França proíbe predição baseada em sua jurisprudência, com pena de até 5 anos de prisão**. 2019. Disponível em: <<https://cleorbete.jusbrasil.com.br/artigos/717166477/franca-proibe-predicao-baseada-em-sua-jurisprudencia-com-pena-de-ate-5-anos-de-prisao>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

que desrespeitarem a proibição foi fixada uma pena de até 05 (cinco) anos de prisão.

6 Diretrizes éticas da comissão europeia (high-level expert group on artificial intelligence)⁵⁴

A IA é algo que atinge todas as pessoas em suas relações privadas e públicas. Desse modo, para que não haja um induzimento inconsciente na conduta das pessoas é importante que os códigos-fonte do algoritmo utilizado sejam neutros, transparentes e auditáveis. Muitos estudiosos defendem a regulação da IA para evitar escolhas subjetivas, vieses, ideologias ou preconceitos de qualquer natureza. A regulação de parâmetros para os desenvolvedores da IA vem sendo denominada de “**moralidade algorítmica**” e a sua violação equiparar-se-ia ao desrespeito ao *due process of law* e o aos princípios da impessoalidade e moralidade.⁵⁵

Em 08 de abril de 2019, uma **Comissão Europeia**⁵⁶ formada por especialistas em IA publicou suas diretrizes para o desenvolvimento e a implementação de padrões éticos. Dentre os principais objetivos do documento destacam-se⁵⁷:

- **Intervenção e supervisão humana:** os sistemas de IA devem possibilitar sociedades equitativas, apoiando a ação humana e os direitos fundamentais, e não diminuir, limitar ou desorientar a autonomia humana.

⁵⁴ Cf. DAMILANO, Cláudio Teixeira Damilano. Inteligência Artificial e Inovação Tecnológica: As necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, 2019, p. 19995-19996.

⁵⁵ ABRAHAM, Marcus. **Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019>>. Acesso em: 04 jun. 2019

⁵⁶ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (Grupo de Especialistas de Alto Nível em Inteligência Artificial) é formado por 52 integrantes, tendo como presidente Pekka Ala-Pietilä, empreendedor de tecnologia e ex-presidente da Nokia. Há integrantes da academia, do mundo corporativo (Airbus, Bosch, Google, IBM, Telenor, SAP, Santander, Bayer, etc), representantes da sociedade civil, e de alguns outros segmentos.

⁵⁷ LUCA, Cristina de. **Comissão Europeia lança diretrizes éticas para a Inteligência Artificial**. 2019. Disponível em: <<https://portaz3.blogosfera.uol.com.br/2019/04/08/comissao-europeia-lanca-diretrizes-eticas-para-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

- **Robustez e segurança:** a IA confiável requer que os algoritmos sejam seguros, confiáveis e robustos o suficiente para lidar com erros ou inconsistências durante todas as fases do ciclo de vida dos sistemas de IA.
- **Privacidade e governança de dados:** os cidadãos devem ter controle total sobre seus próprios dados, para que não sejam usados para prejudicá-los ou discriminá-los.
- **Transparência:** a rastreabilidade dos sistemas de IA deve ser assegurada;⁵⁸
- **Diversidade, não discriminação e equidade:** os sistemas de IA devem considerar toda a gama de habilidades e requisitos humanos, garantindo a acessibilidade.
- **Bem-estar social e ambiental:** os sistemas de IA devem ser usados para melhorar a mudança social positiva e aumentar a sustentabilidade e a responsabilidade ecológica.
- **Prestação de contas:** mecanismos devem ser colocados em prática para garantir a responsabilidade pelos sistemas de IA e seus resultados.

Desse modo, as diretrizes éticas da Comissão Europeia buscam fazer com que a IA possua transparência, supervisão humana, algoritmos seguros e confiáveis sujeitos a regras de privacidade e proteção de dados. Para tanto, a implementação dos objetivos traçados pela Comissão seguirá 03 (três) fases: **1^a**) estabelecer os requisitos fundamentais para uma IA confiável; **2^a**) lançar uma fase piloto de larga escala para feedback das partes interessadas; e **3^a**) trabalhar na criação de consensos internacionais para uma IA centrada no homem. Com base no feedback recebido, a Comissão pretende propor no início de 2020 os próximos passos.

7 Princípios de inteligência artificial da ocde - organização para cooperação e desenvolvimento econômico⁵⁹

No dia 22 de maio de 2019, a OCDE juntamente com Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Peru e Romênia adotaram o primeiro

⁵⁸ Um exemplo negativo sobre transparência é o sistema Compas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) utilizado nos EUA para avaliar o risco de reincidência dos acusados no país. Quanto maior o risco de reincidência maior será a pena. A empresa detentora dos direitos autorais do sistema de IA, não fornece o algoritmo que calcula a pena. Logo, não há como rebater ou contestar o cálculo da pena sem saber o critério que foi utilizado para fixá-la.

⁵⁹ Cf. DAMILANO, Cláudio Teixeira Damilano. Inteligência Artificial e Inovação Tecnológica: As necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, 2019, p. 19997-19998.

conjunto de princípios intergovernamentais sobre IA⁶⁰. Trata-se de um documento desenvolvido por um grupo de peritos com mais de 50 integrantes composto por representantes de 20 governos e líderes das comunidades empresarial, trabalhista, sociedade civil, acadêmica e cientista.

O documento apontou 05 (cinco) princípios para utilização responsável e confiável da IA:

1. Deve **beneficiar as pessoas** e o **planeta**, impulsionando o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar.
2. Devem ser concebidos de uma forma que **respeite o estado de direito**, os **direitos humanos**, os **valores democráticos** e a **diversidade** e incluam salvaguardas adequadas - por exemplo, permitindo a intervenção humana quando necessário - para garantir uma sociedade justa e equitativa.
3. Deve haver **transparência** e divulgação responsável em torno dos sistemas de IA para garantir que as pessoas entendam os resultados e possam desafiá-los.
4. Devem funcionar de maneira **robusta, confiável e segura** ao longo de seus ciclos de vida, e os **riscos em potencial devem ser continuamente avaliados e gerenciados**.
5. Organizações e indivíduos que desenvolvem, implantam ou operam sistemas de IA devem ser **responsabilizados por seu funcionamento adequado**, de acordo com os princípios acima.

A OCDE recomendou, ainda, aos Estados que **(i)** facilitem o investimento público e privado na pesquisa e desenvolvimento para estimular a inovação em IA confiável; **(ii)** promovam ecossistemas de IA acessíveis com infraestrutura digital e tecnologias e mecanismos para compartilhar dados e conhecimento; **(iii)** garantam um ambiente de políticas que abra o caminho para a implantação de sistemas de IA confiáveis; **(iv)** capacitem as pessoas com as habilidades para a IA e apoie os trabalhadores para uma transição justa e **(v)** cooperem entre fronteiras e setores para progredir na administração responsável de uma IA confiável.

⁶⁰ OECD, Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD Principles on AI**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>>. Acesso em: 27 maio 2019.

A partir da recomendação feita aos Estados serão desenvolvidas métricas para medir a pesquisa, o desenvolvimento e a implantação da IA por intermédio de um Observatório de Políticas da OCDE⁶¹. Assim sendo, o referido centro facilitará o diálogo e compartilhamento das melhores práticas sobre políticas de IA para o fim de implantar os Princípios a serem respeitados.

8 Carta europeia de ética sobre inteligência artificial da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ)

A Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ), com base nos direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH) e na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção de Dados Pessoais, entende que a IA deve ser utilizada de maneira responsável para melhorar a eficiência e a qualidade na prestação jurisdicional. Além disso, a IA deverá ser uma ferramenta a serviço do interesse geral e que seu uso respeite os direitos individuais.

Neste sentido, a CEPEJ adotou uma Carta Ética - primeiro instrumento europeu - para o uso da IA em sistemas judiciais contendo os seguintes princípios:

1. **Princípio do respeito pelos direitos fundamentais:** garantir que os projetos e implementações de ferramentas de inteligência artificial e serviços são compatíveis com os direitos fundamentais. O uso da ferramenta não poderá comprometer as garantias do direito de acesso ao juiz e a um julgamento justo (igualdade de armas e respeito para o contraditório). Também deverá ser respeitado a independência do juiz no processo de tomada de decisão.
2. **Princípio da não discriminação:** prevenir especificamente o desenvolvimento ou intensificação de qualquer discriminação entre indivíduos ou grupos de indivíduos.

⁶¹ OECD, Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD AI Policy Observatory**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/about-the-oecd-ai-policy-observatory.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

3. Princípio da qualidade e segurança: no que diz respeito ao processamento de decisões e dados judiciais, use fontes certificadas e dados intangíveis com modelos elaborados de maneira multidisciplinar, em ambiente tecnológico seguro.

4. Princípio da transparência, imparcialidade e justiça: faça métodos de processamento de dados acessíveis e compreensíveis, autorizar auditorias externas.

5. Princípio “sob controle do usuário”: exclui uma regra prescritiva abordagem e garantir que os usuários sejam atores informados e controle das escolhas feitas. Os profissionais do sistema de justiça devem, a qualquer momento, poder revisar decisões judiciais e os dados usados para produzir um resultado e não estar necessariamente vinculado por ela à luz das características específicas desse caso particular.

Dessarte, o cumprimento desses princípios deve ser garantido no processamento de decisões e dados judiciais por algoritmos e no uso deles como forma de garantir o estado democrático de direito.

9 Projeto de lei nº 5.051/2019 – princípios para o uso da inteligência artificial no Brasil

A Ordem dos Advogados do Brasil anunciou, em 02/07/2018, a criação de um grupo para regulamentar o uso da inteligência artificial. Segundo o então presidente do Conselho Federal da OAB – Claudio Lamachia – existe consciência de que o desenvolvimento tecnológico é inexorável, mas não se pode admitir que o uso dessas ferramentas coloque a advocacia num papel de inferioridade⁶².

No Congresso Nacional, o Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN) apresentou o Projeto de Lei nº 5.051/2019 que estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Em sua justificativa, afirma que a norma proposta não busca “frear o avanço da tecnologia, mas assegurar que esse desenvolvimento ocorra de modo

⁶² JURÍDICO, Revista Consultor. **OAB anuncia grupo para regulamentar o uso de inteligência artificial**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-02/oab-cria-grupo-regulamentar-uso-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

harmônico com a valorização do trabalho humano, a fim de promover o bem-estar de todos” e o desenvolvimento econômico. Para tanto, o artigo 2º elenca 05 (cinco) orientações a serem observadas:

- I – o respeito à dignidade humana, à liberdade, à democracia e à igualdade;
- II – o respeito aos direitos humanos, à pluralidade e à diversidade;
- III – a garantia da proteção da privacidade e dos dados pessoais;
- IV – a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas; e
- V – a supervisão humana.

Outrossim, os sistemas decisórios de IA deverão ter a supervisão humana para garantir a “necessária segurança, evitando que eventuais equívocos do sistema automatizado provoquem consequências indesejadas”. O projeto de lei estabelece que a responsabilidade civil pelos danos causados pelo uso da IA será, sempre, do supervisor humano do sistema.

Por fim, o projeto de lei fixa as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da IA no Brasil:

- I – promoção da educação para o desenvolvimento mental, emocional e econômico harmônico com a IA;
- II – a criação de políticas específicas para proteção e para qualificação dos trabalhadores;
- III – a garantia da adoção gradual da IA;
- IV – a ação proativa na regulação das aplicações de IA.

Por fim, o artigo 6º estabelece que o Poder Público ao utilizar a IA buscará oferecer à população serviços de qualidade e eficientes. Ou seja, o conteúdo inserido pelo parlamentar demonstra uma preocupação semelhante com aquelas das Diretrizes Éticas da Comissão Europeia, da OCDE e da CEPEJ.

Conclusão

A implantação do processo eletrônico trouxe grandes ganhos em agilidade e celeridade na tramitação dos processos fazendo com que servidores deixassem de executar tarefas burocráticas como furar petições, extrair grampos, carimbar o verso “em branco”, numerar folhas, fazer carga dos autos para as partes, movimentar pilhas de volumes, etc. A disrupção trazida pela 4ª revolução industrial é algo que não tem como ser impedido, devendo a sociedade se adaptar à evolução tecnológica.

Neste sentido, o uso da IA é uma importante ferramenta para garantir uma prestação jurisdicional célere, diminuindo os custos do Estado e concretizando os direitos de forma eficiente. O atual estágio da ciência da computação permite que a IA possua uma maior capacidade de processamento, não apenas reproduzindo informações previamente inseridas no sistema, mas que também aprenda com o ambiente em que se encontra.

Os sistemas de IA já desenvolvem funções e habilidades inimagináveis há poucos anos, razão pela qual há um movimento mundial para que diretrizes e padrões éticos sejam observados. O uso da IA deverá ser supervisionado pelo ser humano, os algoritmos devem ser seguros, confiáveis e robustos, possibilitando o controle e rastreabilidade pelos cidadãos. Ou seja, o uso da IA deve ser regulamentado para fixar padrões e limites ao seu uso, resguardando os direitos humanos e fazendo com que a máquina de fato seja utilizada para ajudar e servir aos seres humanos, tornando os trâmites processuais e julgamento mais céleres, a fim de garantir a tão sonhada segurança jurídica.

Referências

- ABRAHAM, Marcus. **Desafios da inteligência artificial nas finanças públicas**. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/desafios-da-inteligencia-artificial-nas-financas-publicas-21032019>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Inteligência artificial: ameaça à civilização.** 2017. Disponível em: <<https://projetocolabora.com.br/artigo/inteligencia-artificial-ameaca-civilizacao/>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

ASCOM, Assessoria de Comunicação Institucional –. **TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual.** 2018. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XdWfQ1dKjIV>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BUAT-MÉNARD, Eloi. La justice dite« prédictive » en matière judiciaire : prérequis, risques et attentes – la réflexion en cours en France. In: L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE AU SERVICE DU POUVOIR JUDICIAIRE, Riga. **Conferência.** 2018. p. 1 - 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/the-so-called-predictive-justice-applications-in-civil-and-criminal-ma/16808e4d85>>. Acesso em: 04 out. 2019.

CASTRO, Beatriz. **Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos.** 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghtml>>. Acesso em: 13 maio 2019.

CEPEJ, European Commission For The Efficiency Of Justice. **European Ethical Charter On The Use Of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment.** (strasbourg, 2018. 79 p. Disponível em: <<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>>. Acesso em: 07 out. 2019.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em Meio Reticular-eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos mega dados. In: BRANDÃO, Cláudio; SOUZA, Fabiano Coelho de; CARVALHO, Maximiliano Pereira de (Org.). **Princípios do processo em meio reticular-eletrônico : fenomenologia, normatividade e aplicação.** São Paulo: Ltr, 2017. p. 9-22. Disponível em: <https://www.academia.edu/35324051/Processo_em_Meio_Reticular-eletr%C3%B4nico_constitucionalismo_dial%C3%B3gico_e_democracia_hiper-real_no_contexto_dos_megadados>. Acesso em: 13 maio 2019.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico. **OAB anuncia grupo para regulamentar o uso de inteligência artificial.** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018->

jul-02/oab-cria-grupo-regulamentar-uso-inteligencia-artificial>. Acesso em: 19 nov. 2019.

CRUZ, Jaqueline Keila Leite; BELTRÃO FILHO, João Alfredo. **Uso da inteligência artificial na análise de processos no Judiciário como instrumento de concretização da eficiência processual**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/uso-da-inteligencia-artificial-na-analise-de-processos-como-instrumento-de-eficiencia-31052019>. Acesso em: 05 jun. 2019.

DAMILANO, Cláudio Teixeira. Inteligência Artificial e Inovação Tecnológica: As necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, p. 19985-20001, 2019.

FUX, Luiz. **Benefícios e questionamentos da inteligência artificial no Direito**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/fux-mostra-beneficios-questionamentos-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

HERNANDEZ, Joaquín. **El Poder Judicial estudia implementar robots que predigan sentencias**: El Consejo General del Poder Judicial estudia ya la aplicación generalizada de sistemas de "Justicia predictiva". 2019. Disponível em: <https://www.vozpopuli.com/espana/poder-judicial-estudia-implementar-algoritmos-predigan-sentencias_o_1256574916.html>. Acesso em: 15 jul. 2019.

LUCA, Cristina de. **Comissão Europeia lança diretrizes éticas para a Inteligência Artificial**. 2019. Disponível em: <<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2019/04/08/comissao-europeia-lanca-diretrizes-eticas-para-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Inteligência artificial na produção de decisões humanizadas: uma verdadeira quimera da busca pela decisão perfeita. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 5, n. 5, p.1-19, 2019. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-5/2019>>. Acesso em: 02 out. 2019.

MENEZES FILHO, Naércio. Inteligência artificial e mercado de trabalho. In: PIO, Carlos; REPEZZA, Ana Paula. **Diálogos Estratégicos: O Brasil e os desafios da quarta revolução industrial**. Brasília: Secretaria Especial de Assuntos Estratégico, volume 1. Número 2, julho/2018. p. 59-61.

NUNES, Dierle. Processo Civil, vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Panorama atual do novo CPC**. São Paulo: Empório do Direito.com: Tirant Lo Blanch, 2019. Cap. 5. p. 79-96.

OECD, Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD AI Policy Observatory**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/about-the-oecd-ai-policy-observatory.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

OECD, Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD Principles on AI**. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>>. Acesso em: 27 maio 2019.

PÁDUA, Luciano. **OAB-RJ protesta contra sistema automatizado de solução de conflitos**. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/oab-rj-protesta-contra-sistema-automatizado-de-solucao-de-conflitos-19032018>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. A inteligência Artificial deve ser regulamentada em âmbito internacional. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.o**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 29-33.

SANTOS, Cleórbete. **França proíbe predição baseada em sua jurisprudência, com pena de até 5 anos de prisão**. 2019. Disponível em: <<https://cleorbete.jusbrasil.com.br/artigos/717166477/franca-proibe-predicao-baseada-em-sua-jurisprudencia-com-pena-de-ate-5-anos-de-prisao>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. 159 p. Tradução Daniel Moreira Miranda.

SECOM, Secretaria de Comunicação Social. **Inteligência artificial traz melhorias inovadoras para tramitação de processos no TST**. 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24875517>. Acesso em: 06 maio 2019.

SERBENA, César Antônio. Perspectivas de aplicações da inteligência artificial ao direito. In: **e-Justiça e processo eletrônico: anais do 1º Congresso de e-Justiça da UFPR**, 1., 2013, Curitiba: Juruá, 2013. p. 41 - 58.

SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, Machine Learning e Deep Learning. In: PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital aplicado 3.o**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 40-42.

SILVA, Jaqueline Mielke. O Processo Eletrônico no Código de Processo Civil de 2015: Avanços e Retrocessos. In: FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani (Org.). **Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho III**. Porto Alegre: Lex Magister, 2019. Cap. 19. p. 332-346.

SILVA, Rafael Rodrigues da. **Estônia está desenvolvendo o primeiro "juiz robô" do mundo**. 2019. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/estonia-esta-desenvolvendo-o-primeiro-juiz- robo-do-mundo-136099/>>. Acesso em: 08 abr. 2019

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil e a inteligência artificial nos contratos eletrônicos na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 877, ano 97, p.27-40, nov. 2008.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Inovação, agilidade processual e redução de acervo marcam primeiro ano da atual gestão no STJ**. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Inovacao--agilidade-processual-e-reducao-de-acervo-marcam-primeiro-ano-da-atual-gestao-no-STJ.aspx>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

TRT4, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Inteligência artificial - inscrição Prêmio Innovare**. 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/168725>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

USP, Institucional da. **USP e Tribunal de Justiça estudam parceria na área de inteligência artificial**: Reitor participou de uma reunião com presidente do TJ para discutir formalização de convênio. 2019. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/institucional/usp-e-tribunal-de-justica-estudam-parceria-na-area-de-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

WAKEFIELD, Jane. **AI predicts outcome of human rights cases**. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-37727387>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

O teletrabalho como instrumento de “inserção excluída” da mulher no mercado de trabalho

*Denise Pires Fincato **

*João Pedro Ignácio Marsillac ***

Introdução

O estudo se justifica em razão das recentes alterações legislativas sobre o teletrabalho no Brasil, uma vez que a Lei n.º 13.467/17, chamada de “reforma trabalhista”, o conceituou e regulamentou expressamente em território nacional. As novas diretrizes foram recepcionadas no sistema brasileiro, que se conduz por nortes fundamentais, entre eles, o valor social do trabalho e, especialmente importantes para este estudo, os constitucionalmente firmados direitos à proteção em face da automação e ao mercado de trabalho da mulher.

Embora em um primeiro momento possa parecer vantajoso o fato de que o teletrabalho admita flexibilidade laboral geográfico-temporal, permitindo a conciliação da vida laboral com a vida familiar, é preciso atentar para que sua adoção pelo público feminino não consolide, ainda mais, a cultura que vê a mulher como “a responsável” pela família, o que concretizaria uma desvantagem subjetiva e social.

* Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid. Professora e Pesquisadora no PPGD da PUCRS. Advogada e Consultora trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2978023445556532>.

** Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Público pelo IDC Cultural (2012) e em Direito e Processo do Trabalho pela IBMEC (2012), graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela - PUCRS (2010). Contato: joao.pedro@adv.oabsp.org.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/140107807575416>.

O estudo transita, ainda, pela sustentabilidade, entendida enquanto direito ao futuro, pois o teletrabalho, ao mesmo tempo em que contribui para a conservação do meio ambiente em geral e reduz a necessidade de investimentos sociais em creches e lares para idosos (dimensões ambiental e econômica da sustentabilidade, v.g.), pode contribuir à continuidade e consolidação de uma cultura de desigualdade de gênero (dimensão ética da sustentabilidade).

O equilíbrio das dimensões é o desiderato utópico. Alcançá-lo é algo complexo.

Portanto, o presente artigo objetiva verificar se, de fato, o cenário atual é propício à conciliação – via teletrabalho – da vida familiar e laboral e, ainda, se o teletrabalho é mecanismo de inclusão plena da mulher no mercado de trabalho, ou se, ao revés, pode ocasionar sua “inserção excluída”.

A hipótese ventilada é a de que o teletrabalho, ao mesmo tempo em que contribui para a conciliação de papéis sociais, pode gerar a manutenção de desigualdades e discriminações de gênero. No contexto do estudo apresentado, entende-se que o teletrabalho pode perpetuar o esquema social patriarcal, ao admitir como natural que prioritariamente a mulher execute uma atividade remunerada via contrato de teletrabalho, conciliando com tais responsabilidades laborais suas atribuições domésticas.

Para bem enfrentar a matéria, o presente artigo se divide em duas partes. Na primeira, discorre-se sobre o teletrabalho, notadamente sua dinâmica no Brasil após a aprovação da Lei n.º 13.467/17, destacando algumas de suas vantagens e desvantagens e indicando sua relação com o ambiente e as responsabilidades familiares. Na segunda, analisa-se, através de uma perspectiva social e histórica, a divisão sexual do trabalho e o cenário no qual a sociedade brasileira se encontra quanto ao trabalho da mulher, incursionando por conceitos e princípios jurídicos como sustentabilidade, proteção ao trabalho da mulher e proteção em face da automação.

Para tal enfrentamento, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, em especial na análise dos novos traços do teletrabalho no Brasil, bem como no estudo dos problemas oriundos deste tipo labor, que, por sua natureza, é bastante diferenciado. O procedimento foi histórico, comparativo e funcionalista e a interpretação foi sistemático-sociológica. A pesquisa baseou-se em materiais bibliográfico-documentais, lançando-se mão da produção textual brasileira e estrangeira sobre o tema proposto, em especial obras e artigos publicados em meio impresso ou em sítios na internet.

Ao final, espera-se promover a reflexão sobre o papel da mulher no mercado de trabalho e contribuir para evitar a ocorrência de sua inclusão “excluída”, via teletrabalho.

1 O teletrabalho no ordenamento brasileiro

A regulamentação do teletrabalho no Brasil andou a passos tímidos em relação aos demais países do mundo, notadamente os da Europa comunitária, onde tal modelo de labor, além de fazer parte da vida das pessoas há décadas, já foi amplamente debatido e normatizado.

Sem adentrar ainda em seu conceito, registra-se que se parte da ideia de que o teletrabalho é *atividade realizada fora do núcleo produtivo da atividade empresária, com o emprego de tecnologias de comunicação e informação*.

Esta modalidade de labor é, em primeira análise, uma nova maneira de o mercado de trabalho se (re)organizar, superando limites de tempo e espaço, através da utilização dos meios telemáticos, alterando a forma como é exercido o controle, comando e supervisão do empregador e, por consequência, a subordinação (que deixa de ser direta e presencial).

Até o ano de 2017, a legislação brasileira não disciplinava de forma exauriente esta modalidade de labor, usando para tal as disposições

genéricas da antiga redação dos artigos 6º e 83¹ da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. É bem verdade que algumas propostas legislativas existiram, entre elas, em 2008, a do Deputado Federal Luiz Paulo Vellozo Lucas, que apresentou o Projeto de Lei nº 4.505/08², que visava regulamentar o teletrabalho.

Em 2011, entretanto, noticiou-se que o Brasil havia finalmente regulamentado o teletrabalho com a aprovação da Lei nº 12.551/11. Mencionada Lei conferiu nova redação ao artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que passou a ter o seguinte teor:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado **e o realizado a distância**, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (NR) (grifou-se).

Desnecessárias maiores ilações para perceber que o problema estava longe de ser solucionado, pois não houve qualquer esforço em conceituar o teletrabalho ou mesmo em dar diretrizes para sua aplicação, o que acarretou a sua completa ineficácia em termos práticos.

Enfim, foi apenas com a “Reforma Trabalhista” que o teletrabalho foi regulamentado no Brasil, ocasião a partir da qual passou-se a dispor de base legislativa para o contrato, que se tornou típico trabalhista, mas especial.

Assim, pela via do art. 75-A³, o teletrabalho será regido unicamente pela CLT, afastando-se qualquer outra legislação, nacional ou estrangeira.

¹ Art. 83 - É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunerar.

² Consulta a tramitação disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=420890>.

³ Art. 75-A - A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Merece destaque também o art. 75-B, pois inseriu o teletrabalho de forma inequívoca no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive conceituando-o:

Art. 75-B. **Considera-se teletrabalho** a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento **não descaracteriza o regime de teletrabalho**. (grifou-se).

Por oportuno, destaca-se que a reforma trabalhista eliminou dúvidas sobre questão prática e cotidiana do instituto ao permitir a possibilidade de comparecimento às dependências do empregador para prestação de serviços, sem que isso descaracterizasse o teletrabalho (art. 75-B parágrafo único da CLT), recomendando os especialistas que tais ocasiões sejam esporádicas. Registra-se, entretanto, que talvez fosse mais simples ratificar a Convenção nº 177 da OIT, de 1996⁴ - que trata sobre o trabalho em domicílio em termos mais amplos - do que editar lei inteiramente nova, o que, entre outros benefícios, eliminaria o risco de insuficiência regulatória ou de dissonância internacional quanto ao tema.

2 Conceito e natureza jurídica do teletrabalho

Passa-se a explorar um pouco mais o conceito de teletrabalho e sua natureza jurídica, sempre lembrando que a legislação nacional sobre o tema é nova, de forma que se utilizará de doutrina anterior, em nível nacional e transnacional, para sua melhor compreensão.

Um dos problemas comumente encontrados no estudo do instituto é a definição da natureza jurídica de um trabalho realizado em casa ou fora dos muros da empresa. Isso porque, como se abordará, nem todo trabalho

⁴ CONVENÇÃO (177) SOBRE O TRABALHO A DOMICÍLIO, DE 20-06-1996. <<https://sogi8.sogi.com.br/Arquivo/Modulo113.MRID109/Registro28306/conven%C3%A7%C3%A3o%20oit%20nC2%BA%20177,%20de%2020-06-1996.pdf>> Acesso em out. 2019.

realizado em domicílio e nem todo labor fora do estabelecimento empresarial será teletrabalho. Conforme a doutrina de Pinho Pedreira, o labor realizado à distância é um gênero que compreende várias espécies (formas diversas de se trabalhar)⁵.

Para os fins desta pesquisa, importa o trabalho realizado fora da empresa com a utilização dos meios telemáticos (*smartphones, internet, etc.*) e com a presença do requisito da subordinação, em relações de trabalho privadas e subordinadas.

O teletrabalho pode assumir, ainda, outras roupagens laborais não privadas e não subordinadas, indo desde formatos autônomos até o serviço público. Partindo desta premissa, cita-se a doutrina de João Hilário Valentim⁶ que conceitua o teletrabalho como sendo “a prestação de serviço destinada a outrem e sob a subordinação deste, exercida por um trabalhador, preferencialmente em sua casa e com o suporte de modernos instrumentos e tecnologias relacionados às telecomunicações e informática”. O autor complementa ainda que, em que pese o trabalho possa ser realizado no domicílio do empregado, não se pode, por este motivo, vê-lo como precarizado ou informal, pois, aos teletrabalhadores são estendidos todos os direitos e benefícios concedidos aos trabalhadores presenciais.

Fincato⁷ leciona que o teletrabalho é a “modalidade de trabalho, a partir da qual alguém presta serviços por meio das ferramentas de comunicação e informação (notoriamente internet), distante geograficamente do seu tomador de serviços” e Winter⁸ refere que a ligação indireta do teletrabalhador ameniza a subordinação, que passa a ser igualmente indireta, pois será realizada através de instrumentos de controle. A autora utiliza duas denominações: “parassubordinação ou

⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho. São Paulo. v. 64, n. 5, maio, 2000, p. 583.

⁶ VALENTIM, João Hilário. Teletrabalho e relações de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**: Brasília. v. 10, n. 19, Março, 2000, p. 98.

⁷ FINCATO, Denise Pires. Meio ambiente laboral e teletrabalho. In: **Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades**. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.

⁸ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho**: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005, p. 93.

“telessubordinação” e acrescenta que “o teletrabalho não faz desaparecer ou diminuir a subordinação, antes torna até mais amplo o poder diretivo, apenas com outro enfoque, deslocando o centro de gravidade geográfica da empresa”.

Em assim sendo, não há que se falar em presunção de mitigação automática da subordinação pelo mero exercício do teletrabalho. Tudo dependerá da intensidade relacional existente entre as partes e, daí, quanto à natureza jurídica, a relação poderá ser empregatícia, ou não.

2.1 Dinâmica do teletrabalho no Brasil: reforma trabalhista

Conforme exposto alhures, o teletrabalho foi regulamentado de forma expressa no bojo da chamada “Reforma Trabalhista” (Lei n.º 13.467/17). Com ela, houve a inclusão do precitado artigo 75-B, que traz o seu conceito, afastando a aplicação da disposição genérica contida no art. 6º da CLT.

O conceito escolhido pelo legislador retira a ideia de que o teletrabalho, em sua essência, constituiria uma nova tipologia laboral e afastaria a ideia de que esse tipo contratual se afaste das relações de emprego, ao revés, exige formalização e até mesmo anotação da carteira, conforme previsão expressa do artigo 75-C⁹ da CLT.

Além disso, Fincato¹⁰ destaca dois pontos relevantes da Lei: a inclusão do inciso III ao artigo 62 da CLT¹¹ - excluindo os teletrabalhadores do controle da jornada - e o inciso VIII do artigo 611-A¹² - que inclui o

⁹ Art. 75-C - A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

¹⁰ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira, In. AZEVEDO, André Jobim de (Organizador). **Reforma Trabalhista** - Desafio Nacional, Lex Magister. 2018. Porto Alegre. p. 77.

¹¹ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho.

¹² Art. 611-A - A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; [...]

teletrabalho entre os temas negociáveis em Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho com prevalência sobre o legislado. E é a partir das lições de Fincato¹³ que se prossegue no presente tópico.

O art. 75-C¹⁴ prevê que na avença, obrigatoriamente escrita, deve-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho. Seus parágrafos preveem as hipóteses de variação das condições contratuais, admitindo que possa o teletrabalho surgir como opção no decurso da relação laboral ou prevendo eventual necessidade de reverter o originário regime telemático durante a contratação, retornando-o ao presencial, o que decorrerá de mútuo acordo, contido em aditivo contratual. Já a alteração pelo empregador do regime de teletrabalho para trabalho presencial não pressupõe mútuo acordo, mas aviso prévio mínimo de 15 dias, a ser expresso e escrito em aditivo contratual.

As ferramentas de trabalho serão objeto de negociação entre as partes, que vão dispor sobre a aquisição, manutenção e/ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o teletrabalho, conforme estatui o art. 75-D¹⁵ da CLT. Se as partes não dispuserem sobre a questão no contrato escrito, aplicar-se-á o disposto no art. 2º da CLT¹⁶, que diz ser do empregador a responsabilidade pelo risco do negócio. O novo dispositivo consolidado dispõe ainda sobre as despesas eventualmente arcadas pelo teletrabalhador para a prestação de serviços, que poderão ser

¹³ FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira, In. AZEVEDO, André Jobim de (Organizador). **Reforma Trabalhista** - Desafio Nacional, Lex Magister. 2018. Porto Alegre, *passim*.

¹⁴ Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual

¹⁵ Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

¹⁶ Art. 2º. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, recordando que a direção da prestação pessoal de serviços pode se dar por meio telemático para os fins de caracterização da subordinação, segundo o que estabelece o artigo 6º da CLT.

reembolsadas pelo empregador. Disto, dupla conclusão: haverá regime de antecipação de despesas pelo teletrabalhador, que serão reembolsadas nos termos do que disser o contrato (podendo, inclusive, não ser). De todo o modo, se entregues equipamentos, custeados meios de trabalho ou reembolsadas despesas, estas não terão natureza salarial.

O tema da saúde, higiene e segurança no teletrabalho está previsto no art. 75-E¹⁷ da CLT e, por ele, verifica-se a obrigação do empregador em instruir seus funcionários remotos sobre as precauções necessárias para evitar doenças e acidentes ocupacionais e, ainda, que o empregado assinará termo de responsabilidade e se comprometerá a seguir tais orientações patronais. O tema parece encontrar obstáculo sistemático, entretanto, pois mesmo a negociação coletiva (que pressupõe liberdade e autonomia de vontade dos contratantes) seria limitada quanto ao tema, face ao disposto no art. 611-B, XVII da CLT, que estatui como ilícita a negociação coletiva que tenha por objeto normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Inobstante a legislação, no plano dos fatos, a perfeita caracterização do teletrabalho em casos concretos ainda suscita muita dúvida. É comum sua confusão com institutos próximos como o trabalho à distância e o trabalho em domicílio (*home office*), pelo que necessário o estudo comparativo destas figuras.

2.2 Teletrabalho e trabalho em domicílio: proximidades e distâncias

Dito isso, passa-se a diferenciar o teletrabalho e o trabalho em domicílio, pois estes conceitos trazem em si problemas práticos que podem implicar nas conclusões do presente artigo.

O trabalho em domicílio é um conceito muito mais amplo do que o teletrabalho, pois foca no local da prestação de serviços. Daí que várias

¹⁷ Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

modalidades de trabalho podem ser realizadas em domicílio, entre elas o teletrabalho.

O teletrabalho, diferentemente do trabalho domiciliar, pode ser executado em telecentros ou em outros espaços em que a ligação do trabalhador com a empresa não seja geograficamente próxima. Ou seja, a distinção estará na forma como o labor é prestado e não no local de sua execução, podendo, inclusive, ser em casa (do trabalhador ou do cliente), mas não necessariamente nesta.

A CLT possui regramento próprio para o trabalho em domicílio (art. 83 da CLT) e neste não se verifica a necessidade de conexão através dos meios telemáticos entre o empregado e o empregador, o que é imprescindível em se tratando de teletrabalho. Por oportuno, a reforma trabalhista não revogou o artigo 83 da CLT, escolhendo o legislador pela disciplina do teletrabalho em um capítulo próprio e separado, o que reforça o fato de serem os dois institutos jurídicos peculiares e distintos, com características próprias que autorizam sua coexistência.

Assim, pode-se dizer que, apesar de sua amplitude, a Reforma Trabalhista de 2017 deixou de regar os efeitos do avanço da tecnologia no âmbito laboral. Em especial, perdeu a oportunidade de normatizar o inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal, pelo que a proteção do trabalhador em face da automação segue norma programática. Como apresentado por Fincato¹⁸ em seu estudo sobre o tema, os principais riscos da automação poderiam ser identificados a partir de seu impacto no mercado de trabalho (desemprego estrutural decorrente da marginalização tecnológica e despreparo para o trabalho digital, bem como do avanço da inteligência artificial) e o adoecimento ocupacional (em razão da inadaptação do ser humano aos novos ritmos e formas de trabalho ou, até mesmo, de seu desemprego – CID 11¹⁹) e, daí, no foco deste

¹⁸ FINCATO, D. P.. Art. 7º, XXVII - Proteção em face da automação, na forma da Lei.. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Leo Ferreira Leony. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 658-665.

¹⁹ Verificar nova versão da Classificação Internacional de Doenças, até o fechamento deste artigo ainda não em vigor (CID 11), e a indicação de enfermidades que têm no emprego (ou no desemprego) seus deflagrares ou agravantes.

estudo, verifica-se que a inércia do legislador nos dois incisos do art. 7º (XX e XXVII) da Constituição Federal expõe as mulheres a uma pluralidade de riscos no cenário do trabalho tecnológico, pós-Moderno ou, como preferem alguns, da Sociedade do Conhecimento²⁰.

2.3 Vantagens e desvantagens do teletrabalho: a perspectiva do trabalhador

Não se poderia iniciar este tópico sem externar que é bastante questionável analisar vantagens e desvantagens práticas de qualquer instituto jurídico, dado que o que é vantajoso para alguém poderá não ser a outrem. Destarte, o texto irá se ater às vantagens e desvantagens do teletrabalho unicamente pela perspectiva do trabalhador (o que reduz, mas não elimina, complexidades), conforme apontado pela doutrina.

Borges²¹ enumera algumas vantagens ao teletrabalhador:

[...] diminuição das despesas com transportes e combustíveis, diminuição do estresse, possibilidade de trabalhar sem interrupções ou interferências, maior liberdade para organizar sua vida de um modo diferente com a possibilidade de controle do seu ritmo de trabalho, diminuição dos conflitos decorrentes da convivência empresarial, aumento do bem-estar, **maior disponibilidade para a família.** (grifou-se).

De outra banda, a mesma autora enumera desvantagens:

[...] não ter colegas de trabalho, possibilidade de problemas familiares em virtude da dificuldade em separar a vida profissional da vida pessoal, quebra da comunicação informal, sensação de insegurança econômica, social e profissional, isolamento social e afetivo, falta de metodologia, dificuldade na adaptação num novo emprego; **redução das oportunidades profissionais no caso de promoções ou incrementos na carreira,** [...] (grifou-se).

²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Autopoiese do Direito na Sociedade Informacional: Introdução a uma teoria social sistêmica.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2018.

²¹ BORGES, Marília Mottin. **O teletrabalho como forma de (des)inclusão das pessoas portadoras de deficiência.** Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009. p.22 [Monografia, inédito].

Destacaram-se dos trechos supra uma vantagem e uma desvantagem: (i) a *disponibilidade para a família* que é, de fato, uma vantagem, sendo necessário entretanto observá-la no contexto de uma sociedade na qual à mulher se impõe a manutenção do lar e curadoria dos filhos, idosos e incapazes de seu núcleo relacional e (ii) a *redução das oportunidades profissionais, no caso de promoções ou incrementos na carreira*, o que é comum no teletrabalho, pois o afastamento físico faz o empregador preferir, nas promoções e aumentos salariais, empregados próximos e presenciais, o que contribui, na moldura deste estudo, ainda mais, para a discriminação e exclusão da mulher. A conjugação do teletrabalho com os afazeres familiares e domésticos, ainda, retira do trabalhador o tempo necessário à capacitação e desenvolvimento pessoal/profissional, o que torna o quadro ainda mais delicado.

O excesso de afazeres, a sobreposição de dimensões, o alijamento do convívio presencial com superiores e colegas e, ainda, a impossibilidade de investimento em si próprio sentenciam o trabalhador exposto a tais condições a nelas manter-se e, dado o avanço e metamorfose do mercado de trabalho, a aceitar subempregos e subtrabalhos²².

2.4 O teletrabalho no ambiente familiar

O teletrabalho, notadamente o realizado dentro dos lares dos próprios trabalhadores, invade um ambiente que é familiar e íntimo, modificando relações e alterando um *habitat* que deixa de ser de convívio entre as pessoas que buscam uma vida em comum e passa a ser também um espaço de exercício profissional. Essa interação família-profissão causa virtuosidades, dilemas e consequências, que merecem atenção especial dos gestores e dos operadores do direito.

²² O autor indiano explora, quanto ao futuro do trabalho, a questão dos determinismos, estreando a expressão “hubs de trabalho”, para indicar locais onde naturalmente se acomodariam trabalhos de menor ou maior qualidade (em termos de decência e dignidade (HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para entender o século XXI**. Amadora/PT: Elnore, 2018).

Conforme investigação teórica, na medida em que as atividades profissionais e as demandas afetivo-familiares se aproximam, zonas de conflito surgem não apenas na dinâmica do teletrabalho, mas de qualquer ofício realizado em casa, sob qualquer natureza, ensejando conflitos na medida em que diferentes normas de convívio são colocadas no mesmo ambiente²³.

Todavia, como se verificou, esta modalidade de trabalho é destacada como vantajosa ao trabalhador justamente por aproximar o trabalho da família, afastando a necessidade de escolha pela provisão de sustento ou pelo cuidado dos entes, já que passa a existir compatibilidade entre tais atividades, compromissos e dimensões, o que levará à integração de pessoas no mercado de trabalho.

A integração antes mencionada impõe à família uma reorganização espaço-funcional, a fim de harmonizar a dinâmica da casa e o trabalho de seus integrantes, de forma a estabelecer fronteiras claras, culturais, psicológicas e comportamentais, evitando, assim, que as demandas de uma das esferas impliquem e atrapalhem a outra²⁴.

Outro ponto que merece ser analisado é a resignificação do conceito de ambiente familiar para a pessoa trabalhadora. Isso porque, essa maior flexibilização que o teletrabalho proporciona não pode, de um lado, acarretar um desapego às normas e regras da empresa, mas, tampouco, relegar os entes familiares a um plano de exclusão dentro do seu próprio ambiente de convívio.

Ora, como antes narrado, ao teletrabalho, aplicam-se os poderes patronais (diretivos, disciplinares) e o descumprimento de regras laborais poderá implicar em punições como advertências, suspensões, despedidas ou exonerações (inclusive por justa causa).

De outro lado, não se pode culpar a família pelo insucesso do teletrabalho, pois é o trabalho que lhe invade o espaço e não o contrário.

²³ SOLLUVAN, Cath. *Space and the intersection of work and family in homeworking households*. **Community, Work & Employen**. Vol. 3. Issue 2, 2000, Londres: Editora Tailors and Francis Online, p. 184-204.

²⁴ COSTA, Isabel de Sá Affonso. **Poder/saber e subjetividade na construção do sentido do teletrabalho**. Rio de Janeiro: EBAPE/ FGV, 2004. [Tese de doutorado]

Ainda, de se pontuar que o trabalho confere dignidade e permite meios de sustento ao ser humano, de forma que uma situação conflituosa também não é desejável ao próprio ente familiar, o teletrabalhador.

Outro ponto que merece destaque são as reações emocionais e psicológicas que o teletrabalho pode causar na família, especialmente no que compete às emoções, estresse e saúde dos próprios trabalhadores e dos seus entes próximos. Em estudo de Mann e Holdsworth²⁵, os sentimentos de solidão e irritabilidade foram quantitativa e qualitativamente mais verificados em teletrabalhadores, em que pese os níveis de estresse não tenham se mostrado tão presentes em relação aos trabalhadores presenciais. E tais dados, segundo o estudo desses autores, apontam para uma particularidade causada pela intromissão da família na dinâmica laboral: os entes familiares não se mostraram preparados para separar suas vidas do *habitat* laboral, causando episódios de conflitos.

Os mesmos autores apontam, também, que a ausência de uma separação clara do tempo destinado ao trabalho, à família e ao lazer, principalmente em face da ausência de sua separação física, torna difícil apartar os momentos destinados para uma atividade e para outra, acentuando os sentimentos acima destacados.

Domenico de Masi afirma que o modelo pós-industrial traz uma nova construção de sociedade, tornando o lar mais útil ao capitalismo, “que se move sob o signo da conexão e da reintegração de trabalho e vida, casa e escritório, quantidade e qualidade, ética e negócio, bens e serviços”²⁶, especialmente porque o teletrabalho custa menos para a cadeia produtiva, sendo conveniente ao desenvolvimento financeiro este movimento.

Por fim, fazendo a liga do que se pretende abordar no próximo item, um dado que não se pode perder de vista é o de que, segundo o Instituto

²⁵ MANN, Sandi; HOLDSWORTH, Lynn. The psychological impact of teleworking: stress, emotions and health. In: **New Technology, Work and Employment**. Vol.18, Nova Jersey: Editora Wiley Online Library, Nov., 2003., p. 196-211.

²⁶ MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000, p. 221.

Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE²⁷, os índices de natalidade vêm diminuindo drasticamente, dado que pode ser conjugado ao aumento do ingresso das mulheres no mercado de trabalho. Este é um componente preocupante, que traz consigo a perpetuação do modelo patriarcal de núcleo familiar - centrando no ente feminino todas as operações de logística e cuidado - e uma ausência de participação paterna na vida dos filhos e parentes.

Esta conjectura provoca a reflexão que se fará a seguir: serviria o teletrabalho - ao permitir conjugar a vida profissional com a vida familiar - à “inclusão excluída” das mulheres no meio produtivo? Estaria o teletrabalho permitindo a continuidade e reprodução do modelo de cuidados familiares desempenhados única e exclusivamente pelo gênero feminino?

É o que se enfrentará nas próximas linhas.

3 A “inserção excluída” das mulheres no mercado de trabalho: a negação da sustentabilidade

Numa sociedade com traços claramente patriarcais, em que à mulher destinam-se, tradicionalmente, os afazeres domésticos, o teletrabalho surge como alternativa para, de um lado, inserir ou manter a mulher no mercado de trabalho (vantagem anteriormente mapeada) e, de outro, excluí-la de oportunidades de ascensão profissional, de convívio social, etc. (desvantagem igualmente já identificada).

A flexibilidade na jornada, a subordinação indireta e o maior contato com a família, facilitam o que já acontece hodiernamente: a maior participação da mulher no processo de criação dos filhos ou, ainda, no cuidado de idosos e enfermos de seu núcleo de convívio. Todavia, as desvantagens do teletrabalho também acabam por recair, com maior peso, sobre as mulheres, especialmente as mães, que são as mais propensas a

²⁷ BRASIL, IBGE. Taxa Bruta de Natalidade por mil habitantes - Brasil - 2000 a 2015 <https://brasilensintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-natalidade.html> Acesso em out. 2019.

aceitar essa modalidade de trabalho, na medida em que na sociedade brasileira atual não é culturalmente comum o homem cuidar do lar e da família.

A respeito dessas desvantagens, o teletrabalho pode deflagrar uma série de riscos ocupacionais, tais como os já citados estresse e irritabilidade, bem como contribui para reforçar estigmas epidemiológicos, que vinculam mulheres a episódios de depressão, crises de ansiedade, transtorno do pânico ou síndrome de Burnout.

Marília Mottin Borges²⁸ destaca alguns exemplos:

Transtornos musculoesqueléticos – afeta, principalmente, as partes brandas, como tendões, músculos, nervos e estruturas próximas às articulações. É importante, como medida preventiva, um preparo ergonômico do posto de trabalho, levando em conta a mesa ou superfície de trabalho, o teclado, a cadeira, repousa pés e atril;

Fadiga visual – os sintomas são lacrimação, sensação de pálpebras pesadas, ardência nos olhos, piscar os olhos mais vezes, visão borrada e cefaleias. Para prevenir, deve-se preferir a iluminação natural, complementada com a artificial quando a primeira não garante as condições de visibilidade adequada, posicionar o computador de modo a evitar reflexos na tela com a janela e posicionar o local de trabalho de forma que os olhos do trabalhador não se situem em frente a uma janela ou a um ponto de iluminação artificial;

Estresse – derivado do uso das novas tecnologias da informação e comunicação no trabalho (Internet, telefonia móvel, correio eletrônico, PDA's, fax, etc.). É uma reação de adaptação do organismo humano, como consequência de um desequilíbrio entre as demandas, os recursos e as capacidades da pessoa, relacionada com o uso das tecnologias de informação e comunicação. As reações mais comuns são câimbras, rigidez, contraturas, diarreia, hiperventilação, hipertensão arterial, arritmias, suor excessivo, ansiedade, depressão e outros. A formação periódica e específica sobre o uso correto de novas tecnologias de informação e comunicação, é apontada como medida eficaz, já que os avanços tecnológicos acontecem muito rapidamente e o teletrabalhador deve ser capaz de responder racionalmente;

Organizacionais – o fato do teletrabalhador normalmente trabalhar em sua casa, sozinho ou ao menos isolado do resto do quadro de funcionários da

²⁸ BORGES, Marília Mottin. **O teletrabalho como forma de (des)inclusão das pessoas portadoras de deficiência**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009. p.48 [Monografia, inédito]

empresa, mantendo um contado quase que exclusivamente telemático ou telefônico, conduz à uma série de ricos, de ordem psicossocial, que podem dar lugar a diversas patologias. Para prevenir são sugeridas pausas, flexibilidade horária e isolamento, principalmente separando o ambiente familiar do laboral.

A tensão está calcada na necessidade empresarial de obtenção de lucros que se contrapõe aos deveres de cuidado da vida humana, sendo ambos necessários à manutenção do sistema social, mas de custosa conjugação quando executados pela mesma pessoa. Segundo Posthuma e Lombardi²⁹, há quatro formas de exclusão social no trabalho: o desemprego direto, as formas precárias de inserção no mercado laboral, o trabalho não remunerado e a exclusão de oportunidades para o desenvolvimento de novas técnicas e habilidades profissionais. As três últimas atingem predominantemente as mulheres e “poderiam se constituir em uma espécie de ‘inserção excluída’”, segundo referidos autores.

Na linha dos estudos de Freitas³⁰, é impossível dissociar desenvolvimento de sustentabilidade³¹. O autor advoga que este é um princípio constitucional-síntese, pois o único desenvolvimento que interessa à humanidade é o duradouro e homeostático, ou seja, o sustentável. Destarte, se o teletrabalho gera, perpetua ou fortalece desequilíbrios socioeconômicos, constituindo-se mera fonte de sustento momentâneo e fugaz, não consegue ser, por si, sustentável. O trabalho (no qual se inclui o teletrabalho), para além de prover o sustento, deve gerar inclusão e bem-estar físico, psíquico e espiritual ao ser humano, irradiável à comunidade - presente e futura - em que o trabalhador esteja inserido.

²⁹ POSTHUMA, Anne C.; LOMBARDI, M. Rosa, Mercado de trabalho e exclusão social da força de trabalho feminina. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação Seade, 1997, p. 124-131.

³⁰ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 39-40.

³¹ A sustentabilidade determina independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. p. 39-40.

É a partir dessa matriz lógica que Freitas³² explora a multidimensionalidade da sustentabilidade, importante ao presente estudo, justamente por verificar-se que no caso das mulheres teletrabalhadoras, em regra, não se tem qualquer de suas dimensões atendidas.

3.1 Sustentabilidade no (tele)trabalho: dimensões

Freitas³³ refere que a sustentabilidade é poliédrica, pluri e multidimensional. Em essência, pretende com isto referir que esta possui muitas faces que se entrecruzam e complementam, não sendo possível concluir como sustentável fenômeno ou instituto jurídico a que falte alguma. Indica, sem estabelecer critério hierárquico e sem pretender ser exaustivo, ao menos cinco dimensões que deveriam ser desafiadas ao se estudar a sustentabilidade em situações concretas (como a presente). Procura-se, no presente texto, evoluir de sua doutrina, aplicando-a ao objeto de estudo.

3.1.1 Dimensão social

Os modelos de trabalho não podem ser excludentes, tampouco permitir o benefício de poucos à custa do sacrifício de muitos. A defesa individualista de direitos (sociais) carece de reflexão e amadurecimento para que a própria comunidade possa definir, em algumas situações, o que é melhor para a maioria, mesmo que isto signifique algo de sacrifício compartilhado. Destarte, devem ser superados modelos que medem o bem-estar a partir de métricas que não permitem a visualização do poliedro em dinâmica, de onde se conclui que análises que tomem por base índices como o PIB ou o IDH, mesmo que cruzados, já não são suficientes para tomadas de posição sustentáveis³⁴.

³² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011. *Passim*.

³³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 55 e seguintes.

³⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 42 (notas de rodapé 36 e 37).

3.1.2 Dimensão ética

Trata-se do plano racional e axiológico da sustentabilidade, pelo qual os seres dotados de maior consciência - acerca de si, de seu entorno, de seu presente e de seu futuro - devem operar de forma a serem “benéficos para todos os seres [e] não apenas deixar de prejudicá-los”, de produzir “felicidade material e imaterial ao maior número possível [de pessoas]” e de “agir de tal modo que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro”. Seu maior desafio é a relação com a dimensão econômica.

3.1.3 Dimensão ambiental

Está vinculada à noção de dignidade do ambiente, reconhecendo-se à atual e às futuras gerações o direito ao ambiente limpo em todos os aspectos. É a ideia mais antiga e imediata de sustentabilidade e está atrelada ao direito-dever de manutenção dos biomas e do planeta. Freitas³⁵ diz não de admitir evasões da responsabilidade ambiental, nem retrocessos no tocante à biodiversidade, uma vez que isto acarretaria o empobrecimento de todas as vidas.

3.1.4 Dimensão econômica

Impõe o repensar do consumo e da distribuição de riquezas, naturais ou não e leva à predição da necessidade de institutos como a renda universal mínima, como mecanismo para aplacar brutais desníveis sociais e retirar multidões da indigência. Freitas³⁶ refere estudos pelos quais se comprovou que os miseráveis, retirados da dificuldade financeira mesmo que via da assistência social, têm mais chances de superar suas limitações e, inclusive, independentizar-se.

³⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 62.

³⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 63.

3.1.5 Dimensão jurídico-política

Na linha dos “perfis de estado”, para além do Estado Democrático, Social e/ou Ambiental está, como síntese de todos, o Estado Sustentável. A sustentabilidade é um princípio jurídico, mas também direito-dever, inalienável, intangível, intersubjetivo. A partir dessa premissa, é possível afirmar que a sustentabilidade se densifica e concretiza em direitos infraconstitucionais como alimentação, trabalho, moradia, educação, homeostase ambiental, segurança, entre outros, inexistindo entre os mesmos uma escala de prioridade inflexível (como a escala de Maslow³⁷) e dependendo sua realização tanto do Estado e das entidades como do próprio cidadão.

Nessa linha de raciocínio, sim, incumbe ao Estado estabelecer políticas públicas de real inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como de efetiva proteção da trabalhadora em face do avanço da tecnologia. No entanto, é também dever da própria mulher apontar as incoerências sistemáticas que levam à violação de seu direito ao trabalho sustentável, que, pelo já estudado, comprometem tal perfil de labor também às gerações vindouras, inclusive de homens, uma vez que a humanidade, num todo, acaba sendo prejudicada pela prática discriminatória em face do gênero feminino.

A retórica é necessária, pois a história da inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho, dificilmente revelou episódios de dignidade e decência, mesmo em tempos atuais.

³⁷ Abraham H. MASLOW, psicólogo americano, elaborou uma escala para classificar as necessidades humanas organizando-a em duas grandes dimensões (primárias e básicas), as quais subdividiu em cinco categorias. Nas necessidades primárias estariam as fisiológicas e as de segurança. Nas necessidades secundárias estariam as sociais, as de estima e de auto-realização. Ver mais, aplicado ao mundo do trabalho, em: <http://www.sobreadministracao.com/a-piramide-hierarquia-de-necessidades-de-maslow/>. Acessado em 10 nov 2019.

3.2 A mulher no mercado de trabalho

A mulher, ao longo da história, quase sempre esteve em um papel subalterno e dependente. Até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual se estabeleceu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres³⁸ (art. 5º, I), diversas disposições no ordenamento nacional reproduziam a lógica da mulher como ser semi-incapaz, responsável principal ou única, entretanto, pela boa gestão do lar e pelo impecável cuidado dos entes que compunham o núcleo familiar. Perceba-se, por exemplo, que somente em 2002 (com o novo Código Civil) foi retirada do ordenamento jurídico a obrigatoriedade de sua assistência por marido ou pai para eficácia de atos jurídicos.

Nas relações de trabalho, a situação não era distinta, pois o artigo 446 da CLT (revogado apenas em 1989³⁹), facultava ao marido ou pai pleitear a rescisão do contrato de trabalho da mulher, quando suas tarefas pudessem ameaçar o vínculo familiar, ofertar perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou lhe prejudicar física ou moralmente.

A ideia aqui não é fazer um retrospecto acerca do trabalho da mulher ao longo dos tempos, mas um recorte para a parte que mais interessa ao tema do teletrabalho, que é o trabalho urbano, especialmente nas indústrias. Pois foi na revolução industrial que se teve o maior movimento de migração do trabalho (do cenário rural para as cidades), trazendo novos contornos à sociedade e ao Direito do Trabalho, formato esse similar ao que ainda se tem em ambos.

Foi nessa época que mulheres e crianças entraram com muita força no mercado de trabalho, pois, para alguns, estes estavam ociosos nos lares e eram extremamente dóceis e adequados ao trabalho nas indústrias, especialmente nas atividades repetitivas e sem demanda intelectual.

³⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

³⁹ Pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989.

Especialmente, por estas características, eram também mais suscetíveis à exploração, trabalhando mais tempo para receber um salário inferior aos dos homens e adultos, o que ocasionou um sério desnível entre as classes sociais⁴⁰.

É muito importante lembrar que as condições de trabalho nessa época eram precárias e inadequadas e que era conveniente utilizar da força laboral feminina e infantil, especialmente com a expansão do método fordista, que automatizou o trabalho, podendo ser realizado por qualquer um. Mais ainda, porque se estava diante de pessoas que não tinham poder político para reivindicar direitos, o que agravava ainda mais o quadro.

A discriminação da mulher ocorria das mais diversas formas, citando-se como os maiores exemplos a diferença remuneratória - mesmo para funções semelhantes às realizadas por outros homens -, a preterição na ascensão profissional e até mesmo os assédios morais e sexuais⁴¹.

No Brasil, considerando seu processo de industrialização tardio, a introdução da mulher no mercado de trabalho ocorreu somente após a Segunda Guerra Mundial, pois nesse período os homens foram conduzidos às frentes de batalhas e elas passaram a assumir um papel que antes era deles, notadamente ligado ao sustento da família. Após o retorno do combate, muitos soldados retornaram em situação de debilidade física e não puderam reassumir o papel de homem-trabalhador-provedor, tendo as mulheres reafirmado sua presença no mercado de trabalho. Movimento curioso foi o fato de que os homens que retornaram com saúde, reivindicaram seus postos de trabalho e foram atendidos, sendo as mulheres excluídas das empresas para “devolver” o espaço de posse masculina⁴².

Já na década de 70, o movimento feminista passou a lutar para reconquistar espaço e houve ligeira melhora neste quadro, ainda que as

⁴⁰ NASCIMENTO, Mascaro Amauri. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 37-39.

⁴¹ ARAÚJO, Adriane Reis de; MOURÃO, Tânia Fontenele. **Trabalho da Mulher: Mitos, riscos e transformações**. São Paulo: LTr, 2010, p. 75.

⁴² ARAÚJO, Adriane Reis de; MOURÃO, Tânia Fontenele. **Trabalho da Mulher: Mitos, riscos e transformações**. São Paulo: LTr, 2010. p. 30-48.

discriminações antes apontadas ainda se mostrassem presentes, segundo a Organização Internacional do Trabalho - OIT⁴³.

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve o enfraquecimento sistemático das desigualdades e a edição de novas leis contribuiu para a alteração das distorções misóginas que acentuavam o preconceito.

Destaque-se que no campo das relações de trabalho, o inciso XX do art. 7º da Constituição Federal (sem previsão idêntica em constituições brasileiras anteriores) prevê como direito fundamental a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos de lei”. O principal destinatário da norma constitucional em destaque é, inequivocamente, o poder público, a quem incumbe implementar políticas de inclusão da mulher na economia ativa⁴⁴, bem como eliminar todas as formas de discriminação e fazer cumprir o conjunto normativo inspirado pelas máximas da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do valor social do trabalho. De outra banda, também os particulares podem ser atingidos pelo conteúdo da norma, em que pese ainda se encontre pendente da regulamentação anunciada. Parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais são exigíveis nas relações entre particulares e, assim, de forma genérica, todos aqueles que contratarem, dirigirem ou explorarem a atividade laboral de uma mulher se tornarão comprometidos e responsáveis por condutas antidiscriminatórias.

Theodoro⁴⁵, ao comentar o dispositivo constitucional, aduz:

⁴³ Organização Internacional do Trabalho. Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vana-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/secretaria-de-politica-para-mulheres/relatorio-anual-do-observatorio-brasil-da-igualdade-de-genero>, acesso em out. 2019.

⁴⁴ Nesse sentido, ver: THEODORO, Maria Cecília. Art. 7º, XX – Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Leo Ferreira Leony. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 634-639.

⁴⁵ THEODORO, Maria Cecília. Art. 7º, XX – Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Leo Ferreira Leony. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 637.

Observa-se, portanto, que a conformação legal do inciso XX do art. 7º da CF/88 vem experimentando movimentos de expansão e retração, sendo necessária uma constante vigilância jurídica, social e política, a fim de que se preservem não apenas seu núcleo essencial, como também a abrangência de seu âmbito de proteção.

Destarte, a lógica sistemática permite afirmar que partindo do radical constitucional e avançando à legislação ordinária, o ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade, toma por base a premissa da igualdade entre os gêneros.

Essa premissa não afasta, por óbvio, as políticas de discriminação positiva, entendidas estas como as que, tomando por pressuposto a existência de uma desigualdade, operam-se no sentido de minimizar seus efeitos.

Entretanto, a concretização dos comandos legais não foi (e não é) tão tranquila no cenário brasileiro, o que se verá a seguir.

3.2.1 A divisão sexual do trabalho

O tema será tratado a partir do conceito de Danièle Kergoat⁴⁶ que inicia seu texto com o seguinte dizer:

As condições em que vivem homens e mulheres não são produtos de um destino biológico, mas são antes de tudo construções sociais. Homens e mulheres não são uma coleção - ou duas coleções - de indivíduos biologicamente distintos. Eles formam dois grupos sociais que estão engajados em uma relação social específica: as relações sociais de sexo. Estas, como todas as relações sociais, têm uma base material, no caso o trabalho, e se exprimem através da divisão social do trabalho entre os sexos, chamada, de maneira concisa: divisão sexual do trabalho.

Segundo a autora, “a divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais do sexo”. Ou seja, nele

⁴⁶ KERGOAT, Danièle. *Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo*, São Paulo: Editora UNESP, 1998, p. 319-329, *passim*.

ocorre “a apreensão pelos homens das funções de forte valor social agregado” e a destinação às mulheres das tarefas realizadas na esfera reprodutiva. Para fazer tal divisão, é necessário proceder à separação de gênero e à hierarquização do valor do trabalho e, no viés tradicional, ao homem caberá a incumbência de prover a família, enquanto às mulheres o cuidado do lar (o que ocorria de forma gratuita e longe da vida pública). A sociedade foi “programada” para reconhecer como “trabalho” apenas o que derivar, ao final, uma contraprestação, apesar de a fórmula da física ($T = \text{força} \times \text{deslocamento}$) se enquadrar em qualquer uma dessas atividades, seja remunerada ou não.

Ora, essa divisão, além de afastar a mulher do local onde as decisões são tomadas, a oprime, pois a coloca em posição de subalternidade e dependência econômica em relação ao homem, vez que precisará deste para auferir o próprio sustento. E isso não deixa de ocorrer quando a mulher rompe este laço e entra no mercado de trabalho, notadamente porque, ao assim proceder, ela não deixa de realizar as atividades que antes exercia. Ao revés, acumula tarefas e, de certa forma, continua afastada dos espaços públicos destinados aos homens.

3.2.2 A conciliação entre os afazeres laborais e domésticos como rotina histórica das mulheres

Informação já trazida neste estudo, mas que merece ser abordada à exaustão, é que a mulher, quando entra no mercado de trabalho, acumula as atividades da casa e da família, ao contrário do que ocorre com os homens. E tal constatação não é apenas doutrinária, é empírica, de conhecimento notório e geral.

Salcedo⁴⁷, na introdução de obra sob sua coordenação, afirma que as mulheres trabalham desde que o mundo é mundo, levando a cabo as

⁴⁷ “Así, trabajaban en los campos, en los talleres, aprendiendo el oficio de sus maridos, realizando en algunas ocasiones los trabajos más desagradables y agotadores, pero teniendo que mantener el nivel de limpieza [...] en el hogar.” SALCEDO, Margarita-Johanna Birriel (Comp.) **Estrategias laborales femininas: trabajo, hogares e educación**. Málaga: CEDMA, 1998. p. 8-9.

tarefas que lhe eram próprias pelo simples fato de ser mulher e, ainda, o que se convencionou chamar de “ajuda familiar” mas que na realidade era nada menos que trabalho impago. Destaca que, desafortunadamente, as tecnologias não lhe favoreceram, pois no momento em que as máquinas facilitadoras das tarefas humanas ingressaram no cenário do trabalho, estas não foram manejadas por mulheres, pois eram consideradas inaptas para tal. E prossegue:

El hecho de que una mujer trabajara ha sido mal visto durante mucho tiempo [...]. El trabajo femenino debía de ser voluntario, por lo que no debía de recibir nada a cambio, como era el caso de las enfermeras hasta la aparición de Florence Nightingale que lo transformó en una actividad remunerada. [...] Las mujeres son consideradas como un ejército de reserva de mano de obra [...]

Em estudos conduzidos por Souza e Guedes⁴⁸, analisando dados do PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios)⁴⁹ desenha-se no Brasil o seguinte cenário: em 2014, o número de mulheres acima dos 16 anos que cuidavam dos afazeres domésticos era de 92,84% contra 58,36% em relação aos homens. O público feminino economicamente ativo era de 56,56% contra 81,65% do masculino. Por sua vez, o tempo médio de afazeres doméstico delas era de 25 horas semanais, contra 11 deles. E as mulheres exerciam, em média, 36 horas de atividades remuneradas, possuindo, assim, 61 horas semanais de trabalho total. Já, os homens, trabalhavam de forma remunerada, em média, 42 horas por semana, somando 53 horas totais, incluindo os afazeres domésticos.

Ou seja, o problema está longe de ser temporal, perseguindo as gerações de mulheres até os dias de hoje. Nesse mesmo estudo citado, os autores verificaram também que tais distorções ocorreram em todas as regiões do Brasil, não existindo uma relação direta com o nível

⁴⁸ SOUSA, LUANA PASSOS DE; GUEDES, DYEGGO ROCHA. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. *Estud. av.*, São Paulo, v. 30, n. 87, p. 123-139, Ago. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200123&lng=en&nrm=iso>. acessado em 02 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142016.30870008>.

⁴⁹ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios realizada em 2014. <<https://ww2.ibge.gov.br> > populacao > trabalhoerendimento > pnad2014 > Acesso em out. 2019.

socioeconômico, em que pese também tenha verificado que tais distorções diminuem quando a mulher possui uma escolaridade mais elevada.

Um fato que muito preocupa é o de que as mulheres trabalham menos horas em atividades remuneradas. E isso porque a lógica de patriarcado de que a ela cabe a manutenção do lar a obriga a procurar oportunidades de trabalho com carga horária menor, tendo de se submeter a salários inferiores, o que mais ainda acentua a dependência econômica delas em face deles.

Vive-se em uma sociedade que aceita que o horário das creches não coincida com o do trabalho das mães das crianças albergadas, o que também a obriga a trabalhar menos horas do que os homens.

3.2.3 Capitalismo: raiz do problema?

Por fim, chega-se a um ponto que talvez seja a raiz do problema: o sistema capitalista utiliza-se de uma lógica patriarcal que submete as mulheres à condição de reprodutoras do modelo. O capitalismo se sustenta na exploração do homem pelo próprio homem e isto se agrava quando a explorada é a mulher, em condições de desigualdade de gênero. Como já se tratou até aqui, historicamente, a mulher não participava da vida pública e, por isso, não pode executar o papel de burguesa e de dona dos meios de produção, interferindo na construção de novas ideias e estruturas sociais. Ou seja, o sistema de trabalho urbano seguia o modelo de exploração da mulher pelo homem⁵⁰, agora com intuito de lucro.

Isso ocorria tanto do ponto de vista da exclusão feminina dos meios de produção, quanto dos processos discriminatórios já citados anteriormente, mas por uma questão por demais vil: a mulher tinha um papel de amortecedora do “dumping social” causado aos homens. Ou seja, o capital poderia usurpar à exaustão da força de trabalho masculina, pois

⁵⁰ MIGUEL, Luis Felipe. Voltando à discussão sobre capitalismo e patriarcado. *Rev. Estud. Fem., Florianópolis*, v. 25, n. 3, p. 1219-1237, dez. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-026X2017000301219&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 02 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3p1219>, p. 5.

elas estariam em casa, cuidando do lar e afastando eles dos problemas domésticos, permitindo que apenas se preocupassem em trabalhar e produzir mais⁵¹.

Hartmann acrescenta que existia um temor por parte do patriarcado de que, com a revolução industrial e a entrada da mulher no mercado de trabalho, a família e hegemonia masculina fossem destruídos. Ou seja, a segregação do trabalho através de uma lógica de gênero importava na retórica de dominação do homem sobre a mulher. A autora ainda reforça que a subordinação existente entre os dois sexos amplia o controle dos homens dos processos decisórios e produtivos e torna mais fácil de compreender todo o ciclo de discriminação narrado⁵².

3.3 Teletrabalho: inclusão ou segregação da mulher?

Ensina Domenico de Masi que, no período de transição da sociedade industrial para a pós-industrial, o lar se torna mais útil às empresas e sua utilização em muito pode ser estimulada pela evolução tecnológica, que facilita o trânsito de ideias e informações⁵³.

Denise Pires Fincato⁵⁴, ao tratar do tema do teletrabalho como meio de inserção das pessoas com alguma deficiência no mercado de trabalho, faz o seguinte alerta a respeito de como o teletrabalho pode ser utilizado para excluir determinados grupos:

[...] pessoas com orientação sexual homoafetiva, com determinadas posições ideológicas, com aparência física não tão próxima do padrão estético compreendido como 'belo', portadores de HIV, alcoolistas, toxicômanos, etc.,

⁵¹ PICCHIO, Antonella. *Visibilidad analítica y política del trabajo de reproducción social*. In Carrasco, C. (ed.), **Mujeres y economía**. Barcelona: Icaria, 1999, p. 233.

⁵² HARTMANN, Heidi. Capitalism, patriarchy, and job segregation by sex. In: SAWAIA, Bader. (Org.) **As artimanhas da Exclusão**. 2 ed. São Paulo: Editora Vozes, 2001, p. 97.

⁵³ MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós industrial*. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000, p. 217.

⁵⁴ FINCATO, Denise Pires. Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador. *Direitos Fundamentais e Justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*. Porto Alegre: HS, v.2, n.4, jul./set, 2008, p. 149.

gerando uma necessidade de atenção constante de parte dos órgãos públicos (Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho) e de representação de classe (sindicatos e CIPA'S), para fazer cumprir as determinações anti-discriminação laboral (ver Lei 9029/95) para evitar que o teletrabalho traga mais prejuízos que benefícios aos teletrabalhadores.

Estima-se através de estudos financiados pela *Nacional Science Foundation* que a relação entre o gasto com um trabalhador e com um teletrabalhador seja de 29:1 (se este usar o seu próprio carro) e 11:1 (se este usar os transportes públicos)⁵⁵. Este dado, somado à alteração legislativa recente, advinda com a Reforma Trabalhista, traz cenário propício à larga utilização do teletrabalho em âmbito nacional. Este dado evidencia, a toda sorte, o impacto que o teletrabalho poderá causar na sociedade, especialmente considerando um papel social imposto à mulher como mantenedora do lar e do cuidado da família.

Existe o risco, longe de ser hipotético, de que o teletrabalho acabe por aprofundar a noção da mulher como mantenedora do lar e cuidadora da família, nesse contexto obrigada a desenvolver trabalhos precários (des)equilibrando, perigosamente, sua vida e saúde emocional.

O teletrabalho possui a vantagem de poder ser realizado em qualquer local, pois se dá através dos meios telemáticos e permite maior flexibilidade de horário, admitindo a conciliação com outros afazeres, notadamente domésticos. Contudo, possui a desvantagem de afastar o trabalhador do núcleo produtivo físico, podendo tornar sua relação precária e dificultando a ascensão profissional e social do trabalhador, especialmente a mulher.

Portanto, esta modalidade de labor é atrativa na lógica social atual, que entende a mulher como a mantenedora do lar e da família, pois lhe permite manter-se economicamente ativa, desafiando-lhe na conciliação de tais afazeres.

⁵⁵ MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós industrial. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000, p. 293-294.

Hartmann⁵⁶ aponta que “a sociedade exclui para incluir e esta transmutação é condição da ordem social desigual, o que implica o caráter ilusório da inclusão”. Ou seja, conforta a ideia de “facilitar” para a mulher formas alternativas (e precárias) de trabalho desde que ela mantenha ativo o seu papel familiar, podendo o teletrabalho ser mecanismo desta manutenção, pelas próprias características que possui, como já visto.

De um lado, não se pode negar que o trabalho seja uma forma de inclusão e fator identitário, pois dignifica as pessoas e as coloca num patamar civilizatório, com poder econômico e de consumo, mas tal deve ser visto com cautelas, para não se correr o risco da “inserção excluída”.

Assim, o teletrabalho é uma das grandes promessas de evolução do trabalho, o estudo desta nova modalidade de labor é necessário, pois novas demandas virão, fruto da transformação social que ele causará, notadamente nos aspectos urbanísticos e na convivência entre o trabalho e à família, o que, numa lógica patriarcal, enraizada na nossa sociedade até os dias de hoje, é um problema, pois atingirá com muito mais força as mulheres, especialmente as mães, atraindo a elas todas as desvantagens advindas desta forma de labor. O trabalho deve dignificar, nunca de precarizar a vida humana.

Conclusão

Entende-se que a utilização do teletrabalho se ampliará sobremaneira, na medida em que a segurança jurídica contratual pode ser considerada uma realidade após a reforma trabalhista. Contudo, ainda não existem dados concretos sobre a utilização dessa nova modalidade de contrato após novembro de 2017, em especial por mulheres, o que dificulta a confirmação prática das hipóteses aqui trazidas para fins de estudo. Contudo, acredita-se que com os dados bibliográficos coletados, aliados à análise histórica e social da realidade da mulher no mercado de trabalho,

⁵⁶ HARTMANN, Heidi. Capitalism, patriarchy, and job segregation by sex. In: SAWAIA, Bader. (Org.) **As artimanhas da Exclusão**. 2 ed. São Paulo: Editora Vozes, 2001, p. 6.

foi possível traçar um panorama de futuro, esperando-se que seja de possível reversão.

O tema é complexo, pois envolve padrões culturais e questões subsistenciais, o que torna a resolução da controvérsia ainda mais difícil, quanto mais a curto ou médio prazo.

Do ponto de vista teórico, igualmente o tema está longe de ser esgotado e deverá ser revisitado, doravante preferencialmente por meio da análise da experiência das empresas e dos empregados (em especial, das empregadas) que passarem a executar seus afazeres a partir dessa modalidade contratual, com o fim de verificar se as vantagens e desvantagens, assim como as potencialidades e riscos aqui apontados se confirmam.

O objetivo de tais confirmações é permitir o desenho de planos de ação intraempresariais, sindicais ou até mesmo público-governamentais que se comprometam com a superação do paradigma da “inclusão excluída” das mulheres teletrabalhadoras.

Tal compromisso é de sua importância, não apenas pelos desdobramentos sociais decorrentes da discriminação, quer no tempo presente, quer em projeções futuras, mas também pela higidez de um sistema jusprincipiológico, calcado em nortes tuitivos como a proteção em face da automação, da discriminação por gênero e, ainda, da realização sistemática do princípio-síntese da sustentabilidade, verdadeiro identificador de um modelo de Estado ideal, pautado na homeostase.

Em suma e na prática, é necessário tomar o especial cuidado para que o teletrabalho não facilite a precária entrada ou manutenção da mulher no mercado de trabalho, dividindo (ou dobrando?) seu tempo com os afazeres domésticos e cuidados doméstico-familiares. Em que pese exista na história brasileira uma clara divisão sexual do trabalho, o que se verifica é que tal separação relega a mulher a um *status* de subjugação à cultura que ainda se impõe, face à uma premente necessidade subsistencial cumulada com a comum inexistência de parceria (ou, no mínimo, auxílio) de seus companheiros nos afazeres caseiros e, ainda, à impossibilidade financeira

para o custeio da “terceirização” das atividades domésticas (pela contratação de diaristas, cuidadores, creches ou escolas de turno integral). A mulher, assim, além de ser penalizada com duplo trabalho, ainda vê-se condenada à sub-remuneração e à contínuidade de suas dificuldades financeiras, pois afora o fato de ser exposta a trabalhos com menor contraprestação (por vezes, até mesmo em face da reduzida jornada de trabalho que lhe é possível), o trabalho desempenhado para a própria família parece seguir sem qualquer valor, quer sob o prisma econômico, quer sob o prisma social.

Homens e mulheres devem ter as mesmas chances, os mesmos espaços e as mesmas oportunidades de trabalho, o que pode restar em risco se o teletrabalho se transformar em um instrumento que, ao facilitar a entrada da mulher na participação financeira da família, permita a continuidade do desempenho solitário do papel de mantenedora e responsável pelo lar. O resultado desta equação é o agravamento e consolidação de diferenças sociais e processos discriminatórios, atingindo o grupo específico de trabalhadores do gênero feminino e destinando-lhe a maior intensidade de desvantagens do teletrabalho, notadamente relacionadas às dificuldades de ascensão profissional, afastamento da vida pública e adoecimentos de diversas ordens.

Referências

ARAÚJO, Adriane Reis; MOURÃO, Tânia Fontenele. **Trabalho da Mulher: Mitos, riscos e transformações**. São Paulo: LTr, 2012.

BORGES, Marília Mottin. **O teletrabalho como forma de (des)inclusão das pessoas portadoras de deficiência**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009. [Monografia, inédito].

COSTA, Isabel de Sá Affonso. **Poder/saber e subjetividade na construção do sentido do teletrabalho**. Rio de Janeiro: EBAPE/ FGV, 2004. [Tese de doutorado, inédito].

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

- FINCATO, Denise Pires. **A regulamentação do teletrabalho no Brasil**: indicações para uma contratação minimamente segura. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Lisboa, v. 1, 2016.
- FINCATO, Denise Pires. Art. 7º, XXVII - Proteção em face da automação, na forma da Lei. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Leo Ferreira Leony. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1.
- FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. **Revista magister de direito do trabalho**, Porto Alegre, v. 14, p. 51-65, 2018.
- FINCATO, Denise Pires.; CHRISTOFOLI, D. P. . O teletrabalho na Justiça do Trabalho da 4ª Região e o Princípio da Sustentabilidade. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 34, p. 269-294, 2016.
- FINCATO, Denise Pires.; PIANA, E. C. . Direito ao Teletrabalho: Reflexões sobre a Imposição do Teletrabalho ao Empregador sob o prisma dos Direitos Fundamentais. **Revista De Direito Econômico E Socioambiental**, Local. v. 8, 2017.
- FINCATO, Denise Pires. Acidente do trabalho e teletrabalho: novos desafios à dignidade do trabalhador. **Direitos Fundamentais e Justiça**. Porto Alegre: HS, v.2, n.4, jul./set., 2008.
- FINCATO, Denise Pires. Meio ambiente laboral e teletrabalho. In: **IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teletividades**. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.
- FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira, In. AZEVEDO, André Jobim de (Organizador). **Reforma Trabalhista – Desafio Nacional**, Lex Magister -. 2018 – Porto Alegre – pág. 77.
- FINCATO, Denise Pires ; DE ANDRADE, Amanda Scotá. Home office: direitos fundamentais, meio ambiente laboral e reforma trabalhista. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Local. v. 9, p. 281-300, 2018.
- FINCATO, Denise Pires; LEMONJE, Julise Carolina. A telemática como instrumento de labor: teletrabalho e hiperconexão. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 64, p. 119-136, 2019.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Autopoiese do Direito na Sociedade Informacional: Introdução a uma teoria social sistêmica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para entender o século XXI**. Amadora/PT: Elsinore, 2018.

HARTMANN, Heidi. *Capitalism, patriarchy, and job segregation by sex*. In: SAWAIA, Bader (Org). **As artimanhas da Exclusão**. São Paulo: Editora Vozes. 2 ed, 2001.

KERGOAT, Danièle. **Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo**. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

MANN, Sandi; HOLDSWORTH, Lynn. *The psychological impact of teleworking: stress, emotions and health*. In: **New Technology, Work and Employment**. Vol.18, Nova Jersey: Editora Wiley Online Library, Nov., 2003.

MIGUEL, Luis Felipe. Voltando à discussão sobre capitalismo e patriarcado. **Rev. Estud. Fem., Florianópolis**, v. 25, n. 3, p. 1219-1237, dez. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-026X2017000301219&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 02 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3p1219>.

NASCIMENTO, Mascaro Amauri. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

PICCHIO, Antonella. *Visibilidad analítica y política del trabajo de reproducción social*. In Carrasco, C. (ed.), **Mujeres y economía**, Barcelona: Icaria, 1999.

POSTHUMA, Anne C.; LOMBARDI, M. Rosa, Mercado de trabalho e exclusão social da força de trabalho feminina. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação Seade, 1997.

SALCEDO, Margarita-Johanna Birriel (Comp.) **Estrategias laborales femininas: trabajo, hogares e educación**. Málaga: CEDMA, 1998. p. 8-9.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo. v. 64, n. 5, maio, 2000.

SOLLUVAN, Cath. Space and the intersection of work and family in homeworking households. **Community, Work & Employmen**. Vol. 3. Issue 2, 2000, Londres: Editora Tailors and Francis Online.

SOUSA, Luana Passos de; GUEDES, Dyego Rocha. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. **Estud. av.**, São Paulo , v. 30, n. 87, p. 123-139, Ago. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200123&lng=en&nrm=iso>. acessado em 02 jun. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142016.30870008>.

THEODORO, Maria Cecília. Art. 7º, XX – Proteção do mercado de trabalho da mulher, medidante incentivos específicos, nos termos da lei. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Leo Ferreira Leony. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 1, p. 634-639.

VALENTIM, João Hilário. Teletrabalho e relações de trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília. v. 10, n. 19, Março, 2000.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho**: uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005.

Teletrabalho: um mundo em transformação

*Gabriela Amorim Paviani **

*Marlene Kempfer ***

Introdução

O final do Século XX foi marcado pela Terceira Revolução Industrial, também conhecida como revolução tecnológica, a qual influenciou grandemente no Direito do trabalho, ao criar novas tipologias de emprego.

A possibilidade de realizar atividades laborativas dentro da própria residência ou em centros de trabalho remoto parecia algo distante, mas vem crescendo exponencialmente em todo o globo.

A humanidade desenvolveu-se em todos os sentidos conforme surgiam as necessidades, saindo de um estado primitivo como a caça, pesca e subsistência, da propriedade coletiva dos meios de produção, à fase atual, de modo que aquilo tido como bem comum passou a se individualizar. Arelada a tais mudanças, tem-se a produção de excedentes, que trouxe a ideia de comércio e um mundo que necessariamente é movido pelo capitalismo.

O chicote foi trocado por mecanismos tecnológicos, as senzalas por ambientes de trabalho, e o sofrimento físico pela pressão psicológica e a

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Advogada. E-mail: gabrielapaviani@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4284559149104028>.

** Doutora em Direito do Estado- Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7141753184018389>.

necessidade de atender aos comandos de forma rápida, sob pena de ver seu nome na lista do desemprego, atual mal social brasileiro.

Desde o advento da civilização, chegou a ser tão grande o aumento da riqueza, assumindo formas tão variadas de aplicação, tão extensa e tão habilmente administrada no interesse de seus possuidores, que ela, a riqueza, transformou-se em uma força incontrolável, oposta ao povo. A inteligência humana vê-se impotente e desordenada diante de sua própria criação.

Nesta esfera tecnológica, o teletrabalho supera as dificuldades de tempo e espaço, ultrapassando as fronteiras territoriais, sendo considerado a solução de grandes problemas, mas apesar de suas benesses, não se deve deixar de lado os malefícios, que vão desde a solidão à impossibilidade de conexão.

Por todo exposto, o presente trabalho possui como escopo central a análise das vantagens e desvantagens do teletrabalho, primordialmente ao que tange a uma infração ao direito à desconexão e à falsa sensação de liberdade.

1 O impacto da tecnologia em um mundo em transformação

O processo de globalização é marcado pelo avanço tecnológico e científico, bem como pela transnacionalização e integração dos mercados mercantis, de modo a interferir nos usos e costumes de todo o globo.

Indubitavelmente, devido ao crescente uso das tecnologias da informação e comunicação, principalmente em decorrência da utilização da internet, progresso que caracterizou o final do século XX, as relações econômicas e sociais nunca foram tão dinâmicas, fato que acarretou grandes transformações estruturais nas relações de emprego.¹

Desta maneira, pode-se afirmar que o século XXI é marcado pela fluidez das relações sociais, como diria Bauman, atualmente vive-se em

¹ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2006 Workshop nacional do Departamento de Transporte sobre Impactos e os Problemas de Telecomunicação, Notas de 27 de maio de 1992 – 28 de maio de 1992, p. 30.

tempos de modernidade líquida, sendo assim, a vida humana torna-se cada vez mais volátil e fluída.²

Sobre esta realidade, Robortella afirma que o início do século XX foi circunscrito pela produção em massa, sendo evidenciado pelos sistemas de produção do fordismo e taylorismo, o que nomeia como a Segunda Revolução Industrial. Deste modo, conforme aduz o autor, diante das transformações tecnológicas do final dos séculos XX e XXI, ter-se-ia iniciado a Terceira Revolução Industrial, a chamada Revolução Tecnológica³.

Sendo assim, tal revolução promoveu: a transferência do trabalho por meio da tecnologia, a terceirização do labor sem demarcações fronteiriças, bem como a proliferação da delegação da mão-de-obra, passando a existir novas tipologias laborais, conforme o apontado e ratificado pela Organização Internacional do Trabalho, em seu Relatório VI, em Genebra, no ano de 2016⁴.

Portanto, a utilização da tecnologia de comunicação e informação acarretou novos perfis da relação de emprego, os quais se fazem presente nas mais diversas atividades do mundo hodierno, fruto da flexibilização do tempo e espaço. Apesar disso, o fenômeno da flexibilidade sempre se fez presente ao longo da história em algumas funções laborais, sendo possível concluir que o que se vive atualmente é uma gradativa expansão desta flexibilidade. Sob tal realidade, Sérgio Coutinho explica que:

² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p.137.

³ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho: flexibilização, terceirização, novas tecnologias, contratos atípicos, participação na empresa**. São Paulo: Ltr, 1994, p. 133.

⁴ O mundo do trabalho encontra-se igualmente em mutação como resultado do rápido progresso tecnológico. A microinformática e as tecnologias de informação, os progressos nos domínios da robótica, software e inteligência artificial e a multiplicidade de serviços disponíveis na Internet mudaram o modo de produção e fornecimento de bens e serviços. Estas inovações fortaleceram as ligações entre a indústria transformadora, o setor da agricultura e o setor dos serviços, afetando inevitavelmente a organização do trabalho. Como o desaparecimento de trabalhos rotineiros, têm vindo a aparecer novos empregos na economia do conhecimento, na economia verde e na economia de cuidados, tanto em países em desenvolvimento como industrializados. Segundo as estimativas da OIT, a transição para uma economia mais verde poderá gerar entre 15 a 60 milhões de novos postos de trabalho a nível mundial nas próximas décadas. Os tipos de trabalho relacionados com a digital facilitam a conexão entre trabalhadores e empregadores e oferecem flexibilidade, mas também trazem desafios no sentido de garantir condições de trabalho digno. Sem contratos formais, estas novas modalidades podem implicar horários de trabalho excessivos e proteção social reduzida. Devido à natureza descentralizada destes empregos.

(...) a incorporação de tecnologia às relações de emprego mudando-as intrinsecamente não é algo recente. O fenômeno pode ser observado desde que a energia elétrica permitiu aos empresários que seus empregados, fechados nos recintos artificialmente refrigerados de escritórios e consultórios, não mais distinguissem dia e noite. O pôr-do-sol deixou de ser medido de duração de jornada⁵.

De acordo com a Pesquisa home office Brasil 2016, realizada pela Sobratt (Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades), 68% das empresas brasileiras adotam práticas de teletrabalho, percentual que parece distante quando comparado a outros países do globo, como é o caso dos Estados Unidos e Canadá, com 85%, seguidos de França e Alemanha, com 77%⁶.

Desta maneira, fundamental o esclarecimento do que seria teletrabalho, o que Jack Nilles conceitua como: “Qualquer forma de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho”⁷. Compartilhando o mesmo ideal, Magano explica que:

Flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças in vitro e sim as exigidas pela realidade cambiante⁸.

Em consonância com o novo relatório realizado pela OIT (Organização Mundial do Trabalho), em 2017, a discrepância do crescimento do teletrabalho é tendência mundial desde os anos 2000,

⁵ COUTINHO, Sérgio. **A prova da relação de emprego no teletrabalho**. Rdt: Revista de Direito do Trabalho. Brasília, v.10, n° 1, jan./2004.

⁶ ÉPOCA NEGÓCIOS. **Trabalho a distância cresce de forma desigual no mundo, diz OIT**: percentual de funcionários fora do escritório varia de 2% a 40%. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/02/trabalhodistancia-crece-de-formadesigual-no-mundo-diz-oit.html>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁷ NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade**. São Paulo: Futura, 1997, p. 25.

⁸ MAGANO, Octavio Bueno. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Síntese Trabalhista, n.116, fev,1999, p.2.

possivelmente fruto da falta de incentivo de alguns Estados Nacionais, bem como diante da influência de outros fatores, como a capacidade de dispositivos de comunicação e a resistência de gestores de cada país.

Ressalta-se ainda, que a expansão do teletrabalho também pode ocorrer por outros motivos, que vão desde o cultural, como também demográfico, haja vista o verificado no Japão, cujo o incentivo advindo das agências públicas, deu-se exatamente como uma tentativa de incluir mulheres com crianças pequenas no mercado de trabalho⁹.

2 Do horário e local flexível aos centros de trabalho remoto

As práticas de teletividades e de teletrabalho vêm crescendo progressivamente em todo globo, grande parte devido à necessidade de uma maior flexibilidade de horários e locais de trabalho, tanto por parte dos empregadores, quando pelos empregados.

De frente a essa realidade, cabe esclarecer que o teletrabalho é definido como “uma forma de organização e/ou de execução do trabalho que se utiliza da tecnologia da informação no âmbito de um contrato ou de uma relação de trabalho, onde a atividade laboral que poderia ser realizada no local da empresa é realizada fora de sua sede”¹⁰.

Deste modo, o termo flexibilização, sob a ótica de Boyer, reporta-se a vários significados e dimensões, devendo ser diferenciado o que se entende como flexibilidade produtiva, advinda de modificações tecnológicas, com fulcro em obtenção de uma melhor organização, de flexibilidade de trabalho, a qual visa à adaptação das alterações das condições de emprego, com base na compreensão de tempo de trabalho, proteção social e mobilidade ¹¹.

⁹ ÉPOCA NEGÓCIOS. **Trabalho a distância cresce de forma desigual no mundo, diz OIT**: percentual de funcionários fora do escritório varia de 2% a 40%. Disponível em: < <http://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/02/trabalhodistancia-cresce-de-formadesigual-no-mundo-diz-oit.html>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

¹⁰ BIAGI, Marco; TIRABOSCHI, Michele. **Istituzioni di diritto del lavoro**. Milão: Giuffrè Editore, 2007.

¹¹ BOYER, Robert. **Rapport salarial, croissance et crise: une dialectique cachée**. Paris: Éditions La Découverte, 1986, p. 237.

A flexibilização também pode ser compreendida sob o manto da manutenção de emprego, considerando as modificações na esfera trabalhista, o que Andrade aduz:

Flexibilizar é a capacidade do indivíduo de renunciar a seus costumes e adaptar-se às novas circunstâncias do mercado de trabalho. Traduz-se pelo uso de instrumentos jurídicos que permitam adaptar as relações de trabalho às flutuações econômicas, às alterações ocorridas na ordem social e às constantes inovações tecnológicas. O objetivo da flexibilização é a garantia de emprego, embora com redução de direitos trabalhistas ¹².

Neste contexto, a percepção de flexibilização de horário de trabalho pode se dar de alguns modos, é o caso do: trabalho por tempo parcial (tempo inferior ao horário normal laborativo); trabalho por turnos (obreiros podem executar o trabalho em horas diferentes no decurso de um período de dias ou semanas); job sharing (empregados compartilham funções, que normalmente seriam exercidas por apenas um indivíduo); semana comprimida (a prestação regular semanal pode ser comprimida em quatro dias)¹³.

Por sua vez, local flexível é discriminado como aquele que pode ser realizado em lugares distintos da sede empresarial ou pública, ou seja, há, nas palavras de Ilan e Meira Salomon, “um relaxamento dos limites de tempo-lugar, basicamente para evitar a necessidade de viagem ao local de trabalho”¹⁴.

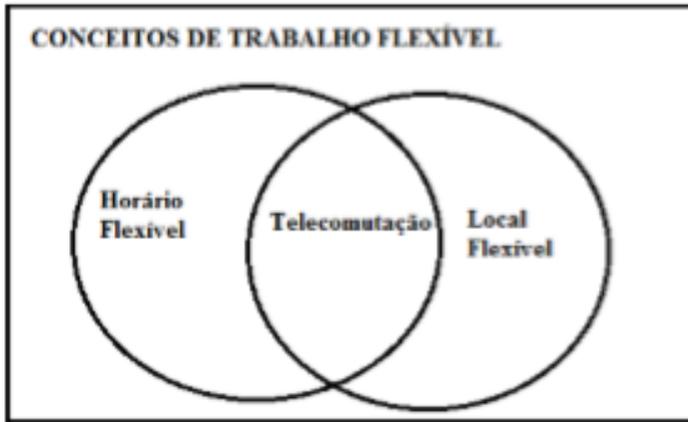
Logo, quando um empregado congrega local e horário flexível, associado às tecnologias eletrônicas informacionais e comunicativas, estar-se-á diante da chamada tele comutação, a qual é caracterizada pela comunicabilidade entre empregado-empregador via ferramentas tecnológicas, como: VPN, videoconferência e voz sobre IP.

¹² ANDRADE, Dárcio Guimarães de. Flexibilização. *Revista JTB*, v.756/5, n. 16 abr, 1999, p.16.

¹³ CASACA, Sara Falcão. **Flexibilidade, trabalho e emprego**: ensaio de conceptualização. Instituto Superior de Economia e Gestão – SOCIUS Working papers nº 10/2005.

¹⁴ SALOMON, Ilan; SALOMON, Meira. Telecommuting: the employee's perspective. *Technological Forecasting and Social Change*. v.25, p. 15-28, 1984, p. 17.

Corroborando com esse entendimento, Joel Kugelmas esclarece que a tele comutação seria fruto do somatório do que se entende por horário flexível de trabalho (jornada de trabalho adaptável) e local flexível (ambiente de trabalho não fixado, móvel)¹⁵, conforme pode ser observado abaixo:



Fonte: Joel Kugelmas, p. 33.

Hodiernamente, criaram-se centros de trabalho remoto, também chamados de tele cabanas, locais convenientemente localizados, que possuem recursos tecnológicos necessários para a efetivação do teletrabalho, na medida em que alguns empregadores e obreiros, seja por motivos próprios ou não, não possuem o local e/ou a tecnologia necessária para exercer tal tipologia laborativa. Tais recursos podem ser compartilhados por utilizadores pertencentes a várias empresas ou independentes, sendo alugados ou próprios do centro ¹⁶.

Os centros de trabalho remoto podem ser assumir modelos distintos, uma vez que podem ser: centro satélites (acomodam pessoas trabalhando para um único empregador); centros locais (abrigam indivíduos que

¹⁵ KUGELMASS, Joel. **Teletrabalho**: novas oportunidades para o trabalho flexível: seleção de funcionários, benefícios e desafios, novas tecnologias de comunicação; tradução Geni G. Goldschmidt. São Paulo: Atlas, 1996, p. 33.

¹⁶ KUGELMASS, Joel. **Teletrabalho**: novas oportunidades para o trabalho flexível: seleção de funcionários, benefícios e desafios, novas tecnologias de comunicação; tradução Geni G. Goldschmidt. São Paulo: Atlas, 1996, p. 33-34.

laboram para empregadores diferentes); centros comunitários (espaço para empregados que vivem em uma área restrita)¹⁷.

Ressalta-se que a primeira tele cabana tem origem Sueca, fundada no início da década de 80 pelo governo federal do país, com o intuito de deslocar a mão de obra laboral da capital para outras áreas, as quais possuíam um alto índice de desemprego¹⁸.

3 Benefícios e desafios do teletrabalho

3.1 Vantagens ao empregado

Devido às novas tecnologias, as quais proporcionaram o advento de formas flexíveis de labor, como o teletrabalho, é indubitável uma série de consequências vantajosas ao empregado, haja vista a intensificação da própria autonomia desse nesta tipologia laboral.

A relação entre trabalho e serviços domésticos, bem como a entidade familiar, nem sempre fora positiva; exemplo disso é a dificuldade de conciliação de todos esses fatores, como congraçar-se a educação dos filhos ou cuidados com os idosos com as demasiadas atividades profissionais¹⁹.

Assim sendo, talvez com o advento do teletrabalho e sua intrínseca flexibilidade, tenha trazido possíveis embates a tais questionamentos, uma vez que os obreiros, possuidores de uma certa autonomia, podem realizar atividades dentro de suas residências, criar uma rotina de certo modo versátil, acompanhar os filhos que estão em idade escolar e realizar demais outras atividades do lar, tudo isso enquanto trabalham²⁰.

Neste sentido, outro ponto que merece destaque é o fato de que, infelizmente, muitos empregadores, por um certo pré-conceito, deixam de

¹⁷ NILLES, Jack M. **Telecommuting and energy conservation: the realities**. Depoimento à Comissão de Energia da Califórnia. Sacramento, Califórnia, Registro 89-CR-90, 1 maio 1990, p. 7.

¹⁸ ELLING, Monica. Remote work/telecommuting – a means of enhancing the quality of life, or just another method of making business brisker? **Economic and Industrial Democracy**, v.6m p. 239-249, 1985, p. 240.

¹⁹ CASACA, Sara Falcão. **Flexibilidade, trabalho e emprego**: ensaio de conceptualização. Instituto Superior de Economia e Gestão – SOCIUS Working papers n° 10/2005.

²⁰ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2006, p. 30.

contratar mulheres exatamente pelo medo de estas deixarem o trabalho, seja para amamentação, seja para a criação dos filhos; assim, com o trabalho remoto, é possível que tal circunstância deixe de existir, agregando-se as mulheres às atividades laborais.

Nas palavras de Joel Kugelmaass:

A administração flexível, interessada em conservar a produtividade, implementa políticas para reduzir os conflitos com a assistência à família. A administração flexível é mais justa do que os outros programas que reduzem os conflitos família/trabalho porque pode ser estendida igualmente para homens e mulheres, solteiros e casados, para quem busca lazer, para gerentes, profissionais e funcionários qualificados – mesmos que trabalham nas linhas de montagem, em carros de polícia ou em hospitais²¹.

Outro ponto que merece destaque é o horário biológico de cada indivíduo, visto que cada pessoa possui turnos de fadiga e de energia diferentes. Portanto, os teletrabalhadores conseguem aproveitar seu horário de “pico” com o intuito de melhorar sua própria produtividade²².

Além disso, com o trabalho remoto há uma diminuição de danos ambientais, pois há uma utilização diária menor de automóveis, diminuindo a poluição do ar, e trazendo, concomitantemente, uma solução para congestionamentos e lotação do transporte público.

Ressalta-se que com o trabalho à distância também há um aumento de segurança aos empregados, certo de que há uma maior segurança desses em suas casas. Conforme uma pesquisa realizada por Arthur Schiller, caso 12% dos trabalhadores laborassem pelo menos uma vez por semana em casa, existiria a cada ano 1,6 milhões de acidentes a menos, bem como reduziria 1.100 milhões de mortes no trânsito²³.

²¹ KUGELMASS, Joel. **Teletrabalho**: novas oportunidades para o trabalho flexível: seleção de funcionários, benefícios e desafios, novas tecnologias de comunicação; tradução Geni G. Goldschmidt. São Paulo: Atlas, 1996, p. 35.

²² SUGIMATSU, Marlene T. Fuverki. O teletrabalho – diferenciadores determinantes da disciplina jurídica aplicável e a proteção do trabalhador. **Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais**. Hasson, Roland (coord.). Curitiba: Juruá, p.61-87, 2003, p. 64.

²³ Workshop nacional do Departamento de Transporte sobre Impactos e os Problemas de Telecomunicação, 1992, p. 9.

Destarte, Marlene Fuverki Suguimatsu sintetiza sobre os benefícios de tal modalidade de labor, a qual proporciona ao empregado:

Maior autonomia na execução dos serviços; redução de gastos com locomoção, refeição e vestuário; diminuição do estresse provocado pelos problemas de trânsito, naturais e grandes cidades; aumento da produtividade, em razão da proximidade e atenção familiar; aumento de tempo livre, permitindo maior crescimento cultural.²⁴

Por conseguinte, respeitando-se a disposição e biorritmo de cada sujeito, somados ao aumento de tempo livre, dedicação à família, e sem o stress advindo do trânsito, ter-se-ia empregados bem mais dispostos e, conseqüentemente, maior produção e seres humanos mais saudáveis, incluindo aspectos psicossociais.

4.2 Proveitos ao empregador

Indubitavelmente, a redução de custos e o aumento de produtividade são metas de qualquer empregador, as quais podem, de fato, ser conquistadas pelo advento do teletrabalho. Assim sendo, com o labor realizado na própria moradia do empregado, tem-se uma clara redução de custos imobiliários, de energia e de demais despesas advindas de um estabelecimento.

Além disso, “o advento das redes de comunicações tornou desnecessária a reunião de todos os trabalhadores num mesmo local. Os empregados podem operar em locais diversos, conectados por uma tela de comunicação e se comunicando em tempo real”²⁵.

Compartilhando da mesma posição ideológica, explicita Vera Loureiro Winter:

²⁴ SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. O teletrabalho – diferenciadores determinantes da disciplina jurídica aplicável e a proteção do trabalhador. **Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais**. Hasson, Roland (coord.). Curitiba: Juruá, p.61-87, 2003, p. 65.

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33 ed. São Paulo: LTr. 2007, p.335.

Os custos com a infraestrutura são em menor grau, pois em geral o uso do telefone, como um dos meios para a pesquisa e difusão das informações pela Internet, é comum nas casas dos trabalhadores. Da mesma maneira, o espaço físico ocupado diminui consideravelmente na empresa, passando a proporcionar condições de trabalho mais personalizadas na própria casa do empregado. É necessário pequeno investimento para a compra de equipamentos ou até mesmo deixar a cargo do teletrabalhador a aquisição de aparelhos complementares. As inovações tecnológicas são mais rapidamente voltadas para a produtividade e para a facilitar as informações empresariais²⁶.

Ademais, segundo recentes pesquisas, é possível afirmar um aumento de produtividade advindo do teletrabalho, em razão do maior aproveitamento do empregado, seja por ele conseguir laborar segundo seu horário biológico, seja por conta de uma carga menor de estresse, por conseguir planejar adequadamente seus horários. Assim, com base em pesquisa realizada com um grupo de executivos, 94 % afirmaram um aumento de produtividade, 52% relataram melhorias na qualidade de produção e 57% anunciaram benesses de aspecto moral²⁷.

Por sua vez, ao analisar dados do serviço público, diversos tribunais brasileiros têm relatado um considerável aumento de produtividade de servidores em regime de teletrabalho. Segundo o relatório de produtividade, os servidores em regime de teletrabalho integral têm superado em quase 10% a meta estabelecida²⁸.

5 Teletrabalho e a reforma trabalhista

O advento da Lei nº 13.467/2017, intitulada como reforma trabalhista, decisivamente acarretou uma gama de alterações ao que tange ao Direito do Trabalho.

²⁶ WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2006, p. 32.

²⁷ ÉPOCA NEGÓCIOS. **Trabalho a distância cresce de forma desigual no mundo, diz OIT**: percentual de funcionários fora do escritório varia de 2% a 40%. Disponível em: < <http://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/02/trabalhodistancia-cresce-de-formadesigual-no-mundo-diz-oit.html>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

²⁸ FARELLO, Luiza. **Servidores em teletrabalho superam metas de produtividade nos tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82662-servidores-em-teletrabalho-superam-metas-de-productividade-nos-tribunais>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

Portanto, diante dessas modificações, inspirada no Código do Trabalho português, de 2009, o qual define teletrabalho, conforme seu artigo 156, como “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”, a Consolidação das Leis Trabalhistas brasileira também supriu lacuna no que se refere ao teletrabalho.

Sob esse aspecto, com a alteração e inclusão do art. 75-B, o teletrabalho passou a ser positivado na legislação ordinária e entendido 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”.

Além disso, a Reforma trabalhista impõe, haja vista o artigo 75-C2, que o contrato individual de trabalho inclua expressamente a modalidade teletrabalho quando assim exercido, sendo essencial a inserção e a descrição das atividades laborais a serem desempenhadas pelo obreiro.

Ressalta-se que, com a inclusão do capítulo capítulo II, houve uma mudança substancial ao que tange ao artigo 62, III da CLT, ao abranger o teletrabalho como uma das modalidades laborais não inclusa no regime de cômputo de horas extras, noturnas e intervalos, mesmo que controlados.

6 Pontos negativos do teletrabalho

6.1 Do direito à desconexão

A Constituição Federal Brasileira no art. 1º, inciso III, menciona a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, nas palavras do Desembargador do TJRS Ingo Wolfgang Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art.1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte

de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal²⁹.

O cenário atual, não só o brasileiro, mas em proporções globais, se rendeu às infinitas possibilidades trazidas pelo advento tecnológico, que permite unir pessoas, informações, documentos e qualquer “coisa” que esteja a um clique de distância. Em matéria trabalhista, a duração do trabalho que se estende paulatinamente para além do próprio local de serviço, traduz uma realidade, muito bem descrita por Zygmunt Bauman, pois vivemos em tempos líquidos, a modernidade é “leve” “fluida” e dinâmica³⁰.

Cabe ressaltar que estão em discussão questões como a higidez mental e física do trabalhador, inserido no atual sistema regido pela tecnologia, cuja finalidade reside em processar a maior quantidade de informações em menos tempo e em qualidade suficiente a atingir os anseios da sociedade moderna capitalista e da classe econômica.

Neste diapasão, é importante compreender a necessidade de desconexão. Para isso, podemos fazer uma analogia com o descanso semanal remunerado que tem além do caráter protetivo de direito, a função de preservação da higidez mental e física do proletário³¹.

A desconexão funciona da mesma forma, pois em razão da preservação da saúde do trabalhador, face às condições sob as quais vive, conforme já mencionado, de modernidade fluida e líquida, deve ser considerada. A limitação de jornada é uma questão de saúde da sociedade e não um problema meramente econômico e que diga respeito apenas a pessoa do trabalhador.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 12.

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 33 ed. São Paulo: LTr. 2007, p. 316.

Embora, no plano teórico, o conceito de desconexão como forma de preservação de direitos e higidez do empregado pareça satisfatório, no plano da realidade, o cenário se mostra diferente. Isto porque algumas pessoas possuem funções e jornadas completamente diferentes, basta analisar a jornada do caminhoneiro, comparada com a do gerente bancário e a de um empregado doméstico.

Contudo, mesmo que todas as funções possuam formas diferentes de despendar força física e mental, a dificuldade está exatamente na desigualdade das atividades e, por consequência, o tempo necessário para o respectivo desenvolvimento, a horizontalização da disponibilidade do tempo disponível das pessoas esbarra na natural desigualdade de situações para que todos possam ser iguados³².

Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior aduz que:

a ideia do não trabalho, ou da desconexão ao trabalho, pode ser vislumbrada, igualmente, no próprio ambiente do trabalho, no sentido de que o empregado mantém o direito à intimidade de sua vida privada mesmo no local de trabalho. (...) Dizem que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. O homem, por sua vez, criou a máquina, mas está, sem que se perceba, está recriando o homem à sua imagem e semelhança. Na era da informática, o homem está sendo transformado em sua essência: está se criando o homem cibernético. Se não for, portanto, por uma questão de responsabilidade social, que se pense no problema da desconexão do trabalho, então, como uma forma do homem (enquanto gênero humano) encontrar-se a si mesmo, para que consiga ser pai, mãe, filho, amigo; para que leia livros, assista filmes etc.; para que tenha tempo para rir, chorar, se emocionar ... Não se adquire a plenitude do ser sem o sentimento. este sentimento, aliás, é essencial até mesmo para que, ao retornar ao trabalho, o trabalhador consiga, enfim, enxergar as pessoas que estão à sua volta. A distância do trabalho permite até mesmo que a pessoa se veja no trabalho e consiga, então, avaliar criticamente sua postura, o que é essencial para, por mais paradoxal que pareça, atingir uma melhor eficiência no trabalho, mesmo que não seja este o propósito primordial da presente preocupação³³.

³² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. Revista do Direito Trabalhista, Brasília, v. 9, n. 10, 2003, p. 16.

³³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. Revista do Direito Trabalhista, Brasília, v. 9, n. 10, 2003, p. 18.

Na jurisprudência pátria, é cada vez mais recorrente a análise dos tribunais com relação ao direito à desconexão e a necessidade de se coibir ações que impeçam o empregado de viver sua vida além dos ditames do trabalho, como no caso julgado pela Segunda Turma do TRT da 18^o região que assim colacionou:

JORNADA DE TRABALHO. CONTROLE À DISTÂNCIA POR INSTRUMENTOS TELEMÁTICOS OU INFORMATIZADOS. REGIME DE PLANTÃO OU EQUIVALENTE. SOBREAVISO. Nos termos consolidados pelo e. TST, o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. Contudo, considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso, mantendo, assim, constante estado de alerta que lhe impossibilita a plena desconexão³⁴.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1^a região, mediante decisão da décima turma, em recente julgado, em se tratando de trabalho em sobreaviso, declarou literalmente a existência do direito à desconexão e a sua ofensa no caso julgado:

ADICIONAL DE SOBREAVISO. DIREITO À DESCONEXÃO. Em que pese o artigo 244 da CLT referir-se à categoria dos ferroviários, quanto ao adicional de sobreaviso, nada impede a sua aplicação a empregados que exercem outras atividades, por analogia, ainda mais que se trata de norma de proteção à saúde e higidez do empregado. Nestes termos, inclusive, a Súmula n^o 428 do c. TST. A qualquer cidadão é garantido o direito constitucional ao lazer, ao descanso, sendo este imprescindível inclusive para a higidez física e mental de qualquer ser humano. Assim, manter o trabalhador conectado ao trabalho nos momentos em que deveria estar descansando, os colocando à disposição do

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1^a Região. Recurso Ordinário 00016097420125010024. Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges. Julgamento em 03-09-2014. Publicação no diário de justiça em 11-09-2014. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139202950/recurso-ordinario-1016097420125010024-tj/inteiro-teor-139202989?ref=juris-tabs>>. Acesso em 25 fev. 2019.

trabalho por meio de aparelho móvel, fere o que modernamente vem sendo chamado de direito à desconexão do empregado³⁵.

Por fim, o que se busca ao se considerar a necessidade de desconexão é justamente o afastamento das funções que se alargam e superam os limites do contrato de trabalho, seja por conta dos avanços tecnológicos, seja pela competitividade do mercado, no qual, apropriando-se da teoria Darwiniana, os mais bem adaptados e, no caso, informados, sobrevivem.

6.2 Da falsa liberdade

A partir do capitalismo houve uma evolução na forma de produção e desenvolvimento no que se refere às formas de produção e serviço.

Em contrapartida, restringia-se cada vez mais a liberdade do operário, que passava a encarar jornadas de trabalho extensas, sem descansos. Lorena Vasconcelos Porto faz uma importante digressão no que concerne à diferenciação entre as formas de trabalho vividas pela sociedade ao longo do tempo e suas respectivas noções de liberdade. Veja-se:

A grande diferença é que na escravidão e na servidão o poder jurídico incidia sobre a pessoa, ao passo que na relação de trabalho isso não ocorre, pois, o trabalhador é juridicamente livre e igual ao seu patrão. Mas essa incidência ocorre de fato. No entanto, ela é dissimulada e, assim, legitimada pela ideia de trabalho livre. Não deixa de se fazer presente um discurso ideológico, para legitimar e manter o sistema. Com efeito, enquanto o escravo e o servo tinham consciência de que não eram livres, e assim, lutavam pela liberdade, o empregado é convencido de que é livre quando de fato não é, pois que despossuído dos meios de produção, não tem outra escolha para não lutar pela sua liberdade real³⁶.

³⁵ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Recurso Ordinário 00116037520135180006 Relator: Desembargador Paulo Sérgio Pimenta. Julgamento em 04-02-2015, Diário de Justiça do Estado de Goiás de 0602-2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/165446079/andamento-doprocesso-n-0011603-7520135180006-do-dia-05-02-2015-do-trt-18>>. Acesso em 25 fev. 2019.

³⁶ PORTO, Lorena Vasconcelos et. al. **Trabalho e justiça social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, p. 34.

Tal posicionamento vem a corroborar com a concepção já levantada por Marx e Engels de que a sociedade se renova à medida que coloca no lugar novas classes e novos tipos de opressão. Atualmente, não há diferença, pois o homem tem a concepção de estar livre se comparado ao regime escravagista, mas perante novas formas de controle, observa-se um afastamento da real liberdade.

Hannah Arendt explica que o homem não pode ser livre se ignora que está sujeito à necessidade, pois sua liberdade é conquistada por conta de tentativas, nem sempre bem-sucedidas, de se ver livre das necessidades. E mesmo que para se buscar a liberdade, deve-se ter uma repugnância ao fútil, é possível que a ânsia de se ver livre enfraqueça já que o fútil é o mais fácil, cômodo e exige menos esforço. Arendt enfatiza que as mudanças da revolução industrial no passado e as mudanças da revolução atômica no futuro não passam de mudanças do mundo e não mudanças da condição básica da vida humana no planeta³⁷.

Neste sentido, na atual conjuntura tecnológica e econômica, a mão (in)visível do empregador no controle das atividades de seus funcionários se estendeu além empresa; já não era livre por conta dos meios de produção, agora, gravemente, perde a liberdade na esfera da vida privada. Há, ainda, o medo de não corresponder aos mandos do empregador; uma coibição subjetiva de atender aos anseios do agente remunerador, sob pena de perda do trabalho e, conseqüentemente, daquilo que Hanna Arendt fala quando se refere às futilidades e ao que é mais cômodo.

De mais a mais, independentemente do posto a ser ocupado, a realidade é que a subordinação ao processo produtivo é intensa, o que por vezes corrói a saúde e desagrega famílias.

Conclusão

O teletrabalho, produto da Revolução Tecnológica, que marcou o final do Século XX, produz - e certamente ainda produzirá - várias

³⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitaria Ed., 2015, p. 149.

consequências no mundo, principalmente no que tange às relações laborais.

No mundo hodierno, devido ao processo de globalização e necessidade de meios alternativos capazes de gerar o verdadeiro desenvolvimento, o uso de “teleworking”, se faz meio para tais ambições, na medida em que traz consequências positivas ao meio ambiente natural, laboral e até mesmo urbano.

Outras vantagens do teletrabalho residem em sua flexibilidade e autonomia do empregado, o qual possui o poder de criar sua própria rotina, adequando-a às necessidades familiares, bem como com ao seu horário biológico.

Entretanto, apesar de existir algumas vantagens, a mesma tecnologia que possibilita aos trabalhadores laborarem em sua residência, em qualquer lugar do mundo, traz pontos negativos, em virtude de os trabalhadores não conseguirem se desconectar do labor, trabalhando muito mais do que o permitido pela sua jornada de trabalho, acarretando em uma falsa sensação de liberdade.

Portanto, quando não acompanhadas e fiscalizadas as condições de trabalho via mecanismos telemáticos, trata-se de uma real ofensa à dignidade humana, acarretando em uma liberdade mitigada, em virtude do homem estar sendo escravizado pelo próprio labor.

Referências

ANDRADE, Dárcio Guimarães de. **Flexibilização**. Revista JTB, v.756/5, n. 16, abr, 1999.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitaria Ed., 2015.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Recurso Ordinário 00016097420125010024. Relator: Desembargador Leonardo Dias Borges. Julgamento em 03-09-2014, Publicação no diário de justiça em 11-09-2014. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139202950/recurso-ordinario>>

ro16097420125010024-rj/inteiro-teor-139202989?ref=juris-tabs>. Acesso em 25 fev. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Recurso Ordinário 00116037520135180006 Relator: Desembargador Paulo Sérgio Pimenta. Julgamento em 04-02-2015, Diário de Justiça do Estado de Goiás de 0602-2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/165446079/andamento-doprocesso-n-0011603-7520135180006-do-dia-05-02-2015-do-trt-18>>. Acesso em 25 fev. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BIAGI, Marco; TIRABOSCHI, Michele. **Istituzioni di diritto del lavoro**. Milão: Giuffrè Editore, 2007.

BOYER, Robert. **Rapport salarial, croissance et crise: une dialectique cachée**. Paris: Éditions La Découverte, 1986.

CASACA, Sara Falcão. **Flexibilidade, trabalho e emprego: ensaio de conceptualização**. Instituto Superior de Economia e Gestão – SOCIUS Working papers nº 10/2005.

COUTINHO, Sérgio. **A prova da relação de emprego no teletrabalho**. Rdt: Revista de Direito do Trabalho. Brasília, v.10, nº 1, jan./2004.

ELLING, Monica. **Remote work/telecommuting – a means of enhancing the quality of life, or just another method of making business more brisk?** Economic and Industrial Democracy, v. 6m p. 239-249, 1985.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Trabalho a distância cresce de forma desigual no mundo**, diz OIT: percentual de funcionários fora do escritório varia de 2% a 40%. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/02/trabalhodistancia-cresce-de-formadesigual-no-mundo-diz-oit.html>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FARIELLO, Luiza. **Servidores em teletrabalho superam metas de produtividade nos tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82662-servidores-em-teletrabalho-superam-metas-de-productividade-nos-tribunais>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

- KUGELMASS, Joel. **Teletrabalho**: novas oportunidades para o trabalho flexível: seleção de funcionários, benefícios e desafios, novas tecnologias de comunicação; tradução Geni G. Goldschmidt. São Paulo: Atlas, 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 33 ed. São Paulo: LTr. 2007.
- NILLES, Jack M. Telecommuting and energy conservation: the realities. Depoimento a Comissão de Energia da Califórnia. Sacramento, Califórnia, Registro 89-CR-90, 1 maio 1990
- NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade**. São Paulo: Futura, 1997.
- MAGANO, Octavio Bueno. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. Síntese Trabalhista, n.116, fev, 1999.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Promover a Justiça Social**. Genebra, 2016. Relatório VI. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/cit105_relatorio_vi_pt.pdf >. Acesso em: 30 jan. 2019.
- PORTO, Lorena Vasconcelos et. al. **Trabalho e justiça social**: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**: flexibilização, terceirização, novas tecnologias, contratos atípicos, participação na empresa. São Paulo: Ltr, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais** .2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SALOMON, Ilan; SALOMON, Meira. **Telecommuting**: the employee's perspective. Technological Forecasting and Social Change. v.25, p. 15-28, 1984.
- SOBRATT. **Pesquisa HOME OFFICE BRASIL 2016 – Teletrabalho e Home Office, uma tendência nas empresas brasileiras**. Disponível em: < <http://www.sobratt.org.br/index.php/11-e12052016-estudo-home-office-brasilapresenta-o-cenario-atual-da-pratica-no-pais-sapconsultoria/> >. Acesso em: 14 fev. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. Revista do Direito Trabalhista, Brasília, v. 9, n. 10, out. p. 12-18, 2003.

SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. **O teletrabalho** – diferenciadores determinantes da disciplina jurídica aplicável e a proteção do trabalhador. Direito dos Trabalhadores e Direitos Fundamentais. Hasson, Roland (coord.). Curitiba: Juruá, p. 61-87, 2003.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2006.

Workshop nacional do Departamento de Transporte sobre Impactos e os Problemas de Telecomunicação, Notas de 27 de maio de 1992 – 28 maio 1992.

ZYGMUNT, Bauman. **Modernidade Líquida**. Traduzido por: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

A (in)constitucionalidade da tarifação do dano moral no contexto da justiça trabalhista brasileira ¹

Denise Pires Fincato *

Amanda Donadello Martins **

Introdução

A Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, inovou ao disciplinar, em título próprio, o instituto do dano extrapatrimonial, afastando a possibilidade integrativa do sistema via normas do Código Civil. Cumprindo com o propósito de regular de forma integral a matéria de responsabilidade por dano extrapatrimonial no direito laboral, tratou, além dos parâmetros de verificação do dano, de sua quantificação, escalonada a partir da natureza da ofensa (de leve à gravíssima), com aptidão para gerar indenizações de uma a cinquenta vezes o salário contratual do ofendido.

Nessa nova dinâmica, a antiga quantificação indenizatória a partir da extensão do dano não mais se revela como parâmetro às decisões judiciais

¹ Artigo produzido em desenvolvimento às atividades de iniciação científica no bojo do Projeto “A Inconstitucionalidade da tarifação dos danos extrapatrimoniais no contexto da justiça trabalhista brasileira”, no qual as autoras são, respectivamente, orientadora e orientanda (bolsista IC), financiado pela Fundação para apoio à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS).

* Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (Espanha). Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Titular da Cadeira n° 34 da ASRDT. CEO e Fundadora do Instituto WorkAb. Advogada e Consultora Trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

** Graduanda do 10° Semestre da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista de Iniciação Científica. Assessora de Pesquisa e Compliance no Instituto WorkAb. E-mail: amandadonadello@hotmail.com.

trabalhistas, pelo que a tarifação do dano extrapatrimonial conduz a novos questionamentos, notadamente, no que concerne à fixação do quantum indenizatório, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, assim como do princípio da isonomia, decorrentes do art. 5º, caput, incisos V e X da Constituição Federal.

Assim, o problema que a pesquisa visa enfrentar é: os escalonamentos previstos para fins indenizatórios no § 1º do art. 223-G da CLT são constitucionais? A proposta do trabalho, portanto, é investigar acerca da constitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial, especialmente no que diz com o atrelamento do *quantum* indenizatório ao salário contratual do ofendido.

O objetivo geral deste trabalho, então, consiste em analisar a constitucionalidade da previsão de tarifação dos danos extrapatrimoniais, bem como dos critérios utilizados para a gradação da ofensa e sua respectiva reparação. Os objetivos específicos, ainda, residem na análise do texto legal, antes e depois da reforma trabalhista. A metodologia de abordagem proposta para atingir os objetivos é a hipotético-dedutiva e as técnicas de pesquisa utilizadas consistem em levantamento e revisão bibliográfica e análise de jurisprudência.

Assim, o trabalho está segmentado em cinco partes: além da introdução, a segunda parte, a partir de breve contextualização sobre a inserção do dano moral no ordenamento jurídico pátrio, busca analisar sua relação e evolução na área do direito do trabalho; a terceira, discorrer sobre as alterações promovidas pela Lei 13.467/17 especificamente à esfera reparatória, analisa as repercussões havidas na indenização em face de danos extrapatrimoniais; a quarta, de sua vez, faz contraposição às alterações havidas e o texto constitucional, buscando identificar as eventuais incongruências; ao cabo, a quinta parte traz as conclusões do estudo realizado.

Nesse andar, se buscará discorrer sobre as controvérsias relativas ao tema em estudo, apontando as eventuais incompatibilidades com o texto constitucional. Nesse sentido, ressalta-se a relevância do tema ao direito e

à sociedade, uma vez que a hipótese de violação de ditames constitucionais poderá afetar a segurança jurídica nas relações de trabalho e/ou reduzir os direitos assegurados aos trabalhadores pelo Estado Democrático de Direito.

1 O dano moral e a justiça trabalhista brasileira

Historicamente, o panorama mundial deu destaque à reparação da esfera laboral a partir do século XIX, especificamente no que concerne aos acidentes de trabalho, quando o desenvolvimento industrial deu agito à dinâmica laboral e, a partir daí, foi concebida a teoria do risco²³. No entanto, assim como em nosso ordenamento jurídico, o dano moral pautou-se a partir do direito civilista, também alcunhado de comum, porque a própria Consolidação das Leis Trabalhistas foi apenas promulgada no ano de 1943 e, ainda assim, não apresentava disposição expressa sobre o abalo extrapatrimonial, como se verá.

Nesse andar, a primeira legislação específica a regram algum aspecto do tema em seara trabalhista foi a relativa aos acidentes de trabalho. O Decreto 3.724 de 1919, que seguiu até 1934, foi o primeiro regramento sobre o assunto⁴. Àquela época, nos termos dos artigos 1º e 2º do Decreto 3.724, a indenização continha previsão fixada no caso de morte do empregado, ocasião em que o salário seria seu tarifador⁵. Nada obstante, ainda havia a previsão de que a indenização, para casos de acidente de

² Sobre a teoria do risco, ainda que não seja o objeto deste trabalho, esclarece-se sua conceituação a partir da lição de Miragem que leciona que “a teoria do risco surge para resolver questões que a teoria da culpa, em face da complexidade da vida moderna, não tem o condão de fazer, seja pela dificuldade ou mesmo pela inconveniência do dever de reparação da vítima de um dano, aspecto objetivo colocado em relevo pela responsabilidade civil em direito privado, seja orientado pelo mesmo princípio subjetivo que se estabelece como regra na responsabilidade penal, por exemplo” (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85).

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Dano Moral**. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 509.

⁵ BRASIL. **Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919**. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1919. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.

trabalho, seria estabelecida a partir de indexador não superior a CR 2.400,00, independentemente de qual fosse o salário do ofendido⁶.

Para além da área de acidentes de trabalho, no entanto, é importante observar que, antes de 1988 – com o advento da Constituição Federal –, não havia regra geral a regular a presente matéria, porque o próprio Código Civil de 1916 considerava, genericamente, não ser indenizável o dano estritamente moral⁷. Nessa toada, a reparação ao abalo de ordem moral encontrava seu abrigo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo a partir dela difundida e aceita, com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana⁸. Nesse sentido, cumpre referir o art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques⁹.

Nada obstante, em nosso ordenamento jurídico pátrio, o dano extrapatrimonial, fosse ele decorrente de acidentes de trabalho ou envolvendo empregador e empregado, teve seu assentamento apenas em 1988, com a Constituição Federal¹⁰. Nesse sentido, em seu art. 5º, incisos V e X, a Constituição Federal dispôs que ao agravo seria assegurado o direito de indenização pelo abalo moral, além do próprio direito de resposta e que, em sendo invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra

⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919**. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1919. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 749.

⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 60.

⁹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: ONU, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020. P. 4.

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

e a imagem das pessoas, também seria assegurado o direito indenizatório decorrente de sua violação, fosse ela de cunho patrimonial ou não¹¹.

A partir de então, o dano moral foi elevado ao patamar de direito fundamental, estando vinculado à ideia de dignidade da pessoa humana¹². Nesse sentido, a ideia de dano moral passou a englobar tudo aquilo relevante para o livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, a manifestar-se, por exemplo, pela integridade e saúde física, mental, social e estética¹³.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, seguindo a orientação constitucional de assegurar proteção à dignidade humana, apresentou tendência de despatrimonialização de direitos, com a criação de título próprio para os direitos da personalidade¹⁴.

Daí, pois, passou a se entender como dano moral, em seu sentido amplo, aquele que atinge, não o patrimônio do ofendido, mas o ofendido como ser humano¹⁵. Isto é, considera-se dano moral tudo aquilo que ferir gravemente os valores fundamentais da personalidade ou assim reconhecidos pela sociedade¹⁶. Ou seja, caracteriza-se como dano moral aquele que atinge a esfera íntima do indivíduo, diferentemente do material, cujos efeitos se refletem na esfera patrimonial do indivíduo.

A indenização, de sua vez, também alçou capítulo próprio no Código Civil à sua regulação e, desde logo, o primeiro artigo da matéria expôs que

¹¹ BRASIL. [1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

¹² RAYOL, Rayane. GOMES, Ana Virginia Moreira. O tabelamento do dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017 e a mitigação da função preventiva e de sua reparação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 203, p. 97-124, jul. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 100.

¹³ PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto; ROCHA, Cláudio Jannotti da. Os danos extrapatrimoniais e a Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196, p. 21-36, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 24.

¹⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63-85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 37.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 30.

¹⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

a medida do *quantum* indenizatório seria a extensão do dano¹⁷. Referida disposição apresentava como finalidade o olhar ao ofendido, buscando recompô-lo ao estado anterior com a equivalente reparação em dinheiro¹⁸. Isto é, manifestação do princípio da *restitutio in integrum*, com a finalidade de reparar o dano da forma mais completa possível¹⁹.

Além disso, entretanto, disciplinou o Código Civil que, em havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização²⁰. Trata-se de norma decorrente do princípio da equidade²¹, porque, ao possibilitar a utilização de parâmetros de culpa, relativiza a cláusula geral do *caput* do artigo e mitiga o princípio da reparação integral²². Busca, inobstante a isso, evitar condenações excessivas²³.

A partir desse movimento, que previu a reparação integral, eventuais legislações esparsas que previam a indenização por tabelamento ou tarifamento²⁴ passaram a ser questionadas pelos tribunais pátrios, culminando na Sumula 281 do STJ:

A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa²⁵.

Ainda, sobre efeitos reflexos pode-se citar o Recurso Extraordinário 447.584-7/RJ, que obstou quaisquer limitações abstratas à indenização por

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 334.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 155.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

²⁴ Aqui, cita-se a Lei da Imprensa, que limitava a indenização por dano moral entre o patamar de 2 e 20 salários mínimos da região e o Código Brasileiro de Telecomunicações, apresentando patamar indenizatório de 5 a 100 salários mínimos.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Segunda Seção, julgado em 28 de abril de 2004. Data de publicação: 13 maio 2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TTTTTEMAo>. Acesso em: 02 maio 2020.

dano moral²⁶; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/09, que confirmou os entendimentos citados²⁷²⁸.

A indenização decorrente do abalo moral, todavia, merece algumas considerações relativamente a sua natureza e finalidade. Isso porque, diferentemente do dano patrimonial, nela, inexistente a possibilidade de retornar ao *status quo ante* ao dano²⁹. Daí, então, ela não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz mediante compensação³⁰. Por essa razão, portanto, é que a ela se reconheceria função compensatória e não reparatória³¹. Sobre o assunto, Brito Filho e Pereira esclarecem a legislação civilista:

É inviável, portanto, reconfigurar o momento anterior à lesão. Nesse diapasão, em razão da incapacidade de restituir novamente o direito lesado, para não desamparar aqueles que sofreram violações aos direitos de personalidade, o Código Civil previu a conversão da reparação em moeda, pois, sempre que configurado o ato lesivo, surge com ele o direito de reparação, que será patrimonial. O que não poderia haver seria não ocorrer reparação, pois, havendo lesão a direito subjetivo, impõe-se alguma forma de recomposição deste direito³².

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 447.584-7**. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. [...]. Relator: Min. Cezar Peluzo, 28 de novembro de 2006. Data de publicação: 16 mar. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re447584voto.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril 2009. Data de publicação: 06 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjuri69063/false>. Acesso em: 20 mar. 2020.

²⁸ RAYOL, Rayane. GOMES, Ana Virginia Moreira. O tabelamento do dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017 e a mitigação da função preventiva e de sua reparação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 203, p. 97-124, jul. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 102.

²⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 42.

³⁰ CAHALI, Yussef Saïd. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

³¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 355.

³² BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da**

Nessa toada, leciona Delgado³³ que a liquidação do dano moral constituiria verdadeiro desafio judicante, inclusive porque a própria natureza do dano – não de ordem patrimonial, mas sim de ordem moral – dificultaria a utilização de critérios objetivos, a partir do que seria necessária a utilização de juízo de equidade. Nada obstante, as dificuldades de mensuração econômica da lesão a um bem jurídico sem conteúdo patrimonial não seriam obstáculo à reparação integral do prejuízo suportado pela vítima, ainda que de forma mitigada³⁴.

Para Cahali, entretanto, sem olvidar que o escopo fundamental da responsabilidade civil seja a reparação pelo dano sofrido e não a punição do lesante, haveria, ainda, na indenização por dano moral a finalidade punitiva, buscando evitar a prática de outros atos atentatórios à personalidade de alguém, razão por que, ao arbitramento do *quantum* indenizatório, far-se-ia necessário observar o grau de culpa do lesante, sua condição econômica e a maneira como procurou recompor o prejuízo provocado³⁵.

Sobre o assunto, Brito Filho e Pereira lecionam que, considerando a subjetividade atinente à matéria, não há como se pretender que a reparação daí decorrente obedeça a parâmetro objetivo e, nesse contexto, estabelecem ser a solução a constituição de um padrão médio, a partir da generalidade dos casos, de modo a refletir ideia de proporcionalidade³⁶. A

Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 42.

³³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 748.

³⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82.

³⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

³⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 45.

indenização fixada, dessarte, deveria guardar relação com os parâmetros da sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade³⁷.

Como se observa, o dano moral, à luz do Código Civil, denotou caráter genérico, de modo a albergar toda e qualquer situação fática que ferisse a honra, a dignidade, a personalidade, a imagem, a intimidade e a liberdade do ser humano³⁸. De igual forma, o texto constitucional não distinguiu as searas de incidência da reparação do dano moral, se fazendo abrangente e aplicável não só aos dilemas do ramo civilista, como também aqueles oriundos das relações de trabalho.

Todavia, inobstante à consolidação de sua possibilidade jurídica, o texto da Consolidação das Leis do Trabalho era ainda silente sobre a matéria, motivo por que, aos litígios em questão, aplicavam-se as disposições constitucionais e civilistas³⁹. Sobre o assunto, entretanto, Bezerra Leite ressalva que a Consolidação das Leis do Trabalho não foi completamente alheia:

Na verdade, a indenização por danos não era matéria totalmente alheia à CLT, pois seu art. 480 permite ao empregado cobrar um ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do rompimento antecipado do contrato a termo. Igualmente, dentre as causas de rescisão contratual indireta, está a lesão à honra e à boa fama do empregado ou de pessoa de sua família (CLT, art. 483, alínea “e”), bem como a norma prevista no art. 482, alínea “k”, da mesma Consolidação, que assegura ao empregador a resolução do contrato de trabalho do empregado, por atos lesivos à sua honra. Há, ainda, na CLT normas que proíbem o trabalho prejudicial à moralidade do adolescente (arts. 405 a 407). Ademais, todo ato de discriminação praticado pelo empregador implica, via de regra, lesão de direitos da personalidade do empregado que pode empolgar ação de indenização por danos morais⁴⁰.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 750.

³⁸ PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto; ROCHA, Cláudio Jannotti da. Os danos extrapatrimoniais e a Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196, p. 21–36, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 25.

³⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63–85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 36.

⁴⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 64.

Nada obstante, ressalvados os temas elencados por Bezerra Leite, as demandas que objetivassem indenização por abalo de ordem moral recebiam a regulação das disposições civílistas e constitucionais, como se disse.

Na seara trabalhista, o dano moral encontra abrigo por denotar adequação ao cotidiano do trabalhador, que permite a ocorrência de diversas violações à integridade moral⁴¹. Referidas disposições eram aplicadas às demandas laborais, notadamente, por força do artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispunha que *o direito comum seria fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste*⁴². Daí, pois, em não havendo legislação trabalhista sobre a matéria de indenização decorrente de relações de trabalho, possível seria aplicar, subsidiariamente, as disposições oriundas do Código Civil.

Esse, conforme já referido, lecionava que a indenização seria medida pela extensão do dano objeto de controvérsia, ressalvada a possibilidade de sua redução equitativa face à desproporção entre a culpa e o dano sofrido. Ou seja, para dirimir um litígio cujo objeto fosse a pretensão indenizatória em decorrência de assédio moral na relação de trabalho, deveria o magistrado fixar o valor indenizatório a partir da extensão do dano sofrido pelo empregado, hipótese que seria excepcionada apenas diante da desproporção entre o dano e a culpa, falando-se, então, em arbitramento equitativo.

Nada obstante, referido panorama manteve-se vigente no ordenamento jurídico brasileiro até o ano de 2017, quando promulgada a Lei nº 13.467, também alcunhada de Reforma Trabalhista, a modificar, então, a regulação do dano moral laboral.

⁴¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 43.

⁴² BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

2 As alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17

Conforme abordam Fincato e Stürmer *discutia-se há muito tempo o fato de a legislação trabalhista não dispor sobre regras de dano moral*⁴³. A Lei n. 13.467, publicada no Diário Oficial da União em 14 de julho do ano de 2017, foi responsável pela inserção de diversas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho. Especificamente, no que concerne à matéria de direito extrapatrimonial, a lei trouxe título próprio para regulação dos litígios trabalhistas.

Sobre referida normatização, o primeiro ponto a ser analisado decorre do próprio nome atribuído ao Título II-A, porque o vocábulo “dano extrapatrimonial” revela a ideia de unificação de todo e qualquer dano imaterial, para os quais, então, atribuiu o legislador reparação única, também coibindo a superveniência doutrinária e jurisprudencial de outras situações danosas e, com elas, nova e diferente reparação⁴⁴.

Nesse particular, Maurício Godinho Delgado destaca que, ao simplesmente despontar os danos extrapatrimoniais, a reforma trabalhista acabaria obstando a diferenciação entre dano moral, dano estético e seus correlatos, vez que todos receberiam a idêntica regulação⁴⁵.

Feitas tais observações iniciais, em prosseguimento, sobrevêm os artigos que seguem:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação

⁴³ FINCATO, Denise Pires; STÜRMER, Gilberto. **A reforma trabalhista simplificada**: comentários à Lei nº 13.467/17. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019, p. 39.

⁴⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63–85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 68.

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 145.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (BRASIL, 2017).

O Título II-A, em ruptura à legislação aplicável ao assunto até então, trouxe como sua primeira disposição, no artigo 223-A, o óbice à utilização de quaisquer outras legislações, como já pontuado anteriormente.

Referida alteração implicou em rompimento não apenas com a regulação até então aplicada, como também com a própria sistemática da Consolidação das Leis do Trabalho, haja vista a previsão do seu já mencionado art. 8º, § 1º, que possibilitava o emprego do direito comum como fonte subsidiária⁴⁶.

Sobre o tema, Bezerra Leite argumenta que, a despeito da iniciativa de regulação própria do dano extrapatrimonial, teria o legislador restringido demasiadamente a aplicação de legislações complementares. Veja-se:

Embora salutar a iniciativa de inserir na CLT disposições sobre o cabimento de danos morais ou extrapatrimoniais oriundos da relação de emprego, parece-nos que o legislador pretendeu restringir a aplicação do instituto nos sítios do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho. Vale dizer, o legislador pretendeu, absurda e abusivamente, afastar a incidência de normas da Constituição Federal e do Código Civil respeitantes ao tema (responsabilidade objetiva ou decorrente de atividade de risco, por exemplo)⁴⁷.

Nesse ponto, não há que se olvidar das controvérsias relativas à caracterização da responsabilidade do empregador: se subjetiva, levando em conta o juízo de culpabilidade, ou se objetiva, sem a observação da

⁴⁶ Sobre o assunto, importante destacar que o próprio art. 8º, § 1º, da CLT foi alvo de alterações pela Reforma Trabalhista, a partir do que passou a constar com a seguinte redação: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho” (BRASIL, 1943).

⁴⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 62.

culpa do agente. Como referido anteriormente, a teoria do risco, estabelecendo que, aquele que exerce a atividade, assumindo os riscos dela, deve reparar os danos decorrentes, independentemente da verificação de culpa⁴⁸, apresenta-se em contraposição à teoria culposa, que demanda verificação da intenção do agente.

Ocorre que, por ser oriunda do direito comum, a teoria do risco, assim como a responsabilidade objetiva, encontrariam obstáculo às demandas trabalhistas⁴⁹, por força do referido art. 223-A. Não obstante, o que se verifica é que, ao restringir a aplicação subsidiária do Código Civil, o texto celetista acaba por vetar também as disposições concernentes à quantificação da indenização, exaradas na primeira parte deste trabalho.

Ademais disso, o art. 223-B, por sua vez, estabeleceu que o dano extrapatrimonial comportaria as modalidades de dano moral e dano existencial. Sobre o tema, esclarece-se que o dano existencial é aquele que ocasiona uma alteração relevante da qualidade de vida da vítima, que teve de adaptar-se à realidade pós-dano e que a limita⁵¹.

Trata-se, pois, de dano que vai além dos aspectos subjetivos da vítima, ligados à dor, ao sofrimento e à humilhação, próprios do dano

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

⁴⁹ No ponto, embora não seja o objeto deste trabalho, cumpre referir o julgado RE 828040 em que se reconheceu que “O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva, e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 828.040/DF. Recurso Extraordinário**. Trabalhista. Natureza jurídica da responsabilidade do empregador de reparar danos a empregado, decorrentes de acidente do trabalho. Artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de janeiro de 2017. Data de publicação: 09 nov. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9382/false>. Acesso em: 15 maio 2020)

⁵⁰ Ainda, a despeito de reconhecer a limitação imposta pela legislação, Bezerra Leite defende a aplicação subsidiária da normatividade decorrente da legislação civilista, conquanto propiciem melhoria da condição social dos trabalhadores (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 82).

⁵¹ FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. Dano existencial no direito trabalhista brasileiro: em tempos de reforma, muito a amadurecer. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, Porto Alegre, v. 78, p. 64, 2017. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27596528_DANO_EXISTENCIAL_NO_DIREITO_TRABALHISTA_BRASILEIRO_EM_TEMPOS_DE_REFORMAS_MUITO_A_AMADURECER.aspx. Acesso em: 10 maio 2020.

moral subjetivo, atingindo de maneira objetiva o prejudicado⁵². Nada obsta, todavia, que sejam cumuladas as pretensões reparatórias decorrentes de dano moral e existencial, consideradas as particularidades do caso em concreto⁵³.

A presente pesquisa, de outra banda, cinge-se a analisar o dano moral; conforme outrora definido, considerado como aquele mal que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito ou a reputação⁵⁴.

Ainda sobre o referido artigo 223-B, chama a atenção a observação de Bezerra Leite, ao atentar que o texto legal, ao prever que a pessoa física ou jurídica lesada seria a titular exclusiva da reparação, confundiu, propositadamente, os conceitos de direito da personalidade e direito personalíssimo, excluindo as hipóteses de dano moral dos herdeiros em caso de falecimento do trabalhador e de dano moral por ricochete⁵⁵.

Nesse particular, Alvarenga e Souza, a despeito de reconhecerem a limitação imposta pelo texto da norma, afirmam ser possível demandas que visem ao dano moral por ricochete ou reflexos, com fulcro na Súmula 392 do TST que leciona que *nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de*

⁵² FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. Dano existencial no direito trabalhista brasileiro: em tempos de reforma, muito a amadurecer. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, v. 78, p. 64, 2017. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27596528_DANO_EXISTENCIAL_NO_DIREITO_TRABALHISTA_BRASILEIRO_EM_TEMPOS_DE_REFORMAS_MUITO_A_AMADURECER.aspx. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵³ PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto; ROCHA, Cláudio Jannotti da. Os danos extrapatrimoniais e a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, vol. 196, p. 21-36, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 29.

⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Dano Moral*. 4^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 19.

⁵⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63.

*trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas*⁵⁶.

De outro lado, o art. 223-C responsabilizou-se por estabelecer rol sobre quais os bens juridicamente tutelados à pessoa física, em sede de análise de configuração do dano extrapatrimonial. A análise da literalidade do artigo, nesse andar, faz inferir que o rol de bens seria exaustivo, não compreendendo outros direitos alheios ao texto normativo⁵⁸. Nesse sentido foi que, com o advento da Medida Provisória nº 808/2017, conferiu-se ao diploma novo texto normativo, ampliando-se a lista de bens juridicamente tutelados, na seguinte forma:

Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural⁵⁹.

Todavia, referida medida não foi alvo de votação dentro do prazo hábil de seus 120 dias de vigência, o que culminou na perda de sua eficácia⁶⁰. Sem óbice, conforme entende Bezerra Leite, referido artigo há de ser interpretado sistemática, ampliativa e teleologicamente, a fim de

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 392**. Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido. Julgado em 27 de outubro de 2015. Data de publicação: 29 out. 2015. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁵⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luíza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63–85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 69.

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 146.

⁵⁹ BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%A9RIA%20N%C2%BA%20808%2C%20DE%2014%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.&text=Alterar%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,que%20lhe%20conferir%20o%20art. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁶⁰ Maiores informações em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2162296>. Acesso em: 17 maio 2020.

que se possa a ele inserir outros bens jurídicos ali não constantes⁶¹. Nesse andar, também importante reconhecer a própria Constituição Federal, ao combater quaisquer tipos de discriminação, com fulcro em seu art. 3º, inciso IV, possibilita a inclusão de outros bens a serem juridicamente tutelados pela matéria de responsabilidade laboral, razão por que há de ser reconhecido ao texto legal seu caráter meramente exemplificativo⁶².

Igualmente ocorre com o art. 223-D, que trata de expor os bens juridicamente tuteláveis às pessoas jurídicas, no que se entende também o caráter exemplificativo da norma⁶³. Sobre o assunto, Pimenta, Pereira e Rocha dissonam, referindo que o art. 223-C seria taxativo, enquanto o art. 223-D teria caráter exemplificativo, diferença que justificariam pela redação dos artigos, ao passo que o primeiro contaria com a expressão “os”, o que lhe conferiria referida taxatividade; o segundo, entretanto, ao referir apenas “são bens juridicamente tutelados” teria condão apenas enumerativo⁶⁴. Para os autores, as normas em questão confeririam tratamento desigual à tutela das pessoas física e jurídica⁶⁵.

Aos artigos 223-E e 223-F, por sua vez, coube inventariar a extensão da responsabilização laboral. O primeiro, estabelecendo que serão responsabilizados pelo dano extrapatrimonial todos aqueles que venham a colaborar para a ofensa praticada, na proporção da ação ou omissão que exerceram⁶⁶. No ponto, não há falar em inovação da regulação, haja vista

⁶¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63.

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 146.

⁶³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63-85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 70.

⁶⁴ PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto; ROCHA, Cláudio Jannotti da. Os danos extrapatrimoniais e a Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196, p. 21-36, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 27.

⁶⁵ PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto; ROCHA, Cláudio Jannotti da. Os danos extrapatrimoniais e a Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196, p. 21-36, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 27.

⁶⁶ FINCATO, Denise Pires; STÜRMER, Gilberto. **A reforma trabalhista simplificada: comentários à Lei nº 13.467/17**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019. P. 39-40.

ser esse o entendimento anteriormente possibilitado em razão da legislação civilista⁶⁷.

O segundo também abordou a extensão da responsabilidade laboral ao estabelecer a possibilidade de pretensões cumulativas de dano moral e dano material. Nessa hipótese, a legislação deixou ao encargo do magistrado a discriminação sobre os valores relativos a cada indenização⁶⁸. Sobre o assunto, cumpre ressaltar o dever de interpretação dos referidos artigos à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que os valores indenizatórios estabelecidos observem o grau de participação de cada ofensor, ao que se permitirá, conforme já admitido jurisprudencialmente, a cumulação de danos morais e materiais oriundos do mesmo ato, seja ele comissivo ou omissivo⁶⁹.

Ainda, no art. 223-G, cuidou o legislador de estabelecer os aspectos a serem considerados na apreciação da pretensão indenizatória, elencando: a natureza do bem, a intensidade do sofrimento, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais, bem como a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, entre outros⁷⁰.

Ao cabo, especificamente sobre o *quantum* indenizatório admitido ao dano extrapatrimonial, foram as disposições decorrentes do art. 223-G, § 1º, que inovaram, porque, a partir de então, estabeleceram a indenização tarifada⁷¹. Os incisos do artigo trouxeram, nesse sentido, tabelamento por culpa e por salário, de forma que, se o dano fosse de natureza leve, haveria valor máximo de três vezes o último salário do trabalhador; se fosse de natureza média e grave, a indenização seria de 5 e 20 vezes,

⁶⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, vol. 19/6/2018, p. 63–85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 71.

⁶⁸ FINCATO, Denise Pires; STÜRMER, Gilberto. **A reforma trabalhista simplificada: comentários à Lei nº 13.467/17**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019. P. 39-40.

⁶⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63.

⁷⁰ FINCATO, Denise Pires; STÜRMER, Gilberto. **A reforma trabalhista simplificada: comentários à Lei nº 13.467/17**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019, p. 40.

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 146.

respectivamente, o último salário; e, por fim, constatado dano gravíssimo, possível seria indenização de até 50 salários⁷².

Referida normatização foi considerada uma das mais polêmicas inserções realizadas pela Reforma Trabalhista, haja vista expressamente determinar aos julgadores que estabelecessem reparações de forma parametrizada⁷³. As controvérsias decorrentes da alteração legislativa ficam melhores evidenciadas por meio da exemplificação realizada por Facchini Neto e Goldschmidt:

Um operário que ganha R\$ 1.000,00 e o supervisor de produção, que ganha R\$ 20.000,00, são atingidos por uma explosão da caldeira e ambos morrem no evento. O laudo pericial indica que a explosão se deu por falta de manutenção na caldeira, que deveria ser mensal e fazia mais de dois anos que não ocorria, apesar de eventos menores anteriores terem indicado que já havia problemas com esta. O Juiz considera que a empresa obrou com culpa gravíssima. Observado o teto fixado para a indenização, na melhor das hipóteses, a indenização pela morte do operário, a título de danos extrapatrimoniais, seria de R\$ 50.000,00, ao passo que a decorrente do óbito do supervisor, nas mesmas condições, ficaria em R\$ 1.000.000,00⁷⁴.

Trata-se, pois, de disposição legal que suscita o julgamento por equidade, relativamente à utilização de critérios de culpa, e, ainda, impõe tratamento diferenciado aos trabalhadores⁷⁵. Sobre o assunto, entretanto, importante destacar que o presente capítulo se cinge a demonstrar as alterações e as controvérsias decorrentes da promulgação da Reforma

⁷² BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 47.

⁷³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63-85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 71.

⁷⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 984/2017, p. 219-254, out. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 236.

⁷⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63.

Trabalhista. A análise específica sobre a consonância da tarifação das indenizações ao texto constitucional será objeto do próximo título.

Referida matéria foi alvo de demasiadas discussões, inclusive da referida Medida Provisória nº 808 de 2017. A medida, em suma, buscava ajustar aspectos da Reforma Trabalhista então compreendidos como pouco adequados⁷⁶. Nesse sentido, tratou de conferir ao art. 223-G, § 1º, nova redação, que segue:

Art. 223-G- § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I- para ofensa de natureza leve – até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
- II- para ofensa de natureza média – até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
- III- para ofensa de natureza grave – até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou
- IV- para ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁷⁷.

Entretanto, observa-se que o texto provisório, a despeito de manter a parametrização da culpa, deixa de indexar o salário do ofendido e adota, a partir de então o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Este, por sua vez, decorre do art. 201 da Constituição Federal, constituindo-se contribuição obrigatória do trabalhador, que posteriormente será amparado pelo benefício decorrente⁷⁸.

⁷⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 47.

⁷⁷ BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%A9RIA%20N%C2%BA%20808%2C%20DE%2014%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,que%20lhe%20confer%20o%20art. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁷⁸ GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2018, p. 17.

Dessarte, o teto dos benefícios da Previdência Social é que seria o parâmetro indenizatório para o abalo moral, e não o salário do ofendido, conforme previa a MP 808/2017. Brito Filho e Pereira exemplificam a situação:

[...] no ano de 2018, o valor-teto do RGPS totalizou R\$ 5.645,80, segundo o Ministério da Economia. Logo, o maior valor que poderia ser recebido em juízo por dano moral, definido como lesão gravíssima, seria de R\$ 282.290,00, ou seja, 50 vezes o valor do teto⁷⁹.

Ademais, segue-se o § 2º do art. 223-G, que estabeleceu que, se o ofendido fosse pessoa jurídica, a indenização observaria os mesmos critérios, mas adotaria como parâmetro o salário do ofensor⁸⁰. Referida norma, a despeito de utilizar as idênticas gradações de culpa do § 1º, observa a capacidade econômica deste para quantificação da indenização⁸¹.

Em sequência, o § 3º do art. 223-G previu que, na reincidência entre partes idênticas, o juízo elevaria a indenização ao dobro⁸². Todavia, conforme lecionam Alvarenga e Souza tal disposição parece distante da realidade das demandas judiciais brasileiras, porque, em considerando a possibilidade de dispensa sem justa causa, não raras vezes, o trabalhador que litiga contra seu empregador passa a estar desempregado, hipótese apta a inviabilizar a repetição de demandas por partes idênticas⁸³.

O assunto, assim como outros pontos já mencionados, foi alvo da Medida Provisória nº 808 de 2017, que tratou de não mais requerer partes

⁷⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 48.

⁸⁰ FINCATO, Denise Pires; STÜRMER, Gilberto. **A reforma trabalhista simplificada**: comentários à Lei nº 13.467/17. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019, p. 40.

⁸¹ FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 984/2017, p. 219-254, out. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 237.

⁸² FINCATO, Denise Pires; STÜRMER, Gilberto. **A reforma trabalhista simplificada**: comentários à Lei nº 13.467/17. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019, p. 40.

⁸³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63-85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 72.

idênticas à duplicação do *quantum* indenizatório e, ainda, criou dois outros novos parágrafos ao art. 223-G:

[...] § 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte⁸⁴.

A nova redação do § 3º, acrescida do § 4º, então, propunha a duplicação da indenização à reincidência de qualquer das partes litigantes, conquanto fosse idêntica a ofensa e, ainda, houvesse ocorrido no prazo de no máximo dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória⁸⁵. Todavia, cumpre observar que, qualquer que seja a hipótese de duplicação de indenização, trata-se de disposição que escapa à diretriz geral do direito comum, porque prevê indenização com finalidade punitiva⁸⁶.

Por fim, o § 5º inserido pela Medida Provisória dispunha que as disposições ali constantes sobre o cálculo indenizatório não seriam aplicáveis ao dano extrapatrimonial oriundo do fato morte⁸⁷. Nesse

⁸⁴ BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20808%2C%20DE%2014%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁸⁵ BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20808%2C%20DE%2014%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁸⁶ FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 984/2017, p. 219-254, out. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 237.

⁸⁷ BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%20808%2C%20DE%2014%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,que%20lhe%20confere%20o%20art.

sentido, a medida obstava a aplicação do tarifamento ali constante, talvez, buscando sanar a controvérsia aqui elucidada pela exemplificação de Facchini Neto e Goldschmidt.

Nada obstante, como outrora referido, a Medida Provisória nº 808 de 2017 não foi alvo de votações para sua aprovação definitiva, e, desse modo, sua vigência não foi prolongada, porquanto vigeu apenas entre 14/11/2017 a 23/04/2018⁸⁸.

Nessa conjuntura, voltou a vigor o art. 223-G na forma em que promulgado pela Lei nº 13.467/17, e que, conforme exposto, adota a tarifação pelo salário do ofendido e pelo grau de culpa verificado no dano.

3 A (in)constitucionalidade da tarifação do dano moral

Sabendo-se das alterações havidas na matéria de quantificação dos danos extrapatrimoniais, na Consolidação das Leis Trabalhistas, passa-se a analisar possível inconstitucionalidade da tarifação do dano moral. No Brasil, o ordenamento jurídico contempla controle de constitucionalidade misto, albergando as formas concentradas – por ação ou omissão, ao encargo do Supremo Tribunal Federal - e difusas, por meio de atuação jurisdicional de controle⁸⁹.

A multiplicidade de matérias argúveis por ação declaratória de inconstitucionalidade conduziu à preponderância do controle concentrado de constitucionalidade⁹⁰. Todavia, o controle difuso permanece sendo a primeira trincheira verificada à análise da constitucionalidade, razão por

.&text=Alterar%20a%20Consolida%C3%A7%C3%A3o%20das%20Leis,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁸⁸ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 48.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Emenda Constitucional nº 48 de 2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 33.

⁹⁰ EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 122.

que é natural que as iniciais controvérsias quanto à Lei nº 13.467 sejam verificadas nas Varas do Trabalho e, depois, nos Tribunais Regionais do Trabalho⁹¹.

No que concerne à tarifação do dano moral pela legislação trabalhista, verificam-se questionamentos na esfera jurisdicional⁹², a despeito de não terem sido alvo de análise por recurso extraordinário e, ainda, questionamentos pelo reconhecimento próprio da inconstitucionalidade do assunto – alvo de análise por controle concentrado – então suscitados pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5870. A demanda, ajuizada pela ANAMATRA, se fundamenta, especificamente, na impossibilidade de limitação prévia dos patamares indenizatórios e, corolário disso, proclama pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 223-G e seu parágrafo § 1º⁹³.

Na referida ação, a Procuradoria Geral da República, em seu parecer, opinou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 223-G, consignando que os parâmetros limitativos então vislumbrados não estariam albergados pelo texto Constitucional e tampouco seriam decorrentes de reserva geral de ponderação, porquanto inexistente conflito entre direitos fundamentais⁹⁴. Nesse sentido, seriam resultantes de medida discricionária do legislador, a obstar a correta tutela jurisdicional dos direitos do trabalhador. No mesmo parecer, ainda,

⁹¹ EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 122.

⁹² Sobre o assunto, refere-se o acórdão do processo nº 0020085-43.2018.5.04.084 (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2019), no qual, em sede do julgamento de recurso ordinário, a Desembargadora Relatora Flavia Lorena Pacheco consignou que “Quanto a observância do art. 223-G da CLT, acrescentado à CLT pela Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista), tenho que não pode ser aplicado ao caso em exame, porquanto está sendo objeto de questionamento junto ao STF. Desta forma, afasto a aplicação do art. 223-G da CLT ao caso em estudo”.

⁹³ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. **Petição inicial (77532/2017) ADI/5870**. Processo ADI/5870. n. 1. Brasília, 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5335465>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁹⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Parecer apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5870**. Processo ADI/5870 n. 51. Brasília, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5335465>. Acesso em: 15 maio 2020.

pleiteou o *parquet* o reconhecimento da inconstitucionalidade, *ex officio*, dos parágrafos § 2º e 3º do mesmo diploma legal, alegando, igualmente, seu caráter restritivo e limitativo à tutela dos direitos da personalidade.

A ação, com julgamento designado para a sessão do dia 04 de junho do corrente ano, foi excluída da pauta e, nessa seara, encontra-se pendente de julgamento, inobstante já alcançar lapso superior a 2 anos de tramitação.

A grande polêmica sobre o assunto reside, evidentemente, na impossibilidade de quantificação precisa ao dano moral decorrente das relações de trabalho⁹⁵. A ideia do legislador ao elaborar o texto normativo consistia em fornecer maior objetividade e segurança jurídica, o que se verifica a partir do Parecer nº 34 do Senado Federal:

Concordamos com o texto apresentado, uma vez que o Judiciário não deve ser visto como uma “loteria”, sob pena de ficar abarrotado por processos e não ser fonte da segurança jurídica que o emprego formal tanto precisa para florescer. O único direito trabalhista que não é parametrizado hoje é a indenização por danos morais. Há uma ampla diversidade de decisões nessa matéria. Por isso, entendemos que é válido e consoante com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade o texto do PLC para os arts. 223-A, 223B, 223-C, 223-D, 223-E, 223-F e 223- G da CLT.

Não avalizamos os argumentos contrários apresentados de que esses dispositivos limitam a independência do juiz ou tratam de maneira diversa o rico e o pobre.

Em relação ao primeiro argumento, é necessário rememorar que já são parametrizadas e limitadas, por exemplo, as multas por descumprimento da legislação trabalhista. Em relação ao segundo argumento, é preciso ter em mente que a proposta apenas concede um balizador, evitando a insegurança decorrente de uma profusão de decisões judiciais que não dialogam. Não se trata, portanto, de conceder uma abordagem diferente para ricos e pobres⁹⁶.

⁹⁵ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 48.

⁹⁶ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Parecer nº 34, de 2017**. Da COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS, sobre o processo Projeto de Lei da Câmara nº38, de 2017, que Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Relator: Senador

Nesse sentido, verifica-se que a intenção do legislador foi a de amenizar a disparidade de indenizações relativamente a casos semelhantes e, ainda, obstar a fixação de indenizações em montantes elevados, elidindo a caracterização do poder judiciário como “loteria”. Nada obstante, o posicionamento do Senado Federal não encerrou as controvérsias relativas ao escalonamento indenizatório previsto pela reforma trabalhista. Aqui, ressalte-se que a análise da inconstitucionalidade se fará a partir de dois aspectos: quanto aos tarifadores de culpa e, após, quanto ao parâmetro salarial elencado.

Relativamente ao primeiro critério, a crítica verificada é a do rompimento da função compensatória, uma vez que, conforme demonstrado na primeira parte deste estudo, há o dever de olhar à reparação ao ofendido e o dano por ele sofrido. Os critérios de culpa, em contrapartida, levam em conta a gravidade da conduta do ofensor e não tanto o sofrido pelo ofendido.

Então, a tarifação por critérios de culpa como regra geral suscita inconstitucionalidade por inobservância ao princípio da reparação integral, oriundo do já referido texto do art. 5º, inciso V, da Constituição Federal. É que, conforme demonstrado na primeira parte da presente pesquisa, ao assegurar o direito de resposta de modo proporcional ao agravo e assim a correspondente indenização, foram derogadas as disposições infraconstitucionais que estabeleciam critérios tarifadores⁹⁷.

Assim, a quantificação do dano moral seria subjetiva, porquanto essa característica é inerente ao próprio instituto e, nesse sentido, o escalonamento prévio da indenização à ofensa que se julga ser de grau leve, mediano, grave e gravíssimo não observa a própria extensão do dano, a burlar o dever de proporcionalidade preceituado pelo texto

Tasso Jereissati. Brasília, 06 de junho de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline>. Acesso em: 02 maio 2020.

⁹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

constitucional e, corolário disso, o princípio da reparação integral⁹⁸. Também em consonância, as lições de Miragem:

Nesse sentido, por força do disposto no art. 5º, inc. V e X, da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, da interpretação que a doutrina e a jurisprudência outorgaram a essas duas normas, consagra-se o princípio da reparação integral como base do sistema de responsabilidade civil, servindo para afastar qualquer espécie de tarifamento ou limitação *ex ante* de valores de indenização por danos sofridos pela vítima. Ainda, a disposição do art. 5º, V, da Constituição Federal definiu-se como direito fundamental à indenização de danos, do qual, dentre os efeitos, conta-se a reparação integral do dano⁹⁹.

Além disso, Delgado explica que referido artigo não levou em conta a noção constitucional de juízo de equidade para a análise dos fatos danosos à decisão indenizatória e, nessa seara, a retomada do antigo critério de tarifamento é incompatível com o princípio da proporcionalidade consagrado pela Constituição de 1988 (art. 5º, V e X, CF)¹⁰⁰. Isso porque, conforme leciona Ebert:

[...] o princípio da reparação integral configura um vetor a determinar que a exata medida da resposta proporcional ao agravo preconizada pelo artigo 5º, V, da Constituição Federal deverá ser estabelecida pelos juízes à luz dos casos concretos colocados sob o seu escrutínio¹⁰¹.

Nessa toada, Bezerra Leite também leciona que o dispositivo em causa é flagrantemente inconstitucional, porque a análise da indenização por dano moral proclama julgamento por equidade e com equidade, ou

⁹⁸ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020.p. 49.

⁹⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 358.

¹⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 758.

¹⁰¹ EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 126.

seja, o magistrado deve adotar a técnica da ponderação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁰²¹⁰³. Igualmente, Sanseverino refere que as hipóteses de tarifamento foram expressamente rejeitadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, por força do postulado¹⁰⁴ da razoabilidade¹⁰⁵.

Na contramão de referido entendimento, e em consonância ao entendimento adotado pelo legislador, entretanto, Brito Filho e Pereira afirmam que os multiplicadores de grau de culpa da ofensa teriam por objetivo coibir a fixação de indenizações elevadas, alheias à capacidade econômica do empregador¹⁰⁶. Defendem, ainda, que a limitação dos valores indenizatórios impediria o arbitramento de indenizações destoantes para casos semelhantes. Nesse sentido, ainda que houvesse a fixação de indenização em montante aquém ao entendido como devido, não se verificaria inconstitucionalidade, mas tão somente dever de alteração da legislação¹⁰⁷.

Também nessa linha, Enoque Santos afirma que a alteração havida na legislação *promoverá uma parametrização do valor da reparação aos*

¹⁰² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63.

¹⁰³ No ponto, importante que haja distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, de modo a entender que a proporcionalidade se relaciona com a adoção de medida adequada – entre meio e fim -, necessária – dentre todas as outras possíveis – e proporcional em sentido estrito – as vantagens são maiores que desvantagens, por ponderação. Já a razoabilidade seria o dever de harmonização do geral com o individual. Daí, pois, em entendendo-se a proporcionalidade em sentido estrito como a ponderação de vários interesses, incluindo o individual, a razoabilidade também será dela integrante (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 203-205).

¹⁰⁴ Conforme expõem Ingo Sarlet, Mitidiero e Marinoni discute-se, há bastante tempo, sobre a correta qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade e razoabilidade. Ao passo que a maioria da doutrina ainda prefira falar como princípio mesmo regra, há quem qualifique como postulado normativo aplicativo, razão pela qual se faz também referência a um dever de proporcionalidade (SARLET, Ingo, Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 348).

¹⁰⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

¹⁰⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 50.

¹⁰⁷ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 50-51.

*magistrados e aplicadores do direito, bem como uma maior previsibilidade e segurança jurídica aos atores sociais*¹⁰⁸. Para ele, a despeito do escalonamento vislumbrado, ainda se verificaria uma janela ao magistrado, a possibilitar a fixação de indenização justa, a partir do seu juízo de ponderação¹⁰⁹.

É bem verdade que não houve a eliminação do núcleo essencial do direito à reparação intitulado pelos ofendidos nas relações de trabalho. Ainda, importante a observação de que, se de um lado o limite prévio às indenizações rompe o princípio da proporcionalidade, de outro lado, o arbitramento de montantes indenizatórios demasiadamente elevados também implica em violação ao princípio da proporcionalidade, porque, igualmente, extrapola o dever da reparação do dano, enriquecendo indevidamente a parte ofendida. Nada obstante, referida violação não decorre do texto de lei, mas de sua aplicação de forma equivocada.

A controvérsia concernente ao art. 223-G, todavia, é oriunda da imposição legal de limite prévio pelos graus de culpa que, eventualmente, tem como resultado a fixação de indenizações a menor, burlando o já exposto princípio da reparação integral e, na sequência, da proporcionalidade.

Esse fundamento, conforme demonstrado na primeira parte do presente trabalho, foi o que ensejou a extirpação do tarifamento indenizatório vislumbrando no direito civil. Nessa seara, e nos termos do alegado na exordial da ADI nº 5870, *se a tarifação da indenização por dano moral decorrente de ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas é inconstitucional, a tarifação da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho, também se mostra inconstitucional*¹¹⁰.

¹⁰⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2P3kRmM>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 68.

¹⁰⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2P3kRmM>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 68.

¹¹⁰ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. **Petição inicial (77532/2017) ADI/5870**. Processo ADI/5870. n. 1. Brasília, 18 de dezembro de 2017. Disponível em:

Importante também lembrar que o supramencionado Recurso Extraordinário 447.584 obstou a utilização de critérios escalonatórios, tendo assinalado o Ministro Cezar Peluso que *toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República*¹¹¹.

Nesse sentido, as disposições constantes do art. 223-G, poderiam assumir apenas caráter sugestivo, e o juízo de proporcionalidade ficaria ao encargo do magistrado¹¹². Aqui, cumpre observar que, ainda que direcionada aos tarifadores de culpa, a crítica realizada pelos autores supramencionados denota-se aplicável, igualmente, ao segundo aspecto de análise, qual seja, aos multiplicadores salariais estipulados pelo art. 223-G. Isso porque, em também constituindo vetor de escalonamento, a eles igualmente há rejeição do texto constitucional.

Além disso, a vinculação salarial do ofendido seria também inconstitucional por estabelecer discriminação entre os trabalhadores pelos salários percebidos no tocante aos valores que devem ser fixados a título de danos morais e, assim, violar o princípio da isonomia¹¹³.

Isso porque o princípio da isonomia, consagrado no texto constitucional no *caput* do art. 5º, preceitua que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, e na sequência, garante aos brasileiros a *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*¹¹⁴.

Assim, rememorando a controvérsia exemplificada por Facchini Neto - conforme o segundo título deste estudo - a vinculação salarial acarreta

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5335465>. Acesso em: 15 maio 2020.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 447.584-7**. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. [...]. Relator: Min. Cezar Peluso, 28 de novembro de 2006. Data de publicação: 16 mar. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re447584voto.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

¹¹² DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 146.

¹¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63.

¹¹⁴ BRASIL. [1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

na atribuição de montantes indenizatórios dissonantes a trabalhadores ofendidos pelo menos fato danoso, se estes ocupassem cargos com salários diferentes¹¹⁵. Isto é, a atribuição de valores indenizatórios divergentes gera desproporcionalidade, rompendo a *igualdade* entre os trabalhadores, e implica que cargos mais bem remunerados recebam indenizações que sequer os cargos menos remunerados possam receber¹¹⁶.

Ainda, a tarificação salarial configura, de *per se*, um atentado à dignidade humana, porque imputa a precificação das lesões aos direitos da personalidade dos seres humanos que trabalham com base em seus ganhos remuneratórios¹¹⁷. A crítica pelo autor aventada ganha relevância na medida em que rememora a reverência havida à moral humana em nosso regime de direito – explicitada na primeira parte deste trabalho –, no que se lhe reconhece caráter próprio aos direitos da personalidade e, a partir de então, o dever indenizatório oriundo de sua violação. Em consonância, Rayol e Gomes discorrem que:

A Lei tampouco deveria impor um valor máximo a ser pago como reparação, em especial baseado no salário do ofendido. Ao fazer isso, a regra fere o princípio da equidade nas relações contratuais, permitindo que situações igualmente violadoras sejam reparadas de diferentes formas em razão da posição econômica do trabalhador na empresa e não em razão da proteção à dignidade da pessoa humana. Na prática, o trabalhador com maior salário receberá indenização de maior valor daquela que receberá o com menor renda¹¹⁸.

¹¹⁵ FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 984/2017, p. 219-254, out. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 236.

¹¹⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarificação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 52.

¹¹⁷ EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 127.

¹¹⁸ RAYOL, Rayane. GOMES, Ana Virginia Moreira. O tabelamento do dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017 e a mitigação da função preventiva e de sua reparação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 203, p. 97-124, jul. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura. P. 99.

Importante que se destaque que a dignidade da pessoa humana, além de conformadora do ordenamento jurídico, é verdadeiro fundamento deste, recebendo abrigo no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal¹¹⁹. Ou seja, a própria ordem constitucional indica sua relevância, buscando o pleno desenvolvimento da personalidade, a partir da consagração, não só dos princípios fundamentais, mas também da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro¹²⁰.

Nessa conjuntura, conforme exposto por Cássio Casagrande¹²¹, a legislação buscou criar nexos entre o dano e o salário do ofendido, fornecendo o valor de seu patrimônio moral a partir dessa relação. Isto é, o patrimônio moral vai relacionado ao valor no mercado de trabalho, com o que não se poderia coadunar. Veja-se:

Não se pode ter como válido o postulado de que a dignidade da pessoa humana decorra de seu “pertencimento” a uma posição no mercado de trabalho (e, pior ainda, de que a dignidade será tanto menor quanto menos ela receba). Aceitar esta ideia é o mesmo que dizer que a dignidade depende do pertencimento a uma raça, etnia ou religião. Isto contraria o imperativo categórico kantiano, crucial para a definição da modernidade e dos direitos humanos, de que todos os homens são dignos de igual consideração e respeito¹²².

Ademais disso, não se pode olvidar que há vedação expressa no texto constitucional, relativamente ao uso do salário como indexador para

¹¹⁹ BRASIL. [1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

¹²⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 256.

¹²¹ CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 2, núm. 3, dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/36npQ7P>. Acesso em: 1 jun. 2020. P. 68-69.

¹²² CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 2, núm. 3, dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/36npQ7P>. Acesso em: 1 jun. 2020. P. 68-69.

qualquer finalidade, nos termos do art. 7º, IV, da CF¹²³¹²⁴. Também nesse sentido, a Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal leciona que *salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*.

Assim, tendo-se em conta apenas a incompatibilidade constitucional por vinculação salarial, bastaria o texto da Medida Provisória nº 808/17 para sanar a controvérsia, vez que, conforme já demonstrado na segunda parte do presente trabalho, não mais realizou a indexação da indenização ao valor salarial, mas sim ao teto dos benefícios do Regime da Previdência Social. Isto é, por haver a estipulação indenizatória a partir de valor único e igual a todos os trabalhadores, não mais haveria a afronta ao princípio da igualdade¹²⁵.

Ocorre, entretanto, que o modelo a partir de valor em comum a todos os trabalhadores não subsiste quando analisada a incompatibilidade a partir da rejeição do sistema de tarifamento pelo ordenamento jurídico brasileiro¹²⁶. Conforme supramencionado, o óbice à utilização dos multiplicadores de grau de culpa também se aplica aos multiplicadores salariais ou, no caso, ao teto do regime da previdência.

Em outros termos, ambos os parâmetros podem obstaculizar a análise casuística em torno da dimensão das lesões aos direitos da personalidade, de modo a inviabilizar a proporcionalidade entre o agravo

¹²³Conforme leciona Delgado não se desconhece que, em alguns casos, tem se adotado jurisprudencialmente a vinculação do salário contratual inicial trabalhista, a despeito da impossibilidade de sua indexação para reajustes futuros, nos termos do texto constitucional (DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 753).

¹²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

¹²⁵ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020. P. 53.

¹²⁶ EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 128.

e a resposta¹²⁷. Nessa conjuntura, nem o salário contratual do ofendido, tampouco o teto do Regime Geral de Previdência Social, guarda correlação lógica com a reparação das lesões aos direitos da personalidade, pois não se comunicam com a mensuração dos danos extrapatrimoniais e dos impactos de tais ofensas ao patrimônio imaterial dos indivíduos¹²⁸.

Nada obstante, ainda que se possa refletir sobre a impossibilidade de adoção do critério do teto dos benefícios da Previdência, importa observar que, faticamente, a Medida Provisória nº 808 não subsistiu, razão por que remanesce o critério salarial e, com ele, a incompatibilidade primeira da indexação salarial.

Além disso, como se observa, há, ainda, incompatibilidade maior pela impossibilidade da adoção de qualquer regime escalonado à aferição das indenizações por dano moral, esta comum aos dois aspectos analisados no presente trabalho. Por fim, ainda que ideal fosse a possibilidade de o art. 223-G ser considerado por seu caráter sugestivo, o que se verifica é que, na forma em que escrito, não o é, motivo pelo qual denota-se imperioso o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pela via própria.

Conclusão

Como visto, o dano moral é de natureza subjetiva, porque leva em consideração aspectos ligados ao patrimônio imaterial do indivíduo e, nessa toada, avalia a efetiva ocorrência, ao sujeito, de sofrimento e humilhação, fatores que se ligam à honra e a imagem, isto é, bens jurídicos personalíssimos. O instituto do dano moral, oriundo do direito civil, foi introduzido na jurisdição trabalhista, a fim de que houvesse reparação à violação dos direitos da personalidade em esfera laboral.

¹²⁷ EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 128.

¹²⁸ EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020. P. 136.

A questão sobre os parâmetros indenizatórios atribuídos ao dano de esfera extrapatrimonial na justiça trabalhista ainda gera polêmica e desassossego. Isso porque, a despeito de ainda não ter ocorrido o julgamento da ADI nº 5870, há magistrados que, irresignados com a alteração legislativa, optam por manter a aplicação dos critérios vislumbrados anteriormente ao advento da Lei nº 13.467/17, também intitulada de Reforma Trabalhista, com o que também não se pode coadunar.

Efetivamente, a alteração legal em estudo trouxe a quebra da lógica fático-legal de que, em havendo abalo de ordem moral ao trabalhador, haveria também correspondente indenização ao dano por ele sofrido. A nova previsão, de que o cálculo indenizatório observará o grau da ofensa, de forma vinculada ao salário do ofendido, permanece aventando insurgências: primeiro, volta o aspecto indenizatório não mais à vítima e sim ao ofensor, dando ensejo a uma finalidade punitiva e não tanto compensatória; segundo, cria clara limitação de caráter objetivo ao *quantum* que poderá ser recebido pelo trabalhador.

Nada obstante, afora o debate sobre a ruptura normativa, o presente estudo levantou inconstitucionalidade, que diz respeito à adoção do sistema de tarifação e, em sequência, na sua vinculação ao salário do trabalhador. É que, conforme se demonstrou, as legislações civilistas que previam sistemas tabelados ao cálculo indenizatório foram extirpadas do ordenamento jurídico, com fundamento de que a imposição de limites prévios e abstratos impede a reparação integral do dano e, corolário disso, violariam o princípio da proporcionalidade, consagrado no art. 5º, inc. V, da Constituição Federal.

Nessa toada, não se vislumbra razão diferenciadora a ensejar o retorno do sistema escalonatório, como se à seara trabalhista não houvesse o dever de conformação ao ditame da proporcionalidade e da reparação integral. Outrossim, também o porquê de ser insuficiente o texto da Medida Provisória nº 808/17, haja vista que manteve tarifada a indenização. Ainda, igualmente sem amparo a vinculação salarial para

multiplicação e aferição do montante indenizatório. Como se viu, além de haver disposição constitucional expressa em sentido contrário (art. 7º, inc. IV), também já reconhecida, na própria área trabalhista, a impossibilidade de utilização do salário como parâmetro para cálculos alheios às disposições constitucionais.

A intenção do legislador, de outra banda, consistiu em propiciar maior segurança jurídica, evitando disparidade indenizatória a casos análogos e, ainda, em coibir que a Justiça Trabalhista seja utilizada como meio de enriquecimento, a partir da concessão de indenizações exorbitantes. Referida controvérsia, não há como desconhecer, também viola o princípio da reparação integral por extrapolar seus limites. Entretanto, não deriva do texto legislativo, mas da conduta de seu aplicador, esta sim, a ser refreada.

Nada obstante, para a uniformização jurisprudencial, melhor solução seria a que reconhecesse ao art. 223-G apenas caráter sugestivo, então, para que pudessem os magistrados tê-lo como referência. A mera limitação e escalonagem prévia, todavia, pode restringir, efetiva e faticamente, o direito à reparação intitulado ao trabalhador. Mais ainda, a vinculação salarial impõe aos ofendidos situação discriminatória, se considerada a situação hipotética em que ambos sejam vítimas de um mesmo fato danoso, mas detentores de diferentes cargos empregatícios, assim atribuindo-lhes indenizações completamente dissonantes, circunstância que se agrava ainda mais na figura do litisconsórcio ativo.

De mais a mais, a natureza subjetiva do dano moral que inviabiliza a utilização de critérios prévios e limitados também demanda ao instituto a respectiva análise do caso em concreto, na qual poderá e deverá ser obstada a fixação de indenizações excedentes ao dano havido.

Dessarte, se de um lado a tentativa de retificação da legislação a partir da Medida Provisória nº 808/17 se mostrava insuficiente e foi mal sucedida, de outro lado remanesce a incompatibilidade dos dispositivos do art. 223-G com o texto constitucional, pela inobservância ao princípio da proporcionalidade e da isonomia, bem como pela vedação expressa ao uso

do salário como indexador. Como se demonstrou, melhor seria que, ao lado da declaração de incompatibilidade dos tarifadores, fossem tomados os dispositivos como parâmetros exemplificativos, medida então apta a coibir abusos indenizatórios sem olvidar do dever de reparação integral e sem abrir mão da segurança jurídica idealizada com a proposta tarifadora.

Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. A regulamentação do dano extrapatrimonial pela reforma trabalhista (lei 13.467/17) sob a perspectiva sistêmica do direito no constitucionalismo contemporâneo. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196/2018, p. 63–85, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. **Petição inicial (77532/2017) ADI/5870**. Processo ADI/5870. n. 1. Brasília, 18 de dezembro de 2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5335465. Acesso em: 15 maio 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. [1988] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919**. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1919. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.** Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.** Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%3%093RIA%20N%2%BA%20808%2C%20DE%2014%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202017.&text=Altera%20a%20Consolid%20a%3%0A7%3%0A30%20das%20Leis,que%20olhe%20confere%200%20art. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Parecer apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5870.** Processo ADI/5870 n. 51. Brasília, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5335465>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Parecer nº 34, de 2017.** Da COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS, sobre o processo Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio

de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Relator: Senador Tasso Jereissati. Brasília, 06 de junho de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline>. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 281**. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Segunda Seção, julgado em 28 de abril de 2004. Data de publicação: 13 maio 2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMAo>. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril 2009. Data de publicação: 06 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 447-584-7**. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. [...]. Relator: Min. Cezar Peluzo, 28 de novembro de 2006. Data de publicação: 16 mar. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re447584voto.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 828.040/DF. Recurso Extraordinário**. Trabalhista. Natureza jurídica da responsabilidade do empregador de reparar danos a empregado, decorrentes de acidente do trabalho. Artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 de janeiro de 2017. Data de publicação: 09 nov. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9382/false>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 4**. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Seção plenária, aprovado em 30 de abril de 2008. Data de publicação: 09 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=4.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (11ª Turma). **Recurso ordinário nº 0020085-43.2018.5.04.0841**. RECURSO ORDINÁRIO DOS RECLAMADOS. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. LEI Nº 13.467/17. Aplicam-se as regras de sucumbência vigentes quando do ajuizamento da demanda. Caso em que a ação foi ajuizada em 23.04.18, ou seja, após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, aplicável o art. 791-A da CLT, advindo com a Reforma Trabalhista. Recurso ordinário dos reclamados desprovido. Relatora: Des. Flávia Lorena Pacheco, 16 de maio de 2019. Data de publicação: 12 out. 2019. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/gka8qWp4Ia-LU7Z9oil41Q?>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 392**. Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido. Julgado em 27 de outubro de 2015. Data de publicação: 29 out. 2015. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-392. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. A tarifação do dano moral na Justiça do Trabalho: uma análise da (in)constitucionalidade diante dos parâmetros fixados pela reforma trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 39-58, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67193>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 2, núm. 3, dez. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/36npQ7P>. Acesso em: 1 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

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

EBERT, Paulo Roberto Lemgrube. A nova sistemática da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho: análise sob os primas da constitucionalidade e da aplicabilidade. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 67, p. 119-166, abr. 2018. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/139843>. Acesso em: 29 maio 2020.

FACCHINI NETO, Eugênio; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 984/2017, p. 219-254, out. 2017. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

FINCATO, Denise Pires; STÜRMER, Gilberto. **A reforma trabalhista simplificada**: comentários à Lei nº 13.467/17. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2019.

FINCATO, Denise Pires; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. Dano existencial no direito trabalhista brasileiro: em tempos de reforma, muito a amadurecer. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, Porto Alegre, v. 78, p. 64, 2017. Disponível em: https://www.lex.com.br/doutrina_27596528_DANO_EXISTENCIAL_NO_DIREITO_TRABALHISTA_BRASILEIRO_EM_TEMPOS_DE_REFORMAS_MUITO_A_AMADURECER.aspx. Acesso em: 10 maio 2020.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário**: teoria e questões. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: ONU, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto; ROCHA, Cláudio Jannotti da. Os danos extrapatrimoniais e a Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 196, p. 21-36, dez. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

RAYOL, Rayane. GOMES, Ana Virgínia Moreira. O tabelamento do dano extrapatrimonial na Lei nº 13.467/2017 e a mitigação da função preventiva e de sua reparação. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 203, p. 97-124, jul. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT online mediante assinatura.

RIZZARDO, Arnaldo. **Dano Moral**. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 509.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2007, da reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba/PR, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2P3kRmM>. Acesso em: 29 maio 2020.

SARLET, Ingo, Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Emenda Constitucional nº 48 de 2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Esquirolaje tecnológico e o direito à greve: um estudo de caso sobre a substituição de trabalhadores em greve por meios tecnológicos

Mateus Tomazi *

Introdução

O julgado de 02 de fevereiro de 2017 do Tribunal Constitucional Espanhol, possivelmente, preferiu decisão-paradigma ao enfrentar questão essencial ao futuro do direito à greve: é possível substituir trabalhadores grevistas por meios tecnológicos? Frente à mudança de entendimento jurisprudencial majoritária na Corte Máxima espanhola sobre a validade ou não de *esquirolaje* e, tratando, especificadamente, desse determinado tipo de substituição - o *esquirolaje tecnológico* -, múltiplas questões assomam por diversas perspectivas.

Baseando-se na referida decisão, estuda-se o direito à greve, direito fundamental no ordenamento jurídico espanhol e em muitos países, como no Brasil. Direito Humano -preconizado pela Organização Internacional do Trabalho -, o direito à greve tem sua importância salientada em tempos de crises econômicas e políticas. Sabe-se que a paralisação laboral dos trabalhadores - instituto protegido do Direito Coletivo do Trabalho - é das formas mais antigas e eficazes de reivindicação por melhores condições e, quiçá, para muitos, a única. Destarte, a análise das questões referentes

* Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Brasil. mt.tomazi@gmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7662809089453621>.

à greve é essencial ao bom funcionamento das relações de labor e, por conseguinte, à organização e estabilidade de relações sociais.

O exame detido do caso da emissora *Telemadrid*, a qual teria substituído trabalhadores em greve por meios tecnológicos para efetuar a transmissão de um jogo de futebol durante uma greve geral na Espanha, é deveras importante nas conjecturas supracitadas, fazendo com que se pense sobre greve em geral e mais especificadamente sobre práticas antissindicais. Portanto, propõe-se um estudo que se vale do direito comparado para refletir sobre o direito coletivo do trabalho e sua proteção tanto no Brasil quanto pela comunidade internacional, hoje e no futuro.

Nessa esteira, avança-se sobre as resoluções judiciais havidas no caso em tela para explorar o *esquirolaje tecnológico*, cerne da decisão da Corte espanhola, a qual será examinada conjuntamente ao voto dissidente de alguns magistrados. Assim, objetiva-se analisar a validade e justiça dos argumentos trazidos à baila no julgado, com escopo de constatar a vulneração ao direito à greve dos trabalhadores por meio da prática antissindical de substituição de grevistas e, com isso, projetar o futuro desse direito humano do trabalho frente aos avanços tecnológicos.

1 Greve e atitudes antissindicais: do *esquirolaje* ao *esquirolaje tecnológico*

Faz-se primordial asseverar que a definição “real” de greve depende em grande parte do ordenamento jurídico e das condições sociais e histórico-culturais de cada país. Sem tal ressalva não há como expressar o termo: delito, liberdade, direito, fato social e/ou instrumento de manutenção da paz e justiça¹? Tais ideias passam, por óbvio, pela legislação vigente. Assim, o art. 2º da lei de greve brasileira² define que: “Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve

¹ CASTILLO, Santiago Pérez Del. **O direito de greve**. 1. ed. São Paulo: LTr,1994. p.36-37.

² BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 01 maio 2018.

a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.”³. Na Espanha, o direito à greve é dado pelo art. 28.2 da Constituição⁴, sendo regido por decreto sobre relações laborais⁵, bem como pela *Ley del Estatuto de los Trabajadores*⁶ e regulado por julgados do Tribunal Constitucional⁷.

Resta, portanto, ainda mais cedo que a real concreção dos direitos sociais/trabalhistas é somente alcançada pela sistemática do Direito Coletivo do Trabalho. Essa só se perfectibiliza por amplo direito à sindicalização, existência real sindicatos e sua efetiva atividade, promovida principalmente pela negociação coletiva e pela greve. Tais instrumentos servem ao diálogo mais justo entre trabalhador e detentor dos meios de produção, propiciando mais adequada conversa que dirima/amenize conflitos, dentro da realidade do sistema econômico atual.

Nesse sentir, a OIT edita normas para que governos sigam ditames propostos na comunidade internacional, visando o alcance do “trabalho decente”, compreendido como um mínimo de qualidade de vida por meio do trabalho⁸. Nessa missão, há um arcabouço normativo (ex.: Convenções nº 11,87,98,135,141, 151 e 154) que visa à efetivação de direitos individuais a partir da proteção ao coletivo⁹. Ou seja, preconiza-se o sindicalismo

³ Nesse sentido mais elaborado, preocupado em preencher a ideia de greve a partir de um entendimento histórico constitucionalizado, Mauricio Godinho Delgado define greve como “paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviço, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos.” DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 149.

⁴ “28.2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.” ESPANHA. **Constitución Española**. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf> >. Acesso em 05 jun. 2018.

⁵ ESPANHA. **Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de Trabajo**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1977/BOE-A-1977-6061-consolidado.pdf> >. Acesso em 05 jun. 2018.

⁶ESPANHA **Ley del Estatuto de los Trabajadores**, Disponível em: < <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf> >. Acesso em 05 jun. 18.

⁷ Há que se ressaltar que esse direito, sendo fundamental, deveria ter sua configuração jurídica dada por “lei orgânica”, porém é o único direito fundamental que carece do desenvolvimento adequado referido.

⁸ “A proteção dos direitos sindicais é a atividade principal da OIT, que exige constantes esforços para seu aperfeiçoamento.”HANSENNE, Michael. **A Liberdade Sindical**. São Paulo, LTR. 1993. p. VIII

⁹ “O sistema de proteção da atividade sindical, em seu conjunto, não é outra coisa, definitivamente, senão a ‘redução’ ou ‘concreção’ da noção abstrata de liberdade sindical ao meio concreto e real em que deve ser exercida”. URIATE, Oscar Ermida, **A Proteção Contra Os Atos Anti-Sindicais**. LTr, p. 21.

contra práticas antissindicais, tidas como aquelas que prejudicam/limitam a atividade sindical além do normal das relações coletivas¹⁰.

Cláusulas de sindicalização forçada ou controle patronal do sindicato obreiro são exemplos comuns de práticas antissindicais, mas frisa-se que existem diversas formas de violação das liberdades sindicais, de negociação coletiva e de greve, compreendendo-se que quando se esvazia o exercício desses direitos, de forma ou outra, ocorrem práticas antissindicais¹¹. O Comitê de Liberdade Sindical, órgão parte da OIT, com sua intenção de especial guarda das diversas facetas da liberdade sindical, editou normativas sobre a substituição de grevistas¹². Os verbetes editados expressam a ideia do que seria essa violação: é proibido que trabalhadores em greve sejam “substituídos”, pois quando os grevistas paralisam suas atividades, o prejuízo ao empregador resulta do fato de que aqueles indivíduos não estão mais produzindo para este. Portanto, o “enfraquecimento” da greve é cediço quando outros indivíduos, não grevistas, retomam a produção. Importa mencionar que, tanto no Brasil como na Espanha, não há definição expressa de “práticas antissindicais” na legislação, entretanto, há diversas disposições que tratam do tema, seja na Lei Maior ou nas leis infraconstitucionais¹³. Em seu art. 7º, a Lei de Greve brasileira positiva proteção contra substituição de paredistas¹⁴; na

¹⁰ URIATE, Oscar Ermida, **A Proteção Contra Os Atos Anti-Sindicais**. LTr, p. 41.

¹¹ RUSSOMANO, Victor Mozart, **Princípios gerais de Direito Sindical**, 3ªed., Rio de Janeiro. Forense, p. 64.

¹² “570. A contratação de trabalhadores para desgastar a greve num setor, que não pudesse ser considerado com um setor essencial no sentido estrito do termo para justificar a proibição da greve, constitui grave violação da liberdade sindical”; “571. Se uma greve é legal, o recurso à utilização de mão de obra não pertencente à empresa, com a finalidade de substituir os grevistas, por duração indeterminada, envolve risco de violação do direito de greve que pode afetar o livre exercício dos direitos sindicais.” OIT. **Princípios do comitê de liberdade sindical referentes a greves**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/ilo_brasilia/documents/publication/wcms_231057.pdf>. Acesso em: 24 maio 2018.

¹³ A exemplo: na Espanha, Estatuto dos Trabalhadores, ET (art. 55,5), Lei Orgânica de Liberdade Sindical - LOLS (art. 15) e a Lei de Procedimento Laboral (art. 180 1.1). No Brasil, Constituição Federal, CF (art. 8º, V, VIII; 5º, VIII, Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT (art. 543, § 6).

¹⁴ “Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, Convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14. (BRASIL. **Constituição Federal Lei nº 7-783, de 28 de junho de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 01 maio 2018.

Espanha esse ato chamado de *esquirolaje* (de *esquirol*¹⁵) está no art. 6.5 do RDL17/1977¹⁶. Pelas legislações pertinentes, verifica-se a existência de considerável preocupação com direito à greve e atitudes antissindicaís e, no ordenamento jurídico espanhol, especificadamente, com *esquirolaje*. Entretanto, quando da análise de casos sobre o tema, com o passar dos anos, vê-se diversos pontos fora da proteção positivada.

Nesse aspecto, não é novidade perceber que o sistema de produção atual se desenvolve rapidamente e é extremamente mutável. Autores de diferentes áreas estudam as variações constantes do capitalismo e suas determinações no modo de utilização da tecnologia¹⁷. Aqui não se pretende analisar a fundo tais pensamentos, entretanto, intenta-se marcar uma quase obviedade: essas mudanças do sistema econômico alteram o modo de produção, não só industrial, mas intelectual e de quaisquer outras áreas. Rios de tinta foram escritos sobre isso, entrementes, frisa-se: o mundo muda, as relações e formas de trabalho mudam, e as definições de conceitos como emprego, subordinação, alteridade e tantos mais se transformam com essas “adaptações” do sistema no mundo do trabalho¹⁸. Exatamente nesse contexto aloca-se o caso examinado de substituição do trabalho humano por máquinas durante uma greve; o *esquirolaje tecnológico* apresenta-se e, com ele, um debate sobre aplicação de normas em relação à greve e práticas antissindicaís. Porém, apresenta-se também uma reflexão para além desta: requisita-se uma ponderação sobre a essência, conceituação, adequação e viabilidade dos institutos e normas

¹⁵ Dicionário da Real Academia: *esquirol*: localidad barcelonesa de donde procedían los obreros que, a fines del siglo XIX, ocuparon el puesto de trabajo de los de Manlleu, durante una huelga). 1. adj. Dicho de una persona: Que se presta a ocupar el puesto de un huelguista. U. t. c.s. 2. adj. despect. Dicho de un trabajador: Que no se adhiere a una huelga. U. t. c. s. Disponível em: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=tA7yBFFESDXX2dsRGnTH> Acesso em: 08 jun. 2018

¹⁶ “En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo.” ESPANHA. *Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de Trabajo*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1977/BOE-A-1977-6061-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2018.

¹⁷ A exemplo: HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001; PELBART, Peter Pál. *Vida capital. Ensaíos de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2011.

¹⁸ FINCATO, Denise; MATTE, Maurício; GUIMARÃES, Cintia. *Direito e tecnologia: Reflexões sociojurídicas*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

pertinentes ao momento e ao futuro da evolução tecnológica no trabalho humano.

2 Estudo de caso: esquirolaje tecnológico – o caso Telemadrid

Anteriormente à análise da decisão do Tribunal Constitucional Espanhol sobre *esquirolaje tecnológico*, faz-se necessário entender o contexto extrajurídico da contenda, realizando breve síntese do caso.

No dia 29 de setembro de 2010, o time de futebol *Valencia Club de Fútbol*, enfrentou o *Manchester United Football Club* pela competição “Liga dos Campeões da Europa”. Nessa data, parte dos trabalhadores da emissora de televisão *Telemadrid* - responsável pela transmissão desse jogo aos espanhóis - estava em paralisação laboral. Porém, mesmo assim, o jogo fora transmitido. Dias antes, o sindicato *Confederacion General del Trabajo* (CGT) decidiu que haveria greve e os trabalhadores da *Telemadrid* foram convocados para apoiar a “Greve Geral”¹⁹. Assim, alegou o CGT que a atitude da empresa no dia da paralisação tornou infrutífera a greve de seus empregados, frustrando seu direito, pois os trabalhadores grevistas teriam sido substituídos para que a transmissão da partida ocorresse, visto que durante o período de parede a empresa emitia para a televisão de seus espectadores uma mensagem com a informação de que existia uma greve de seus empregados e, assim, não transmitiria sua programação normal. Entrementes, quando a partida começou, a empresa retirou a mensagem e transmitiu o jogo. Dessa atitude decorre a contenda, surgindo pergunta crucial ao debate: tal “suspensão” da greve é violação ao direito de greve?

Uma aparentemente simples questão desvela enorme discussão sobre o futuro do direito à greve na Espanha e, quiçá, o futuro do trabalho no mundo. Veja-se o porquê: a transmissão da partida durante a greve fora realizada por intermédio de equipamentos tecnológicos, os quais pelo manuseio de alguns poucos empregados não grevistas suplantaram as

¹⁹ ROJO Y NEGRO. *Rojo y negro 239 - octubre 2010*. Disponível em: <<http://www.rojoynegro.info/publicacion/rojo-negro-239-octubre-2010>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

funções de outros empregados que desempenhariam a função de transmitir o jogo. Diversos questionamentos são possíveis aqui: Há, nesse caso, substituição de trabalhadores grevistas por outros de mesma ou de outra função? Há substituição por máquinas/meios tecnológicos? Há ilicitude nessas substituições? Há violação do direito de greve ao transmitir-se o jogo caso a substituição seja considerada lícita? Há conflito entre direitos humanos e fundamentais no caso concreto (direito à greve por parte dos empregados grevistas; direito a trabalhar por parte dos empregados não grevistas; direito à informação/lazer por parte dos telespectadores; direito à liberdade empresarial por parte da empresa e tantos outros direitos possíveis de serem pensados)?

3 Tramitação processual

No procedimento judicial em apreço, decisões foram proferidas antes da chegada do caso ao Tribunal Constitucional. A decisão do TC é o foco do estudo, porém, à guisa de elucidar o debate, faz-se mister breve exame da tramitação judicial, começando-se pela decisão na primeira instância da “Justiça Social” (*Juzgado de lo Social*), especializada na área do conflito. O sindicato CGT afirma que a empresa *Telemadrid* realizou prática antissindical a partir da substituição de pessoal durante a paralisação (*esquirolaje*), violando o direito de greve dos empregados, pois essa conduta mitigaria os efeitos do greve, afetando diretamente o direito fundamental de liberdade sindical e igualdade. A decisão primeira define não haver a referida vilipêndia aos direitos constitucionais, não verificando a existência de *esquirolaje tecnológico*, pois a substituição ocorreu por meios técnicos já presentes na empresa e, também, não ocorreu *esquirolaje interno*, pois não houve alteração funcional dos empregados não grevistas. Esse entendimento, deve-se à interpretação dos fatos definidos como verdade na sentença - *hechos probados*. O mais importante destes é o de como ocorreu a transmissão do jogo durante a greve, pois se verificou que um trabalhador do setor “controle central”,

bem como o coordenador no setor “grafismo” e o narrador dos partidas de futebol não aderiram à greve, sendo responsáveis por operar as máquinas, os sinais e realizar todas tarefas necessárias à transmissão.

Para compreender - conforme sentença - a transmissão da partida, apenas com três empregados, é imprescindível, primeiramente, entender como funciona o procedimento de transmissão em um dia de trabalho normal. O sinal com as imagens vem do estádio pela Federação de Organizações Autônomas de Rádio e Televisão (FORTA), chegando à antena da *Telemadrid* sem locução. Então, esse sinal “cru” vai da antena da empresa para o departamento “controle central”, no qual um trabalhador envia o sinal para um estúdio de locução, onde um trabalhador narra a partida. Esse estúdio deve estar previamente ligado por um técnico para que o narrador desempenhe a única função de narrar. Após isso, o sinal retorna de forma autônoma para o “controle central”, onde um trabalhador o envia até o setor “continuísmo”, no qual outro trabalhador tem a função de - usando determinada máquina - colocar o símbolo da empresa - a mosca. Com o símbolo no sinal, o mesmo trabalhador gera dois sinais, enviando um diretamente para o codificador/emissor A, com o qual o “continuísmo” tem linha direta e independente. O outro sinal gerado, é mandado de volta ao “controle central”, onde um trabalhador envia para o codificador/emissor B. Importa frisar que, a partir desse momento a empresa Abertis é a responsável pela difusão do sinal, ativando um ou outro emissor, que envia o sinal para o transmissor que distribui o sinal para espectadores, a chamada “Torrespaña”.

Entretanto, no dia da paralisação, a transmissão ocorreu diferentemente. O único sinal que estava sendo transmitido pela *Telemadrid* era a mensagem informando a existência da greve. Esse sinal era enviado do “continuísmo” ao codificador A da empresa Abertis. O sinal da partida chegou à antena da *Telemadrid* do estádio, sem narração. Então, da antena, o sinal foi para o “controle central”; lá, um trabalhador que não estava em greve e que tinha entre suas funções comutar sinais,

mandou para o estúdio de locução, que estava ligado porque não fora deligado após a transmissão de outro jogo. O narrador, que também não estava em greve, narrou a partida. O sinal foi automaticamente devolvido ao “controle central”, onde o trabalhador que não estava em greve o enviou para o “grafismo” e não ao “continuismo”, como seria o normal. No “grafismo”, o coordenador não aderiu ao parede e colocou previamente à partida o símbolo da “mosca” no sinal. Então, o sinal retornado automaticamente ao “controle central”, foi enviado para o Codificador/Emissor B. Um trabalhador que não estava em greve entrou em contato com a empresa Abertis e disse-lhe para ativar o Codificador B. Quando o jogo terminou, ele ligou novamente para Abertis para desligar o Codificador B, religando o Codificador A, retornando, assim, a transmissão da mensagem que informava a greve.

Assim, torna-se, agora, possível identificar as diferenças procedimentais entre o dia de greve e um dia normal, além da ocorrência ou não da violação dos direitos grevistas. Entretanto, apesar das diferenças de procedimento, foi decretada a improcedência da demanda com duas frentes argumentativas principais: o suposto diminuto prejuízo²⁰ e o uso, apenas extraordinário, dos meios técnicos já existentes²¹. Dessarte, restou absolvida a demandada das acusações de prática antissindical por *esquirolaje*²², sendo a sentença objeto de recurso, levando-se o caso para a análise da *Sala de lo Socia del Tribunal Superior de Justicia*.

²⁰ “por varias circunstancias, entre las cuales debe destacarse la escasa duración de la emisión del partido en relación al resto de la jornada en la que Telemadrid no emitió programación alguna, llegándose a calificar la huelga por el propio sindicato demandante como de exitosa en relación al éxito menor que se había dado en otros ámbitos del Estado y de actividad dentro del mismo, que revela que tal incidente como fue la emisión del partido no obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga ni el éxito de la huelga en la empresa.” **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017, de 2 de febrero de 2017. BOE núm. 59, de 10 de mar de 2017. p.4. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

²¹ “[...]en cuanto a la emisión final del partido fue posible a través del codificador B o línea de reserva que si bien no se suele utilizar salvo en casos excepcionales, es desde luego una posibilidad técnica con la que cuenta la empresa para poder desarrollar su actividad. Lo único que sucedió es que con los medios técnicos que la empresa tenía a su alcance y con los trabajadores no huelguistas que tienen derecho desde luego a trabajar y a no secundar la huelga, se llevó a cabo esta emisión en un espacio breve de tiempo en relación a la duración de programación diaria.” **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017. Data: 2 fev de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.3. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

²² “Que desestimando la demandada formulada por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO frente a la Empresa ENTE PUBLICO RADIO TELEVISIÓN MADRID Y SU SOCIEDAD TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID S.A., absuelvo

A parte recorrente argumenta sobre a revisão dos *hechos probados*, requerendo o reconhecimento de que os empregados não grevistas realizaram função não devida. Contudo, o tribunal entendeu que, pelas provas, não se verificaram funções não habituais realizadas, não modificando os “fatos comprovados”²³. Assim, a parte derrotada no recurso de suplicação, ingressou no Tribunal Supremo com o recurso de cassação para unificação de doutrina.

Nesse novo remédio judicial, o sindicato denuncia a infração do art. 28 CE, tanto em termos de liberdade de associação como de direito de greve em relação ao art. 24. Também denuncia a afronta à eficaz proteção judicial a questões envolvendo os direitos fundamentais invocados. Para isso, o recorrente apresenta “decisão contraste”²⁴, porém o colegiado inadmitiu o recurso apresentado, pois, de acordo com o artigo 224.1, “a”, da Lei Regulamentadora da Jurisdição Social²⁵, o recurso deve conter exposição precisa e circunstancial da contradição alegada nos termos da letra “a”, do inciso 2, do artigo 221, evidenciando divergência substancial entre sentenças e argumentando sobre a concordância das identidades do artigo 219²⁶. No mérito, verificam-se argumentações calcadas em caso paradigmático sobre *esquirolaje interno* “vertical”²⁷. Movimentação que, segundo o CGT, ocorrera no caso *Telemadrid*, afirmando que a mobilidade

a las Entidades demandadas de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda. Juzgado de lo Social NUM. 4 DE MADRID en autos núm. 1090/11." **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017, de 2 de febrero de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.4. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

²³ TSJ Madrid, Sala de lo Social. **Recurso de Suplicación 3623/12**. Sentencia nº 777/2012, de 23/07/2012. Disponível em: <<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-1350-2012-tsj-andalucia-sala-social-sec-1-rec-1813-2011-19-04-2012-619331>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

²⁴ Entrementes, a referida decisão, segundo o Tribunal Supremo, não seria adequada porque fora emitida em primeira instância em lide relativa a direito coletivo, ou seja, não em grau de "suplicação", como no caso em apreço. Assim, o recurso fora inadmissível, pois decisão utilizada como comparação não se encontra inclusa no rol do artigo 219 da LRJS, que ao estipular o objeto do recurso de cassação para unificação de doutrina, refere-se a sentenças proferidas em grau de "suplicação" por tribunais superiores que foram contraditórias entre si.

²⁵ ESPANHA. **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social**. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15936>>. Acesso em 05 mar. 2018.

²⁶ Aqui, é compara-se -à guisa de melhor entendimento do indeferimento do recurso- com o Recurso de Revista da Justiça do Trabalho no Brasil, pois faz-se uma sinótica comparação entre acórdãos divergentes para demonstrar incongruência do julgamento a que se combate.

²⁷ Tribunal Constitucional, Sala segunda. **Recurso de amparo 6171-2004**. Sentença 33/2011. Data: 28 mar de 2011. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2011/04/28/pdfs/BOE-A-2011-7622.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

funcional dentro da empresa reduziu a eficácia da greve e, portanto, o Judiciário estaria dando duas respostas diferentes ao mesmo caso. Porém, as argumentações não prosperaram. Sumariza-se, portanto, que o recurso não prosseguiu por ser inadmissível comparação da decisão do Superior Tribunal de Justiça com sentença de primeiro grau. E, também, porque, quanto às outras decisões contrastadas - advindas do Tribunal Constitucional- apesar de admissíveis quanto ao “tipo de decisão”-, foram materialmente rechaçadas, não permitindo a “uniformização de doutrina”, no sentido de que as respostas não foram diversas nas diferentes resoluções judiciais, pois não eram comparáveis quanto à matéria ou “objeto”.

3.1 Tramitação Processual - *Tribunal Constitucional*

Nesse cenário, o CGT apresenta “Recurso de Amparo” ao Tribunal Constitucional afirmando que a transmissão da partida durante a greve geral ataca os artigos 14, 24 e 28 da lei maior espanhola, restando configurada a “especial transcendência constitucional”²⁸ do art. 50.1 da LOTC²⁹, pois se trata de problema que afeta direito fundamental sobre o qual não há doutrina na Corte. O foco da argumentação em favor da proteção do direito vem de leitura axiológica do sistema, com perspectiva constitucional de interpretação do ordenamento jurídico, ao demonstrar-se que a partir do art. 28.2 da CE pode-se realizar ampliação da proibição de “substituição externa”, prevista no art. 6.5 do Real Decreto-ley 17/1977. Isso porque além da “substituição interna”, há o *esquirolaje tecnológico*, a partir do enfoque da substituição da capacidade de trabalho/atividade

²⁸Compara-se a “especial transcendência” do Recurso de Amparo e a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário no Brasil, pois faz-se essencial que o tema julgado tenha reconhecida relevância social, política, econômica ou jurídica, ultrapassando interesses subjetivos do caso específico.

²⁹ “b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial transcendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.” ESPANHA. **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23709-consolidado.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2018.

material pelo uso de meios tecnológicos que, em razão de seu automatismo, permitem dispensar as tarefas habituais dos trabalhadores da empresa.

Como referido pela decisão do TC do dia 2 de fevereiro de 2017, adotada por maioria, verifica-se que desde a edição do art. 6.5 do Real Decreto-ley de 1977, o Tribunal Supremo e Constitucional foram, ao longo dos anos, expandindo o entendimento do que seria “substituição de trabalhadores grevistas”, pois pela letra fria da lei apenas a substituição externa era proibida (contratação emergencial para suplantar a falta dos grevistas). Situação que só veio a ser positivada porque a jurisprudência solidificou anteriormente tal entendimento. Com avanços jurisprudenciais, definiu-se que quando um grevista é substituído por trabalhador que não havia aderido à greve, ou seja, quando as tarefas do paredista são feitas por outro trabalhador da mesma empresa, para suprir sua falta, configura-se o *esquirolaje interno*. Posteriormente, decisões deram conta de que tal prática antissindical de violação do direito de greve também acontecia quando superior hierárquico ao grevista realizava funções deste; aí se configurava a substituição interna, hoje denominada *esquirolaje interno* “vertical”. Agora, chega-se ao ponto de revisar a doutrina e jurisprudência para verificar se há ou não *esquirolaje tecnológico*³⁰.

Quanto aos artigos constitucionais violados, não há argumentação profunda por parte do recorrente sobre o art.14, definindo, a Corte, que não se verifica qualquer tratamento discriminatório relativamente aos grevistas. Já, quanto ao art. 24 da CE, a decisão acolheu argumentação de que não houve real vilipêndia, filiando-se à doutrina que “engloba” a reclamação sobre violação ao direito de greve à possível violação à liberdade³¹. Frente a isso, salienta-se que quando a greve é prejudicada, a

³⁰ “la posibilidad de una nueva ampliación del contenido de aquel precepto al hecho de la sustitución del personal por medios automatizados.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO. Sentencia 17/2017. Data: 2 fev de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.9. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

³¹ “Y por lo que se refiere a la vulneración del art. 24 CE, como señala el Fiscal, constituye una queja manifiestamente redundante respecto de la alegación del art. 28.2 CE, pues la cita del art. 24.1 CE se plantea como un supuesto error

liberdade sindical é afetada, pois a prática antissindical alegada é contrária ao direito básico de manifestação do sindicato. Ou seja, o trabalhador representado por sindicato - sindicalizado ou não - teve, pela atitude antissindical da empresa, a liberdade de manifestação tolhida. Assim, a liberdade sindical é enfraquecida e há, portanto, violação desta. Esclarece-se, ainda, que existem facetas da liberdade sindical, de modo que sindicalizar-se livremente é apenas uma, ter representação que possa ser efetiva é outra³². Assim, quando a greve tem sua manifestação “esvaziada” por substituições, a liberdade sindical do trabalhador substituído é violada por reflexo, sendo correta a argumentação desenvolvida pelo recorrente nesse específico ponto. Ainda, define o julgado que os argumentos sobre violação ao direito à greve devem ser focados na proteção do art. 28.2 da CE, delimitando-se a questão à ocorrência de substituição interna e tecnológica prejudicial ao direito referido.

Assim, quanto à primeira forma de *esquirolaje*, aprecia-se existência de mobilidade interna ilegal na empresa. A Corte afirma que o direito do empresário de movimentação funcional é válido e protegido pela Constituição, entretanto, assevera que o *ius variandi*, utilizado durante greves pode ser abusivo/ inconstitucional³³. Esse entendimento é pacificado em jurisprudência de tribunais ordinários e julgados da Corte máxima desde os anos 90, sendo repisado desde lá. Consolida-se, dessarte, que nos conflitos entre o direito do empregado grevista (de greve) e os direitos da liberdade do empregador (de gerenciamento e continuidade da empresa) e até mesmo dos trabalhadores não grevistas (de continuar

de aplicación de determinadas consecuencias jurídicas a un relato de hechos probados, debiendo por ello entenderse subsumida esta vulneración en el ámbito propio del derecho de huelga.” **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017. Data: 2 fev de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.14. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

³² DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 41-47.

³³ “la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.” **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017. Data: 2 fev de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.15. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

desempenhando seu normal trabalho), vence o primeiro, pois, em um contexto de paralisação legítima, o referido *ius variandi* não pode anular a pressão legal do paredista. Assim, nem o empresário pode impor aos trabalhadores não grevistas a realização de tarefas dos que participam da paralisação e nem os não grevistas podem desempenhar as tarefas dos paredistas voluntariamente³⁴.

Faz-se mister, entretanto, provar que as funções dos grevistas tenham sido perpetradas por aqueles com tarefas diferentes das designadas de forma habitual. Esse é o ponto que se tem como prejudicial aos argumentos do sindicato, visto que as decisões anteriores no caso, verificando os *hechos probados*, estabeleceram que não se recorreu ao uso de trabalhador “*ex novo*” ou “designado de forma irregular”. Porém, frente aos argumentos do recurso, deveria haver no Tribunal Constitucional nova análise dos fatos ocorridos, no sentido de investigação interpretativa - conforme leis e Constituição - dos fatos já tidos como verdadeiros. Assim, o voto repassa o procedimento de transmissão durante um dia normal e o desenvolvido no dia da greve e decide - como os anteriores julgadores - que os trabalhadores que não apoiaram a greve tornaram possível transmitir o jogo sem desempenhar “funções diferentes daquelas que vêm desenvolvendo regularmente”, pois “o agente do controle central comutava sinais dentro de suas funções e o coordenador do “grafismo” tem entre suas tarefas gerar a “mosca””.

Rechazado o *esquirolaje interno*, passa o julgado a tratar, como último ponto, do inédito argumento levantado no Tribunal Constitucional. Fala-se do motivo principal para a Corte aceitar julgar o caso: a substituição dos trabalhadores por meios técnicos (tecnológicos/automatizados). Pretendeu-se verificar o cumprimento da legislação a partir da norma constitucional como uma possível extensora

³⁴ A regra abarca exceções, (as quais não se aplicam ao caso da *Telemadrid*) quais sejam; continuação de serviços essenciais à comunidade e serviços de segurança e manutenção da empresa, dos art. 10 e 6.7 do Real Decreto-Ley 17/1977, respectivamente. É preciso averiguar se os grevistas designados para tais tarefas, negaram-se a realizá-las e se são imprescindíveis à manutenção de serviços. Entretanto, mesmo nessas ocasiões, analisa-se se não há restrições demasiadas ao direito fundamental em conflito.

de abrangência³⁵, sendo nessa linha a argumentação do recorrente, requerendo a configuração da abrangência a partir da análise, por perspectiva principiológica do sistema, dos fatos ocorridos, intentando entendimento mais protetivo. Assim, o sindicato reafirma que o uso dos meios tecnológicos ocorreu de maneira não habitual, suplantando a falta dos grevistas, cometendo-se, portanto, afronta ao direito fundamental à greve e liberdade sindical. Quanto a esses fatos, o Colegiado interpretou de forma diferente: a aplicação tecnológica de forma não habitual não consiste em ilicitude, pois os meios tecnológicos - mesmo usados de forma não comum - existiam antes da greve ser convocada. Destarte, a utilização de setor, máquina, codificador e procedimento diferentes para a transmissão da partida não consiste em atitude empresarial de *esquirolaje*, ocorrendo simples exercício do poder de organizar os meios de produção disponíveis na empresa.

Nessa esteira, o TC rememora decisões que delineiam limites do direito de greve em si, intentando expor a necessidade de contraposição de normas para a extração da suposta melhor resposta ao caso. Promove, então, argumentação de que o empregador não pode, sob pena de afetar os trabalhadores não grevistas, cessar as atividades da empresa³⁶. Segundo essa lógica, configura-se abusiva a greve que não tenha “proporcionalidade e alguns sacrifícios mútuos”, pois sedimentou-se entendimento de que é necessário equilíbrio entre danos causados ao

³⁵ “En este sentido, resulta interesante resaltar que no existe en los ordenamientos de nuestro entorno ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende.” **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017. Data: 2 fev de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.20. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

³⁶ “La decisión de cierre ‘afecta no solo al personal conflictivo, sino también al personal pacífico, cuyos derechos y cuya libertad resultan gravemente lesionados’ (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22). De este modo, el mantenimiento de la actividad productiva durante la huelga, si de una parte es consustancial al ejercicio del derecho de huelga de los huelguistas, de otra es instrumental al del derecho al trabajo de los no huelguistas. En este sentido, hemos señalado también que no obstante la huelga, “deben adoptarse ... medidas de mantenimiento y preservación de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 20). **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017. Data: 2 fev. de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.21. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

empresário e danos assumidos pelos grevistas³⁷. Por fim, a Corte afirma que prevalece a “liberdade de trabalho” forte no art. 6.4 RDLRT³⁸ e conforme específicos julgados - como STC 37/1998 -, restando, a atitude empresarial analisada como não violadora de nenhum dispositivo constitucional, havendo simples exercício de poder de organização de forma regular.

3.2 Tramitação processual - o “Voto Particular” (voto vencido)

No intuito de obter variadas perspectivas sobre o caso, cabe investigar o “voto particular”. Esse voto dissidente - com relatoria do Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, aderido por mais dois julgadores - coloca-se como contrário em certos pontos trazidos no voto majoritário, sendo proveitosa sua análise. O complexo voto começa com um breve relato da causa, das argumentações e do voto majoritário, criticando-o desde sua forma e propondo-se a rebater, com fulcro nas decisões da Corte, a premissa de que os *hechos probados* são de “aceitação obrigatória” pelo TC. Ainda, refuta o entendimento do voto vencedor de que não houve atitude ilícita nas substituições, configurando, portanto, a ocorrência de *esquirolaje interno e tecnológico* e, por conseguinte, evidencia a violação à Constituição Espanhola.

O redator do voto afirma que houve omissão nas transcrições de julgados da Corte trazidas no voto majoritário e que houve “marginalização factual na identificação dos fatos comprovados pelas

³⁷ “Los daños producidos por la huelga ‘no pueden ir más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica’ (STC 72/1982, de 2 de diciembre, FJ 4). Y ello, porque, ciertamente ‘la huelga es un derecho de hacer sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital’ (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 20). **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.RECURSO DE AMPARO**. Sentencia 17/2017. Data: 2 fev de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.23. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2618>. Acesso em: 02 mar. 2018.

³⁸ “Se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga.” ESPANHA. **Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de Trabajo**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1977/BOE-A-1977-6061-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2018.

decisões judiciais”³⁹. Contrariando a conclusão da maioria, explana que o controle constitucional se efetua conforme a sujeição prescrita no art. 44.1, “b”, da LOTC, sem alterar os *hechos probados*. Salienta, assim, que essa sujeição não impede interpretação própria do relato fático conforme direitos e valores constitucionais, tampouco é capaz de vedar a revisão da valoração realizada pela instância inferior, a partir de uma perspectiva valorativa constitucional. Assim, a impossibilidade de alterar materialmente os *hechos probados* não deve determinar que o TC abdique dessa função protetiva dos direitos fundamentais⁴⁰.

Avança o “Voto Particular” referindo que há omissões de transcrição no voto vencedor, provando que as decisões tidas como referência para não visualizar o *esquirolaje interno* tiveram “cortes” imprescindíveis para o tema⁴¹, pois, nestas, ressaltava-se que a substituição interna “vertical” é ilícita. Tal fato é evidenciado no último parágrafo do ponto 5 (FJ5), que, como refere Dal-Ré, encerra a fundamentação jurídica da STC 123/1992⁴².

Nessa esteira, o voto volta-se à questão da conduta empresarial do ponto de vista comparativo de um dia normal e do dia da greve,

³⁹ “[...] marginación ésta que se concreta y materializa con el argumento empleado para obtener una pretendida justificación de la atribución de valor y verdad inconcusa e irrevocable que se hace a lo que se califican como hechos probados en el proceso.” de Tribunal Constitucional. Recurso De Amparo - Voto Particular. Data: 2 fev. de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo 2017. p. 04. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_007/2014-01168VPS.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁴⁰ “el juicio de constitucionalidad que compete al Tribunal consiente interpretar unos hechos como plenamente acreditativos de la lesión, si así fuera deducible, al margen de lo que se haya declarado en el proceso judicial en la proyección de esos mismos elementos fácticos sobre el derecho fundamental presuntamente violado. Ese margen de interpretación propia, cuando en juego estén presupuestos fácticos decisivos para enjuiciar la cobertura de un derecho fundamental, no es sino el resultado de la interpretación sistemática del art. 44.1 b) LOTC con la función jurisdiccional de tutela que a este Tribunal corresponde [arts. 53.2 y 161.1 b) CE], interpretación ésta que cumple la muy relevante finalidad de facilitar el control constitucional en aquellos procesos en los que lo fáctico, aun en los términos del relato histórico contenido en las resoluciones judiciales, plantea dudas en su proyección sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales comprometidos.”. Tribunal Constitucional. **Recurso De Amparo - Voto Particular**. Data: 2 fev. de 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p. 05. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_007/2014-01168VPS.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁴¹ Páginas 6 e 7 do Voto Particular trazem exemplos expressos dos cortes.

⁴² En consecuencia, desde la perspectiva de los principios constitucionales más arriba analizados, en su proyección sobre la situación concreta que es objeto de este proceso, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, sin que pueda ser incluida esta conducta entre las medidas empresariales que legitima el art. 37 de la Constitución. Tribunal Constitucional. **Recurso De Amparo - Voto Particular**. Data: 2 Fev De 2017. BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017. p.6. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_007/2014-01168VPS.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

percebendo como errado o entendimento de que houve uma única diferença na comparação: o sinal de transmissão que, ao invés de ser enviado do setor “continuismo”, foi enviado do “grafismo”. Esse entendimento seria parcial, visto que a principal diferença para o redator seria o uso de codificador diferenciado em cada situação. A utilização do codificador B, usado em “casos excepcionais” “*no se destina a canalizar con criterios ordinarios las emisiones televisivas*”, sendo uma diferença não atentada pelo voto majoritário, a qual, levando-se em detida consideração, altera totalmente o caso, pois, com isso, o trabalhador do “controle central” mandou sinal da transmissão para outro departamento que não deveria receber o sinal, mudando o procedimento justamente em razão da greve. Ainda, o voto particular reflete sobre o trabalhador que entende ter exercido função não habitual configuradora de *esquirolaje interno*, definindo que um superior hierárquico não pode substituir seus comandados em função não regular em momentos de greve⁴³, percebendo como nítida a violação ao artigo 28.2 da Constituição Espanhola, nesse mister.

Ademais, é possível e quiçá necessário realizar certas observações quanto ao caso, principalmente no que tange às diferenças de procedimento de transmissão em um dia normal e no dia da greve. O redator do voto particular cita ter dúvida no procedimento, porém não adentra ao ponto, dizendo ser situação de “menor importância”, deixando-a de lado, pois consegue contornar a situação verificando a ocorrência de *esquirolaje interno* por outra perspectiva. A dúvida é se os codificadores A

⁴³ “La simple lectura de este relato fáctico evidencia una certeza y pone al descubierto una duda. La certeza que expresa reside en que el trabajador que generó la “mosca” de Telemadrid, insertándola en la máquina sita en el departamento de grafismo, bien que “normalmente para otras funciones”, fue no ya y solo el responsable del departamento de grafismo sino, con mayor amplitud, la persona encargada de “controlar los departamentos que coordina, entre otros el de grafismo”. A partir de esta descripción, resulta palmario que este empleado ocupaba en aquel momento en Telemadrid un puesto de notable responsabilidad, pues supervisaba la ejecución de diversos departamentos, entre otros, aunque no solo, el de grafismo. La duda que suscita la mencionada narración fáctica es el modo de conciliar las funciones de responsable de una pluralidad de departamentos con la de efectuar un concreto y singular cometido, cual es el de generar la “mosca” en un solo de los departamentos que supervisa.” **Tribunal Constitucional. Recurso De Amparo - Voto Particular**. Data: 2 Feb De 2017. Boe Núm. 59, De 10 De Marzo De 2017. P. 10. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_007/2014-01168VPS.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

e B são ativados de ofício pela Abertis, empresa responsável. A questão, na verdade, reforça a ocorrência de substituição interna, mostrando que o trabalhador do “controle central” - que não aderiu à greve - realizou função diferente no dia da paralisação, pois quando do envio do sinal do setor “continuismo” ao codificador A, este é ligado de imediato. Entretanto, no dia da greve, o envio foi realizado ao codificador B, sendo necessário que esse empregado pedisse à Abertis ativação desse codificador que não é automaticamente ativado quando do envio do sinal até ele.

Tal ponto ainda mostra que o uso de meios tecnológicos - mesmo que existentes anteriormente à greve - violou o direito à greve dos trabalhadores, pois o Codificador B deve transmitir somente em casos excepcionais, como por exemplo, quando o Codificador A falha. Entretanto, o B deve transmitir o que o A está transmitindo e não sinal diferenciado. Isso evidencia alteração procedimental no dia da greve e, pelo que enunciou o TC em seu voto majoritário (e em todas as suas decisões anteriores), essa alteração de procedimento é contrária ao direito à greve, sendo uma atitude empresarial abusiva. Ainda, argumentação mais forte quanto à ocorrência de *esquirolaje tecnológico* é a verificação de que a máquina usada para envio de sinal com a narração para o setor de colocação da “mosca”, a máquina geradora da “mosca”, a máquina de envio do sinal com a “mosca” e, por fim, a máquina de envio do sinal pronto para o codificador foram, todas elas, usadas de forma não habitual. Ocorre *esquirolaje tecnológico* mesmo se todas as máquinas envolvidas no procedimento sejam capazes de fazê-lo de forma diferente, pois resta claro que aquelas máquinas não eram utilizadas daquela forma habitualmente. Toma-se por exemplo a máquina do setor “grafismo”: ela nunca recebe do “controle central” o sinal de transmissão com a narração para colocar a “mosca”, assim, ela fora usada de forma não habitual, apesar de, obviamente, ser capaz de realizar a tarefa. Por fim, refere-se que pela análise dos *hechos probados* é impossível verificar perfeitamente como precisamente é o uso dessas máquinas, ou seja, mostra-se relapsa a

verificação da ocorrência de *esquirolaje tecnológico*, apesar do pretendido pelos julgadores.

Dessarte, frente ao todo, verifica-se uma fraca argumentação judicial para não verificação de *esquirolaje tecnológico* no caso. Parece simples notar que a lógica configuradora da substituição de trabalhadores deve ser a mesma agora na identificação de *esquirolaje tecnológico*, pois na evolução jurisprudencial - como mostra a própria decisão do Tribunal Constitucional - primeiramente ocorreu *esquirolaje externo* e depois fora necessária a criação da proteção contra *esquirolaje interno*. Nesse sentido é possível verificar, já agora, a ocorrência de algo como *esquirolaje tecnológico* “interno”, com a utilização de meios técnicos já existentes antes da greve, porém utilizados de forma não habitual, assim como um trabalhador que por ocasião da greve, desempenha função diferente, suplantando as funções do grevista, que tem, assim, sua liberdade e seu direito à greve esvaziados. Além disso, sobre essa nova modalidade de substituição, o voto particular tece algumas considerações válidas de menção atentando-se ao novo mundo do trabalho, ressaltando as mudanças das relações laborais e as novas tecnologias ao criticar a perda da oportunidade do TC de se manifestar de forma qualificada sobre o tema, mesmo já tendo referido que a matéria seria inédita na Corte e relevante ponto de exame.

Nessa esteira, após o esposado, afirma-se que o descaso referido permite perigoso cenário que evidencia a fraqueza da proteção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da situação do trabalhador frente às potencializações que a tecnologia dá ao poder do empregador e as possíveis potencializações também às violações ao direito do trabalhador. Portanto, há forte necessidade de reflexão sobre o futuro, para que o ritmo dessa evolução tecnológica não retire a reação da proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Diante disso e da tendência legislativa e jurisprudencial que toma conta das diversas áreas do direito (e

principalmente do Direito do Trabalho)⁴⁴, é preciso uma coordenada reflexão e reação da comunidade internacional – com fulcro nos princípios e estudos desenvolvidos pela OIT e órgãos de observação/controlado do Direito do Trabalho em nível internacional e na doutrina/academia de “resistência” - para a fundamentação dos direitos dos trabalhadores como direitos humanos, permitindo que se fortaleça e se renove essa faceta dos direitos humanos, tão basilar na vida em um sistema econômico como o atual.

Conclusão

À guisa de concluir - tendo como diretriz a ideia do Direito do Trabalho como Direito Humano - observa-se, após a análise da decisão do Tribunal Constitucional Espanhol sobre a validade do *esquirolaje tecnológico*, que se faz mister a afirmação do conteúdo das normas de Direito do Trabalho propostas pela comunidade internacional, visto que decisões como a estudada são perigosas no sentido de abrir oportunidades para que a classe patronal tenha cada vez mais força no debate com a classe trabalhadora em momentos de maior tensionamento de suas relações. Assim, verifica-se que, na esteira do “Voto Particular”, o TC permite a vilipêndia ao direito à greve e à liberdade sindical, porque minimiza a ideia da posição mais vulnerável do trabalhador, não operando sua primordial função de proteção aos direitos fundamentais mediante análise constitucional detida dos *hechos probados* e das normas aplicáveis. Dessarte, o voto dissidente frisou a falta de observância das características de configuração do *esquirolaje interno* e o descaso para com a identificação da nova modalidade de substituição de trabalhadores em greve, o *esquirolaje tecnológico*. Nesse sentir, a decisão, ao desconsiderar a ideia da norma constitucional, esvaziando-a, inverte a lógica da proteção intrínseca

⁴⁴ FERREIRA, António Casimiro, A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais [Online]*, 95 | 2011. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4417>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

à sistemática jus laboral, pois o direito de greve não se limita ao seu exercício no sentido estrito, abrangendo atos empresariais que visem diminuir os efeitos do direito como um todo.

Ainda, nota-se que, mesmo em um país como a Espanha (com tradição de força sindical, qualificado Direito do Trabalho e atenção especial ao direito coletivo) essa decisão acaba por retirar a força até do mais bem organizado e efetivo sindicato, pois diminui o poder de barganha da greve, enfraquecendo a principal moeda de troca do trabalhador em uma negociação coletiva. Ademais, observa-se que a mudança de entendimento da Corte Constitucional sobre substituição de grevistas chama atenção à tendência temerária de flexibilização das normas laborais mais fundamentais, a qual ganha força no mundo nos últimos anos. O direito à greve, no julgado, fora relegado à posição inferior a outros direitos cotejados, como o direito de liberdade empresarial, por exemplo. Isso se evidencia quando a Corte Máxima espanhola transfigura a interpretação de suas funções, de julgados e da essência de determinados direitos fundamentais.

Do exposto, ao fim do estudo, notas tristes são registradas, pois a sistemática do Direito do Trabalho é impossibilitada sem efetiva realização do Direito Coletivo do Trabalho, o qual só é viabilizado com amplo direito à sindicalização, existência real de sindicatos, de sua efetiva atividade, promovida principalmente pela negociação coletiva e pela greve. No Brasil, ainda se está muito atrás da Espanha no sentido de organização sindical e liberdade efetiva, visto que não é acolhida a principal convenção sobre liberdade sindical da OIT, a de nº 87. Sendo assim, é com temor de significativa destruição de direitos coletivos do trabalho no país que se destaca a decisão examinada. Nessa lógica, os institutos do Direito Coletivo do Trabalho aqui verificados dão condições ao trabalhador para dialogar verdadeiramente com a classe patronal, permitindo uma real negociação que dirima ou amenize conflitos, acomodando realidades e interesses legítimos diversos. Entrementes, as notas tristes ressaltadas têm de servir de alerta ao Brasil, para que não se repitam erros ocorridos na decisão em

tela, os quais refletem tendência de enfraquecimento do Direito Coletivo a partir da retirada de força do direito à greve em conflitos normativos semelhantes, ou reformas legislativas extremadas.

Por derradeiro, o saldo do estudo parece positivo, entendendo que reflexões diversas ocorreram com o fim de análise do estado do direito no Brasil e na Espanha, visando sempre uma melhoria dos direitos laborais, assegurando os direitos constitucionais e humanos em ambiente de tendências flexibilizadoras destes - de extrema velocidade da transformação tecnológica das relações laborais focadas no viés econômico - para que se pense no futuro, com o intuito de antever e amenizar situações adversas à efetividade e à eficácia desses direitos.

Referências

BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)].Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm>. Acesso em: 01 maio 2018.

CASTILLO, Santiago Pérez Del. **O direito de greve.** 1. ed. São Paulo: LTr,1994.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho.** 1 ed. São Paulo: LTr, 2001.

ESPAÑA. **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.** Disponível em: < <https://boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-15936-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 jun. 18.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23709-consolidado.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2018.

ESPAÑA. **Constitución Española.** Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 jun. 18.

ESPAÑA. **Ley del Estatuto de los Trabajadores**. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf>>. Acesso em 05 jun. 18.

ESPAÑA. **Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de Trabajo**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1977/BOE-A-1977-6061-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 jun. 18.

ESPAÑA. **Tribunal Constitucional**. Recurso De Amparo - Voto Particular. Data: 2 fev de 2017. BOE núm. 59, de 10 mar. 2017. Disponível em:<https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_007/2014-01168VPS.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

ESPAÑA. **Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social**. Recurso de Suplicación 3623/12. Sentencia nº 777/2012, de 23 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-social-n-1350-2012-tsj-andalucia-sala-social-sec-1-rec-1813-2011-19-04-2012-619331>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

FERREIRA, António Casimiro, A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais [Online]**, 95 | 2011. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4417>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

FINCATO, Denise; MATTE, Maurício; GUIMARÃES, Cintia. **Direito e tecnologia: Reflexões sociojurídicas**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

HANSENNE, Michael. **A Liberdade Sindical**. São Paulo: LTR, 1993.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

OIT. Princípios do comitê de liberdade sindical referentes a greves. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_231057.pdf>. Acesso em: 24 maio 2018.

PELBART, Peter Pál. Vida capital. **Ensaio de biopolítica**. São Paulo: Iluminuras, 2011.

ROJO Y NEGRO. **Rojo y negro 239 - octubre 2010**. Disponível em: <<http://www.rojoynegro.info/publicacion/rojo-negro-239-octubre-2010>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

RUSSOMANO, Victor Mozart. **Princípios gerais de Direito Sindical**. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense.

URIATE, Oscar Ermida. **A Proteção Contra Os Atos Anti-Sindicais**. LTR. 2001.

Limites biológicos, biotecnologia e transumanismo e seus impactos nas relações de trabalho

Vinícius Lima Marques *

Introdução

O desenvolvimento tecnológico está alterando substancialmente a forma pela qual a prestação do trabalho se revela, notadamente a partir da Revolução Industrial 4.0, a chamada revolução tecnológica. As modificações no cenário econômico e laboral desaguardam em taxas de desemprego significativas. O mercado de trabalho não está preparado para lidar com a concorrência entre os trabalhadores pelas melhores vagas de trabalho, mormente em razão do desenvolvimento da automação das atividades outrora exercidas pelo capital humano, mas especialmente pelo desenvolvimento da inteligência artificial, da tecnologia da informação e da biotecnologia, todos aplicáveis às relações laborais.

Além da modificação deflagrada no meio produtivo laboral, a tecnologia desenvolvida é capaz de instituir uma revolução, inclusive para superar os limites biológicos do ser humano no exercício da atividade laboral, alterando sua condição humana com modificação dos corpos e mentes (o transumanismo). Surge, assim, a pílula da inteligência, lentes de contato inteligentes, óculos conectados à internet e até mesmo chips

* Advogado e consultor jurídico. Mestrando na PUCRS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho e Sindicalismo, na PUCRS. Contato: viniciuslimamarques@gmail.com.

cerebrais¹. À míngua de oportunidades de trabalho protegido e atentos à era do desempenho, os trabalhadores experimentam as inovações tecnológicas sem, ao certo, perceberem as consequências da sua utilização e os impactos à sua saúde, à sua vida e ao contexto social em que vivem. De outro lado, buscando o controle da atividade produtiva, muitos empregadores implementam a utilização de tecnologia acoplando-a ao corpo dos trabalhadores com potencial violação da sua privacidade.

O presente estudo, sem adentrar nos aspectos religiosos e filosóficos relacionados aos transumanismo, fará uma singela reflexão a respeito do impacto que a biotecnologia aplicada ao transumanismo poderá causar ao trabalhador, notadamente o potencial de violação da sua saúde e sua privacidade, a partir de revisão bibliográfica, por meio dos procedimentos histórico, estruturalista e funcionalista, utilizando-se a interpretação sistemática pelo método de abordagem hipotético dedutivo.

1 Tecnologias disruptivas e o trabalho humano

A história do desenvolvimento econômico e tecnológico e o crescimento concomitante da civilização são apropriadamente vistos com admiração, como a conquista mais gloriosa da humanidade. Graças ao acúmulo gradual de melhorias ao longo dos últimos anos, grande parte da humanidade foi libertada do analfabetismo, baixas expectativas de vida, taxas alarmantes de mortalidade infantil, doenças horríveis suportadas sem paliativos e escassez periódica de alimento e água. A tecnologia, nesse contexto, não significa apenas objetos, mas inclui tudo que instrumentalmente seja útil, sem prejuízo dos sistemas que foram deliberadamente criados².

E nesse passo, em que também as relações de trabalho são fomentadas pela tecnologia contemporânea, é possível que haja a

¹ Apenas a título exemplificativo. Diversas outras formas de adaptação do ser humano para o trabalho vem sendo lançadas e/ou estudadas.

² Disponível em: www.ierfh.org/br.txt/ValoresTranshumanistas2005.html, acessado em 05/12/2019, às 17h54min.

desconstrução de direitos sociais e outros inerentes à pessoa humana, com grandes impactos sociais, tais como desemprego e desigualdade, em decorrência dos novos modelos produtivos, inaugurando-se, a partir daí, relevante debate sobre as dimensões da subordinação e da configuração do trabalho.

O exercício da atividade laboral do século XXI tem na sua essência o uso da tecnologia. O ser humano *inventa* para expandir seus poderes, superar suas limitações físicas, tornar seu trabalho mais fácil e sua vida mais agradável.

Por tecnologia não se compreende apenas a fonte ou o meio de trabalho, mas também como extensão do homem³, que passou a ter suas atividades modificadas com o advento da Revolução Industrial, em que o esforço físico e o trabalho braçal reduziram, dando margem às máquinas de operação constantes com impacto direto na forma da produção de riqueza e na relação de trabalho.

A compreensão que resulta desse fenômeno é a possibilidade e a capacidade, oriunda da tecnologia, de que entidades (indivíduos ou organizações) compartilhem o uso de um bem/ativo físico, ou compartilhem/prestem um serviço, em um nível e eficiência que, até então, era muito mais baixo ou talvez impossível⁴.

Basicamente, ocorre uma nova tecnologia quando proporciona o surgimento de serviços ou produtos inovadores no mercado, gerando efeitos de mudança e de ruptura nos padrões e modelos já estabelecidos. A evolução tecnológica reflete uma das maiores contradições do capitalismo, precisamente quando a tecnologia é utilizada para substituir mão de obra, na medida em que o trabalho é capital e única energia capaz de produzir valor⁵.

³ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 61.

⁴ SCHWAB, Klaus. Título original: **The Fourth Industrial Revolution**. Traduzido por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 146.

⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Impactos da Tecnologia no Mundo do Trabalho, no Direito e na Vida do Juiz. In: PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Coord. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação da mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e sociais**. São Paulo: LTr, 2017, p. 44.

O desenvolvimento tecnológico e o contato dos trabalhadores com a tecnologia promovem inúmeras mudanças no trabalho, na rotina e nas habilidades dos indivíduos, proporcionando uma mudança de paradigma na existência das pessoas, potencialmente desenvolvendo o trabalho⁶. A tecnologia passaria a ser uma prolongação do corpo das pessoas⁷. Corroborando tal significado, a Nokia realizou estudo que demonstra que os americanos checam seus smartphones mais que cento e cinquenta vezes por dia, ou seja, uma vez a cada seis minutos e meio⁸. A biotecnologia e tecnologia da informação proporcionarão controle sobre o mundo interior na medida em que permitirão arquitetar e fabricar a vida⁹.

Percebe-se que a tecnologia muda significativamente o modo como vivemos nossas vidas. Amy Colbert¹⁰ destaca que “estamos no início de uma excitante transformação no trabalho, nas práticas de trabalho e nos locais de trabalho. As competências digitais da força de trabalho e as formas como as tecnologias são utilizadas continuam se desenvolvendo e mudando”¹¹.

Dentre essas, novas formas de comunicação e iteração pelo computador, celular e internet mantém o trabalhador conectado o tempo inteiro, a qualquer momento e em qualquer lugar. Torna-se o trabalho o único valor socialmente relevante, dada a prioridade que alcança frente a outros valores¹², o que é bastante maléfico para a condição humana, ainda que a evolução seja divulgada como privilégio e facilidade¹³.

⁶ COLBERT, Amy; YEE, Nick; GEORGE, Gerry. **The Digital Workforce and the Workplace of the Futurer. From Academy of Management Journal**, 2016, Vol. 59, nº 3, 731-739, p. 2.

⁷ MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 60.

⁸ COLBERT, Amy; YEE, Nick; GEORGE, Gerry. **The Digital Workforce and the Workplace of the Futurer. From Academy of Management Journal**, 2016, Vol. 59, nº 3, 731-739, p. 1.

⁹ HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 26.

¹⁰ COLBERT, Amy; YEE, Nick; GEORGE, Gerry. **The Digital Workforce and the Workplace of the Futurer. From Academy of Management Journal**, 2016, Vol. 59, nº 3, 731-739, p. 8.

¹¹ Tradução livre a partir do texto: We are at the beginning of an exciting transformation of work, work practices, and workplaces. The digital competencies of the workforce and the ways in which technology are used in the workplace will continue to develop and change.

¹² A França, por exemplo implementou medida legal para vedar que os trabalhadores respondam e-mails ou mensagens referente a execução de serviços fora do horário de trabalho. Chama-se, direito a desconexão.

¹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Impactos da Tecnologia no Mundo do Trabalho, no Direito e na Vida do Juiz. In: PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Coord.

A atividade de lazer, outrora reservada aos momentos em que o indivíduo não trabalhava, adentra o expediente através da conexão à Internet para atividades diversas como o compartilhamento de conteúdo em redes sociais. A atividade de trabalho, por sua vez, poderá invadir os momentos de lazer, tendo em vista que, por exemplo, e-mails profissionais chegam ao conhecimento do trabalhador a qualquer momento pelos seus dispositivos móveis.

Afora isso, o modelo de trabalho da modernidade alterou. Enquanto no século passado o trabalho era primordialmente realizado pelo esforço físico, hoje é realizado pelo intelecto. Assim, enquanto antes era fácil manter o foco no labor dentro dos portões da empresa, atualmente os problemas de trabalho ultrapassam as barreiras da jornada laboral, notadamente ante a hiperconexão e ao aspecto mental¹⁴.

Existe, também, atualmente, uma enorme quantidade de dispositivos eletrônicos, que permitem a videovigilância, audiovigilância, geolocalização, controle das comunicações eletrônicas, controle através das redes sociais, das mensagens instantâneas, dos dados biométricos que permitem monitorizar, virtualmente, todos os aspectos da vida profissional, assim como a vida extraprofissional, e mesmo, por vezes, a vida íntima dos trabalhadores¹⁵.

Com a tecnologia avançada “dá-se a liberdade” para controlá-la ainda mais, a exemplo do teletrabalho, que se trata de uma forma de trabalho

Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação da mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e sociais. São Paulo: LTr, 2017, p. 46.

¹⁴ Nesse sentido, DE MASI, 2010, p. 40: “(...) a grande maioria dos trabalhadores é composta de empregados, profissionais liberais, gerentes, dirigentes, knowledge workers cuja produção intelectual nada tem a ver com a quantidade de horas passadas no escritório ou com o decrépito e desencorajador ritual dos cartões de ponto e das portas e cancelas militarmente guardadas. O servente pedreiro descrito por Marx parava completamente o trabalho assim que soava a sirene e ia embora, procurando não pensar mais no serviço até o dia seguinte. De um lado da cancela estava o trabalho; do outro lado, o tempo livre, tanto mais livre quanto mais forçado era o trabalho. O ‘colarinho branco’ da empresa pós-industrial – o projetista, o publicitário, o gerente, o programador, o jornalista – emprenhado em funções sobretudo cerebrais, leva consigo preocupações do escritório, mesmo fora da empresa, até no sono, no amor e no divertimento. Falar de horário, no seu caso, é um contra-senso, porque seu cérebro trabalha *full time*”.

¹⁵ MOREIRA, Teresa Coelho. O Controle dos Trabalhadores através de Sistemas de Geolocalização. In: PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Coord. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano:** a intermediação da mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e sociais. São Paulo: LTr, 2017, p. 56.

descentralizado, em que os limites existentes entre o local no qual é desenvolvido, casa, escola, lazer, não são mais nítidos e, mormente, as condições ganharam novos entornos, inclusive com a transformação do tempo de descanso, pois se transforma em tempo produtivo¹⁶.

A tecnologia incorpora-se às transformações das sociedades, remodelando-a em ritmo acelerado e traçando a história e o destino social¹⁷ tornando inexorável à participação na sociedade, inclusive laboral, a adesão aos novos elementos tecnológicos disponíveis. As organizações empresariais demandam trabalhadores que tenham domínio das tecnologias para desempenho da atividade laboral¹⁸.

2 A biotecnologia e o transumanismo: os melhoramentos da condição humana para o exercício do trabalho

A partir desse paradigma de adequação do trabalhador às novas necessidades do exercício da atividade laboral, a biotecnologia se desenvolve transmutando o paradigma humano necessário para encaixe dos trabalhadores nos postos de trabalho existentes.

A biologia humana é ambígua na medida em que confere aos seres humanos capacidades de alta complexidade, tais como linguagem e raciocínio e, de outro lado, impõe limites ínsitos à característica humana, tais como deficiências, doenças e morte¹⁹.

Por definição, a biotecnologia se relaciona ao desenvolvimento e manipulação de seres vivos para uso e ganho humano. Significa aplicação de biologia para a avanços que podem modificar os paradigmas da

¹⁶ VASCONCELOS, Antônio Gomes de; VALENTINI, Rômulo Soares; NUNES, Talita Camila Gonçalves. *In*: PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Coord. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação da mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e sociais**. São Paulo: LTr, 2017, p. 90 – 96.

¹⁷ CASTELLS, M. 1999. **La Era de la informacion: economia, sociedad y cultura**. Mexico: Siglo Veintiuno Editores, 1999.

¹⁸ SAKO, Emília Simeão Albino. **Trabalho e novas tecnologias: direitos on-line, ou direitos de 4ª geração**. São Paulo: LTr, 2014, p. 32.

¹⁹ VILAÇA, Murilo Mariano; PALMA, Alexandre. Limites biológicos, biotecnociencia e transumanismo: uma revolução em saúde pública? **Revista Comunicação Saúde Educação**. v. 16, nº43, p. 1025-38, out/dez. 2012, p. 1026.

existência humana²⁰ por intermédio de medicamentos, manipulação de células-tronco, aplicações aquáticas, agricultura ou indústria. Geralmente é definida como a manipulação de microrganismos para executar determinados processos especialmente relacionados com a engenharia genética. O procedimento geralmente envolve a transferência de genes de uma entidade viva para outra, ou para um composto sintético, usando a avançada tecnologia de DNA recombinante. Abrange qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados, para criar, fabricar, modificar ou adaptar plantas, produtos, bens, animais ou processos para uso específico²¹.

Recentes avanços biotecnocientíficos são capazes de revolucionar os modos como a vida humana é compreendida, manipulada e promovida, aguçando, sobremaneira, a imaginação sobre o aperfeiçoamento humano²². A revolução da tecnologia da informação e da biotecnologia pode reestruturar os corpos e mentes humanas proporcionando o poder de manipular o interior e mesmo remodelar o ser humano com a projeção de cérebros, elasticidade da duração da vida ou mesmo eliminação de pensamentos²³.

Ainda que qualquer ser vivo tenha limites biológicos, o ser humano é o único que os problematiza criando meios para contorná-los ou, no limite, superá-los, levando-nos ao transumanismo.

Transumanismo, assim, é um movimento intelectual que visa transformar a condição humana mediante o desenvolvimento de tecnologias amplamente disponíveis para aumentar consideravelmente as capacidades intelectuais, físicas e psicológicas humanas. O que impele a filosofia transumanista é a erradicação de qualquer forma de sofrimento causado por doenças, pelo envelhecimento ou mesmo pela morte. O

²⁰ A esse respeito, ver a série “Seleção Artificial”, Netflix.

²¹ Disponível em: <https://luizfernandomonteiro.jusbrasil.com.br/artigos/776646404/0-que-e-lei-de-biotecnologia?ref=serp>, acessado em 05 dez. 2019, às 18h43min.

²² VILAÇA, Murilo Mariano; PALMA, Alexandre. Limites biológicos, biotecnociencia e transumanismo: uma revolução em saúde pública? *Revista Comunicação Saúde Educação*. v. 16, nº43, p. 1025-38, out/dez. 2012, p. 1027.

²³ HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o século 21*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 25 e 26.

objetivo é alcançar as máximas potencialidades em termos de desenvolvimento humano. A tese mais comum é que os seres humanos serão capazes de se transformar em diferentes seres com habilidades tão grandemente expandidas a partir da condição natural, de modo a merecer o rótulo de pós-humano, deixando em segundo plano a evolução biológica²⁴.

Os transumanistas creditam à biotecnociência o poder de melhorar a vida humana, ainda que leve a uma tendência pós-humana, defendendo um amplo desenvolvimento da biotecnologia²⁵.

O termo transumanismo foi criado pelo biólogo britânico Julian Huxley, irmão do escritor Aldous Huxley, em 1957. Huxley definia este conceito como “homem continuando homem, mas transcendendo, ao perceber novas possibilidades de e para sua natureza humana”. Os ideais transumanistas se fundamentam, basicamente, em dois pilares: o primeiro deles seria o combate ao envelhecimento e, em consequência disso, a morte; o segundo, é o que trata a simbiose entre orgânico e cibernético como o próximo passo da evolução humana²⁶.

A Declaração Transumanista, espécie de manifesto da Associação Transumanista Mundial (ATM), movimento criado em 1998, faz ferrenho apelo ao desenvolvimento tecnológico aplicado na superação dos limites humanos. “Nós acreditamos que o potencial humano ainda permanece majoritariamente incompreendido”, afirma um dos tópicos, e “há inúmeros possíveis cenários que nos levam à maravilhosa e valiosa condição humana aprimorada”²⁷.

As crenças, esperanças, expectativas e os investimentos que vemos são significativos no que diz com a centralidade da saúde, tanto na política contemporânea, quanto na economia e na ética. Talvez os benefícios da

²⁴Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Transumanismo>

²⁵VILAÇA, Murilo Mariano; PALMA, Alexandre. Limites biológicos, biotecnociência e transumanismo: uma revolução em saúde pública? **Revista Comunicação Saúde Educação**. v. 16, nº43, p. 1025-38, out/dez. 2012, p. 1027.

²⁶Disponível em: <https://canaltech.com.br/ciencia/transumanismo-e-o-uso-da-tecnologia-para-aprimorar-a-condicao-humana-49223/>, acessado em 05 dez. 2019, às 20h10min.

²⁷Disponível em: <https://canaltech.com.br/ciencia/transumanismo-e-o-uso-da-tecnologia-para-aprimorar-a-condicao-humana-49223/>, acessado em 05 dez. 2019, às 20h10min.

biomedicina “*high tech*” servirão para muitos, ao contrário do que pensam alguns. Sem dúvida, quando alguns desses avanços forem traduzidos para a clínica, as possibilidades médicas vão parecer rotina e não haverá tanta polêmica, como ocorre com a fertilização *in vitro* hoje. Bom lembrar que antigamente havia acirrados debates sobre os chamados pela mídia da época de “*bebês de proveta*”, em decorrência do nascimento de Louise Brown, primeiro bebê originado a partir de inseminação artificial no mundo, nascida na Grã-Bretanha em 25 de julho de 1978²⁸.

Fato é que a humanidade sofrerá interferência profunda da tecnologia em um futuro, que parece muito próximo, notadamente com a possibilidade de ampliação da capacidade humana e na superação de “defeitos” que levarão invariavelmente à autossuperação, à mudança e ao progresso.

De maneira mais geral, os transumanistas são a favor de uma atitude pragmática e uma abordagem construtiva de resolução de problemas para desafios, preferindo métodos que a experiência diz de antemão produzirem bons resultados. Para os transumanistas é melhor tomar a iniciativa de “*fazer algo a respeito*” em vez de ficar sentado reclamando. Este é um sentido em que o transumanismo é otimista²⁹.

Tal conduta, tem levado a algumas distorções pela sociedade em geral. Veja-se, por exemplo, o caso dos medicamentos para transtorno de atenção e hiperatividade que, na maioria das vezes, são receitados para aprimorar a concentração de pessoas saudáveis. Nesse sentido, ROSE nos ensina:

Recentemente o foco mudou para a “melhoria cognitiva” – fármacos que melhoram as funções mentais. Harry Tracey, editor da *NeuroInvestment*, um site que oferece informação acerca de companhias que desenvolvem novas drogas, células e terapias genéticas para doenças do sistema nervoso central e

²⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, Wagner Lafaiete de. Bioconservadorismo e Transhumanismo: a questão do melhoramento humano através das biotecnologias. **Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Instituto de Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia (POSFIL/IFILO/UFU)**, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia. 2018.

²⁹ Disponível em: www.ierfh.org/br.txt/ValoresTranshumanistas2005.html

periférico, é mundialmente citado por calcular, em 2004, que pelo menos 40 drogas que aumentam o potencial cognitivo estavam em desenvolvimento clínico naquele momento⁹. Ritalina, um estimulante, já é usado em larga escala nos Estados Unidos por estudantes que não foram diagnosticados com TDAH (Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade); a droga Provigil, da Cephalon, foi desenvolvida para o tratamento de problemas do sono, mas também pode aumentar a atenção e a energia mental; além de drogas inicialmente desenvolvidas para o tratamento de perda de memória devido à idade, a danos cognitivos leves e para o tratamento inicial de Alzheimer, que podem ser usadas “sem receita” para melhorar a memória³⁰.

As novas ferramentas tecnológicas prometem inovar, mas não só. Com o advento da possibilidade de serem hábeis à intervenção no corpo, a partir de fármacos e procedimentos que conseguem interferir em aspectos cognitivos, pensar em projetos de melhoramento humano deixou de ser utopia e passou a ser algo viável e bastante próximo.

Na história, a busca por modos de promover melhorias no aparato físico e cognitivo da espécie humana sempre esteve presente com o objetivo de enriquecer e aprimorar seu funcionamento mais elementar. Quanto mais os aparatos físicos e cognitivos são exercitados, melhor eles funcionam. Desta feita, um conceito inicial e abrangente de melhoramento humano seria algo no sentido de: melhoramento humano é o aumento e tonificação de alguma capacidade presente no aparato funcional humano, seja ele físico ou cognitivo, através de qualquer prática que promova tal coisa. Com a evolução da genética, das “bio” e nanotecnologias, novas formas mais radicais e pouco ortodoxas de intervenção nos aparatos físico e mental do ser humano vêm se tornando a cada dia mais presentes. Em muitos casos, tais tecnologias buscam promover o aumento das capacidades humanas³¹.

³⁰ ROSE, N. (2010). A biomedicina transformará a sociedade? O impacto político, econômico, social e pessoal dos avanços médicos no século XXI (E. R. P. Martins, Trad.). *Psicologia & Sociedade*, 22(3), p. 634.

³¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Wagner Lafaiete de. Bioconservadorismo e Transhumanismo: a questão do melhoramento humano através das biotecnologias. *Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Instituto de Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia (POSFIL/IFILU/UFU)*, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia. 2018, p. 16.

Dada a limitação natural da condição humana, a biotecnologia com foco no transumanismo é ordinariamente chamada a superar essas limitações. Mas esse debate está só iniciando, pois mesmo os biocientistas ainda não estão totalmente convencidos dos benefícios da transmutação humana. A ala dos bioconservadores ainda debate sobre os problemas da ausência de regulação e, especialmente, sobre as consequências ainda desconhecidas e de longo prazo na adesão das modificações das condições naturais humanas. No que deve, afinal, consistir a natureza humana? Qual seria a normalidade biológica? Sem prejuízo, defendem que a implementação de melhoramentos da condição humana levará, sem dúvida, a um abismo social ainda mais significativo, tendo em vista a criação de uma raça superior, restrita àqueles com condições financeiras.

A Declaração Transumanista referenda que a formulação de políticas deve ser guiada por uma visão moral responsável e inclusiva, levando a sério tanto as oportunidades como os riscos, respeitando a autonomia e os direitos individuais e mostrando solidariedade e preocupação com os interesses e a dignidade de todas as pessoas ao redor do mundo. Deve-se também considerar as responsabilidades morais em relação às gerações que existirão no futuro³².

O transumanismo é a superação e a substituição da natureza humana pelas biotecnologias. O acesso a essas tecnologias se torna um direito individual, porque elas permitem que se alcance uma vantagem. Ao se tornar um direito humano, a tecnologia – o artifício – é humanizada, socialmente integrada em nossa concepção evolutiva do homem. Assim, ao afirmar a existência de um "direito de pôr um filho no mundo que não seja afetado pela doença", o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos integrou as técnicas de seleção genética na definição do homem: o

³² A Declaração Transumanista foi originalmente criada em 1998 por um grupo internacional de autores: Doug Baily, Anders Sandberg, Gustavo Alves, Max More, Holger Wagner, Natasha Vita-More, Eugene Leitl, Bernie Staring, David Pearce, Bill Fantegrossi, den Otter, Ralf Fletcher, Tom Morrow, Alexander Chislenko, Lee Daniel Crocker, Darren Reynolds, Keith Elis, Thom Quinn, Mikhail Sverdlov, Arjen Kamphuis, Shane Spaulding e Nick Bostrom. Esta Declaração Transumanista foi modificada ao longo dos anos por vários autores e organizações. Foi adotado pelo Conselho da Humanity em março de 2009) <https://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-declaration/>

eugenismo se torna, assim, um componente da natureza humana aumentada. É um direito trans-humanista³³.

É inquestionável que, na atualidade, o perfil genético³⁴ é um verdadeiro “meio de identificação da pessoa física”³⁵. Por seu caráter intergeracional, constitui, inclusive um meio de identificação de informações genéticas dos parentes da pessoa cujo mapeamento genético foi efetivado. Tomar conhecimento do perfil genético de uma pessoa é, sem dúvida, conhecer sua história genética e de seus ascendentes, descendentes e outros familiares, de modo que a disponibilidade de informações que sobre ela recai diz respeito não só ao indivíduo manipulado.

Todo esse desenvolvimento biotecnológico já possui reflexos nas relações de trabalho na medida em que são utilizados para o exercício da atividade laboral. Nesse sentido, já se encontram disponíveis lentes de contato inteligentes que dão zoom num piscar de olhos³⁶, pulseira inteligente que promete fazer o braço funcionar como tela de celular³⁷, celulares poderão ser implantados no corpo humano a partir de 2023³⁸, óculos de leitura conectados à internet³⁹, chips cerebrais que tornam as

³³Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/170-noticias/noticias-2014/537278-dos-direitos-humanos-aos-direitos-pos-e-trans-humanistas>: reportagem de é de **Flore Thomasset**, publicada no jornal **La Croix**, 31-10-2014. A tradução é de **Moisés Sbardelotto**, em que **Gregor Puppink**, doutor em direito e diretor do **Centro Europeu para a Lei e Justiça** explica como o transumanismo influencia os direitos humanos.

³⁴Cogita-se, inclusive, a viabilidade de criação da “carteira genética”, de modo que a “carteira de identidade poderá incluir um código de barra que expresse o genoma do portador” (BARCHIFONTAINE, Christian de Pau).

³⁵OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85.

³⁶Disponível em: <https://www.showmetech.com.br/lentes-de-contato-zoom-com-piscar-de-olhos/>

³⁷Disponível em: https://www.vix.com/pt/tecnologia/541684/o-futuro-ja-comecou-em-2017-prototipos-de-carros-voadores-devem-ser-testados?utm_source=next_article

³⁸Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/futuro/94297-teremos-celulares-implantados-2023-preveem-especialistas.htm>

³⁹Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Caminhos-para-o-futuro/Desenvolvimento/noticia/2016/02/10-tecnologias-que-estarao-disponiveis-ate-2025.html>

pessoas mais inteligentes⁴⁰, empresas implantam chips para substituir crachás, chaves e controle de horário⁴¹.

Esses são apenas alguns exemplos das biotecnologias que estão sendo desenvolvidas e, até, utilizadas pelos trabalhadores expondo a discussão sobre os limites do poder diretivo dos empregadores frente à privacidade dos empregados e, também, à necessidade de avaliação dos impactos à saúde dos trabalhadores.

3 Limites éticos do auxílio tecnológico no trabalho das pessoas: impacto na privacidade e na saúde do trabalhador

Até o presente momento, foi possível observar-se a modificação do panorama laboral a partir da evolução tecnológica. Em paralelo, esse desenvolvimento das tecnologias modifica a essência humana, seja por considerar a tecnologia um prolongamento do corpo humano, seja pelos melhoramentos que a biotecnologia pode incrementar às capacidades naturais do ser humano.

Intrinsecamente ao desenvolvimento da sociedade, as empresas e até mesmo os empregados, na busca de produção sobrenatural ou da superação dos limites humanos, têm investido em elementos agregadores de capacidade com o fim de melhor e mais produzir.

O pouco controle sobre o ritmo de trabalho, associado a cobranças agressivas, ambientes competitivos e falta de recompensas adequadas ao nível de dedicação, trazem, além de insatisfação, grande angústia e ansiedade para o dia a dia do trabalhador. Afetam, assim, o seu desempenho profissional, as relações sociais e a sua saúde física e mental⁴², explica o psiquiatra Erick Petry⁴², ressaltando que, na maioria das vezes,

⁴⁰Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/inteligencia-artificial/chips-cerebrais-que-nos-tornam-mais-inteligentes-ja-sao-realidade-47n592tcgrou4xyzxao41d92/>

⁴¹Disponível em: <https://canaltech.com.br/inovacao/implantes-de-chips-em-funcionarios-de-empresas-serao-realidade-no-brasil-99636>

⁴²Disponível em: <https://www.destakjornal.com.br/saude/detalhe/ate-2020-depressao-sera-doenca-mais-incapacitante-do-mundo>

quem está ao redor não se dá conta de que aquele funcionário precisa de ajuda.

Como resultado disso, atinge-se diretamente o sujeito de desempenho focado em trabalho e resultado, que concorre consigo o tempo inteiro. Esse sujeito, vivendo um constante sentimento de culpa e de carência adere a qualquer disponibilidade tecnológica que o faça mais produtor ou retire sua limitação humana, biológica ou fisiológica.

Procura, deste modo, ao concorrer consigo, superar a si até sucumbir. Sofre um colapso psíquico, que se chama de *burnout* (esgotamento). O sujeito de desempenho se realiza na morte. Realizar-se e autodestruir-se, aqui, coincidem⁴³.

Novos dados divulgados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) mostram que os casos de depressão estão aumentando globalmente – 18,4% desde 2005 –, e que até 2020 a doença será a enfermidade mais incapacitante em todo o mundo. No Brasil, em 2016, cerca de 75,3 mil trabalhadores foram afastados pela Previdência Social em razão do mal. Hoje, o país é considerado o campeão de casos na América Latina, com 5,8% da população com depressão⁴⁴.

Segundo dados da Previdência Social, em 2017, episódios depressivos geraram 43,3 mil auxílios-doença. A depressão e os transtornos mentais estão entre os dez casos mais comuns. O transtorno depressivo recorrente apareceu na 21ª posição, com 20,7 mil auxílios. As doenças mentais mais comumente associadas ao trabalho são depressão, transtorno de pânico, ansiedade e síndrome de *burnout*⁴⁵.

Esses resultados são, sem dúvida, gerados em parte pela hiperconexão dos empregados, motivados pela transmutação de seus organismos com foco na superação de resultados laborais. Vive-se, atualmente, em uma sociedade que reconhece valor em indivíduos que

⁴³ HAN, Byung-Chul. *Sociedade do Cansaço*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

⁴⁴Disponível em: <https://www.destakjornal.com.br/saude/detalhe/ate-2020-depressao-sera-doenca-mais-incapacitante-do-mundo>

⁴⁵Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2019/04/22/transtornos-mentais-estao-entre-as-maiores-causas-de-afastamento-do-trabalho/>

deixam de lado a família e sua condição pessoal de saúde em benefício do trabalho. Nunca foi tão apreciado ser *workaholic*. Noites em claro, labor em finais de semana, metas inatingíveis são rotina nos ambientes laborais, muito mais incentivados pelos próprios trabalhadores do que pelas empresas que muitas vezes têm dificuldade de controlar essa obstinação natural do trabalhador do século XXI em se superar.

A Organização Mundial da Saúde - OMS menciona que saúde é o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade, ou seja, uma associação direta entre a qualidade de vida e a saúde da população. A saúde, nesse sentido, é resultado de um processo de produção social que sofre influência de condições de vida adequadas de bens e serviços⁴⁶.

Alain Supiot⁴⁷ destaca a saúde como um verdadeiro direito fundamental do trabalhador, destacando o “direito à integridade física, cuja formulação clara é, sem dúvida, a do direito europeu: ‘o empregador é obrigado a garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspectos ligados ao trabalho’⁴⁸”

A Constituição Federal do Brasil, influenciada pela internacionalização dos direitos humanos⁴⁹, elencou no título da Ordem Social⁵⁰ - que tem por base o primado do trabalho e como fim o bem estar e a justiça social - o direito de todos a um meio ambiente do trabalho

⁴⁶ A Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, pretendeu conceituar saúde e as formas de medição em uma sociedade: Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

⁴⁷ SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. (trad. Antonio Monteiro Fernandes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1ª ed., 2016, p. 94.

⁴⁸ Directiva 89/391m de 12 de junho de 189, art. 5º, §1.

⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo. (org) **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro. Renovar: 2003, p. 10.

⁵⁰ Constituição Federal, art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais.

seguro e equilibrado⁵¹. Do mesmo modo, na Constituição Federal, previsto dentre os direitos sociais – fundamentais – dos trabalhadores urbanos e rurais, sem prejuízo de outros que melhorem sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança⁵².

O movimento de proteção da saúde do trabalhador, mesmo em tempos de inovações tecnológicas e transmutação da condição humana é no sentido de estender a todos o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado e seguro, independentemente da área econômica e do tipo de trabalho realizado. Com a universalização da proteção à saúde, a OIT estipulou metas a serem cumpridas pelos signatários, tais como a prevenção de acidentes e os dados à saúde derivados do trabalho e a redução das causas dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho (Convenção 155 da OIT⁵³). Ainda no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, pela Convenção 161⁵⁴, a OIT tornou obrigatório para os empregadores o desenvolvimento de serviços de saúde no trabalho com funções basicamente preventivas, como requisito indispensável para se constituir e se manter um ambiente do trabalho seguro e salubre, com o devido resguardo da saúde física e mental durante a atividade laboral.

De outro lado, tendo em vista os movimentos empresariais de acoplar chips nos empregados ou mesmo qualquer outro elemento transmutante da sua condição humana, proporcionará acesso a dados e informações de

⁵¹ Constituição Federal, art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

⁵³ A convenção número 155 da OIT, sobre Segurança e saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, foi concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981; o Congresso Nacional, a aprovou por meio de Decreto Legislativo número 2, de 17 de março de 1992, publicado no Diário Oficial da União número 53, de 18 de março de 1992; em âmbito internacional, a Convenção entrou em vigor em 11 de agosto de 1983. Considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe em 18 de maio de 1992, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 18 de maio de 1993, na forma de seu artigo 24.

⁵⁴ A convenção número 161 da OIT, sobre serviços de saúde no trabalho, foi concluída em Genebra, em 7 de junho de 1985; o Congresso Nacional, a aprovou por meio de Decreto Legislativo número 86, de 14 de dezembro de 1989; a Carta de Ratificação da Convenção, foi depositada em 18 de maio de 1990; a Convenção entrou em vigor para o Brasil, em 18 de maio de 1991, na forma de seu artigo 18, parágrafo 3.

cunho estritamente pessoal, seja relativo a componentes genéticos ou à geolocalização do empregado.

No que tange à privacidade do trabalhador, é inquestionável que, na atualidade, o perfil genético⁵⁵ é um verdadeiro “meio de identificação da pessoa física”⁵⁶. Por seu caráter intergeracional, constitui, inclusive, um meio de identificação de informações genéticas dos parentes da pessoa cujo mapeamento genético foi efetivado.

Nesse passo, a intimidade genética do empregado não é um direito absoluto. Não obstante, existe uma precedência *prima facie* em seu favor nos casos de colisão com o poder diretivo do empregador. Havendo fatores de justificação, é possível o acesso por este a dados genéticos daquele, desde que haja previsão contratual válida de realização de exame genético⁵⁷.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), a respeito da privacidade dos empregados, em 1996, debateu diretivas práticas com finalidade de “fornecer orientações sobre proteção de dados pessoais dos trabalhadores”. Concluiu que a evolução das tecnologias não era incompatível com os direitos dos trabalhadores, salientou a necessidade de ser assegurado um equilíbrio entre o direito à privacidade dos trabalhadores e a imprescindibilidade de os empregadores obterem informações sobre os trabalhadores e a atividade por eles desenvolvida⁵⁸.

A OIT fixou algumas premissas, dentre as quais merece destaque:

- a) Os dados pessoais devem ser tratados de forma lícita e leal e, exclusivamente, por razões diretamente ligadas ao emprego do trabalhador (ponto 5.1);

⁵⁵ Cogita-se, inclusive, a viabilidade de criação da “carteira genética”, de modo que a “carteira de identidade poderá incluir um código de barra que expresse o genoma do portador” (BARCHIFONTAINE, Christian de Paul).

⁵⁶ OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85.

⁵⁷ Disponível em: https://ibdtrabalho.jusbrasil.com.br/artigos/676067839/intimidade-genetica-na-relacao-de-emprego-uma-analise-da-aplicacao-da-biotecnologia-a-luz-dos-direitos-fundamentais-do-trabalhador?ref=topic_feed

⁵⁸ GUERRA, Amadeu. A privacidade no local de trabalho. **As novas tecnologias e o contrato dos trabalhadores através de sistemas automatizados uma abordagem ao código do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 299 – 301.

- b) Os dados pessoais obtidos através de meios técnicos que visam garantir a segurança e o bom funcionamento dos sistemas de informação automatizados não devem ser utilizados para controlar o comportamento dos trabalhadores (ponto 5.4);
- c) Os empregadores ou os seus representantes devem assegurar toda a informação em relação aos mecanismos de recolha de dados, regras por que se regem e direitos dos trabalhadores (ponto 5.8);
- d) Os empregadores, os trabalhadores e os seus representantes devem cooperar na proteção de dados pessoais e na elaboração de medidas relativas à proteção da vida privada dos trabalhadores, em conformidade com os princípios constantes das presentes diretivas (ponto 5.11);
- e) Os trabalhadores não podem renunciar aos seus direitos relativos à proteção da sua vida privada (ponto 5.13);
- f) Devem ser do conhecimento prévio dos trabalhadores a existência de sistemas de vigilância, as razões que determinaram sua adoção, os respectivos períodos, os métodos e técnicas utilizadas, bem como os dados obtidos.

Simultaneamente à proteção da privacidade do trabalhador, constitucionalmente garantidos, o poder diretivo do empregador e o direito de propriedade são indissociáveis da relação de emprego. Ambos direitos não podem servir de forma dissociada da finalidade a que se destinam, tampouco para sustentar o cometimento de irregularidades.

A tecnologia implementa uma variada coleta de dados e informações para diversos fins e sobre qualquer ato/fato relacionado ao cotidiano das pessoas, inclusive nos ambientes profissionais. Com a implementação de novas tecnologias pelo empregador, urge a definição dos limites da coleta de dados pelos empregadores bem como do seu uso para evitar invasão da privacidade e condutas discriminatórias.

Definir a intimidade não é uma tarefa fácil, tendo em vista seus padrões de subjetivação relacionados ao tempo, espaço e momento histórico cultural⁵⁹. Contudo, a professora Regina Ruaro⁶⁰ registra que a

⁵⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. O Direito à Vida, o Direito ao Corpo e às Partes do Corpo, o Direito ao Nome, à Imagem e Outros Relativos à Identidade e à Figura Social, Inclusive Intimidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 49, p. 73-109, jan./mar. 2012, p. 98.

⁶⁰ RUARO, Regina Linden. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais à Intimidade e à Vida Privada na Relação de Emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos*

intimidade “corresponde a todos os fatos, informações, acontecimentos, entre outros, que a pessoa deseja manter dentro de seu foro íntimo.”

A ordem constitucional brasileira determina como direito fundamental a proteção da vida privada e da intimidade de todos os cidadãos⁶¹. Dita inviolabilidade, decorre da intenção direta do legislador constituinte de proteger os direitos da personalidade donde não se pode depreender conteúdo econômico e imediato.

Portanto, a partir da valorização da pessoa humana é que os direitos da personalidade, incluindo a privacidade, alcançam maior importância com a finalidade de resguardar os atributos imateriais dos cidadãos. O Princípio da Dignidade Humana prioriza, nas relações jurídicas, a pessoa em sua personalidade e em seu livre desenvolvimento⁶².

Nesse sentido, a proteção da privacidade foi igualmente objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, destacando que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

O direito à intimidade e à vida privada é direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros e, também, dos empregados. A submissão dos empregados ao poder diretivo do empregador não pode ultrapassar, tampouco afastar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Problema há, contudo, quanto à extensão da privacidade e sua oponibilidade ao empregador no ambiente laboral, notadamente ante a colisão com o poder diretivo do empregador e seu direito de propriedade dos instrumentos de trabalho. Maria Cláudia

Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 238.

⁶¹ 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: 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;

⁶² LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da Personalidade na Contemporaneidade:** a repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 94.

Cachapuz⁶³, no que tange à relativização da privacidade assim se manifesta:

Enquanto existe um dado de caráter universal no reconhecimento de um esfera exclusiva de intimidade a todo o ser humano, há , paralelamente, uma particularidade no estudo, que diz respeito à relativização dos limites dessa esfera privada e de sua própria configuração, conforme o histórico de vida de cada um ou conforme o dado concreto utilizado como condicionante do próprio estudo. Essa relativização evidencia-se, num aspecto mais amplo, também a partir do histórico político e cultural de cada Estado, em tarefa a ser construída pelo trabalho dos tribunais, na configuração de um direito fundamental à privacidade segundo um determinado ordenamento jurídico. O íntimo e privado tanto é assegurado como um direito inalienável ao livre desenvolvimento da personalidade, como é evidenciado, em concreto, na particularidade de cada indivíduo, que se situa num determinado momento de tempo e espaço social.

Continua a autora⁶⁴:

A tensão entre os indivíduos que se relacionam socialmente, por consequência, não é originária da circunstância de se reconhecer para cada pessoa a existência de uma esfera de privacidade e o direito de vê-la respeitada, em reciprocidade, num âmbito público. A tensão está propriamente na dificuldade de se compatibilizarem interesses particulares no âmbito público, justamente para tornar operante aquilo que se reconheça como liberdade subjetiva.

A experiência vivida pelos trabalhadores em relações jurídicas trabalhistas das quais decorre uma série de direitos e garantias vinculadas diretamente às informações de cunho e natureza pessoal, confere-lhes direitos e implica em relevante redução do seu âmbito privado somente quando a situação assim justificar⁶⁵.

A exposição da intimidade e da vida privada em maior ou menor grau em tempos atuais é inerente a qualquer convívio social e, inclusive,

⁶³ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no Código Civil Brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 44.

⁶⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no Código Civil Brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 44.

⁶⁵ Vide caso de monitoramento de e-mail corporativo, por exemplo.

relacionada ao exercício de qualquer profissão. A garantia constitucional da intimidade, embora não seja dotada de caráter absoluto, não pode ser afastada em qualquer hipótese. Nesse sentido, segue a transcrição parcial do voto do Ministro Marco Aurélio Mello (STF, 2000)⁶⁶:

O direito à intimidade – que representa importante manifestação os direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa da ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. A transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o “direito de excluir o conhecimento de terceiros aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada” (Hannah Arendt)

Ainda que o sistema jurídico permita flexibilizações para proteger o interesse social e assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades⁶⁷, o direito à privacidade dos empregados somente poderá ser flexibilizado no estrito interesse do cumprimento das atividades laborais e quando houver consequências diretamente ligadas ao patrimônio jurídico do empregador e, ainda assim, com alguma ponderação.

Com avanço tecnológico e a evolução das organizações empresariais mediante o uso da tecnologia para o exercício da atividade laboral e, ainda, com a facilidade de trânsito das informações, os dados dos empregados estão expostos, de forma absolutamente inovadora. Há de se ter muito cuidado para que as implementações decorrentes da conduta transumanista ou do desenvolvimento biotecnológico não se transformem em obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Neste ponto, Têmis Limberger⁶⁸ (2007, p. 196) alerta:

⁶⁶MSMC 23669, DJ de 17.04.2000.

⁶⁷ STF, MS 23.452-RJ, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 12.5.2000.

⁶⁸ LIMBERGER, Têmis. Direito e Informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 196.

“garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em geral, e da intimidade diante do fenômeno informático, em particular, é a grande questão enfrentada pelos juristas, considerando as invasões que costumam ocorrer nos bancos de dados.”

Conclusão

A atual realidade traz novos contornos à forma de prestação do trabalho. Decorrência disso, empregados se submetem, inclusive por iniciativa própria, a elementos desenvolvidos pela biotecnologia que visam superar as limitações humanas para buscar maior produtividade.

Contudo, a saúde está cobrando seu preço, o que pode ser verificado pelos índices crescentes de registros de doença ocupacional relacionada à saúde mental nos órgãos previdenciários. A evolução tecnológica é necessária e inevitável ao desenvolvimento da humanidade. Não fosse a biotecnologia e a descoberta de drogas capazes de curar e promover a saúde (penicilina, por exemplo) a expectativa de vida ainda seria baixíssima, como no século passado. A cada ano a evolução biotecnológica implementa mais condições de promover saúde e trazer benefícios à humanidade.

No entanto, parece que existe um limite, ainda que não esteja bem claro e definido. É da natureza humana a imperfeição e transitoriedade no tempo e no espaço. A implementação de instrumentos, independentemente da natureza, para proporcionar maior capacidade ou eficiência laboral não parece ser caminho adequado, seja porque culmina na criação de uma raça superior, seja porque não se pode ao certo delimitar as consequências de tal prática. Diferente é, pondera-se, a implementação de tecnologias e criação de “ciborgues” (meio homem, meio máquina) para as hipóteses de patologias que levam à imperfeição humana, ou seja, para tratar doenças e equilibrar o ser humano debilitado à “normalidade”.

Assim, ao menos até que se possa socializar por política pública os melhoramentos da condição humana, inclusive para não se criar raças

superiores, e se possa avaliar, cientificamente, os impactos e limites dos aprimoramentos transumanos na saúde do trabalhador, deveria haver maior controle sobre as práticas adotadas, inclusive mediante a implementação de políticas públicas de proteção e desenvolvimento social atrelados ao desenvolvimento tecnológico e biotecnológico com finalidade transumana, o que, de todo modo, não se trata de postura contrária ao avanço científico tecnológico, mas do reconhecimento da necessidade de vinculá-lo às obrigações de proteção social, notadamente as relacionadas aos direitos fundamentais da saúde, da privacidade e ao trabalho, todos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, ante ao franco desenvolvimento já aderido por algumas organizações empresariais, impor limites para proteger o direito à intimidade na era da velocidade da comunicação e dos diversos meios de exposição da vida privada, é urgente.

Há de ser garantido o desenvolvimento tecnológico, ou melhor, biotecnológico, mas também devem ser preservados importantes institutos naturais e sociais no curso desse desenvolvimento. Não se observa, contudo, até o presente momento, nenhum movimento de política pública para debater ou implementar as necessárias proteções.

Referências:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

São Paulo: Malheiros, 2008.

ARONNE, Ricardo. **Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**: (das

raízes aos fundamentos contemporâneos). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. **A filosofia política e as lições dos clássicos**.

Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**: parte general. v.1 e 2, 10^a ed. Buenos

Aires: Perrrot, 1991.

- CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada.** Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CASTELLS, M. 1999. **La Era de la informacion: economia, sociedad y cultura.** Mexico: Siglo Veintiuno Editores, 1999.
- COLBERT, Amy; YEE, Nick; GEORGE, Gerry. The Digital Workforce and the Workplace of the Futurer. **From Academy of Management Journal**, 2016, Vol. 59, No. 3, 731-739. <http://dx.doi.org/10.5465/amj.2016.4003>.
- DE MASI, Domenico. **O Futuro do Trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial.** 10ªed. Rio de Janeiro: José Olimpio, 2010.
- DONEDA, Danilo; NETO, Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil – constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico – Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- FIUZA, César. **Direitos da Personalidade.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7#_ftnref9. Acesso em 24/jun/2019.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GOES, Maurício; Engelmann Wilson. **Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente do Trabalho.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA, Amadeu. A privacidade no local de trabalho. **As novas tecnologias e o contrato dos trabalhadores através de sistemas automatizados uma abordagem ao código do trabalho.** Coimbra: Almedina, 2004.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **O direito à privacidade e poder diretivo do empregador**. São Paulo: Atlas, 2009.

HAMMES, Erico. Transumanismo e Pós-humanismo: uma aproximação ético-teleológica. **Revista Perspectiva Teológica**, v. 50, nº3, p. 431-452, set/dez. 2018.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o século 21**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da Personalidade na Contemporaneidade: a reapctuação semântica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

LIMBERGER, Têmis. **Direito e Informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão**. In:

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 2007.

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

- OLIVEIRA JÚNIOR, Wagner Lafaiete de. Bioconservadorismo e Transhumanismo: a questão do melhoramento humano através das biotecnologias. **Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Instituto de Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia (POSFIL/IFILO/UFU), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia.** 2018.
- OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano:** um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.
- PAES LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Coord. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano:** a intermediação da mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e sociais. São Paulo: LTr, 2017.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. O Direito à Vida, o Direito ao Corpo e às Partes do Corpo, o Direito ao Nome, à Imagem e Outros Relativos à Identidade e à Figura Social, Inclusive Intimidade. **Revista de Direito Privado. São Paulo**, v. 49, p. 73-109, jan./mar. 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion.** 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Vol. VII. Campinas: Bookseller, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1996.
- ROSE, N. (2010). A biomedicina transformará a sociedade? O impacto político, econômico, social e pessoal dos avanços médicos no século XXI (E. R. P. Martins, Trad.). **Psicologia & Sociedade**, 22(3), 628-638.
- RUARO, Regina Linden. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais à Intimidade e à Vida Privada na Relação de Emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAKO, Emília Simeão Albino. **Trabalho e novas tecnologias:** direitos on-line, ou direitos de 4ª geração. São Paulo: LTr, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional. Editora** Revista dos Tribunais. 2012.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution.** Traduzido por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMON, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo.: LTr. 2000.

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho. (trad. Antonio Monteiro Fernandes).** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1ª ed., 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo. (org) **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro. Renovar: 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Parte Geral. Oitava edição. São Paulo: Atlas, 2008.

VILAÇA, Murilo Mariano; PALMA, Alexandre. **Limites biológicos, biotecnociencia e transumanismo: uma revolução em saúde pública?** Revista Comunicação Saúde Educação. v. 16, nº43, p. 1025-38, out/dez. 2012.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org