

VOLUME 6 - NÚMERO 1  
JANEIRO/ABRIL 2020

REVISTA  
DIREITO DAS  
RELAÇÕES SOCIAIS  
E TRABALHISTAS



Vol. 6/ N. 1

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do**  
**Distrito Federal – UDF**

**ISSN 2446-8908**

**Volume VI, Número 1**  
**Janeiro/Abril**  
**2020**

## **REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**

**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal  
– UDF**

### **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)

Prof. Dr. Stein Kuhnle (Universidade de Bergen, Noruega, e Hertie School of Governance, Alemanha)

Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)

Prof. Dr. Antonio Ojeda Avilés (Universidade de Sevilha, Espanha)

Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)

Prof. Dr. Emmanuel Dockès (Universidade de Paris X - Nanterre, França)

Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)

Prof. Dr. Giuseppe Ludovico (Universidade de Milão, Itália)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)

Prof. Dr. João Leal Amado (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal)

Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)

Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)

Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)

Prof. Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidade da República, Uruguai)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)

Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)

Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UCPE) Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sayonara Grillo Leonaldo da Silva (UFRJ)

Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)

Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (UFES)

## **REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**

**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal**

**– UDF**

### ***Double Blind Review - Rol de Avaliadores***

Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini (Universidade Federal de Minas Gerais)

Profa. Dra. Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Amauri César Alves (Universidade Federal de Ouro Preto)

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória)

Prof. Dr. Antônio Leal de Oliveira (Universidade Vila Velha)

Prof. Dra. Ariete Pontes de Oliveira (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Carla Teresa Martins Romar (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Prof. Dr. Claudimir Supioni Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dra. Cláudia Coutinho Stephan (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Cléber Lúcio de Almeida (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Daniela Muradas Antunes (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco)

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Profa. Dra. Gilsilene Passon Francischetto (Faculdade de Direito de Vitória)

Profa. Dra. Graciane Rafisa Saliba (Universidade Santa Úrsula)

Prof. Dr. Henrique Garbellini (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (Centro Universitário do Estado do Pará)

Prof. Dr. José Eduardo de Resende Chaves Junior (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves (Universidade Federal de Pernambuco)

Profa. Dra. Karen Artur (Universidade Federal de Juiz de Fora)

Prof. Dr. Leonardo Vieira Wandelli (Centro Universitário UniBrasil-PR)

Prof. Dr. Leonel Marchietto (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Profa. Dra. Lívia Mendes Moreira Miraglia (Universidade Federal de Minas Gerais)

Prof. Dr. Ney Stany Moraes Maranhão (Universidade Federal do Pará)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (Universidade Federal de Goiás)

Profa. Dra. Raquel Betty de Castro Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Prof. Dr. Thiago Fabres de Carvalho (Universidade Federal do Espírito Santo)

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (Universidade Federal do Espírito Santo)

Profa. Dra. Valdete Souto Severo (Universidade de São Paulo)

Profa. Dra. Vanessa Rocha Ferreira (Centro Universitário do Estado do Pará-CESUPA)

Profa. Dra. Wânia Guimarães Rabêllo Almeida (Faculdades Milton Campos-MG)

Profa. Dra. Wanise Cabral Silva (Universidade Federal Fluminense)

**REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS**  
**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –**  
**UDF**

**Equipe Editorial**

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

Editora Executiva: Dra. Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Ricardo José Macêdo de Britto Pereira (Professor Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Professor Titular UDF)

Coeditora Acadêmica: Dra. Renata de Assis Calsing (Professora Titular UDF)

Coeditora Acadêmica: Rúbia Zanutelli de Alvarenga (Professora Titular UDF)

Coeditor Acadêmico: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)

Mestranda pesquisadora: Carolina Silva Silvino Assunção (UDF)

Mestranda pesquisadora: Cristine Helena Cunha (UDF)

Mestranda pesquisadora: Eunice Maria Franco Zanatta (UDF)

Mestranda pesquisadora: Luíza Baleeiro Coelho Souza (UDF)

**Contatos**

[www.udf.edu.br](http://www.udf.edu.br)

[mclemos@udf.edu.br](mailto:mclemos@udf.edu.br)

[revistamestradoudf@hotmail.com](mailto:revistamestradoudf@hotmail.com)

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do Distrito Federal. – Vol. VI, Nº 1 (Janeiro/Abril 2020). Brasília, DF, 2020 [on-line].

Quadrimestral.

ISSN: 2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2. Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro Universitário do Distrito Federal.

CDU: 349.2:331.1

## SUMÁRIO

**APRESENTAÇÃO..... 09**

**JUSTIÇA DE GÊNERO, CIDADANIA E DIFERENÇA NA AMÉRICA  
LATINA.....14**

Gender justice, citizenship and difference in latin américa

*Profa. Dra. Maxine Molyneux*

**DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE  
LIBERDADE: UMA ANÁLISE DO PENSAMENTO DE AMARTYA  
SEN..... 49**

Development and public policies as instruments of freedom: an analysys of Amartya  
Sen's thought

*Profa. Dra. Kátia Magalhães Arruda*

**EL TRÁNSITO DE LA DEPENDENCIA INDUSTRIAL A LA DEPENDENCIA  
DIGITAL: ¿QUÉ DERECHO DEL TRABAJO DEPENDIENTE DEBEMOS  
CONSTRUIR PARA EL SIGLO  
XXI?..... 64**

The transit from industrial dependence to digital dependence: what labor right should we  
built for the 21<sup>st</sup> century?

*Profa. Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez*

**O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO TESTEMUNHAL ESCRITA  
DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19: MITO DA TESTEMUNHA CORDIAL  
E A BOA-FÉ  
OBJETIVA..... 92**

The probatory value of the written witness declaration during the COVID 19 pandemic:  
mith of cordial witness and objective good faith

*Prof. Dr. Eduardo Milléo Baracat*

**EL DERECHO DEL TRABAJO, HOY; TENDENCIAS Y DESAFÍOS..... 118**

Labor law, today; trends and challenges

*Prof. Dr. Andrea Goldin*

**O TRABALHO PELAS PLATAFORMAS DIGITAIS E A CONFORMAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO PELA MODALIDADE INTERMITENTE..... 155**

Working through digital platforms and shaping the employment link through intermittent modality

*Profa. Dra. Maria Cecilia Máximo Teodoro e Marcos Paulo da Silva Oliveira*

**MECANISMOS LABORALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SALARIOS EN ESPAÑA..... 178**

Labor mechanisms for the protection of wages in Spain

*Prof. Dr. Jordi García Viña*

**PENOSIDADE NO TRABALHO: HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA E VETORES PARA UMA SISTEMATIZAÇÃO NORMATIVA..... 203**

Penosity at work: incidence hypotheses and vectors for a normative systematization

*Prof. Dr. Homero Batista Mateus da Silva e Gianítalo Germani*

**FIM DO EQUILÍBRIO NO SISTEMA DE REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES CAPITAL-TRABALHO NO BRASIL: REFLEXOS PARA O TRABALHADOR E RESISTÊNCIAS POSSÍVEIS ..... 215**

End of balance in the system for regulating capital-work relations in Brazil: reflections for the worker and possible resistance

*Prof. Dr. Amauri Cesar Alves, Lorena Isabella Marques Bagno e Nicolle Gonçalves*



## APRESENTAÇÃO

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas - periódico científico do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), de Brasília-DF -, apresenta ao público a sua primeira edição do corrente ano (Vol. VI, Nº 1), que abrange o quadrimestre janeiro-abril de 2020.

Publicada desde o primeiro semestre letivo de 2015 (Vol. I, Nº 1), com periodicidade semestral em seus três primeiros anos (dois números por volume anual, totalizando 18 artigos por ano), a Revista tornou-se quadrimestral desde o Vol. IV, Nº 1, referente a janeiro-abril de 2018, com o mesmo montante de artigos por número (ou seja, nove artigos por número, como praticado desde o Vol. I, Nº 1).

Assim, o periódico jurídico científico passou a totalizar 27 artigos por volume anual, um crescimento significativo em comparação com os três anos precedentes, ainda mais considerando a elevadíssima qualidade dos textos científicos divulgados em cada número da revista acadêmica jurídica.

A Revista é divulgada regularmente, desde o Vol. I, Nº 1, em meio digital e com acesso livre, com isso alcançando ampla abrangência em território nacional e no exterior. Com a consolidação de sua inserção no Brasil e no estrangeiro em decorrência do sucesso de sua divulgação virtual, optou-se por descontinuar a antiga versão impressa do periódico científico e jurídico.

A migração da Revista para a Plataforma *Open Journal Systems* (OJS), promovida na edição Vol. V, Nº 2, consolida a presença da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas entre os mais relevantes periódicos científicos e jurídicos do País, tornando ainda mais fácil a submissão e o acesso aos artigos pelo público em geral, além de corroborar a transparência e a lisura dos métodos editoriais adotados.

A Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas encontra-se indexada em três renomados serviços de indexação científica, adequando-se ao padrão de excelência exigido pelo Qualis Periódicos da CAPES: o *Scientific Indexing Services* (SIS), o Portal de Revistas Jurídicas *Enlaw* e o *V-Lex*, todas plataformas de informação jurídica utilizadas amplamente por universidades, governos, empresas e profissionais da área jurídica, com alcance mundial.

Por tudo isso, a Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas firma-se em 2020 como destacado periódico de referência no meio jurídico e acadêmico nacional e

internacional, contemplando estudos de elevada profundidade e temáticas altamente inovadoras nas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito do UDF, assim compostas: "Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo" e "Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho".

Ressalta-se que a Revista adota o sistema *double blind review* (revisão/avaliação dupla e cega), desde o seu Vol. III, Nº 2, referente ao período Julho-Dezembro 2017. Esse sistema de avaliação objetiva, dupla e impessoal, é formado por Professores Doutores de Instituições de Ensino Superior públicas e privadas das cinco regiões do Brasil, os quais cordialmente avaliaram os artigos que foram enviados para o presente periódico científico.

Os textos aprovados encontram-se no bojo deste exemplar, sendo que cada artigo foi objeto de duas avaliações/revisões, realizadas por Avaliadores distintos. A utilização do sistema *double blind review* oferta à Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas conquistas e avanços ainda mais elevados, uma vez que atende todos os requisitos estabelecidos pela CAPES para que, em um futuro breve, ingresse em alto patamar de classificação no *ranking* estabelecido pelos organismos oficiais competentes.

O presente Vol.VI, Nº 1, do periódico científico, reafirma a interação que o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF - Centro Universitário tem estabelecido com a comunidade acadêmica brasileira e estrangeira apresentando nove artigos jurídicos e científicos, sendo quatro de Professores Doutores estrangeiros e cinco de Professores Doutores brasileiros.

Ao manter significativa participação de doutrinadores estrangeiros em todas as suas edições (no mínimo, quatro artigos de autores estrangeiros em cada número editado), desde a sua primeira publicação, a Revista enfatiza o seu processo de internacionalização e amplia os laços com pesquisadores de instituições universitárias da Europa, América Latina e Estados Unidos, cumprindo importante papel de difusão do conhecimento.

O sucesso da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas é também fruto da participação dos mais renomados pesquisadores das universidades brasileiras, que reconhecem a importância do periódico na medida em que emprestam seu prestígio à Revista, enviando artigos inéditos da mais alta qualidade.

A Revista também é resultado das atividades e esforços dos docentes do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF, que habitualmente participam de diversos Congressos, Seminários Simpósios, Colóquios realizados no Brasil e no exterior,

bem como lançam livros ou publicam artigos em obras coletivas ou em revistas acadêmicas.

Prova dessa virtuosa pluralidade, esta edição é integrada por nove artigos, sendo quatro de autoria de Professores Doutores estrangeiros, de Universidades de três importantes países (Espanha, Inglaterra e Argentina), e cinco de Professores Doutores de renomadas instituições brasileiras. Destes, quatro são da lavra de Professores Doutores brasileiros de instituições situadas fora do âmbito do Distrito Federal, (UNICURITIBA, USP, PUC-MG e UFOP), alguns em parceria com Mestrandos dos respectivos Programas de Pós-Graduação, sendo um artigo da Professora Doutora Kátia Magalhães Arruda, Professora Titular do UDF–Centro Universitário.

Essa formação heterogênea fomenta uma verdadeira dialética entre o Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF e outros importantes Programas de Pós-Graduação em Direito de dentro e de fora do Brasil.

O processo dialético de desenvolvimento de pesquisas em parceria com programas de renomadas universidades nacionais e estrangeiras e de compartilhamento dos estudos com a comunidade acadêmica e com a sociedade tem resultado na organização de Congressos e Seminários Internacionais, realizados com periodicidade desde a abertura do Programa, interrompidos no primeiro semestre do ano de 2020 em razão das dificuldades de manutenção de encontros presenciais decorrentes da pandemia do coronavírus.

Não obstante, o compartilhamento das pesquisas prosseguiu de forma virtual, com a realização de dois Webnários nos quais Professores das duas linhas de pesquisa do Programa de Mestrado promoveram debates sobre o tema “Impactos da pandemia nas relações de trabalho”, com grande repercussão na comunidade acadêmica e ampla participação de pesquisadores de universidades de norte a sul do país. O resultado do semestre de intensas pesquisas é a obra coletiva “Trabalho e Direitos Sociais em Tempos de Pandemia”, em fase de conclusão, a ser editada pela Editora RTM ainda no início do segundo semestre, com artigos de autoria de Professores do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário, em parceria com Mestrandos, além de artigos de Pesquisadores convidados de outros Programas de Pós Graduação.

O presente Vol. VI, Nº 1 da Revista do Mestrado não passa ao largo das questões candentes da atualidade e traz consigo artigos referentes a temas integrados e concatenados às duas linhas de pesquisa do Mestrado em Direito das Relações Sociais e

Trabalhistas, incluindo, entre outros assuntos, os impactos da pandemia nas relações de trabalho, demonstrando uma real simbiose entre o que é analisado e estudado em sala de aula, pesquisado em artigos, livros e Dissertações, com o que é publicado no periódico científico.

A presente edição tem o privilégio de apresentar, ainda, o artigo “Justiça de Gênero, Cidadania e Diferença na América Latina”, da Professora Doutora Maxine Molyneux. A Professora Maxine Molyneux é Ph.D. pela *University of Essex*, Professora Titular da *University College London* e Diretora do *Institute of the Americas*, vinculado à *University College London*, instituto dirigido a pesquisas acadêmicas focados em temas da América Latina. Destaca-se sua atuação como conselheira sênior, consultora e pesquisadora do UNRISD, UNIFEM e ONU Mulheres, em uma variedade de projetos de pesquisa, bem como do IDRC (Canadá) e da Oxfam. O artigo, em razão da relevância internacional e da qualidade da pesquisa, a par da elevada distinção de sua autora, foi aprovado pela Equipe Editorial da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF-Centro Universitário, comparecendo, desse modo, a Dra. Maxine Molyneaux, como Professora Convidada.

Composta exclusivamente por artigos inéditos no Brasil, capitaneados por Professores Doutores estrangeiros e brasileiros, que refletem a preocupação humanista e social do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF–Centro Universitário, destacam-se os seguintes nove trabalhos compilados para abrilhantar o Vol. VI, Nº 1 da Revista: 1) *Justiça de Gênero, Cidadania e Diferença na América Latina*, da Profa. Dra. Maxine Molyneux, Professora Titular da University College London, Inglaterra, convidada pelo Conselho Editorial; 2) *Desenvolvimento e Políticas Públicas como instrumentos de liberdade: uma análise do pensamento de Amartya Sen*, da Profa. Dra. Kátia Magalhães Arruda, Professora Titular do UDF–Centro Universitário; 3) *El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?*, da Profa. Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez, Professora Titular da Universidad de Sevilla, Espanha; 4) *O valor probatório da declaração testemunhal escrita durante a pandemia da Covid 19: mito da testemunha cordial e a boa-fé objetiva*, do Prof. Dr. Eduardo Milléo Baracat, Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA; 5) *El Derecho del Trabajo, hoy; tendencias y desafíos*, do Prof. Dr. Adrián Goldin, Professor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina; 6) *O trabalho pelas plataformas digitais e a conformação do vínculo de*

*emprego pela modalidade intermitente*, da Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro, Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG e do Prof. Me. Marcos Paulo da Silva Oliveira, Professor da Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; 7) *Mecanismos laborales para la protección de los salarios en España*, do Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático da Universidad de Barcelona, Espanha; 8) *Penosidade no trabalho: hipóteses de incidência e vetores para uma sistematização normativa*, do Prof. Dr. Homero Batista Mateus da Silva, da Universidade de São Paulo – USP e do Me. Gianítalo Germani; 9) *Fim do equilíbrio no sistema de regulação das relações capital-trabalho no Brasil: reflexos para o trabalhador e resistências possíveis*, do Prof. Dr. Amauri Cesar Alves, Professor Titular da Universidade Federal de Ouro Preto e das Pesquisadoras Lorena Isabella Marques Bagno e Nicolle Gonçalves.

A presente edição da Revista, referente ao primeiro quadrimestre de 2020 (janeiro-abril), contou com a valiosa contribuição dos Membros do Conselho Editorial, do Rol de Avaliadores (pareceristas) integrantes do sistema *double blind review* e dos então Membros da Equipe Editorial que compunham o corpo técnico da Revista durante o respectivo período, sendo que a todos esses colaboradores registramos os nossos sinceros agradecimentos.

Diante do aqui explanado, constata-se que os artigos que integram este N° 1 do Vol. VI da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, abrangendo o primeiro quadrimestre de 2020, conectam-se clara e consistentemente à sua linha editorial, permitindo aos leitores terem acesso aos mais atuais e avançados estudos desenvolvidos no Brasil e no exterior acerca do estado atual das relações sociais e trabalhistas, além de contribuir para ampliar e aprofundar os debates sobre seus problemas, insuficiências e potencialidades.

Desejamos, assim, à comunidade acadêmica e jurídica uma prazerosa e enriquecedora leitura.

Brasília, abril de 2020.

Equipe Editorial

# JUSTIÇA DE GÊNERO, CIDADANIA E DIFERENÇA NA AMÉRICA LATINA<sup>1-2</sup>

## GENDER JUSTICE, CITIZENSHIP AND DIFFERENCE IN LATIN AMERICA

Maxine Molyneux<sup>3</sup>

**RESUMO:** Este artigo examina as práticas de cidadania feminista e os estudos sobre gênero, justiça, cidadania e direitos na América Latina. A crítica do feminismo ao privilégio patriarcal expressou um desejo moderno de maior liberdade individual e reconhecimento coletivo, uma combinação que produziu tensões e algumas inconsistências no que se refere à questão da “diferença”, notadamente no seu encontro com populações indígenas. No entanto, o ponto central do projeto feminista foi a busca de reconhecimento e redistribuição, que obteve maior sucesso no campo do direito e da política do que na distribuição de bens públicos e privados. Uma revisão das realizações do feminismo latino-americano revela uma história de avanços substanciais, mas uma impressionante persistência da desigualdade de gênero, o que fornece uma agenda rica para uma investigação mais aprofundada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Feminismo; América Latina; Políticas de igualdade de gênero; Movimentos nativos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A natureza específica do contexto da cidadania. 3. América Latina: gênero, cidadania e diversidade. 4. Feminismo e justiça. 5. Reconfiguração da cidadania como praxis. 6. Pesquisa acadêmica sobre gênero, cidadania e direito. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

---

Artigo aprovado pelo Conselho Editorial da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF-Centro Universitário. A Professora Maxine Molyneux é Ph.D. pela University of Essex. Professora Titular da University College London. Diretora do Institute of the Americas, vinculado à University College London, instituto dirigido a pesquisas acadêmicas focados em temas da América Latina. Atuou como conselheira sênior, consultora e pesquisadora do UNRISD, UNIFEM e ONU Mulheres em uma variedade de projetos de pesquisa, bem como do IDRC (Canadá) e da Oxfam. O referido artigo foi publicado no *Studia Historica. Historia Contemporânea*, periódico que desde 1983 publica trabalhos de pesquisa no âmbito temático da História Contemporânea Universal e da Espanha, de Teoria da História e de Historiografia. O periódico figura em bases de dados generalistas de Latindex, Ulrich's y Pío (Periodicals Index Online), e também especializadas: History and Life, Handbook of Latin American Studies (HLAS online), Historical Abstract, Isoc y Worldwide Political Science abstracts (WPSA), além da DIALNET.

<sup>1</sup> O presente artigo foi publicado originalmente em espanhol na Revista *Studia Historica. Historia Contemporânea*, n. 28, 2010, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 181-211. A tradução do espanhol para o português foi feita por Lorena Vasconcelos Porto.

<sup>2</sup> Agradecimentos da autora: O trabalho original que este artigo abrevia foi realizado pelo IDRC como parte de um exercício de consultoria de pesquisa. O relatório completo, revisado para publicação, apareceu como «Refiguring citizenship: research perspectives on gender justice in the Latin American and Caribbean Region». In: MUKHOPADHYAY, Maitrayee; SINGH, Navsharan (orgs.): **Gender justice, citizenship and development**, Zuban, 2007.

<sup>3</sup> Maxine Molyneux é Professora de Sociologia e foi Diretora do Institute of the Americas, na University College London. É editora da *Studies of the Americas Series* da Palgrave/Macmillan e atua no Conselho Editorial da *Economy and Society* e no *Journal of Latin American Studies*. É editora internacional do *Journal of Development Studies*. Atualmente pesquisa as transformações dos sistemas de bem-estar social na América Latina, bem como a participação e responsabilidade dos cidadãos na proteção social na América Latina. Ensina atualmente no Mestrado em Globalização e Desenvolvimento da América Latina e contribui para o curso de métodos do Mestrado, *Researching the Americas*. Escreveu extensivamente nos campos da sociologia política, gênero e desenvolvimento, direitos humanos e política social e é autora de livros sobre América Latina, Etiópia e Iêmen do Sul.

**ABSTRACT:** This article surveys feminist citizenship practices and scholarship on gender, justice, citizenship and rights in Latin America. Feminism's critique of patriarchal privilege expressed a modern desire for greater individual freedom and collective recognition, a combination that produced tensions and some inconsistencies in regard to the «difference» question, notably in its encounter with indigenous populations. However, central to feminism's project was the pursuit of both recognition and redistribution, which achieved greater success in the realm of law and politics than in the distribution of public and private goods. A review of Latin American feminism's achievements reveals a history of substantial advances but a striking persistence of gender inequality, which provides a rich agenda for further investigation.

**KEYWORDS:** Feminism; Latin America; Gender Equality Policies; Native Movements.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The specific nature of the citizenship context. 3. Latin America: gender, citizenship and diversity. 4. Feminism and justice. 5. Citizenship reconfiguration as praxis. 6. Academic research on gender, citizenship and law. 7. Conclusion. 8. Bibliographic references.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o final da década de 1970, houve um aumento considerável dos trabalhos teóricos e empíricos nos campos relacionados ao gênero, justiça, cidadania e direitos. Esses estudos avançaram junto com as iniciativas dos movimentos de mulheres de todo o mundo voltadas à implementação de programas de reforma para garantir a igualdade de gênero em todas as esferas de justiça, política e direitos sociais. Enquanto esse crescente corpus internacional apresenta numerosas preocupações analíticas e temáticas comuns, há também diferenças regionais notáveis na orientação teórica e no enfoque empírico que refletem as especificidades de cada região. Essas particularidades se devem ao fato de que o clima político e os programas governamentais próprios da região ou país de estudo definem até certo ponto as prioridades da pesquisa. Em termos gerais, porém, levar na devida conta a natureza específica, situacional, dos processos legais e políticos é uma condição *sine qua non* para a sua análise. Os estudos sobre gênero, cidadania e justiça também se nutriram - além de encontrar desafios neles - dos intensos debates resultantes da politização dos direitos das mulheres. Isso regionaliza ainda mais a política de direitos femininos, exigindo uma análise mais aprofundada do contexto específico em que é enquadrada e perseguida<sup>4</sup>.

Este texto trata das maneiras pelas quais a América Latina contribuiu para os debates atuais sobre justiça de gênero, tanto por meio de estudos acadêmicos, quanto com práticas concretas. Nas últimas décadas, houve na região um notável avanço em termos de direitos de cidadania femininos, que, no entanto, deve ser entendido como resultado de um contexto

---

4 Veja-se, por exemplo, na edição especial do *Third World Quarterly*, 27 (7), 2006, pp. 1175-1191, «The Politics of Women's Rights: Dilemmas for Feminist Praxis»; compilação e introdução de Andrea Cornwall e da autora. No outono de 2008, foi publicado como livro, com o mesmo título, pela editora Routledge.

particularmente oportuno: a redemocratização que, ao mesmo tempo em que deu impulso ao processo de reforma, lhe impôs limites.

O termo "justiça de gênero" implica um conceito de justiça que remete às relações sociais e jurídicas que predominam entre os sexos. Não é facilmente definível, pois carrega diferentes significados que mudaram com o tempo. A justiça de gênero pode compreender diversas concepções de justiça, em um arco que vai desde a simples igualdade a conceitos de igualdade diferenciada, esses últimos com o sentido de respeito pela diferença, embora acompanhados de duas condições importantes: que a igualdade permaneça um princípio fundamental da justiça, e que tanto na letra da lei, quanto na sua aplicação, se trate a todos como moralmente iguais. Em linguagem política moderna, a justiça de gênero implica cidadania plena para as mulheres<sup>5</sup>, e é assim que o termo é geralmente entendido no contexto latino-americano.

Dentro do amplo espectro que o conceito de justiça de gênero implica, os desenvolvimentos teóricos são necessariamente diversos. Eles incluem os trabalhos pioneiros sobre teoria política liberal<sup>6</sup>, direito e justiça<sup>7</sup>, estudos sobre cidadania<sup>8</sup> e *capability theory*, como o elaborado por Amartya Sen e Martha Nussbaum<sup>9</sup>, para citar apenas alguns. A variedade de campos analisados é igualmente diversa e inclui, entre outros, estudos sobre legislação internacional<sup>10</sup>, política social<sup>11</sup>, direitos de propriedade<sup>12</sup>, pluralismo jurídico<sup>13</sup>, justiça criminal<sup>14</sup> e direitos reprodutivos<sup>15</sup>. Na América Latina, temos uma bibliografia

---

5 Em razão da indivisibilidade dos direitos: sociais, econômicos, políticos e civis.

6 PHILLIPS, A. **Engendering democracy**. Cambridge: Polity Press, 1991.; ELSHTAIN, J. B. **Public Man, Private Woman**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1981; PATEMAN, C. **The sexual contract**. Cambridge: Polity Press, 1988.

7 SMART, C. **Law, crime and sexuality: essays in feminism**. London: Sage, 1995; FRASER, N. **Unruly practices**. Oxford: Polity Press, 1989.; PETCHELSKY, R. P. Human rights, reproductive health and economic justice: why they are indivisible, **Reproductive Health Matters**, 8:15, 2000, pp. 12–17.

8 PHILLIPS, A. **Democracy and difference**. Cambridge: Polity Press, 1993; LISTER, R. **Citizenship: feminist perspectives**. Nueva York/Basingstoke: New York University Press/Palgrave Macmillan, 2003.

9 NUSSBAUM, M. Women's Capabilities and Social Justice. In: MOLYNEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). **Gender Justice, development, and rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

10 CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C. **The boundaries of International Law: a feminist analysis**. Manchester, New York, Manchester: University Press/Juris, Manchester, 2000.

11 LISTER, R. **Citizenship: Feminist Perspectives**. New York, Basingstoke: New York University Press/Macmillan, 1997.

12 DEERE, Carmen Diana. Cooperative Development and Women's Participation in the Nicaraguan Agrarian Reform, **American Journal of Agricultural Economics**, vol. 65, n. 5 (dec. 1983) (Blackwell Publishing). AGARWAL, Bina. **A Field of One's Own. Gender and Land Rights in South Asia**. Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

13 PHILLIPS, A. Multiculturalism, Universalism and the Claims of Democracy. In: MOLYNEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). **Gender Justice, development, and rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

14 SMART, C. **Law, crime and sexuality: essays in feminism**. London: Sage, 1995.

15 PETCHELSKY, R. P. Human rights, reproductive health and economic justice: why they are indivisible, **Reproductive Health Matters**, 8:15, 2000, pp. 12-17.



relativamente extensa, a maior parte em espanhol. Entre os trabalhos mais conhecidos sobre cidadania e gênero, talvez estejam os escritos de Elizabeth Jelin, Virginia Vargas, Line Barreiro e Evelina Dagnino, entre outros, enquanto instituições de pesquisa regionais, como a FLACSO e a CEPAL, vem apoiando os trabalhos nesse campo há muitos anos.

Na medida em que é possível generalizar, esses estudos estão enraizados em três perspectivas para as quais as teorias feministas contribuíram. Na primeira, se considera que, independentemente da região ou origem, a maioria dos códigos legais apresentam uma predisposição contrária às mulheres em termos de direitos.

De acordo com a segunda perspectiva, essa predisposição contrária geralmente é de dois tipos. O primeiro surge da desigualdade no tratamento entre os sexos, prevalecendo os privilégios e direitos masculinos sobre os direitos das mulheres (e das crianças), a quem se dá um status legal inferior, às vezes chamado de "cidadania de segunda classe". Uma característica desse status secundário, dada a força da lei pelo pátrio poder, é que para certas categorias de pessoas, como mulheres e crianças, os direitos são substituídos por proteção. No direito secular moderno, esse tipo de viés pode ser explicado em parte como efeito de presunções e privilégios patriarcais permanentes e residuais, codificados em leis herdadas de sistemas legais anteriores. Exemplos desta forma de discriminação seriam os direitos diferenciais de herança diferentes, que beneficiam a homens em detrimento das mulheres, e a presunção de direitos sexuais masculinos sobre os corpos das mulheres. O último aspecto foi associado à divisão entre questões jurídicas públicas e privadas, onde a esfera "privada" da família é deixada "fora da justiça", mas aqueles em sua órbita permanecem sujeito à prerrogativa masculina, ou, como define Pateman<sup>16</sup>, a um "contrato sexual". Esse dualismo é notavelmente confirmado pelo fato de que até recentemente a violência doméstica e o estupro conjugal foram tratados em todos os lugares como um assunto privado, familiar, e que na América Latina, mesmo onde havia restrições legais, raramente eles receberam atenção dos tribunais. Nos casos em que a violência doméstica acabava por causar mortes e chegava a julgamento, os processos contra os maridos que haviam matado suas esposas frequentemente eram lentos, recebendo também o tratamento de "crimes passionais".

O segundo tipo de viés é mais sutil. Ocorre em condições nas quais existe igualdade legal formal entre os sexos, mas os direitos das mulheres são assimilados ao que é de fato uma norma masculina. Trata-se de uma falsa igualdade porque apaga as diferenças relevantes (como a gravidez e o parto) e supõe um "campo de jogo nivelado" para ambos os sexos. Ao

---

16 PATEMAN, C. **The sexual contract**. Cambridge: Polity Press, 1988.

tratar as mulheres como homens, a igualdade plana negligencia a desigualdade de circunstâncias e oportunidades. Assim, a igualdade legal formal pode ter o efeito perverso de reproduzir a desigualdade por meio de formas ocultas de discriminação. Ignorar as conseqüências da divisão sexual do trabalho ou da responsabilidade pelo cuidado dos filhos coloca as mulheres como encarregadas dessa tarefa em princípio e, portanto, em desvantagem em relação a certas formas ou condições de trabalho. Além disso, as mulheres que deixam o trabalho remunerado para criar seus filhos enfrentam uma penalidade econômica cumulativa, um "imposto reprodutivo" na forma de salários mais baixos e perspectivas de promoção e aposentadoria também menores.

A terceira perspectiva crítica diz respeito à administração da justiça. Se as leis geralmente são baseadas em pressupostos androcêntricos, argumenta-se que o mesmo ocorrerá com os processos judiciais. O testemunho das mulheres frequentemente vale menos do que o dos homens, e os tribunais têm se inclinado contra as mulheres, especialmente em casos de conflito doméstico e crimes sexuais. O exemplo mais eloquente a esse respeito é o tratamento dos casos de estupro, onde as vítimas do sexo feminino estão sujeitas a diversas suposições desfavoráveis que as colocam ou em conluio com o ofensor, ou de modo que se sugere que são elas que "provocaram" a ofensa<sup>17</sup>.

É assim que as campanhas pelos direitos das mulheres na América Latina e outros países visaram a realizar reformas nessas três áreas amplas. Especialmente visíveis foram suas iniciativas para eliminar os privilégios masculinos e patriarcais dos códigos legais. Isso implicou geralmente a individuação dos direitos das mulheres de seu estado familiar ou matrimonial, e a eliminação das formas espúrias de proteção dos códigos civis e do direito de família. Nos últimos anos, também se avançou na ampliação dos direitos de propriedade das mulheres, o que é de primordial importância para aquelas que vivem em países em desenvolvimento<sup>18</sup>. Contudo, a política social e os direitos sociais permanecem sendo, em grande parte da América Latina, uma área em que o modelo predominante de título justo continua a corresponder ao "homem provedor", o que codifica suposições sobre a dependência feminina e nega às mulheres um título justo completo e individual.

Um segundo objetivo foi desafiar a assimilação das mulheres à norma masculina, onde isso era claramente incompatível com a justiça, o que implica um sistema jurídico que respeite

---

17 SMART, C. **Law, crime and sexuality: essays in feminism**. London: Sage, 1995.

18 DEERE, C. D. ; LEÓN, M. **Empowering women: land and property rights in Latin America**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2001.

as diferenças sem renunciar ao princípio da igualdade. A demanda pelo que Lister<sup>19</sup> chama de "igualdade diferenciada" caracterizou a luta histórica pelos direitos de cidadania das mulheres, não apenas nos estados ocidentais, mas também em grande parte do sul global e, especialmente, na América Latina. Essa demanda tem sido associada a prerrogativas decorrentes do papel das mulheres como geradoras de filhos e mães, como a licença-maternidade remunerada ou a garantia de emprego para as mulheres grávidas, bem como medidas corretivas destinadas a levar em consideração o fato de que a igualdade de oportunidades não garante a igualdade de resultados se as condições entre os concorrentes forem desiguais. A discriminação positiva, a criação de metas e os sistemas de quotas são medidas consistentes com essa posição. No âmbito dessa concepção de direitos diferenciados, é possível especificar leis que concedam às mulheres direitos reprodutivos completos com base no princípio de que os indivíduos têm certos direitos sobre seus próprios corpos e funções.

As tentativas de reforma também tiveram como alvo processos judiciais. A preocupação com o preconceito contra as mulheres, frequentemente exibido nos tribunais, levou a campanhas para aumentar a conscientização sobre seu escopo e natureza e para exigir que, nos processos judiciais, as mulheres sejam tratadas como moralmente iguais. As organizações latino-americanas de mulheres alcançaram certas reformas nos campos do direito e da administração ou prática da justiça em casos de violência doméstica e julgamentos de estupro, e conseguiram direcionar a opinião pública para a necessidade de treinar a polícia e os magistrados, bem como de gerar maior sensibilidade à situação frequentemente prejudicial das mulheres nesses casos.

Com as quatro conferências da mulher da ONU, a última realizada em Pequim em 1995, foram transnacionalizadas as iniciativas dos movimentos de mulheres em toda a região destinadas a promover reformas no status legal das mulheres de acordo com essas diretrizes. Juntamente com outras conferências da ONU, elas representaram um fórum de discussão onde os princípios da justiça de gênero poderiam ser debatidos e as emendas ao Direito Internacional Humanitário poderiam ser incorporadas. Os dois instrumentos que codificaram especificamente os direitos das mulheres, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEFD) de 1979, e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim (PFA) de 1995, determinaram a definição das agendas regionais de reforma, especialmente onde foram incorporadas na legislação nacional. A CEFD representa a

---

19 LISTER, R. **Citizenship: feminist perspectives**. Nueva York/Basingstoke: New York University Press/Palgrave Macmillan, 2003.

legislação mais abrangente e de maior alcance em relação ao gênero e às relações familiares e foi importante para estabelecer o princípio de regulação voluntária da fertilidade. Quase todos os países latino-americanos assinaram os dois instrumentos, que fornecem uma base tanto para o ativismo, como para a gestão de governo em relação à igualdade de gênero, por meio de medidas como quotas para mulheres no parlamento, o estabelecimento de estruturas e espaços institucionais para a mulher e a incorporação da transversalidade de gênero em todas as áreas administrativas<sup>20</sup>. Durante a onda de reformas constitucionais que acompanhou a "redemocratização" na América Latina, muitos Estados adotaram parcial ou totalmente os princípios consagrados em ambos os instrumentos, disponibilizando assim aos defensores das mulheres uma base para exigir reformas políticas consistentes com esses princípios<sup>21</sup>.

## 2 A NATUREZA ESPECÍFICA DO CONTEXTO DA CIDADANIA

Até agora, foi mencionado que os direitos das mulheres foram promovidos regionalmente e por meio de instrumentos internacionais, mas também que o significado da justiça de gênero e da cidadania são de natureza situacional, ou dependente do contexto, pois é o contexto cultural, político ou institucional que define prioridades estratégicas e coloca limites ao que pode ser feito para promover a justiça de gênero. A cidadania tem origem na filosofia política liberal ocidental, mas é um conceito polivalente que também foi pluralizado à medida em que os movimentos sociais, os pluralistas jurídicos e os teóricos democráticos questionaram e até certo ponto radicalizaram o seu significado. Hoje há um reconhecimento crescente das significativas variações envolvidas na "cidadania existente de fato", ou seja, a cidadania tal como é vivida pelos cidadãos, tanto em termos dos direitos que confere aos cidadãos, quanto do significado que tem para aqueles a quem designa. Vista desse modo, a cidadania é simplesmente o fundamento jurídico da inscrição como membro social; dadas as variações nas leis, costumes e, de maneira decisiva, nas formações de gênero, o significado da cidadania, bem como os direitos que ela representa, são até certo ponto variáveis. Na América Latina, os direitos que uma mulher pode reivindicar podem diferir de acordo com o lugar em

---

20 Há uma extensa bibliografia sobre o processo de Pequim. Veja, entre outros, VARGAS, V.: *Democratic institutionalism and feminist strategies during the Nineties*. In: **About women's powers and vision**. Montevideo ; DAWN e REPEM, 2000; STIENSTRA *et al.* (orgs.). **Gendered discourses, gendered practices: Canadian foreign policy**. Oxford: Oxford University Press, 2003; MOLYNEUX, M. ; RAZAVI, S. **Gender Justice, rights and development**. Londres: Oxford University Press, 2003.

21 CHIAROTTI, S. La situación jurídico-social de las mujeres a cinco años de Beijing: el panorama regional. **Octava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe**. Lima, Perú, CEPAL/ECLAC, 2000; LYCLAMA À NIJEHOLT, G.; VARGAS, V. ; WIERINGA, S., (orgs.). **Women's movements and public policy in Europe, Latin America, and the Caribbean**. New York/London: Garland Publishing, 1998.

que ela se encontra e de acordo com o grupo étnico a que pertence; os direitos substantivos que ela pode acessar podem ser limitados por esses fatores, bem como por questões de classe social.

Esse caráter situacional define o significado de cidadania para as mulheres de três maneiras fundamentais: primeiro, os direitos e responsabilidades que a cidadania implica são especificados dentro de uma tradição jurídica determinada e são garantidos por uma forma determinada de Estado. O fato de as leis do Estado serem definidas com base na doutrina religiosa ou de acordo com variações do liberalismo secular terá consequências de amplo alcance para as relações de gênero. Segundo, como a cidadania significa ser social e politicamente membro de um Estado-nação, implica prerrogativas em termos de lealdade e identidade dentro de um conjunto de entendimentos culturais específicos, nos quais as ideias de feminilidade geralmente têm uma posição central. Terceiro, na prática política, as lutas pelos direitos da cidadania se desenrolam no contexto de discursos políticos e condições de oportunidade diversas, cuja variabilidade tem consequências em relação à forma como as questões de gênero são enquadradas; de fato, esses contextos afetam o grau e os modos de participação das mulheres - como no caso dos direitos coletivos, que podem colocar limites aos direitos individuais das mulheres. O fato de as leis consuetudinárias predominarem em áreas da América Latina complica ainda mais a posição das mulheres no âmbito jurídico, seja como cidadãs de nações ou como membros de uma comunidade, às vezes implicando direitos e responsabilidades diferentes e até contraditórios<sup>22</sup>.

### **3 AMÉRICA LATINA: GÊNERO, CIDADANIA E DIVERSIDADE**

Para compreender os significados contemporâneos dados à justiça de gênero na América Latina, é necessário colocar em primeiro plano questões históricas e contextuais. Em primeiro lugar, a região sofreu os efeitos de três séculos de colonialismo espanhol e português, que deixou uma marca distintiva na cidadania e nos cidadãos, bem como nos sistemas de direito, religião, idioma, economia, nas particularidades demográficas e nas formas de exclusão racial. No entanto, as instituições coloniais sempre existiram em uma relação dual – em parte como coerção e em parte como transação - com o que restou das

---

22 BAITENMANN, H. *et al.* (orgs.). **Decoding gender: law and practice in Contemporary Mexico**. New Brunswick/London: Rutgers University Press, 2007; SIEDER, R. (org.). **Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2002; SIERRA, M. S. (org.). **Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas**. Ciudad de México: CIESAS/Cámara de Diputados/Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2004.

sociedades indígenas. Os Estados coloniais foram fundados na tradição jurídica greco-romana e, embora sua jurisprudência tenha sido modificada com o séculos, se transformou decisivamente na era moderna com a adoção dos Códigos Napoleônicos, a Independência e a influência do liberalismo e do pensamento iluminista. Desde meados do século XIX, as elites latino-americanas iniciaram os processos de formação do Estado moderno, inspiradas nos princípios liberais de governo e justiça, embora adaptados e implantados de maneira vacilante nas formações sobre as quais presidiram.

Se as leis coloniais atribuíram direitos diferentes a homens e mulheres e impuseram às mulheres a obrigação de servir e obedecer aos homens, pouco mudou após a Independência. No cerne do raciocínio jurídico liberal sobre a ordem de gênero permanecem elementos dos sistemas jurídicos anteriores. Embora aqueles que forjaram os Estados pós-coloniais tentaram mudar os princípios da regulamentação legal do chamado "patriarcado colonial" em direção ao contratualismo liberal, a autoridade e o privilégio masculinos continuaram a predominar nas esferas pública e doméstica<sup>23</sup>.

Foi assim que a modernidade latino-americana, seja em seus momentos liberais, revolucionários ou corporativos, adicionou seletivamente mulheres e longe do que teria sido em em igualdade de condições. Nos códigos legais nacionais, durante grande parte do século XX, os direitos dos cidadãos repousavam em noções profundamente enraizadas de diferença de gênero, que coincidiam com as posições socialmente assimétricas ocupadas pelos sexos. Embora durante o período liberal (aproximadamente entre 1880 e 1930) a influência da Igreja Católica tenha sido atenuada pelo secularismo estatal, em alguns países essa instituição continuou a manter seu poder e influência, especialmente em questões relacionadas aos papéis sexuais e reprodutivos das mulheres, como mostra o fato de que na América Latina algumas das legislações mais repressivas do mundo sobre a interrupção da gravidez ainda persistem<sup>24</sup>.

---

23 Existe uma excelente bibliografia sobre gênero, Estado e leis na América Latina: entre outros STONER, L. **From the house to the streets. The Cuban Women's Movement for Legal Reform**. Durham: Duke University Press, 1988; STERN, S. **The secret history of gender. Women, men and power in Late Colonial Mexico**. Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1995; LAU JAIVEN, A. ; RAMOS ESCANDÓN, R. **Mujeres y revolución, 1900-1917**, Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1993; BESSE, S. K. **Restructuring patriarchy: the modernization of gender inequality in Brazil, 1914-1940**. Chapell Hill/London: University of North Carolina Press, 1996; LAVRIN, A. **Women, feminism, and social change in Argentina, Chile, and Uruguay, 1890-1940**. Lincoln: University of Nebraska Press, 1995; RODRÍGUEZ, E. (org.). **Entre silencios y voces: género e historia en América Central (1750-1990)**. San José: Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia (1997), bem como os artigos reunidos em DORE, E. ; MOLYNEUX, M. (orgs.). **The hidden histories of Gender and the State in Latin America**, London: Duke University Press, 2000.

24 ORTIZ ORTEGA, A. **Si los hombres se embarazan, ¿el aborto sería legal?** México: Edamex/Population Council, 2001.

Enquanto isso, em grande parte da região, o acesso das mulheres à justiça foi e continua sendo desigual e, no caso das mulheres rurais ou indígenas, limitado. O privilégio patriarcal na família ou na sociedade em geral manteve certo poder em determinados grupos e classes sociais, apesar de sua transformação, enfraquecimento e ressignificação ao longo do tempo. Ele subsistiu na forma de violência doméstica e exclusão das mulheres do poder e da autoridade, mas seu apoio institucional enfraqueceu-se gradualmente como resultado dos esforços dos movimentos de mulheres e das transformações sociais associadas à modernidade capitalista.

#### 4 FEMINISMO E JUSTIÇA

Como mostra essa história, em sua luta pela cidadania, os movimentos de mulheres tiveram que se envolver em um campo complexo desde o início, a fim de exercer seu compromisso. A região tem uma longa história de lutas pelos direitos de cidadania das mulheres, que remonta ao século XIX e ainda mais atrás, e que alcança conquistas significativas durante o século XX<sup>25</sup>. As reivindicações de cidadania das mulheres foram enquadradas na história variada da região e em numerosos discursos: igualitarismo socialista, populismo militar, corporativismo, maternalismo conservador e liberalismo de diferentes tipos<sup>26</sup>.

Embora a partir da década de 1920 os movimentos de mulheres tenham se diversificado, eles foram caracterizados por uma ênfase sustentada nos aspectos sociais, evidente nas organizações socialistas e nas correntes vitais do que Skocpol<sup>27</sup> chama de "maternalismo cívico". O feminismo latino-americano foi desde o início influenciado por diferentes correntes: conservadoras e radicais, liberais e socialistas. Quando se aliou ao socialismo social democrático, ele tendeu a se comprometer com um projeto mais amplo de

---

25 Veja-se, por exemplo, STONER, L. **From the house to the streets. The Cuban Women's Movement for Legal Reform**, Durham: Duke University Press, 1991; RODRÍGUEZ, E. (org.). **Entre silencios y voces: género e historia en América Central (1750-1990)**. San José: Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia (1997); MILLER, F. **Latin American women and the search for social justice**. Hanover: University Press of New England, 1991; LAVRIN, A. **Women, feminism, and social change in Argentina, Chile, and Uruguay, 1890-1940**. Lincoln: University of Nebraska Press, 1995.

26 Abordo esse ponto em detalhes em MOLYNEUX, M. **Women's movements in international perspectiva**. London/Houndsmills: ILAS/Macmillan, 2000 e MOLYNEUX, M. **Movimientos de mujeres en América Latina: Estudio teórico y comparado**. Madrid: Ediciones Cátedra, 2003.

27 SKOCPOL, T. **Protecting soldiers and mothers: the political origins of social policy in the United States**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1992.

reforma social e a tornar possíveis os direitos das mulheres nesse contexto, às vezes com considerável êxito<sup>28</sup>.

Em todas as suas variações, o feminismo latino-americano é desde a chamada "primeira onda" essencialmente um movimento modernista que vincula as ideias de emancipação e liberdade a uma crítica direcionada à natureza opressora da sociedade arcaica e das relações sociais. Baseada nas concepções humanistas liberais do direito individual à dignidade e à liberdade, a ideia de emancipação entrou na linguagem política da modernidade graças ao movimento de abolição da escravidão nos séculos XVIII e XIX. Um Estado que nega esses direitos aos cidadãos lhes nega nada menos que sua humanidade. Os liberais que seguiram as ideias de John Stuart Mill e dos socialistas e feministas de várias simpatias políticas compararam a situação das mulheres no casamento com a submissão. Contra essa situação de sujeição estava a ideia de cidadania livre e soberana, com os princípios subjacentes de autonomia e personalidade jurídica plena (igualitária).

Mas o feminismo não apenas apelou para os princípios essenciais do liberalismo; além disso, exigia que fossem aplicados de maneira mais consistente, por meio da eliminação das premissas androcêntricas envolvidas. Tratava-se de uma das muitas inconsistências existentes na justiça liberal que as feministas apresentaram desde suas primeiras tentativas de estabelecer uma "cidadania diferenciada"<sup>29</sup>. As feministas defendiam o reconhecimento da diferença, mas não em detrimento da igualdade. Em termos simplificados, isso significava que nem os papéis sociais das mulheres, nem as funções biológicas, deveriam ser causa de discriminação, como ocorria com o universalismo "cego à diferença" que governava a lei e tomava a norma masculina como referência. Em particular, esses argumentos foram desenvolvidos na América Latina em relação à maternidade; as feministas pediram o fim da discriminação contra as mães e defenderam o direito à maternidade e à amamentação durante a jornada de trabalho. Mas, apesar dessa sensibilidade, havia uma área em que se pode dizer que o feminismo da primeira onda na América Latina se distinguia por ter sido ele próprio também cego às diferenças.

As feministas eram em grande parte modernistas. Elas concebiam sua sociedade como retrógrada e as relações sociais como necessitadas de transformação se é que as mulheres tinham que se emancipar. Geralmente não aceitavam os argumentos que favoreciam o status

---

28 LAVRIN, A. **Women, feminism, and social change in Argentina, Chile, and Uruguay, 1890-1940.** Lincoln: University of Nebraska Press, 1995.

29 LAVRIN, A. **Women, feminism, and social change in Argentina, Chile, and Uruguay, 1890-1940.** Lincoln: University of Nebraska Press, 1995.



quo baseado na preeminência da cultura, religião, tradição e, de acordo com as tendências progressistas de seu tempo, eram decididamente seculares<sup>30</sup>, situando-se desse modo nos campos da modernidade ao lado dos nacionalistas inspirados pelo Iluminismo, socialistas e liberais. Para a maioria dos progressistas da época, as diferenças sociais e culturais ou eram sinal de atraso ou exotismo; não tinham que ser eliminadas, mas modernizadas, ou seja, atualizadas com os princípios de liberdade e igualdade.

Tais ideias fascinaram muitas mulheres imigrantes urbanas, trabalhadoras e professoras, mas seu fascínio estava longe de ser amplamente compartilhado nas primeiras décadas do século XX. Para muitas mulheres, a segurança dentro da tradição do casamento, parentesco ou comunidade permaneceu em maior demanda, especialmente devido à ausência de alternativas reais e apesar dos custos consideráveis da ruptura com os laços tradicionais. Para as populações indígenas, que haviam sofrido tanto com as elites liberais, quanto com a dominação colonial, essas ideias, embora não fossem totalmente estranhas, eram, no entanto, pouco confiáveis. Por seu lado, as feministas demoraram a entender que elas próprias faziam parte da elite mestiça pós-colonial e que a modernidade que elas promoviam era tratada com mais ambivalência por aqueles que permaneciam à beira de sua ruptura. Para as populações que haviam sobrevivido à escravidão e à sucessiva "falsa emancipação", e para aqueles que experimentavam a experiência permanente do colonialismo interno, o encontro com a modernidade não correspondia com as visões idealizadas das elites brancas urbanas, sejam elas conservadoras ou reformistas. As rupturas da modernidade fragmentaram e polarizaram as comunidades indígenas, muitas vezes por meio da violência, como na chamada "conquista do deserto" na Argentina, outras vezes de modo mais sutil, por meio de políticas destinadas à promoção de mudança social e econômica. A construção da nação implicou homogeneidade e supressão da diferença com uma forma de racismo generalizado que marcou o encontro com o "outro".

Atualmente os danos do não reconhecimento no referido processo são mais bem compreendidos, porém na época foram ignorados, e os eventuais custos no processo de modernização e "civilização" seriam considerados menores em comparação com os benefícios obtidos. Inclusive os radicais da Revolução Mexicana, que trabalharam com "os camponeses atrasados", se vincularam à supressão de suas línguas em nome do Estado-Nação, identificado com a liberdade e a justiça para tudo. A escala crescente desse levante revolucionário acelerou o ímpeto para a mudança social, mas também o medo criado pela mudança e pela oposição a

---

30 No sentido preciso que favorecia a separação da religião do Estado. Isso não implicava que elas fossem ateias.

esta era regularmente organizado por e em torno da crença religiosa. Enquanto isso, os socialistas seculares e as feministas liberais trabalharam com entusiasmo para acabar com a opressão das mulheres rurais por meio da educação e dos programas de "higiene social", trazendo mudanças para si mesmas, como a expansão legal dos direitos das mulheres em relação à cidadania.

A maioria das mulheres indígenas não se beneficiou dessas reformas legais porque, por muitas décadas, apenas conheceu a existência tensa entre as novas leis e os próprios costumes indígenas. Embora para as feministas isso tenha beneficiado qualquer mulher, quem quer que fosse, para as mulheres indígenas essa modernidade imposta não necessariamente ofereceu uma saída da pobreza que as invadia. No entanto, ao alcançar os novos direitos, elas arriscaram o casamento e a família; sistemas de solidariedade coletiva que podem ter sobrevivido<sup>31</sup>.

Se a história moderna do direito e do gênero na América Latina é a de formação e reforma do Estado, é também uma história de descontinuidades nacionais e locais e, em alguns países, de uma articulação complexa entre Estado e modos consuetudinários de regulação social. Assim, apesar da instância aparentemente unificadora que incorpora o direito nas instituições e códigos do Estado, não existe uma única versão das relações "direito e gênero" ou "gênero e cidadania"; ainda hoje em países como México, Bolívia e Equador, a regulação legal é conduzida por meio de uma multiplicidade de sistemas paralelos, sobrepostos ou sincréticos<sup>32</sup>. O aumento das reivindicações de identidade indígena a partir de meados da década de 1980, estimulado pela dinâmica da redemocratização, levou muitos países a embarcarem em um processo de re-conceitualização de suas histórias nacionais. Isso teve um impacto nas disposições legais e constitucionais; países como o México ou a Bolívia confirmaram explicitamente em suas constituições os direitos e aspirações territoriais indígenas, muitas vezes - embora nem sempre - interpretados de maneira a confirmar a autoridade e os direitos dos homens sobre as mulheres.

---

31 O jornal equatoriano *El Comercio*, de 20 de maio de 2001, comentou que "(sem) dúvida, muitas (comunidades indígenas) têm muitas coisas em comum, como o trabalho comunitário (o mingau ancestral) para alcançar seu desenvolvimento ...". Citado em PEQUEÑO, A. **Imágenes en disputa: Representaciones de mujeres indígenas ecuatorianas**. Quito: FLACSO-Ecuador, 2007, p. 39.

32 HERNÁNDEZ CASTILLO, R. A. National Law and Indigenous Customary Law: the Struggle for Justice of Indigenous Women in Chiapas, Mexico. *In*: MOLYNEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). **Gender Justice, Development and Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 384-481; SIEDER, R. (org.). **Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2002; VAN COTT, D. L. **The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

Os direitos cidadãos das mulheres foram desenvolvidos de forma equitativa ao longo do século XX, no entanto, os termos de cidadania foram estendidos para incluir as mulheres na vida econômica e política, garantindo-lhes maior autonomia da família. Esses avanços nem sempre foram alcançados pelas feministas. Os direitos das mulheres foram uma causa assumida pelos populistas nacionais, como Eva Perón, e pelos socialistas de estado, como Fidel Castro, que, apesar de hostis ao feminismo, aceitaram e reconfiguraram algumas demandas do movimento de forma a atrair as novas classes trabalhadoras urbanas.

O feminismo por si só diversificou e, nas últimas décadas do século XX, ganhou mais apoio para algumas das ideias das mulheres das classes mais baixas. Foi somente na década de 1980 que o respeito pela diferença foi incluído nas políticas feministas. Este foi o resultado de vinte anos do "processo de Pequim" e do surgimento dos movimentos indígenas<sup>33</sup>. Ambos apontaram para o crescimento da voz e da presença de novos atores nas políticas transnacionais e nos movimentos feministas.

O processo de Pequim em suas primeiras reuniões foi o local de encontros difíceis entre o norte e o sul e entre diferentes correntes internacionais de movimentos internacionais de mulheres. Esses acontecimentos convergiram com o surgimento de uma política indígena especial que, para a maior parte, tornou-se uma grande suspeita em relação ao feminismo. Estes encontros com "os outros Outros", embora às vezes difíceis para os participantes, pois pluralizaram e fraturaram o feminismo por meio dos desafios da diversidade, algumas vezes foram revitalizantes e energizantes.

No entanto, foi durante a transição que marcou o fim das ditaduras latino-americanas do final da década de 1970 que se avançou em termos de direitos das mulheres. O amplo consenso político e o compromisso compartilhado com o liberalismo político e econômico, juntamente com a vigência do Estado de Direito, foram elementos-chave que favoreceram as reivindicações das mulheres. Em termos mais gerais, esse consenso foi um estímulo vital para o desenvolvimento de campanhas de direitos humanos e possibilitou tanto o funcionamento e a eficácia de novas organizações com múltiplos interesses, quanto a colaboração entre as partes e o estabelecimento de redes mais amplas a partir das agendas da democracia e dos direitos humanos. Em resposta às reivindicações da sociedade civil reprimidas por duas décadas, os governos eleitos se comprometeram a aprofundar o desenvolvimento da sociedade civil, a democracia e a reforma jurídica. Já na década de 1980, quando as ditaduras entraram

---

33 Em relação a essa mudança, veja o interessante texto de RADCLIFF, S. ; LAURIE, N. Culture and development: taking culture seriously in development for Andean Indigenous People, **Environment and planning: society and space**, 24, 2006, pp. 231-248.

em sua fase terminal, a divisão tradicional entre a esquerda revolucionária, determinada a derrubar o Estado pelas armas, e uma sociedade civil mais moderada havia sido em grande parte superada. Ocasionalmente havia oposição às políticas de ajuste estrutural severas e geralmente ao "neoliberalismo" que, no entanto, foram aplacados no início dos anos 1990, quando as economias começaram a despertar após a "década perdida". Uma esquerda já reconfigurada concentrou-se na questão de como fazer frente às oportunidades que a conjuntura democrática colocava à sua disposição e tentou radicalizar a agenda liberal e proteger os direitos sociais. Ao mesmo tempo, as questões emergentes dos direitos indígenas e do meio ambiente foram acrescentadas às preocupações políticas e sociais tradicionais.

Embora as ditaduras brutais da guerra suja e os regimes militares em geral não tenham devastado completamente a região, o impacto do autoritarismo se fez sentir. Serviu para fortalecer o apoio transregional aos direitos humanos, e muitos dos que tinham sofrido pessoalmente as conseqüências dos governos militares se tornaram os defensores mais ativos dos direitos humanos das mulheres, tanto em seus países, quanto no exterior, na esfera global. Em geral, feministas de toda a região alcançaram uma presença, menor em número, mas ainda assim significativa, nas políticas local, nacional e internacional, tanto nas legislações nacionais e nos conselhos municipais, quanto nos processos consultivos da ONU e da Organização dos Estados Americanos (OEA). Durante as décadas de 1980 e 1990, os movimentos de mulheres investiram sua energia na melhoria do status político e jurídico das mulheres por meio de uma combinação de pressão popular e trabalho estatal. Em um processo paralelo, os movimentos de mulheres experimentaram o que Sonia Álvarez<sup>34</sup> chamou de "ONGuização" e muitos ativistas aproveitaram a nova estratégia de doações dos organismos internacionais para financiar suas próprias organizações. Muitas delas se envolveram em campanhas a favor de reformas legais e de participação cidadã e trabalharam para fortalecer redes regionais e transnacionais eficazes. As ONG de mulheres latino-americanas destacaram-se nos anos 1990 por sua participação ativa nas quatro conferências de final de milênio da ONU e em outras atividades relacionadas. A criação de redes transnacionais também ocorreu a partir dos trabalhos da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEALC), da OEA, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos encontros regionais organizados para promover a agenda da CEFDM sobre direitos das mulheres, como o realizado em Belém do Pará.

---

34 ÁLVAREZ, S. Latin American feminisms go global: trends of the 1990s and challenges for the New Millenium. In: ÁLVAREZ, S.; DAGNINO, E.; ESCOBAR, A. (orgs.). **Cultures of Politics/Politics of Cultures**. Boulder: Westview Press, 1998, pp. 293-324.

Se o ativismo feminista ficou obscurecido no Ocidente na década de 1980 (embora ainda estivesse presente nos programas do governo e dos partidos políticos), na América Latina e em outras partes do hemisfério sul, manteve uma dinâmica ativista até os anos 1990. Também foi capaz de mobilizar um setor considerável da população e de estender seu alcance muito além do grupo inicial, composto por profissionais instruídos com pele branca. Notável foi o crescimento do feminismo popular entre mulheres ativistas de assentamentos de baixa renda, nos movimentos de trabalhadores e até em algumas comunidades indígenas. Em alguns casos totalmente identificados com as aspirações feministas, em outros insatisfeitos com o rótulo de "feminismo", em todo caso essas ativistas integraram as ideias e as reivindicações feministas em seus discursos e estratégias. Isso ficou evidente em alguns grupos de mães e esposas da América Central, no movimento Zapatista no México e no Movimento dos Sem Terra (MST) no Brasil. Ativistas feministas de linhas diversas, por exemplo, aquelas que trabalham com direitos reprodutivos<sup>35</sup> e violência contra mulheres, empreenderam incansavelmente tarefas de organização em comunidades de baixa renda. Embora houvesse tensões entre os movimentos de mulheres "populares" e as ativistas feministas, em sua maioria de classe média, há poucas dúvidas sobre os níveis de interação entre as diversas correntes do ativismo feminino que ocorreram, tanto em nível de base, quanto em encontros estratégicos nacionais e transregionais<sup>36</sup>. No clima internacional e nacional renovado que se seguiu, essa dinâmica sem dúvida desacelerou, mas os novos atores sociais e as forças políticas em países como Equador, Bolívia e Venezuela deram nova expressão ao crescente descontentamento com o lento crescimento e as políticas econômicas neoliberais.

## 5 RECONFIGURAÇÃO DA CIDADANIA COMO PRAXIS

Como mencionado acima, o significado da justiça de gênero na América Latina ocorreu nas últimas décadas no contexto da democracia restaurada e consolidada e em um contexto político internacional que deu impulso a campanhas populares de direitos humanos. Embora neste esforço existam várias áreas que se sobrepõem necessariamente, podem ser distinguidas três classes de iniciativas que são fundamentais para entender as maneiras distintas em que evoluíram as campanhas pela cidadania das mulheres na América Latina.

---

35 Veja HTUN, M. **Sex and the State: abortion, divorce and the family under Latin American dictatorships and democracies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, sobre a luta pelos direitos reprodutivos em condições ditatoriais.

36 Peggy Antrobus define quais eram as prioridades dos movimentos populares de mulheres no Caribe e isso também é válido para a América Latina. ANTROBUS, P. *Feminist activism: the CARICOM experience*, 2003 (mimeo).

1. O primeiro elemento conceitual - e o mais importante - foi a adesão das reivindicações de justiça de gênero a campanhas com objetivos mais amplos, que defendiam os direitos humanos e a restauração da democracia, questões que adquiriram grande intensidade em países que tiveram governos autoritários<sup>37</sup>. Os movimentos de cidadãos lutaram nesses contextos pelo "direito a ter direitos", endossando a frase eloquente e concisa de Hannah Arendt<sup>38</sup>. Em lugares onde as garantias liberais e os direitos humanos haviam sido violados por décadas de ditadura, os movimentos de mulheres deram um valor especial ao Estado de Direito e aos direitos de cidadania. Ao mesmo tempo, o vocabulário dos direitos e da cidadania foi articulado não apenas para restaurar ou melhorar os direitos legais, mas também com o objetivo de aprofundar o processo democrático. A linguagem dos direitos não se destinava apenas a conscientizar os pobres e socialmente marginalizados sobre seus direitos sociais legais, mas também a questionar sua falta de direitos substantivos. Assim, o discurso sobre os direitos tornou-se uma forma de reivindicar justiça social e reconhecimento em uma linguagem que enquadrava as reivindicações "como um direito básico da cidadania"<sup>39</sup>.

Na América Latina, além do apoio que geralmente davam aos direitos, os movimentos de mulheres adotaram slogans do movimento feminista chileno, que vinculava conceitualmente a democracia e os direitos a conteúdos específicos de gênero. Isso foi expresso na fórmula "democracia no governo: democracia na família" e "não há democracia sem democracia na família". Dessa forma, o conceito de justiça de gênero se vinculou ao de democracia e, ao mesmo tempo, a democracia foi redefinida como um domínio de governo que vai além do Estado e engloba a esfera íntima da família e da sexualidade. Essa ideia, presente há muito tempo na discussão política que o feminismo mantém com o liberalismo a partir da Revolução Francesa, marcou as iniciativas de reforma nas áreas da família e da sexualidade e influenciou os modos em que se fizeram as campanhas contra a violência de gênero. A campanha contra a violência de gênero foi significativa pelo uso do que Nancy

---

37 Veja, por exemplo, os escritos da ativista feminista Virginia Vargas e, sobre como a contenda política absorveu o discurso, as publicações de FLACSO. A unidade de gênero do Chile sintetiza a perspectiva de que a transformação das relações de gênero depende do aprofundamento do processo democrático na região. Destaca a igualdade social entre os sexos e a ampliação da cidadania, entendida como o direito a ter direitos e o respeito à diversidade.

38 ARENDT, H. **Between past and future**. Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1977.

39 DAGNINO, E. Culture, Citizenship and Democracy: changing discourses and practices of the Latin American Left. In: ÁLVAREZ, S.; DAGNINO, E.; ESCOBAR, A. (orgs.). **Cultures of Politics/Politics of Cultures: revisioning Latin American social movements**. Boulder: Westview Press, 1998, pp. 33-63; HERSHBERG, E.; JELIN, E. **Constructing democracy in Latin America**. Boulder: Westview, 1996.

Fraser<sup>40</sup> e outros denominaram "política de reconhecimento", que reivindica o direito das mulheres à dignidade e à liberação da violência como parte do direito de defender sua integridade corporal. Em termos de teoria da cidadania, foi um desafio direto à separação público/privado, central ao liberalismo clássico, e enfatizou que a família não está excluída da esfera da justiça ou da democracia.

Nesse cenário, também se argumentou que a cidadania deveria ser defendida no contexto do que os teóricos latino-americanos denominaram *el cotidiano*, porque somente dessa maneira o valor das mulheres poderia ser determinado e apreciado, e apenas assim sua ssubjetividade política distintiva poderia ser expressada. Nesse sentido, a democracia foi entendida não apenas como uma prática da política institucional formal, mas como uma prática que afeta a vida cotidiana e permeia a família e a sociedade como um todo<sup>41</sup>. Isso implicou redefinir o significado da democracia, além de questionar a prática política associada à sua consolidação. No final da década de 1980, os movimentos de mulheres abordaram questões de identidade de gênero e de sexualidade, juntamente com preocupações mais antigas sobre direitos reprodutivos, gerando assim novos campos de pesquisa, identificando diferenças de gênero e poder e desafiando as normas sexuais culturais, bem como as representações da feminilidade e da masculinidade.

2. A segunda característica dos trabalhos acadêmicos e da prática ativista neste período da história latino-americana foi a revisão das ideias de cidadania por meio da adoção de um conceito de "cidadania ativa". Ou seja, a cidadania é concebida do modo que excede a pura relação jurídica pela qual os direitos são conferidos a sujeitos passivos e, pelo contrário, implica inerentemente a participação e a agência.

Nesse ponto, os teóricos e ativistas feministas latino-americanas juntaram-se aos teóricos de esquerda em sua crítica à concepção liberal utilitária de cidadania. Eles questionaram o princípio que coloca os direitos individuais sobre a responsabilidade social, opondo-se à versão de cidadania que propõe uma interpretação restrita dos direitos e a concepção limitada de pertencimento social e político que essas definições de cidadania envolvem. Pelo contrário, eles defendiam uma versão mais substantiva da cidadania, que era tanto mais participativa quanto mais responsável socialmente. Tais manifestações de ativismo social eram consideradas como um contrapeso à política corrupta e alienada do Estado e como virtuosas por direito próprio. Elas também foram vistas como uma contribuição para a

---

40 FRASER, N. **Unruly practices**. Oxford: Polity Press, 1989.

41 JELIN, E. *et al.* (org.). **Vida cotidiana y control institucional en la Argentina de los '90**. Buenos Aires: Nuevohacer, 1996.

construção da sociedade civil e, portanto, de fundações mais firmes para a democracia. Os analistas feministas centraram a sua atenção em tornar a participação das mulheres visível e valorizada, enquanto discutiam os traços de gênero nas mesmas formas de mobilização e reivindicação que acompanhavam a ação.

3. Essas duas linhas influenciaram o desenvolvimento de uma terceira característica das práticas dos movimentos de mulheres em toda a região: a compreensão da cidadania como um processo que implicava superar a exclusão social, termo que, por sua vez, foi entendido em sentido multidimensional, de modo que incluísse formas tanto políticas, quanto econômicas e sociais, de marginalização. Os marginalizados geralmente têm acesso limitado aos bens públicos, assistência ou benefícios sociais, padecem de insegurança em seus vínculos com a economia e são incapazes de participar da vida política ou de influenciá-la. Essa dimensão política da exclusão social está associada à "cidadania de baixa intensidade"<sup>42</sup>, especialmente no caso de certos grupos como os pobres sem-terra, minorias étnicas, mulheres de baixa renda e lares de trabalhadores. A exclusão social e o enfraquecimento dos mecanismos de coesão social foram vistos como sintomáticos da falta de participação efetiva nas novas democracias, o que teve consequências para a capacidade de construir e manter a estabilidade política. A literatura sobre política social latino-americana ecoa essas preocupações ao mencionar a ideia de Marshall de que a democracia exige a realização dos direitos sociais, incluindo a disponibilização de meios suficientes para que todos se comprometam com a plena participação social<sup>43</sup>. Entende-se tradicionalmente que esses meios incluem, no mínimo, o acesso à educação, saúde, moradia e emprego. Esse interesse pela justiça econômica é uma característica distintiva da América Latina e do Caribe, onde os movimentos de mulheres, de acordo com os conceitos de Fraser, combinaram as lutas pelo reconhecimento com as lutas pela redistribuição.

Nesse contexto, as organizações de mulheres aproveitaram a oportunidade oferecida pela agenda de desenvolvimento da década de 1990, com ênfase nos direitos, participação e empoderamento, para trabalhar com as comunidades marginalizadas e de baixa renda em diversos projetos de cidadania. A cidadania foi tratada do modo que implicava tanto transformações subjetivas, quanto uma compreensão mais ampla dos direitos, redefinindo o vocabulário do empoderamento em termos da capacidade de agir no mundo e de mudá-los. Na

---

42 O'DONNELL, G. On the state, democratization and some conceptual problems: a Latin American view with glances at some postcommunist countries, *World Development*, 21:8, 1993, pp. 1355-1369.

43 MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.



América Latina, as políticas de boa governança e o respaldo internacional aos direitos humanos encontraram muitos apoiadores no setor voluntário e nos movimentos sociais<sup>44</sup>. Muitas ONGs estavam dispostas a respaldar as iniciativas relacionadas aos direitos, tendo elas próprias surgido de movimentos sociais de oposição e apoiadores da democracia. A partir de meados da década de 1980, as ideias de cidadania foram desenvolvidas e aplicadas em uma ampla gama de campanhas destinadas a promover a conscientização dos direitos e o engajamento cívico e a realizar reformas no sistema de justiça.

Em suma, estas variadas formas de compromisso com a cidadania das mulheres acompanharam e fizeram parte integral das iniciativas para ampliar os direitos nos novos contextos democráticos. Os exemplos incluem o papel das organizações civis nos processos eleitorais (como no México e no Peru); os múltiplos projetos de alfabetização jurídica destinados a fazer com que grupos de baixa renda entendam e exijam o cumprimento de seus direitos; projetos de capacitação de mulheres em habilidades de liderança, de modo que possam acessar as instituições e instâncias políticas; processos de paz e de resolução de conflitos (especialmente na América Central); as múltiplas formas de projetos populares que visam a "dar poder" ou empoderar os grupos de baixa renda e trabalhar com mulheres, povos indígenas e crianças, nos quais os discursos sobre os direitos orientam a ação.

Por trás dessas múltiplas lutas pela cidadania, a questão de muitas feministas latino-americanas continua sendo como desenvolver uma política que promova um projeto geral de justiça social. Um projeto desse tipo dependia de uma reformulação radical do Estado, tornando-o uma entidade mais responsável social e democraticamente, garantindo que as organizações que expressavam demandas por justiça social e igualdade recebessem canais institucionalizados para influenciar a lei e as políticas públicas. Nesse ponto, o feminismo latino-americano enfrentou os limites, desafios e oportunidades oferecidos pela democracia liberal em sua tentativa de reformular as políticas de participação e da própria cidadania. Isso, então, nos leva de volta à questão da prática feminista e da sua relação com a corporação política e suas agências representativas, questão que chegou a dominar os debates feministas na década de 1990.

Os esforços que foram feitos nas últimas décadas para desafiar os termos dos direitos de cidadania das mulheres até agora deram frutos em mudanças significativas nas arenas jurídica e política. Mas, embora se tenha tido que lutar por eles e, mesmo que não possuam segurança total, a democracia liberal muitas vezes esteve mais disposta a conceder igualdade

---

44 MOLYNEUX, M.; LAZAR, S. **Doing the rights thing: rights-based development and Latin American NGOs**. London: Intermediate Technology Publications Group, 2003.

perante a lei e direitos políticos do que direitos econômicos e sociais. A realidade paradoxal das transições pós-autoritárias que os movimentos de mulheres tiveram que enfrentar no final do milênio consistiu em maiores oportunidades para a participação no âmbito político formal, mas em um contexto de reforma estrutural e de desigualdade social cada vez mais profunda. A mudança internacional do estado social para o estado neoliberal produziu um contexto no qual ocorreu uma diminuição significativa de direitos sociais, uma condição para a plena realização da igualdade política. A cidadania consagra ideias de liberdade política, imparcialidade e igualdade perante a lei, mas, como muitos teóricos liberais reconheceram, esses ideais foram ameaçados em um sistema baseado em grandes desigualdades de riqueza e renda. A tensão entre os princípios de mercado e as reivindicações da cidadania só poderia ser reduzida por meio de intervenções políticas deliberadas para garantir a igualdade social, algo que Marshall<sup>45</sup> chamou de subordinação do mercado à justiça social. Se os movimentos latino-americanos de mulheres desejam realizar todo o potencial dos direitos conferidos pela cidadania, um ponto de partida útil pode ser uma leitura de gênero dessa apreciação fundamental.

## 6 PESQUISA ACADÊMICA SOBRE GÊNERO, CIDADANIA E DIREITO

As pesquisas novas e em andamento nas áreas de gênero e cidadania identificaram numerosas prioridades de estudo, além de desenvolver campos já existentes ou abrir novos para futuras pesquisas em nichos inexplorados ou pouco explorados até então na região<sup>46</sup>. O primeiro deles é o que algumas vezes foi chamado de "globalização jurídica", uma área aberta por Keck e Sikkink<sup>47</sup>, entre outros, e estudada na América Latina em relação aos direitos indígenas por Alison Brysk<sup>48</sup>, Rachel Sieder e colegas do CIESAS no México<sup>49</sup>, bem como

---

45 MARSHALL, T. H. **Citizenship and social class and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

46 Vale a pena fazer algumas observações sobre o que é apresentado nesta seção. Considerando que existem vinte países na América Latina, não é possível revisar e citar todos os trabalhos realizados na área examinada. As menções são, portanto, necessariamente limitadas, devendo-se considerá-las como meramente indicativas da qualidade do trabalho na área e supor-se que há outras além daquelas apresentadas. Além disso, o objetivo original deste trabalho era focar nos textos escritos em inglês e nos que poderiam ser facilmente obtidos. As citações são, portanto, restritas a apenas uma parte do trabalho publicado e de fácil disponibilidade na área, com desculpas a todos aqueles que não são citados. Uma revisão e a bibliografia completa em idiomas que não sejam o inglês continuam sendo uma tarefa pendente, embora alguns dos textos mencionados aqui contenham bibliografias úteis sobre os temas discutidos.

47 KECK, M.; SIKKINK, K. **Activists beyond borders: advocacy networks in international politics**. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

48 BRYSK, A. **From tribal village to global village: indian rights and international relations in Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

por Fiona Macaulay<sup>50</sup> em relação aos direitos das mulheres. Embora o papel desempenhado pelo direito internacional dos direitos humanos na reforma do corpus jurídico que afeta os direitos das mulheres seja amplamente reconhecido, pouco foi pesquisado, no entanto, sobre o processo no qual os movimentos sociais e os cidadãos usam esses instrumentos para legitimar e estruturar suas reivindicações, tanto em nível nacional, quanto local.

Até que ponto isso indica, como argumentaram alguns analistas, que a cidadania não pode ser pensada apenas em relação ao Estado-nação, é uma questão que deve ser considerada à luz da experiência latino-americana. No entanto, embora esses âmbitos globalizados tenham adquirido um papel importante na política e nas políticas, é o Estado-nação que governa, legisla e executa as políticas. Em questões de políticas, legalidade e justiça social, o Estado-nação continua sendo um local crítico de intervenção.

Embora os direitos tenham sido incorporados ao discurso sobre o desenvolvimento para tornar-se parte do trabalho das ONGs, há poucas análises de como os direitos são entendidos e o seu cumprimento é exigido "de baixo para cima", ou seja, por aqueles que se apropriam da linguagem dos direitos e dos discursos de justiça para lutar por suas reivindicações, promover suas demandas ou defendê-las. As mulheres estão posicionadas de maneiras complexas em relação a essas reivindicações. As pesquisas que exploram o significado localizado dos direitos de determinadas populações - como as mulheres indígenas - estão começando a complementar os inventários gerais dos instrumentos legais internacionais e de seus impactos (como, por exemplo, a de Hernández Castillo)<sup>51</sup>. Aqui, a pesquisa se beneficiaria das comparações, por um lado, entre diferentes regiões da América Latina e, por outro, entre a América Latina e outras partes do mundo, com seus diferentes sistemas jurídicos relevantes.

Uma segunda área no desenvolvimento de pesquisas sobre direito e cidadania aborda as dificuldades que os cidadãos encontram em exigir o cumprimento de seus direitos, isto é, para acessar a justiça. Muitos autores observam que, em grande parte da América Latina, a complexidade e muitas vezes a ineficiência dos sistemas jurídicos e as políticas ativas

---

49 SIEDER, R. (org.). **Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2002; SIEDER, R. (org.). **The judicialization of politics in Latin America**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005.

50 MACAULAY, F. Taking the Law in their Own Hands: Women, Legal Reform and Legal Literacy in Brazil. *In*: CRASKE, N. ; MOLYNEUX, M. (orgs.). **Gender and the politics of rights and democracy in Latin America**. New York: Palgrave, 2002; MACAULAY, F. **Gender politics in Brazil and Chile: the role of political parties in local and national policy-making**. London: Palgrave/St. Antony's, 2005.

51 HERNÁNDEZ CASTILLO, R. A. National law and indigenous customary law: the struggle for justice of indigenous women in Chiapas, Mexico. *In*: MOLYNEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). **Gender justice, development and rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 384-481.

representam sérios limites ao significado e à prática da cidadania; a opacidade, distância e custo do sistema legal limitam as possibilidades de acessá-lo<sup>52</sup>. Os ativistas que lideram as campanhas jurídicas consideram que ter um sistema legal eficiente, aberto e acessível é fundamental para aprofundar o processo democrático. As agendas de reformas incluem a participação de profissionais dos mais altos níveis do sistema de justiça em programas de reciclagem. Essas agendas também incluem a participação de organizações populares em programas de alfabetização jurídica e a capacitação de assistentes para-legais para trabalhar com aqueles a quem as deficiências do sistema colocam em situação especialmente desvantajosa, entre eles as mulheres indígenas e de baixa renda.

O trabalho nesta área é necessário tanto para entender as maneiras pelas quais a exclusão da justiça em relação ao gênero funciona, quanto para identificar a maneira mais adequada de melhorar a administração da justiça. O acesso à justiça, sem dúvida, envolve organismos muito diferentes, incluindo a polícia e os tribunais, juntamente com os movimentos sociais. Amplamente compreendido, o acesso também inclui o modo com que as comunidades se relacionam com esses organismos, quanta confiança depositam nas instituições e que noção têm de justiça. Uma área em que a pesquisa está em andamento diz respeito à forma como os tribunais civis locais estão posicionados para abordar questões de gênero e, em particular, se realmente melhoram o acesso das mulheres à justiça. Os tribunais de pequenas causas estão se tornando cada vez mais importantes para a resolução de litígios familiares e casos de violência doméstica. No entanto, as organizações de mulheres têm opiniões divergentes sobre se o exposto acima representa uma evolução positiva ou negativa; por exemplo, há quem considere que os novos processos legais que levam a julgamentos por violência doméstica são muito indulgentes e exigem penalidades mais fortes. Outros temem dar mais poder ao Estado para penalizar. A vigilância e a segurança pública também têm sido uma questão importante para as mulheres na América Latina, e há pesquisas sobre o trabalho das delegacias de mulheres. No Brasil, alguns municípios realizaram ensaios com guardas municipais, um sistema que estipula uma quota de 30% para a admissão de mulheres<sup>53</sup>. Verificar a eficácia desses mecanismos para ajudar as mulheres a satisfazer sua reivindicação

---

52 MACAULAY, F. Taking the law in their own hands: women, legal reform and legal literacy in Brazil. In: CRASKE, N.; MOLYNEUX, M. (orgs.). **Gender and the politics of rights and democracy in Latin America**, New York: Palgrave, 2002; SIEDER, R. (org.). **The judicialization of politics in Latin America**, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005.

53 MACDOWELL DOS SANTOS, M. C. **The state, feminism and gendered citizenship: constructing rights in women's police stations in Sao Paulo**. Berkeley: University of California, 1999; NELSON, S. Constructing and negotiating gender in women's police stations in Brazil, **Latin American Perspectives** 23(1), 1996, pp. 131-148.

de viver em um ambiente mais seguro, ao mesmo tempo em que dota a polícia de um serviço mais confiável, representa um importante campo de estudo.

Uma terceira área fértil de pesquisa é a dos processos de governança: na maioria dos estudos sobre instituições estatais, as complexidades da governança entendida como um processo político não foram totalmente exploradas. São necessários mais trabalhos sobre as maneiras pelas quais as instituições funcionam em relação ao gênero, como as políticas são elaboradas e como as questões de gênero estão incorporadas ao planejamento nacional, se é que o estão. Em particular, há pouca pesquisa sobre o trabalho das Secretarias da mulher e instituições como as defensorias públicas em relação aos processos legais, e sobre como elas modificam as leis ou se opõem aos projetos promovidos no Congresso. Além disso, aprofundar o estudo sobre o processo de redação e aprovação das leis não apenas tem valor acadêmico para os estudos de cidadania, mas também um uso prático para aqueles que defendem uma reforma legal. Abordagens potencialmente interessantes foram desenvolvidas nos campos da sociologia e da antropologia política, com o objetivo de produzir registros etnográficos desses processos. Nessa perspectiva, o avanço e o retrocesso dos direitos das mulheres nos últimos anos, por exemplo, em relação aos direitos reprodutivos, constituiriam um rico campo de pesquisa. As culturas burocráticas, o efeito das coalizões conservadoras, a corrupção e as formas de exclusão marcadas pelo gênero merecem atenção especial nessa área.

Uma quarta área de pesquisa, também controversa, é a das implicações do pluralismo jurídico em termos de gênero. Durante a década de 1990, as reformas constitucionais na maioria dos países latino-americanos deram certo reconhecimento aos direitos indígenas. Donna Lee Van Cott argumentou que esse processo constitui "um modelo regional emergente de 'constitucionalismo multicultural'"<sup>54</sup>, cuja primeira onda de reformas estatais multiculturais ocorreu na Bolívia em 1994, na Colômbia em 1991, no Equador em 1998, no México em 1992, na Nicarágua em 1986, no Paraguai em 1992, no Peru em 1993 e na Venezuela em 1999. Essas reformas receberam a influência combinada da crescente mobilização política indígena, por um lado, e, por outro lado, do desenvolvimento da jurisprudência internacional que reconhece os direitos indígenas como direitos humanos e cujo instrumento mais importante é a 169ª Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Uma vez ratificada, a Convenção tem o peso de lei nacional nos Estados signatários. Em 2000, a maioria dos países latino-americanos a havia assinado; entre eles,

---

54 VAN COTT, D. L. **The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America.** Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000, p. 17.

todos aqueles que possuem importantes populações indígenas. A Convenção reconhece diversos direitos importantes, em particular o direito dos povos indígenas de participarem da elaboração das políticas que os afetam e, embora isso geralmente não seja cumprido, a crescente conscientização desse direito foi acompanhada em alguns países por protestos contra a sua violação. Os direitos dos indígenas à terra foram reconhecidos de várias maneiras por meio do estabelecimento de reservas na Bolívia, Brasil, Equador, Colômbia, Panamá e Venezuela, enquanto em outras áreas da região também existem reservas com aprovação pendente. As quotas de representação parlamentar para a população indígena já estão em vigor em vários países e na Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Colômbia foram feitas reformas constitucionais e legais que reconhecem os direitos indígenas. Isso representa um progresso significativo no reconhecimento da diferença, mas em que medida as mulheres foram incluídas como iguais nesses processos de reconhecimento? São necessários mais estudos sobre esses temas para tirar conclusões e há muito a ser feito nesta área importante e controversa da política e do direito contemporâneos.

O exercício dos direitos de cidadania depende, em última análise, da vontade do Estado de cumprir seu dever de satisfazer as necessidades humanas. A história dos direitos sociais na América Latina na perspectiva de gênero mostrou profundas desigualdades no acesso a esses direitos em saúde e educação, enquanto as economistas feministas expuseram os custos que o déficit no sistema de seguridade social trouxe para as mulheres durante o período de ajuste e recessão.

O estudo da política social na América Latina foi revitalizado nos últimos anos, sendo alimentado em parte por um crescente debate sobre os efeitos sociais das reformas neoliberais. Entre outros temas, os estudos de gênero examinaram as desigualdades nas aposentadorias, por exemplo, nos trabalhos de Birgin e Pautassi<sup>55</sup>, Hubert<sup>56</sup> e Arenas de Mesa e Montecinos<sup>57</sup>. Na CEPAL, vemos também a promoção de um rico debate sobre gênero e políticas sociais. Esse tema não apenas começou a atrair pesquisadores de uma gama mais ampla de disciplinas, mas o foco também se expandiu para incluir questões anteriormente marginalizadas, como as desigualdades racializadas e de gênero. Esse esforço foi

---

55 BIRGIN, H. ; PAUTASSI, L. C. **¿Género en la reforma o reforma sin género? Desprotección social en las leyes provisionales de América Latina**, Santiago. Chile: CEPAL/ECLAC, 2001.

56 HUBERT, E. ; STEPHENS, J. The political economy of pension reform, **Occasional Paper**, 7. Ginebra: UNRISD, 2000.

57 ARENAS DE MESA, A.; MONTECINOS, V. The privatization of Social Security and Women's Welfare: gender effects of the Chilean Reform, **Latin American Research Review**, 34(3), 1999, pp. 7-38.

complementado pelo trabalho pioneiro nas políticas sociais do sul, em uma perspectiva comparativa e de gênero<sup>58</sup>.

Compreender a política social em termos de direitos de cidadania e titularidade de direitos e de construções de demandas abre um vasto campo de estudo. Na teoria política, o debate sobre a relação entre pobreza e democracia recuperou a relevância como resultado da Cúpula do Cairo de 1994 e os Objetivos do Milênio, que comprometem os países signatários a erradicar a pobreza extrema até 2015. Há uma ampla aceitação de quais níveis altos de pobreza prejudicam a qualidade da democracia e estão de fato associados também com várias formas de governo "iliberal" e déficits democráticos. As questões-chave na pesquisa sobre direitos dizem respeito a como aqueles que estão social e politicamente marginalizados pela pobreza podem ganhar voz nos programas e processos políticos, e como seus direitos políticos podem ser garantidos<sup>59</sup>.

Como a ênfase na política social na década de 1990 estava voltada para o alívio da pobreza, havia abordagens participativas que passaram do nível de projeto para as políticas e, portanto, foram incorporadas aos programas governamentais. No entanto, as análises dessas mudanças institucionais são insuficientes para determinar se permitiram que as mulheres assumissem um papel mais ativo nas decisões que afetam suas vidas. Esta pesquisa é fundamental para avançar na compreensão de como as populações de baixa renda e os setores mais marginalizados fazem com que suas demandas sejam ouvidas por meio de novas formas de deliberação, consulta e mobilização, destinadas a informar e a influenciar grandes instituições e programas políticos. Alguns governos da região implementaram uma série de mesas de concertação (mesas redondas para cooperação), instituições nas quais se reúnem as partes interessadas para discutir temas de desenvolvimento nacional e iniciativas de bem-estar social.

---

58 HASSIM, S.; RAZAVI, S. **Gender and social policy in a global context**. London: Palgrave, 2006. Entre os estudos que tratam de temas semelhantes há o excelente livro de LIND, A. **Gendered paradoxes: women's movements, state restructuring and global development in Ecuador**. Pennsylvania: Penn State University Press, 2005, bem como a coleção mencionada, editada por Hassim e Razavi.

59 Para outros exemplos de estudos sobre políticas sociais na perspectiva de gênero veja CHANT, S. "The feminisation of poverty" and the "feminisation of anti-poverty" programmes: Room for revision?, **Journal of Development Studies**, 2006; LUCCIANO, L. The Mexican Oportunidades Program: questioning the linking of security to conditional social investments for mothers and children, **Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies**, 31:62, 2006, pp. 53-86; MOLYNEUX, M. Change and continuity in social protection in Latin America, **UNRISD Gender and Development Research Paper**, 2006, pp. 1-49; MOLYNEUX, M. Mothers at the service of the new poverty agenda: Progres/Oportunidades, Mexico's conditional cash transfer programme, **Journal of Social Policy and Administration**, 40: 4, 2006, pp. 425-449; MARTÍNEZ FRANZONI, Juliana. **Régimen de bienestar en América central: ¿hay alternativa a familia y mñas familia?** S. L. CLACSO-CROP, 2006, p. 30.

Essas inovações, não importa quão duradouras possam ser, merecem ser objeto de estudos sérios por sua possível contribuição à compreensão da democracia e da prestação de contas (“accountability”) por parte dos governos em relação aos cidadãos, questões-chave do nosso tempo.

Por fim, o que não a torna menos importante, há a descentralização: nas últimas décadas, as iniciativas de reforma que visavam a descentralizar e a desconcentrar resultaram em certo aumento nos níveis de autonomia das regiões e municípios. Isso, por sua vez, foi acompanhado por iniciativas para desenvolver mecanismos participativos que ampliaram a cooperação dos governos locais com a sociedade civil em questões de bem-estar social, representação, prestação de contas e alocação de recursos. Embora os benefícios dessas políticas em termos de eficiência e os critérios democráticos que as incentivam são desiguais, sem dúvida podem ser encontrados exemplos positivos na América Latina. E embora as lições desses processos estejam apenas começando a ser entendidas, a variedade de resultados da região é indicativo do alto grau de contingência política envolvida. Lá onde os partidos no poder dão total apoio a esses desenvolvimentos e disponibilizam os recursos necessários, onde os governos municipais gozam de um grau significativo de autonomia e de controle adequado sobre renda e recursos, e onde estão em vigor medidas democráticas e de prestação de contas efetivas, essas iniciativas podem server como mecanismos eficazes de redistribuição que dão melhores respostas às necessidades locais. Ao mesmo tempo, em muitos casos a descentralização não atende a esses requisitos, os benefícios da participação podem ser superestimados e funcionar como um substituto para políticas coordenadas enquanto os interesses privados e estatais controlam as políticas governamentais municipais e a sociedade civil.

Os governos que criaram instituições participativas nem sempre conseguiram que estas trabalhassem de forma eficiente ou eficaz. As mulheres começaram a se comprometer com as instituições que acompanharam os processos de descentralização na América Latina, tanto pessoalmente, quanto em seu papel de funcionárias dos governos municipais novos e fortalecidos, como também nas organizações da sociedade civil e ONGs que trabalham com eles. Nesta área são necessários ainda estudos comparativos (regionais e internacionais) para examinar as implicações desta delegação de poder e das unidades de políticas sob uma perspectiva de gênero.

## **7 CONCLUSÃO**



Os temas de interesse acadêmico emergente, alguns dos quais são descritos acima, começaram a atrair um interesse sério e, sem dúvida, levarão a novas perspectivas sobre como os sistemas jurídicos são moldados pelas relações de gênero e, por sua vez, lhes dão forma, e sobre como possibilitam e, ao mesmo tempo, condicionam mudanças positivas. Como emerge da análise, o tema da justiça de gênero na América Latina tem uma história longa e complexa e continua sendo um campo fértil para pesquisas e práticas políticas atuais e futuras.

A transformação do sistema jurídico e das relações sociais para alcançar a igualdade e a justiça impõe uma tarefa difícil a ser concluída e que depende não apenas de reformas legais, mas de processos multidimensionais de mudança social. Os direitos que as mulheres conquistaram nos últimos dois séculos são significativos, mas o que eles refletem não é tanto um avanço constante em relação a certos objetivos de emancipação total, mas são o resultado de conflitos com Estados e sociedades em cuja órbita foram conquistadas liberdades parciais, precárias e às vezes indesejadas, e onde os objetivos dos movimentos sociais se adaptam e reformulam com o tempo o que necessariamente continuará a ser o caso. É neste contexto - internacional, político, social - mais amplo e em constante mudança que as mulheres na América Latina definirão seus objetivos estratégicos, lutarão por eles e construirão alianças que promoverão seus direitos de cidadania e a justiça de gênero.

## **8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ÁLVAREZ, S. Latin American feminisms go global: Trends of the 1990s and challenges for the new millenium. *In*: ÁLVAREZ, S.; DAGNINO, E.; ESCOBAR, A. (orgs.). **Cultures of Politics/Politics of Cultures**. Boulder: Westview Press, 1998, pp. 293-324.

ÁLVAREZ, S. **Engendering democracy in Brazil**. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

ANTROBUS, P. Feminist activism: the CARICOM Experience, 2003 (mimeo).

ARENAS DE MESA, A.; MONTECINOS, V.: The privatization of Social Security and women's Welfare: Gender effects of the Chilean Reform, **Latin American Research Review**, 34(3), 1999, pp. 7-38.

ARENDT, H. **Between past and future**. Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1997.

ARROM, S. M. **The women of Mexico City, 1790-1857**. Stanford: Stanford University Press, 1985.

BAITENMANN, H.; CHENAUT, V; VARLEY, A. (orgs.) **Decoding gender: Law and practice in contemporary Mexico.** New Brunswick/London: Rutgers University Press, 2007.

BARREIRO, L. y SOTO, C. (orgs.). **Ciudadanas: una memoria inconstante.** Caracas: Centro de Documentación y Estudios, CDE Editorial, Nueva Sociedad, 1997.

BESSE, S. K. **Restructuring patriarchy: the modernization of gender inequality in Brazil, 1914-1940.** Chapel Hill/London: University of North Carolina Press, 1996.

BINSTOCK, H. Towards equality for women. Progress in legislation since the adoption of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Santiago/Chile: CEPAL/ECLAC, 1998.

BIRGIN, H.; PAUTASSI, L. C. **¿Género en la reforma o reforma sin género? Desprotección social en las leyes provisionales de América Latina.** Santiago, Chile: CEPAL/ECLAC, 2001.

BIRGIN, H. (org.). **El derecho en el género y el género en el derecho.** Buenos Aires: Biblos, 2000.

BLACKLOCK, C.; MACDONALD, L. Women and citizenship in Mexico and Guatemala. *In:* RAI, S. M. (org.). **International perspectives on gender and democratisation.** London: MacMillan Press Ltd, 2000.

BOCK, G. y JAMES, S. (org.). **Beyond equality and difference: citizenship, feminist politics and female subjectivity.** London & New York: Routledge, 1992.

BLONDET, C. The “Devil’s Deal”: women’s political participation and authoritarianism in Peru. *In:* MOLYNEUX, M. y RAZAVI, S. (orgs.). **Gender justice, development, and rights.** Oxford: Oxford University Press, 2002.

BRYSK, A. **From tribal village to global village: Indian rights and international relations in Latin America.** Stanford: Stanford University Press, 2000.

CHANT, S. “The feminisation of poverty” and the “feminisation of anti-poverty” programmes: Room for revision?, **Journal of Development Studies**, 2006.

CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C. **The boundaries of international law: a feminist analysis.** Manchester, New York, Manchester: University Press/Juris, Manchester, 2000.

CHIAROTTI, S. La situación jurídico-social de las mujeres a cinco años de Beijing: el panorama regional, **Octava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe.** Lima, Perú: CEPAL/ECLAC, 2000.

COLLIER, J. **Law and social change in Zinacantan.** Stanford: Stanford University Press, 1973.

CRASKE, N. **Women and politics in Latin America.** Cambridge: Polity Press, 1999.

DAGNINO, E. Culture, citizenship and democracy: changing discourses and practices of the Latin American left. *In: ÁLVAREZ, S.; DAGNINO, E. y ESCOBAR, A. (orgs.). Cultures of Politics/Politics of Cultures: Revisioning Latin American Social Movements.* Boulder: Westview Press, 1998, pp. 33-63.

DEERE, C. D.; LEÓN, M. **Empowering women: land and property rights in Latin America.** Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2001.

DORE, E.; MOLYNEUX, M. (orgs.). **The hidden histories of Gender and the State in Latin America.** London: Duke University Press, 2000.

ELSHTAIN, J. B. **Public man, private woman.** Princeton, NJ, Princeton University Press, 1981.

FACIO, A.; FRIES, L. (orgs.). **Género y derecho.** Santiago de Chile: American University, 1999.

FEIJOÓ, M. d. C. **Las feministas.** Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1982.

FRASER, N. **Unruly practices.** Oxford: Polity Press, 1989.

FRIEDMAN, Elizabeth J. **Unfinished transitions: women and the gendered development of democracy in Venezuela 1936-1996.** Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2000.

GUTIÉRREZ CASTALLEDA, G. **Feminismo en México: revisión histórico-crítica del siglo que termina.** México: Universidad Nacional Autónoma, 2002.

HASSIM, S.; RAZAVI, S. **Gender and social policy in a global context.** London: Palgrave, 2006.

HERNÁNDEZ CASTILLO, R. A. National law and indigenous customary law: the struggle for justice of indigenous women in Chiapas, Mexico. *In: MOLINEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). Gender Justice, development and rights.* Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 384-481.

HERNÁNDEZ CASTILLO, R. A. **Rostros y voces.** Mexico: CIESAS, 2006.

HERSHBERG, E.; JELIN, E. **Constructing democracy in Latin America.** Boulder: Westview, 1996.

HOLA, E.; PORTUGAL, A. M. (orgs.). **La ciudadanía a debate.** Santiago de Chile: Isis Internacional, 1997.

HTUN, M. **Sex and the State: abortion, divorce and the family under Latin American dictatorships and democracies.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HTUN, M.; JONES, M. P. Engendering the right to participate in decision-making: electoral quotas and women's leadership in Latin America. *In: CRASKE, N.; MOLYNEUX, M.*

(orgs.). **Gender and the politics of rights and democracy in Latin America**. Basingstoke: Palgrave, 2003.

HUBER, E.; STEPHENS, J. The political economy of pension reform, **Occasional Paper**, 7. Ginebra: UNRISD, 2000.

JAQUETTE, J. (org.). **The Women's Movement in Latin America**. Boulder/Colorado: Westview Press, 1994.

JELIN, E. Citizenship and alterity. Tensions and dilemmas, **Latin American Perspectives**, 30(2), 2003, pp. 309-325.

JELIN, E. Towards a culture of participation and citizenship: challenges for a more equitable world. *In*: ÁLVAREZ, S.; DAGNINO, E.; ESCOBAR, A. (orgs.). **Cultures of Politics/Politics of Cultures**. Boulder: Westview Press, 1998.

JELIN, E. *et al.* (orgs.). **Vida cotidiana y control institucional en la Argentina de los '90**. Buenos Aires: Nuevohacer, 1996.

JELIN, E. Women, gender and human rights. *In*: HERSHBERG, E.; JELIN, E. (orgs.). **Constructing democracy: human rights, citizenship, and society in Latin America**. Boulder: Westview Press, 1996.

JELIN, E. Building citizenship: a balance between solidarity and responsibility. *In*: TULCHIN, J.; ROMERO, B. (orgs.). **The consolidation of democracy in Latin America**. Boulder: Lynne Rienner, 1995, pp. 83-97.

JELIN, E. (org.). **Ciudadanía e identidad: las mujeres en los movimientos sociales latinoamericanos**. Geneva: UNRISD, 1987.

KECK, M.; SIKKINK, K. **Activists beyond borders: advocacy networks in international politics**. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

KEMPADOO, K.; DOEZEMA, J. (org.). **Global sex workers**. Nueva York: Routledge, 1998.

LAU JAIVEN, A.; RAMOS ESCANDÓN, R. **Mujeres y revolución, 1900-1917**. Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1993.

LAVRIN, A. **Women, feminism, and social change in Argentina, Chile, and Uruguay, 1890-1940**. Lincoln: University of Nebraska Press, 1995.

LAVRIN, A. Introduction: the scenario, the actors, and the issues. *In*: LAVRIN, A. (org.): **Sexuality and marriage in Colonial Latin America**. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.

LISTER, R. **Citizenship: feminist perspectives**. Nueva York/Basingstoke: New York University Press/Palgrave Macmillan, 2003.

LIND, A. **Gendered paradoxes: Women's Movements, State restructuring and global development in Ecuador**. Pennsylvania: Penn State University Press, 2005.

LUCCISANO, L.: The Mexican Oportunidades Program: questioning the linking of security to conditional social investments for mothers and children, **Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies**, 31:62, 2006, pp. 53-86.

LUCIAK, I. A. **After the Revolution: gender and democracy in El Salvador, Nicaragua and Guatemala**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001.

LYCLAMA À NIJEHOLT, G.; VARGAS, V.; WIERINGA, S. (orgs.). **Women's movements and public policy in Europe, Latin America, and the Caribbean**. New York/London: Garland Publishing, 1998.

MACAULAY, F. **Gender politics in Brazil and Chile: The role of political parties in local and national policy-making**. London: Palgrave/St Antony's, 2005.

MACAULAY, F. Taking the Law in their Own Hands: Women, Legal Reform and Legal Literacy in Brazil. In :CRASKE, N. y MOLYNEUX, M. (orgs.). **Gender and the politics of rights and democracy in Latin America**. New York: Palgrave, 2002.

MACDOWELL DOS SANTOS, M. C. **The State, feminism and gendered citizenship: constructing rights in women's police stations in Sao Paulo**. Berkeley: University of California, 1999.

MARSHALL, T. H. **Citizenship and social class and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

MEERTENS, D. The nostalgic future: terror, displacement and gender in Colombia. In: MOSER, C.; CLARCK, F.C. (orgs.). **Victims, perpetrators or actors? Gender, armed conflict and political violence**. London: Zed Books, 2001.

MEHROTRA, A. **Gender and legislation in Latin America and the Caribbean, (2003)**. New York: United Nations Development Programme, 1988.

MILLER, F. **Latin American women and the search for social justice**. Hanover: University Press of New England, 1991.

MOLINEUX, M. Change and continuity in social protection in Latin America, **UNRISD Gender and Development Research Paper**, 2006, pp. 1-49.

MOLINEUX, M. Mothers at the service of the new poverty agenda: Progres/Oportunidades, Mexico's conditional cash transfer programme, **Journal of Social Policy and Administration**, 40: 4, 2006, pp. 425-449.

MOLINEUX, M.; RAZAVI, S. Beijing plus ten: an ambivalent record of progress, **Development and Change** 36:6, 2005, pp. 983-1.010.

MOLINEUX, M.; LAZAR, S. **Doing the rights thing: rights-based development and Latin American NGOs**. London: Intermediate Technology Publications Group, 2003.

MOLINEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). **Gender justice, rights and development**, Oxford: University Press, 2003.

MOLINEUX, M. **Movimientos de mujeres en América Latina: estudio comparativo y teórico**. Madrid: Ediciones Cátedra, 2003.

MOLINEUX, M.; CRASKE, N. The local, the regional and the global: transforming the politics of rights. *In*: CRASKE, N.; MOLYNEUX, M. (orgs.). **Gender and the politics of rights and democracy in Latin America**. Basingstoke: Palgrave, 2002.

MOLINEUX, M. Gender and citizenship in comparative perspective. *In*: COOK, J.; ROBERTS, J.; WAYLEN, G. (orgs.). **Towards a gendered political economy**. Houndsmills: Macmillan, 2000, pp. 121-144.

MOLINEUX, M. **Women's Movements in international perspective**. London/Houndsmills: ILAS/Macmillan, 2000.

MORGAN, M. I. Constitution-making in a time of cholera: women and the 1991 Colombian Constitution, **Yale Journal of Law and Feminism**, 4(2), 1992, pp. 353-413.

MORRISON, A. R. y BIEHL, M. L. (orgs.). **Too close to home: domestic violence in the Americas**. Washington DC: Interamerican Development Bank and The Johns Hopkins University Press, 1999.

MOSER, C.; MCIIWAIN, C. **Violence in a post-conflict context: urban poor perceptions from Guatemala**. Washington D. C: World Bank, 2001.

MOSER, C.; CLARCK, F. C. (orgs.). **Victims, perpetrators or actors? gender, armed conflict and political violence**. London: Zed Books, 2001.

NARAYAN, D.; PETESCH, P. (orgs.). **Voices of the poor: from many lands**. Washington DC: World Bank, 2002.

NARAYAN, D. *et.al.* (orgs.). **Voices of the poor: can anyone hear us?** Washington D.C.: World Bank, 2000.

NELSON, S. Constructing and negotiating gender in women's police stations in Brazil, **Latin American Perspectives**, 23(1), 1996, pp. 131-148.

NUSSBAUM, M. Women's capabilities and social justice. *In*: MOLINEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). **Gender justice, development, and rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

O'DONELL, G. On the State, democratization and some conceptual problems: a Latin American view with glances at some postcommunist countries, **World Development**, 21:8, 1993, pp. 1.355-1.369.

ORTIZ ORTEGA, A. **Si los hombres se embarazaran, ¿el aborto sería legal?** México: Edamex/Population Council, 2001.

PANFICHI, A. (org.). **Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina: Andes y Cono Sur**. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003.

PATEMAN, C. **The sexual contract**. Cambridge: Polity Press, 1988.

PAUTASSI, L. C. **Legislación provisional y equidad de género en América Latina**. Santiago de Chile: CEPAL/ECLAC, 2002.

PEQUEÑO, A. **Imágenes en disputa: representaciones de mujeres indígenas ecuatorianas**. Quito: FLACSO-Ecuador, 2007.

PETCHESKY, R. P. Human rights, reproductive health and economic justice: why they are indivisible, **Reproductive Health Matters**, 8:15, 2000, pp. 12-17.

PHILLIPS, A. Multiculturalism, universalism and the claims of democracy. *In*: MOLINEUX, M.; RAZAVI, S. (orgs.). **Gender justice, development, and rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

PHILLIPS, A. **Democracy and difference**. Cambridge: Polity Press, 1993.

PHILLIPS, A. **Engendering democracy**. Cambridge: Polity Press, 1991.

RADCIF, S.; LAURIE, N. Culture and development: taking culture seriously in development for Andean Indigenous People, **Environment and Planning: Society and Space**, 24, 2006, pp 231-248.

RADCLIFFE, S.; WESTWOOD, S. (orgs.): **Remaking the Nation: place, identity and politics in Latin America**. London/ New York: Routledge, 1996.

RADCLIFF, S.; LAURIE, N. Culture and development: taking culture seriously in development for Andean indigenous people, **Environment and Planning: Society and Space**, 24, 2006, pp. 231-248.

RAMOS, C. *et al.* (orgs.). **Presencia y transparencia: la mujer en la historia de México**. Ciudad de México: El Colegio de México, 1987.

RIVERA CUSICANQUI, S. (org.). **Ser mujer indígena, chola o birlocha en la Bolivia postcolonial de los años 90**. La Paz/Bolivia: Subsecretaría de Asuntos de Género, 1996.

RODRÍGUEZ, V. E. (org.). **Women's participation in Mexican political life**. Boulder, Colorado/Oxford: Westview Press, 1998.

RODRÍGUEZ, E. (org.). **Entre silencios y voces: género e historia en América Central (1750-1990)**. San José: Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, 1997.

ROSEMBLATT, K. A. **Gendered compromises: political cultures and the State in Chile, 1920-1950**. Chapel Hill/London: University of North Carolina Press, 2000.

SEED, P. **To love, honor, and obey in Colonial Mexico: conflicts over marriage choice, 1574-1821**. Stanford: Stanford University Press, 1988.

SIEDER, R. (org.). **The judicialization of politics in Latin America**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005.

SIEDER, R. (org.). **Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2002.

SIERRA, M. S. (org.). **Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas**. Ciudad de México: CIESAS/Cámara de Diputados/Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2004.

SKOCPOL, T. **Protecting soldiers and mothers: the political origins of social policy in the United States**. Cambridge/Londres: Harvard University Press, 1992.

SMART, C. **Law, crime and sexuality: essays in feminism**, London: Sage, 1995.

STERN, S. **The secret history of gender. Women, men and power in Late Colonial Mexico**, Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1995.

STIENTRA, D., SJOLANDER, C.; SMITH, H. (orgs.). **Gendered discourses, gendered practices: Canadian Foreign Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

STONER, L. **From the house to the streets. The Cuban Women's Movement for Legal Reform**. Durham: Duke University Press, 1991.

VAN COTT, D. L. **The friendly liquidation of the past: the politics of diversity in Latin America**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

VARGAS, V. Democratic institutionalization and feminist strategies during the Nineties. *In: About Women's Powers and Vision*. Montevideo: DAWN and REPEN, 2000.

VARGAS, V. **The Women's Movement in Peru: rebellion into action**. The Hague: Institute of Social Studies, 1990.

WAYLEN, G. **Gender in Third World politics**. Milton Keynes, Open University Press, 1996.

WILSON, R. A. (org.). **Human rights, culture and context: anthropological perspectives**. London: Pluto Press, 1997.

YUVAL DAVIS, N. **Gender and Nation**. London: Sage Publications, 1997.



# DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE DO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN.

## DEVELOPMENT AND PUBLIC POLICIES AS INSTRUMENTS OF FREEDOM: AN ANALYSIS OF AMARTYA SEN'S THOUGHT.

Kátia Magalhães Arruda<sup>1</sup>

**RESUMO:** Esse trabalho pretende analisar a relação entre desenvolvimento e liberdade, tendo como referência os estudos de Amartya Sen, cujo pensamento tem se destacado por entender as privações materiais como restrições do direito fundamental à liberdade. O marco teórico é a obra “Desenvolvimento como liberdade”, com destaque para os temas da pobreza, da participação das mulheres como agentes de mudanças e do papel das políticas públicas na expansão das capacidades humanas e qualidade de vida das pessoas. Para tanto, sem pretender uma incursão nas diversas teorias de justiça, pretende-se demonstrar, no pensamento do autor citado, como a opção por um critério de justiça desemboca na escolha das políticas públicas a serem implementadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento; Liberdade; Capacidades humanas; Políticas Públicas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A liberdade como elemento central ao desenvolvimento. 3. Pobreza: privação econômica ou de liberdade. 4. O papel das mulheres na efetividade das políticas públicas. 5. O critério de Justiça na definição de políticas públicas. 6. Conclusão

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the relationship between development and freedom, using as reference the work of Amartya Sen, whose thought has been highlighted in the understanding of material shortage as a restriction of the fundamental right of freedom. The theoretical landmark is the book *Development as Freedom*, which highlights themes of poverty, women's participation as agents of change, and the role of public policies on the expansion of human capabilities and people's quality of life. To this end, without wishing to deeply incur into the diverse theories of justice, this paper looks to demonstrate, in the cited author's thought, how the option for a specific criteria of justice translates into the selection and implementation of public policy.

**KEYWORDS:** Development. Freedom. Human capabilities. Public policy.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Freedom as a central element to development. 3. Poverty: economic or freedom deprivation. 4. The women's role in the effectiveness of public policies. 5. The Justice's criterion in the definition of public policies. 6. Conclusion

## 1 INTRODUÇÃO

A questão do desenvolvimento tem sido, ao longo dos anos, utilizada como sinônimo de crescimento econômico, embora o primeiro tenha um conceito muito mais extenso, não

---

Artigo enviado em 13/07/2020.

Artigo aprovado em 28/07/2020.

<sup>1</sup> A autora é doutora em Políticas Públicas, professora da Escola Nacional da Magistratura do Trabalho, Ministra do Tribunal Superior do Trabalho e professora do Mestrado em Direito das Relações Sociais e da graduação da UDF.

restrito a aspectos financeiros ou somente vinculados a questão da renda ou do PIB (Produto Interno Bruto), alcançando ideias que trabalham com o desenvolvimento humano e a possibilidade de criar oportunidades que expandam as capacidades e a qualidade de vida das pessoas. Para tal compreensão, foi essencial o pensamento do economista indiano Amartya Sen e seus estudos sobre a interferência da pobreza na diminuição das liberdades substantivas dos indivíduos, sendo inclusive um dos responsáveis pela criação do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), como novo parâmetro de avaliação sobre os avanços econômicos e sociais de um país.

Considerando a imprescindível vinculação entre a economia e os direitos fundamentais, o presente artigo pretende estudar a intrincada relação entre desenvolvimento e liberdade humana ao analisar a questão da privação da liberdade em sentido mais amplo, não apenas como violação de um direito fundamental de primeira geração e sim como uma intersecção que atinge todas as demais gerações de direitos, distanciando-se de uma percepção estanque e hierarquizada. Não que a doutrina clássica sobre direitos fundamentais defenda a sobreposição de um direito de liberdade sobre um direito de igualdade, mas sua divisão em gerações ou dimensões tem causado grandes controvérsias ao longo da história. No Brasil, Paulo Bonavides<sup>2</sup> sempre defendeu o caráter cumulativo e qualitativo dos direitos fundamentais. Assim, o direito ao desenvolvimento, aspecto central desse estudo, ao manter sua relação tanto com o Estado quanto com os indivíduos é a melhor expressão da correlação entre os diversos direitos, traduzindo-se na unificação de diversas pretensões, como o direito ao trabalho, à igualdade, à saúde, à alimentação adequada, entre outros.

A abordagem tratada nesse artigo não fragmenta as gerações ou dimensões de direitos fundamentais, ao contrário, amplia o conceito a partir da ideia que a falta de um direito essencial, a exemplo do acesso ao trabalho, educação, alimentação, atinge o próprio direito de liberdade do indivíduo, à medida que todo o exercício de suas capacidades operará com limitações, restrições ou até impossibilidade total de desenvolvimento.

Pretende-se descrever sobre esse tema a partir da vinculação entre a busca de liberdades e os efeitos do desenvolvimento e das políticas públicas, utilizando como referencial teórico o livro “*Desenvolvimento como liberdade*”, de Amartya Sen<sup>3</sup>, principal obra em que o autor trabalha o papel estratégico das políticas públicas como instrumentos

---

<sup>2</sup> Ver BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Malheiros, 1994, p. 523.

<sup>3</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Esse livro foi escrito a partir de conferências produzidos nos anos de 1996 e 1997, quando o autor era membro do Banco Mundial, com ideias sobre desenvolvimento e políticas públicas.

para o alcance da liberdade e sua importância na transformação das contradições em que o mundo está inserido. Para tanto, far-se-á um recorte em quatro aspectos examinados pelo autor: 1) o papel da liberdade como elemento central ao desenvolvimento; 2) o debate sobre a pobreza como privação econômica ou de liberdade; 3) o papel das mulheres na efetividade das políticas públicas e 4) o critério de justiça para a definição de políticas públicas.

Desde o prefácio da obra “*Desenvolvimento como liberdade*” procura o autor situar o profundo contraste que se mostra entre uma vida de opulência sem precedentes para alguns e, por outro lado, uma vida com privações e opressão para milhares de outras pessoas. Ou seja, ao mesmo tempo em que a retórica dos direitos humanos está presente em todos os grandes debates, a pobreza e as violações das liberdades também se apresentam de forma constante, o que leva a importância de avaliar esses problemas como tarefa essencial para alcançar o desenvolvimento, embora não seja o único critério a ser observado.

Além disso, todo o pensamento de Amartya Sen está focado na concepção de que o verdadeiro desenvolvimento deve ser capaz não apenas de elevar a renda, o essencial é aumentar a liberdade das pessoas e, ao mesmo tempo, estimular sua responsabilidade como agentes de mudança. Uma vida de escassez e sem liberdade limita a atuação dos indivíduos como agentes, assim como diminui suas oportunidades políticas, econômicas e sociais. Logo, a expansão da liberdade, com a eliminação de situações que causem privações ou diminuição do leque de oportunidades é fundamental. A liberdade econômica permite novas e diferentes escolhas políticas, assim como a liberdade política permite novas decisões econômicas, mostrando que as liberdades se reforçam e fortalecem mutuamente.

A presente análise se apresenta relevante e atual, sobretudo em momentos em que o Brasil e o mundo atravessam crises econômicas de diversas origens, sejam sanitárias, ambientais, pandêmicas, com graves consequências sociais, forçando a retomada da discussão sobre a prevalência dos direitos fundamentais e os interesses que devem ser resguardados na busca pelo desenvolvimento econômico. Daí a importância da compreensão ampliada sobre o conceito de desenvolvimento, visto como um processo de expansão das liberdades, noção muito mais profunda do que a condicionante meramente econômica, por guardar relação com a capacidade das pessoas levarem uma vida melhor, o que seguramente repercute em políticas públicas que contribuam com esse processo, ou melhor, sejam reflexo da expansão dessas capacidades, como tencionamos abordar a seguir.

## **2 A LIBERDADE COMO ELEMENTO CENTRAL AO DESENVOLVIMENTO**

A noção de desenvolvimento vem sofrendo mutações, sobretudo quando confrontada com a ética que a restringe ao crescimento do PIB (Produto Interno Bruto). Mesmo diante do aumento de rendas pessoais, capital industrial ou avanço tecnológico, é possível perceber que nem sempre há correspondência na melhoria da qualidade de vida, que se expressa em outros determinantes, como os direitos sociais - saúde, educação - ou ainda, direitos civis e participação política, motivo pelo qual se torna imprescindível ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas em vez de restringi-lo a alguns meios que, embora relevantes, não são capazes de alcançar toda a extensão e significado do desenvolvimento.

Para isso, é necessário remover as principais fontes de privação, como pobreza, tirania, carência de oportunidades, negligência de serviços públicos ou outros fatores que neguem as liberdades elementares a um grande número de pessoas, a fim de caminhar com passos seguros para o desenvolvimento. Há, sobretudo, duas razões para considerar a liberdade individual como fundamental nesse processo: a primeira, a razão avaliatória em que o progresso só pode ser medido e avaliado pelo aumento das liberdades das pessoas e da criação de oportunidades e possibilidades de expansão de suas capacidades; e a segunda, a razão de eficácia, em que a atuação das pessoas de forma livre influencia a direção e escolha de novas opções e decisões políticas e econômicas. Ou seja, à medida que as capacidades (*capabilities*) das pessoas crescem com as políticas públicas, a direção dessas políticas é *influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo*<sup>4</sup>.

Pessoas que decidem arriscar suas vidas em trabalhos e regiões perigosas não tomariam essa decisão se conseguissem um padrão econômico melhor em outras atividades, de modo que a necessidade as leva a uma privação de liberdade, como ocorre nos casos de trabalho forçado. Nesse sentido, a penúria e a fome não apenas deterioram um direito fundamental social, mas também um direito de liberdade, já que o trabalhador não teve oportunidade de escolher de forma livre, o que demonstra a relação empírica entre as diferentes liberdades.

Uma vida sem trabalho pode levar a uma vida sem liberdade, “*a privação de liberdade econômica pode gerar privação de liberdade social, assim como a privação de*

---

<sup>4</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

*liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação da liberdade econômica.*” Como afirma Amartya Sen<sup>5</sup>:

Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.

Nesse aspecto, questiona-se: a liberdade formal pode agir e ter eficácia por si mesma? Uma pessoa que habita uma região miserável, com diversas privações, inclusive quanto à alimentação, à moradia e ao saneamento básico, tem efetivamente liberdade, ou lhe seria negada a liberdade básica de sobreviver?

Por outro lado, avaliando pelo aspecto da liberdade política, pessoas que vivem em ditaduras, mesmo que em países com razoável crescimento econômico não podem participar como agentes transformadores. Ao sofrer limitações em seu direito de opinião, pode um ser humano se considerar livre só porque não passa necessidades físicas ou alimentares? Essas pessoas também estão sendo privadas de liberdade para conduzir suas vidas, com restrições na vida social e política e essa ausência de liberdade deve ser considerada repressiva mesmo que não venha acompanhada de restrições econômicas ou outros males similares<sup>6</sup>.

### **3 POBREZA: PRIVAÇÃO ECONÔMICA OU DE LIBERDADE?**

Uma vida de privações interfere em todos os aspectos, sejam econômicos, sociais e acaba por revelar uma vida sem liberdade. Essa constatação leva ao questionamento sobre a exatidão, mesmo que para efeitos didáticos, da diferenciação entre dimensões ou gerações de direitos fundamentais diante da impossibilidade de separá-las ou priorizá-las, já que, ao final de tudo, a falta de trabalho, assim como a falta de educação ou a falta de comida, implicará, em todos os casos, em falta de liberdade.

Ver a busca da igualdade e do desenvolvimento como *busca de liberdade* permite constatar que o combate à fome e à pobreza deve estar na essência da dignidade da pessoa humana. Ao pensarmos nas inúmeras vedações sofridas por uma criança pobre, levada ao trabalho precoce, verifica-se claramente que o problema do trabalho infantil está associado à

---

<sup>5</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 26.

<sup>6</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 31.

ausência de possibilidade de escolha (entre a exploração e a escola), uma vez que as piores violações sofridas “*provém da escravidão em que, na prática, vivem as crianças e as famílias desfavorecidas e do fato de elas serem forçadas a um emprego que as explora.*”<sup>7</sup>

Essa criança, desprovida de educação, levará consigo não só o cerceamento de sua infância, como todo um conjunto de restrições à sua vida adulta: acesso débil à saúde, limitação intelectual ou analfabetismo, além da precarização do trabalho, ausência de moradia e recursos básicos a uma existência digna. Tais restrições, por sua vez, altera a responsabilidade desse indivíduo, como se observa a seguir:

O trabalhador adscritício nascido na semiescravidão, a menina submissa tolhida por uma sociedade repressora, o desamparado trabalhador sem terra, desprovido de meios substanciais para auferir uma renda, todos esses indivíduos são privados não só de bem-estar, mas do potencial para levar uma vida responsável, pois esta depende do gozo de certas liberdades básicas. Responsabilidade requer liberdade.<sup>8</sup>

Nesse sentido, é feita a distinção entre o papel constitutivo e o papel instrumental da liberdade, sendo o primeiro relacionado à importância da liberdade no enriquecimento da vida humana sem privações (a exemplo da subnutrição ou morte prematura) e com educação básica e liberdade de expressão, enquanto no segundo, o papel instrumental, utiliza-se a liberdade como meio, como ocorre com as liberdades políticas reconhecidas nos direitos fundamentais de primeira dimensão – e que servem também como meio para o alcance de outros objetivos<sup>9</sup>.

Tomando por modelo o analfabetismo, vê-se o quão limitante tal situação pode ser na vida de uma pessoa, seja pela inviabilização de um trabalho qualificado que lhe permita melhores possibilidades econômicas, seja por restringir a sua participação política, pelo menos no que se refere a autonomia de leitura e coleta de informações. Por outro lado, também altera a autoestima e o próprio pertencimento na comunidade, o que pode trazer estigma e alargamento da falta de liberdades.

Como liberdades instrumentais, devem-se compreender cinco aspectos principais: a) as liberdades políticas (direitos civis), b) as facilidades econômicas, como oportunidades que a utilização de recursos econômicos pode trazer para o consumo, produção ou troca; c) as oportunidades sociais, como saúde educação e outras facilidades que podem ajudar o indivíduo a crescer e viver melhor; d) garantias de transparência, que atuam como inibidores

---

<sup>7</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 48.

<sup>8</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 361.

<sup>9</sup> PANSIERI, Flávio. Liberdade como desenvolvimento em Amartya Sen. *In* Constituição, economia e desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol.8, n.15. Curitiba: 2016.

de corrupção e outras irregularidades, e; e) segurança protetora, como uma rede de proteção social que possa proteger os mais vulneráveis, o que inclui benefícios de renda, socorro aos desempregados e medidas de combate à fome.

Logo, a superação da pobreza e de privações causadoras de vulnerabilidades atinge não só o aspecto econômico da vida das pessoas. A própria liberdade fica ameaçada, pois não terão livre acesso às opções e escolhas. Nesse sentido, destaca Pansieri<sup>10</sup>:

A interrelação entre cidadãos que agem e contribuem para a construção de uma sociedade livre e de um governo igualmente comprometidos para este fim proporcionam um Estado menos desigual, em que paulatinamente uma economia de bem-estar seja alicerçada. Somente a partir de um Estado, que proporcione condições sociais para se estabelecer uma base de igualdade material, é que se poderá atingir a liberdade. E neste caso, Amartya Sen transpõe o seu apreço pelo regime democrático.

Vê-se que não basta o crescimento econômico – embora seja um fator importante – mas como esse crescimento vai refletir na melhoria da condição de vida dos indivíduos. Além disso, existem desvantagens, como doenças, idade, entre outras coisas, que pode reduzir a capacidade da pessoa em auferir renda ou tornar mais difícil converter renda em capacidade de bem estar (como acontece nas enfermidades ou em tratamentos caros) o que prova que a “pobreza real” é maior do que a pobreza de renda, especificamente<sup>11</sup>.

Na pesquisa realizada por Sudhir Anand e Martin Ravallion<sup>12</sup>, em países pobres, mostra-se que o aumento do PNB (produto nacional bruto), algo similar ao PIB (Produto Interno Bruto) impactou também a expectativa de vida das pessoas, mas essa correlação depende muito mais do modo como os valores são distribuídos, com reflexos em investimentos públicos e serviços de saúde (principalmente voltados para os pobres) do que do mero crescimento, ou seja, a expectativa de vida não se eleva por causa do crescimento do PNB, mas em decorrência dos serviços públicos por ele financiados e que alcançam êxito na diminuição das privações e da pobreza.

Ou seja, o crescimento econômico melhora a vida das pessoas não por incrementar as rendas privadas, mas também por dotar o Estado de mais recursos, propiciando políticas públicas como saúde, educação, moradia, entre outras.

---

<sup>10</sup> PANSIERI, Flávio. Liberdade como desenvolvimento em Amartya Sen. *In* Constituição, economia e desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol.8, n.15. Curitiba: 2016, p. 339.

<sup>11</sup> Há um exemplo na Índia: O Estado de Kerala teve um ritmo de redução da pobreza de renda mais rápido do que outros Estados da Índia. Enquanto o Estado de Punjab reduziu a pobreza pelo estímulo do crescimento econômico, o Estado de Kerala baseou-se na expansão da educação básica, serviços de saúde e distribuição equitativa de terras para seu êxito na redução da miséria (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.125).

<sup>12</sup> ANAND, Sudhir; RAVALLION, Martin. “Human development in poor countries: on the role of private incomes and public services”, **Journal of Economic perspectives**, 7, 1993.

## 4 O PAPEL DAS MULHERES NA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As últimas décadas trouxeram grandes avanços no sentido da evolução do papel das mulheres nas agendas políticas, não apenas como receptoras de respeito e elevação de seu bem estar, mas, sobretudo na condição de agentes, ou seja, promotoras e vetoras de transformações sociais.

Portanto, o aspecto do bem-estar e o aspecto da condição de agente dos movimentos feministas inevitavelmente apresentam uma interseção substancial. E, no entanto, não podem deixar de ser diferentes em um nível básico, pois o papel de uma pessoa como agente é fundamentalmente distinto do papel dessa mesma pessoa como paciente<sup>13</sup> (grifo nosso)<sup>14</sup>

Vários aspectos podem ser abordados, além das já conhecidas pautas como: inserção no mercado de trabalho, divisão das tarefas domésticas, garantia de educação com igualdade. É indubitável que a atuação mais eficaz da mulher pode contribuir para diversas melhorias sociais, como podem ser exemplificadas em estudos sobre a diminuição da mortalidade infantil, taxas de fecundidade aceitáveis, políticas de combate à violência, preservação do meio ambiente, alimentação saudável, e tantos outros temas que podem repercutir na melhoria da qualidade de vida de todas as pessoas.

Também a alfabetização de mulheres e o incremento em seu nível educacional provocam consequências benéficas para a redução da mortalidade de crianças e melhoria de saúde e higiene nas famílias, o que demonstra a eficácia de políticas públicas focadas e direcionadas às mulheres e o quão importante é esse reconhecimento, inclusive na percepção da ideia do “desenvolvimento como liberdade”, a liberdade de atuar e partilhar de forma igualitária os ganhos econômicos e sociais auferidos.

No documento – “Trabalhar para um futuro melhor”, publicado em homenagem aos 100 anos da OIT, há um destaque especial para a questão da igualdade de gênero, reforçando a necessidade de dar voz e representatividade às mulheres, seja nos Governos, nas instituições, nas organizações de trabalhadores e trabalhadoras, com a recomendação de adoção de políticas que promovam a partilha das responsabilidades domésticas e uma divisão equilibrada não só entre homens e mulheres, mas também entre o Estado e a família<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Id Ibidem, p.247

<sup>14</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 247.

<sup>15</sup> OIT: Bureau Internacional do Trabalho: **Trabalhar para um futuro melhor**. Lisboa, OIT, 2019.



No Brasil, a questão da divisão de tarefas nos lares assume relevância especial diante dos dados estatísticos. Em pesquisa de 2016, as mulheres brasileiras gastaram 11,3% das horas de seus dias em trabalhos domésticos, enquanto os homens gastaram apenas 4,9%, o que reduz a autonomia das mulheres, além de aprofundar o fosso remuneratório, já que os homens adquirem mais tempo para a dedicação aos trabalhos remunerados, enquanto as mulheres são obrigadas a desprender mais tempo aos trabalhos domésticos, sem remuneração correspondente e sem proteção social<sup>1617</sup>.

A questão da violência doméstica, além de aviltante aos direitos humanos, também gera impacto econômico e repercussões negativas ao desenvolvimento, seja pela perda de produtividade das vítimas, seja pelo custo público do tratamento, a oneração à saúde, a diminuição da participação da mulher no mercado de trabalho, dentre vários outros aspectos. Desde a IV Conferência da ONU sobre mulheres, em Beijing, no ano de 1995, foi formulada uma plataforma para orientar os Governos na formulação de políticas e programas sociais com o objetivo de promover a igualdade e combater as diversas violências sofridas pelas mulheres. No entanto, os dados ainda são assustadores, mesmo entre mulheres que trabalham e são independentes financeiramente. Aliás, pesquisa divulgada pelo IPEA, em 2019<sup>18</sup>, mostra que o índice de violência contra mulheres economicamente ativas é de 52,2%, ou seja, quase o dobro do registrado pelas mulheres que não estão no mercado de trabalho, que é de 24,9%. Tal dado, a despeito de provavelmente expressar um número maior de denúncias entre mulheres independentes, mostra que só o *empoderamento* econômico não é suficiente para romper com a violência de gênero no Brasil, sendo imprescindível o incremento de políticas mais eficazes e que levem à conscientização e superação de visões arcaicas e patriarcais ainda vigorantes.

Daí porque a participação das mulheres na definição de políticas públicas é uma atitude necessária e urgente para estabelecer metas e prioridades a serem escolhidas. Para tanto, há de se garantir sua participação política, acesso à educação e escolaridade, aumento da independência financeira, divisão de tarefas domésticas, eliminação de violências, além de outras mudanças sociais e econômicas.

---

<sup>16</sup> Esses dados constam em pesquisas realizadas pelo IPEA, coordenados por Enid Rocha Andrade da Silva, constantes nos Cadernos ODS n. 5, que tratam do tema da igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas, visando o cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU.

<sup>17</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade(coord). PELIANO, Anna Maria. CHAVES, Jose Valente. IPEA. **Cadernos ODS n.5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.**Rio de Janeiro, 2019.

<sup>18</sup>A referida pesquisa pode ser analisada no documento do IPEA – Texto para discussão 2501 – Participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil, 2019.

## 5 O CRITÉRIO DE JUSTIÇA NA DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Iniciando com uma parábola<sup>19</sup>, pretende Amartya Sen tratar dos fundamentos da justiça e das grandes teorias predominantes no mundo moderno, com destaque para o utilitarismo e o liberalismo em sua vertente igualitária (Rawsiana). A parábola, em resumo, é a seguinte: Annapurna quer que alguém arrume o jardim de sua casa e tem três trabalhadores desempregados que podem fazer o trabalho. Para ser justa, procura analisar as circunstâncias de cada pessoa: a primeira é a mais pobre, a segunda passa por uma infelicidade (revés na vida financeira) e a terceira, por uma enfermidade. As três precisam do dinheiro. Qual critério escolher? o critério utilitarista de dar maior prazer ou felicidade, o critério da pobreza ou outro critério, uma terceira hipótese, preconizada por Amartya Sen e que pode fazer maior diferença para a qualidade de vida da trabalhadora doente?

A decisão de Annapurna depende, portanto, das informações e dos valores que ela tem e pode implicar no desenvolvimento de diferentes capacidades nos três trabalhadores:

No nível prático, talvez a maior dificuldade na abordagem do bem-estar medido pela renda real resida na diversidade dos seres humanos. Diferenças de idade, sexo, talentos especiais, incapacidade, propensão a doenças, etc., podem fazer com que duas pessoas tenham oportunidades de qualidade de vida muito divergentes mesmo quando ambas compartilham exatamente o mesmo pacote de mercadorias<sup>20</sup>.

Sen parece considerar insuficiente o critério de justiça a partir da maximização dos resultados (utilitarismo) ou da posição original de equidade (como pretende Raws)<sup>21</sup> por entender que mesmo havendo igualdade na distribuição dos bens primários entre os indivíduos, as necessidades das pessoas não são as mesmas, gerando disfunções e limitações na capacidade dessas pessoas converterem os bens recebidos na solução de seus problemas. Os mesmos bens ou valores distribuídos surtiriam diferentes efeitos, o que ocorre em decorrência das necessidades pessoais serem heterogêneas (idade, sexo, doença, entre outras),

---

<sup>19</sup> Amartya Sen resume a decisão de Annapurna: embora os três trabalhadores estejam desempregados e todos sejam pobres, Dinu é o mais pobre dos três e para a contratante é importante ajudar os pobres. No entanto, Bishanno empobreceu há pouco tempo e ficaria mais feliz com a nova oportunidade, o que é um fato a ser considerado. E Rogini, por sua vez, possui uma doença crônica e, embora a suporte resignadamente, teria a oportunidade de melhorar o tratamento da doença e, consequentemente, de sua qualidade de vida a partir do valor recebido. Portanto, o argumento da renda igualitária favoreceria Dinu, o argumento utilitarista escolheria Bishanno (por lhe trazer maior felicidade), e o argumento da qualidade de vida contemplaria Rogini (SEN, 2010, p.78/80)

<sup>20</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 98.

<sup>21</sup> Há autores que defendem que a abordagem de Amartya Sen pode ser vista como uma extensão do pensamento de John Rawls, à medida que também supera a visão utilitarista da justiça, mas acrescenta a informação sobre a identidade e características das pessoas, a exemplo do artigo “*Amartya Sen e a escolha social: uma extensão da teoria de John Rawls?*” de MARIN, Solange Regina e QUINTANA, André Marzulo (2012).

bem como existirem diversidades ambientais, condições sociais variadas (serviços públicos, violência, etc.), além de diferenças de perspectivas intersociais ou relacionadas à distribuição de renda familiar.

São vários, portanto, os fatores que mostram que tomar o critério da renda como único é limitado e limitante para auferir a qualidade de vida e o bem-estar das pessoas, daí porque, a importância de definir critérios mais justos para a delimitação das políticas públicas a serem desenvolvidas.

Nesse sentido vem a principal crítica de Amartya Sen às teorias de justiça já consagradas, uma vez que esse autor defende que o principal critério de distribuição de justiça não é o do maior prazer e bem-estar (como defendem os utilitaristas), nem o da pobreza ou distribuição de bens primários (como exigido por John Rawls), mas o das “liberdades substantivas”, ou seja, deve-se levar em conta não apenas os bens primários, mas as características pessoais que possibilitam ou impossibilitam a promoção dos objetivos e realizações desses indivíduos. Aqui, a expressão usada pelo autor é capacitação (*capabilities*), que pode ser entendida como a capacidade ou funcionalidade de melhor desenvolver o bem estar, perquirido em dois aspectos: o bem-estar efetivamente alcançado pela pessoa e a liberdade para alcançar o bem-estar<sup>22</sup>, o que implica na exigência de uma avaliação mais aprofundada na implementação de políticas públicas.

Embora Amartya Sen não traga conclusões taxativas para o caso da parábola, apresentada no início desse capítulo, deixa exposto que a concepção de justiça pode ser compreendida, em grande medida, pelas informações que são priorizadas ou tidas por relevantes. Se Annapurna soubesse apenas da pobreza de Dinu ou da infelicidade de Bishanno ou, ainda, da doença de Rogini, tenderia a decidir mais facilmente a quem atender com o emprego que estava a ofertar, mas, à medida que ela possui as três informações, precisa escolher o argumento que ela considera mais relevante e que terá maior peso como critério de justiça. A parábola ilustra, portanto, a grande dificuldade de estabelecer políticas, até porque, mesmo quando uma pessoa fisicamente incapacitada recebe um número maior de bens primários, ainda assim tem menos chance de levar uma vida normal e de alcançar seus objetivos.

Outra lição sobre a dificuldade em adotar um critério de justiça vinculado apenas na necessidade de renda pode ser examinada com o exemplo do auxílio desemprego. Certamente

---

<sup>22</sup> KANG, Thomas H.. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 352-369, Sept. 2011. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31572011000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572011000300002&lng=en&nrm=iso)>. access on 15 July 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572011000300002>.

alguém que more em um país que tem ajuda do Estado enquanto procura uma nova ocupação, estará sofrendo menos do que a pessoa que não tem acesso a essa política pública. Entretanto, o recebimento desse benefício não supre a importância e essencialidade que o trabalho digno preenche na vida das pessoas<sup>23</sup>. É justo, portanto, a política pública de assistência aos desempregados, no entanto, é muito mais justa e efetiva a política de pleno emprego, com a inserção das pessoas pela dignidade do trabalho, assegurando melhorias na plenitude de sua qualidade de vida.

É possível, portanto, que um país tenha uma política social extensa para ajudar pessoas indigentes e desempregadas (como costuma acontecer nos países europeus), mas que seja condescendente em tolerar altos índices de desemprego. Assim como é possível que em outros países, como nos Estados Unidos, seja inadmissível um nível elevado de desocupação, mas haja menosprezo com políticas de inserção de pobres ou imigrantes. Tal diferença certamente estará relacionada com a visão de desigualdade perfilhada por cada um, o que, por sua vez, será expressa na política pública a ser adotada.

## 6 CONCLUSÃO

Na compreensão de que as liberdades se completam e se reforçam para alcançar o bem estar do ser humano, ganha especial dimensão o papel das políticas públicas, não em sentido assistencialista (com beneficiários passivos), mas no sentido de criar oportunidades sociais adequadas para que os individuais possam adquirir novas capacidades e moldar seu próprio destino<sup>24</sup>, motivo pelo qual as políticas focadas em distribuição de renda, substancialmente importantes, podem ser menos efetivas se não forem aptas a desenvolver aspectos relevantes como o incremento da educação, da distribuição do trabalho diário ou o combate às desigualdades. A renda atua como instrumento (para expandir capacidades) e não como finalidade, e a pobreza significa não apenas insuficiência de renda – exprime, sobretudo, privação das capacidades elementares de um indivíduo<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> O desemprego produz consequências muito mais amplas do que a falta de renda. A baixa estima, perda de habilidade profissional, desestímulo constante pode desencadear sérios danos psicológicos e físicos, inclusive doenças, aumento da taxa de mortalidade, perturbações familiares e abismo social.

<sup>24</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 26.

<sup>25</sup> Merece destaque a pesquisa realizada em Fortaleza sobre a população em situação de rua e catadores de resíduos, onde se demonstra a privação quase total em que vivem esses trabalhadores nas grandes cidades, em situação de exclusão. O Texto cita Amartya Sen para afirmar que “políticas públicas devem, portanto servir como veículo para dizimar essas privações, não somente no trabalho formal, mas especialmente entre os

Outro destaque que merece ser dado ao pensamento de Amartya Sen é a defesa da atuação do indivíduo como *agente*, capaz de ocasionar mudanças na sociedade, sobretudo se essa ação se faz de modo livre e racional. Para isso, sobressai a importância da participação e do debate público, o que resgata vários valores correlatos, como atuação da imprensa, liberdade dos sindicatos e de outros movimentos organizados que venham a garantir a participação do indivíduo na metamorfose social, *em vez de recebedor dócil e passivo de instruções ou de auxílio concedido*<sup>26</sup>.

Logo, o desenvolvimento também atua como possibilitador de liberdade, pois além de melhorar a renda pessoal, produz efeitos na ampliação das capacidades, eleva a expectativa de vida, cria hábitos saudáveis de higiene e nutrição, atua na diminuição da violência, cultiva maior estabilidade emocional ao reconhecer pessoas como portadoras de direitos, o que influi no combate à discriminação, na igualdade de gênero, tudo enfim a contribuir para a inserção de homens e mulheres como agentes de transformação social.

É imprescindível compreender a interdependência entre liberdade e responsabilidade e de superar a visão que pretende contrapor a responsabilidade social com a individual, quando, em verdade, são liberdades complementares e não antagônicas. Assim como sem liberdades substantivas fica difícil assumir responsabilidades, a conquista dessa liberdade vai implicar maior responsabilidade tanto individual quanto social. Como uma pessoa não pode ser inteiramente responsável por aquilo que lhe acontece (dada a circunstâncias que interferem), também não é possível desconsiderar a atuação do indivíduo ou substituí-lo integralmente pela responsabilidade social. O apoio social expande a liberdade das pessoas e deve ser usado em favor da responsabilidade individual, e não contra ela, visto que o caminho entre liberdade e responsabilidade é de mão dupla<sup>27</sup>.

A ampliação da liberdade substantiva auxilia a pessoa a desenvolver com plenitude a capacidade para realizar-se e assumir sua responsabilidade individual, daí a importância de criar melhores oportunidades para que as pessoas possam agir com comprometimento e responsabilidade<sup>28</sup>. Não é possível, pois, limitar o conceito de desenvolvimento a uma visão

---

trabalhadores mais vulneráveis, informais e marginalizados” (GOMES, Ana Virgínia; DIAS Eduardo Rocha; MATIAS, Mariana Lopez. **População em situação de rua e catadores de resíduos**. (In) visibilidades e cidadania nas ruas de Fortaleza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.107).

<sup>26</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 358.

<sup>27</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 361.

<sup>28</sup> Há diferença entre “pajear” as escolhas de um indivíduo e criar oportunidades para que possam definir e crescer com suas escolhas (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 362).

que albergue somente a versão do mercado, dos Governos ou mesmo da economia, esquecendo das pessoas que precisam alcançar essa liberdade até mesmo para viver e expressar seus desejos e necessidades de sobrevivência e, para além, adquirir todo o reconhecimento e expansão de seu potencial humano.

## **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

ANAND, Sudhir; RAVALLION, Martin. **Human development in poor countries: on the role of private incomes and public services**, Journal of Economic perspectives, 7, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 1994.

CERQUEIRA, Daniel. MOURA, Rodrigo. PASINATO, Wania. **IPEA: Texto para discussão 2501. Participação no Mercado de Trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: 2019.

GOMES, Ana Virgínia; DIAS Eduardo Rocha; MATIAS, Mariana Lopez. **População em situação de rua e catadores de resíduos. (In) visibilidades e cidadania nas ruas de Fortaleza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MARIN, Solange Regina; QUINTANA, André Marzulo. **Amartya Sen e a escolha social: uma extensão da teoria da justiça de John Rawls?**. Rev. econ. contemp., Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 509-532, Dec. 2012. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-98482012000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482012000300007&lng=en&nrm=iso)>. access on 15 July 2020. <https://doi.org/10.1590/S1415-98482012000300007>

OIT: Bureau Internacional do Trabalho. **Trabalhar para um futuro melhor**: Lisboa. OIT, 2019.

PANSIERI, Flavio. **A liberdade no pensamento ocidental: uma reflexão a partir de Amartya Sen**. Santa Catarina: Repositório Institucional da UFSC. 2015

PANSIERI, Flávio. **A crítica de Amartya Sen à concepção Rawlsiana de Justiça**. Disponível em: <http://dx.doi.org/105007/2177-7055.2016 V37 n.74 p.181>. Acesso em 26/03/2020.

PANSIERI, Flávio. Liberdade como desenvolvimento em Amartya Sen. *In* Constituição, economia e desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol.8, n.15. Curitiba: 2016.

PINHEIRO, Maurício Mata Saboya. **As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen**.

**PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. IPEA: TEXTO PARA DISCUSSÃO 1794. As Liberdades Humanas como Bases do Desenvolvimento: Uma Análise Conceitual da Abordagem das Capacidades Humanas de Amartya Sen.** Rio de Janeiro, 2012.

**SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Matta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

**SILVA, Enid Rocha Andrade(coord). PELIANO, Anna Maria. CHAVES, Jose Valente. IPEA. Cadernos ODS n.5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.** Rio de Janeiro, 2019.

# EL TRÁNSITO DE LA DEPENDENCIA INDUSTRIAL A LA DEPENDENCIA DIGITAL: ¿QUÉ DERECHO DEL TRABAJO DEPENDIENTE DEBEMOS CONSTRUIR PARA EL SIGLO XXI?<sup>1</sup>

## THE TRANSIT FROM INDUSTRIAL DEPENDENCE TO DIGITAL DEPENDENCE: WHAT LABOR RIGHT SHOULD WE BUILD FOR THE 21ST CENTURY?

Esperanza Macarena Sierra Benítez<sup>2</sup>

**RESUMEN:** Muchas de las nuevas formas de realización de las actividades profesionales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del Trabajo. El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura organizativa, como por ejemplo es el caso de la start-up estadounidense Uber, que ofrece transporte de viajeros a través de una aplicación móvil gratuita. En principio los conductores no son empleados de Uber, pero en el mes de marzo de 2015 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña (ITSS) elaboró un informe en el que mantiene la existencia de dependencia y, por lo tanto, del contrato de trabajo de las personas que ofrecen esta actividad de transporte, como ya hizo la Comisión de Trabajo de California, y posteriormente un tribunal de San Francisco. No obstante, el informe de la ITSS no es vinculante y habrá que esperar al pronunciamiento del Tribunal Social correspondiente. Nuestro trabajo intentará responder a varias interrogantes, como por ejemplo ¿Es la dependencia la nota central e imprescindible del Derecho del Trabajo? ¿Es posible la aplicación del Derecho del Trabajo sin la presencia de la denominada dependencia jurídica? ¿A qué tipo de dependencia atiende el Derecho del Trabajo? ¿Qué es la dependencia digital?

**PALABRAS CLAVE:** Dependencia industrial, tecnológica y digital; Derecho del trabajo moderno.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Los orígenes y desarrollo del Derecho del Trabajo: la dependencia industrial. 2.1. La dependencia tecnológica. 3. El tránsito del Derecho del Trabajo: la dependencia digital. 3.1. La fábrica digital y empleos digitales. 3.2. El empleo digital y problemas delimitadores de la nota de la dependencia «digital». 3.3. La posible calificación de trabajador asalariado a los conductores de Uber: los indicios de laboralidad. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

**ABSTRACT:** Many of the new ways of carrying out professional activities may not be retractable through the classic postulates and requirements of Labor Law. The work transformation process and the companies relocation allow certain subjects and / or entities to operate with a minimum organizational structure, as the US start-up Uber case, which offers passenger transportation by a free mobile app. In principle, the drivers are not Uber employees,

---

Artigo enviado em 27/11/2019

Artigo aprovado em 27/07/2020.

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Análisis jurídico del teletrabajo en el derecho español y comparado. El e-work como modelo de flexibilidad, conciliación y productividad (DER2013-43615-R), del Ministerio de Economía y Competitividad (España), cuya IP es la Prof. Lourdes Mella. Ha sido publicado en la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, Vol. 3, núm. 4, octubre-diciembre, 2015.

<sup>2</sup> Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Coordinadora de la Cátedra Unesco Promoción Socio-Laboral de la Fundación Sagardoy.

RDRST, Brasília, Volume 6, n. 1, 2020, p 64-91, Jan-Abr/2020



but in March 2015 the Labor and Social Security Inspectorate of Catalonia (ITSS) drew up a report in which it maintains the dependency existence and, therefore, of the work contract of the people who offer this transport activity, as already done by the California Labor Commission, and later a court in San Francisco. However, the ITSS report is not binding and will have to wait for the corresponding Social Court ruling. Our work will try to answer several questions, such as, is dependency the Labor Law central and essential note? Is it possible to apply Labor Law without so-called legal dependency presence? What dependency type does Labor Law serve? What is digital dependency?

**KEYWORDS:** Industrial dependency, technological and digital; Modern labor law.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The Labor Law origins and development: industrial dependence. 2.1. Technological dependence. 3. The Labor Law transit: digital dependence. 3.1. The digital factory and digital jobs. 3.2. Digital employment and delimiting problems of the «digital» dependency note. 3.3. The possible salaried worker qualification to Uber drivers: the employment indications. 4. Conclusion. 5. Bibliography.

## 1 INTRODUCCIÓN

La reforma laboral de 2012 en España comporta unos cambios muy relevantes en el Derecho del Trabajo, que están ocasionando un amplio debate jurisprudencial y doctrinal en torno a la implantación de la flexiseguridad en la regulación de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores, y del fomento de la empleabilidad<sup>3</sup>. La actual sociedad española de la crisis está experimentando unos cambios profundos tanto en el empleo y en la colocación como en el acceso al mercado de trabajo: precariedad en los contratos de trabajo, y “nuevas” formas de manifestación del trabajo y/o del empleo a través del emprendimiento, que mayoritariamente es una manifestación del auge del trabajo autónomo entre el colectivo más desfavorecido: los jóvenes. Para el año 2013 el Gobierno Español recogió una serie de recomendaciones de la Comisión Europea en materia de empleo joven desarrolladas en el Título I de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo denominado “medidas de desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven”. El objetivo de esta Estrategia es impulsar medidas dirigidas

---

<sup>3</sup> La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, contempla una serie de medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores: reforma de las empresas de trabajo temporal al autorizarlas a operar como agencias de colocación; reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual, reconociéndose a los trabajadores un permiso retribuido con fines formativos; previsión de que los Servicios Públicos de Empleo otorguen a cada trabajador una cuenta de formación asociada al número de afiliación a la Seguridad Social; reconocimiento a los centros y entidades de formación acreditadas la posibilidad de participar directamente en el sistema de formación profesional para el empleo; así como la introducción de modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje para potenciar el empleo juvenil, etc.

a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena, o a través del autoempleo y el emprendimiento. En este sentido, el legislador está utilizando una serie de formas no laborales para favorecer la inserción laboral de jóvenes, como el conocido trabajo autónomo regulado por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; o el emprendimiento, regulado en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización, y en la propia ley 11/2013. En definitiva, se trata de iniciativas de autoempleo que pretenden ser una fuente de generación de empleo por cuenta ajena, y que complementan a otras conocidas medidas (bonificación y reducción de las cuotas de autónomos de la Seguridad Social) que tratan de estimular la puesta en práctica de iniciativas de autoempleo, tanto de jóvenes como de desempleados de larga duración<sup>4</sup>. En general, se está produciendo un fomento del emprendimiento y del autoempleo que, dada la escasez de creación de «trabajo dependiente», están desencadenando posibles “nuevas fronteras” entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia ante los avances de las tecnologías digitales que favorecen nuevas formas de realización de la prestación de servicios: trabajos digitales. Los avances tecnológicos permiten que las empresas formen equipos de trabajadores o empleados que trabajan en distintas partes del mundo, manteniéndose en contacto entre sí por medio de las tecnologías de las comunicaciones. Los servicios de contratación en línea, como por ejemplo Upwork, permiten poner en contacto a empresas con trabajadores autónomos mediante una aplicación móvil, algoritmos de búsquedas, servicio de chat en tiempo real, etc.<sup>5</sup>, y todo ello para subcontratar trabajo<sup>6</sup>. Este mercado digital no impide frenar otro de los graves problemas

---

4 SIERRA BENÍTEZ, E.M. El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del Derecho del Trabajo? en MONEREO PÉREZ, J.L., **Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil**, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, 2014, p. 525 a 538. En la misma obra vid. la ponencia de SÁNCHEZ RODAS-NAVARRO, C. Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, pp. 359-404. [http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33\\_1449\\_3.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1449_3.pdf), p. 359-404.

5 La plataforma Upwork es la resultante de la unión de Elance y oDesk, véase <http://www.whatsnew.com/2015/05/05/elance-odesk-ahora-es-upwork-para-poner-en-contacto-a-empresas-con-trabajadores-autonomos/> “odesk es una empresa global con una serie de herramientas muy útiles para trabajadores y empresas que desean relacionarse y trabajar a distancia”. Las empresas pueden utilizarla para contratar trabajadores y los trabajadores para encontrar trabajo. Así, por ejemplo, el trabajador deberá crear un perfil virtual para entrar en el proceso de selección de la oferta que le interese para ganar un contrato por horas o por un precio fijo, vid. <http://www.cosasimposibles.com/como-trabajar-desde-casa-con-odesk-y-una-razon-para-cuidar-tu-peinado/>

6 OIT. **Las formas atípicas de empleo. Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo**, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Ginebra, 2015, p. 11.

que atacan a la economía de mercado mundial: el auge del empleo sumergido y/o informal. Según la patronal de las empresas de trabajo temporal (Asemplo), en España tenemos aproximadamente cuatro millones de españoles que trabajan “en negro”, lo que supone un 18% de la población activa. La economía sumergida representa en España más de un 20% del PIB, aproximadamente 240.000 millones de euros, situándose entre los tres países de Europa en que la economía informal tiene más peso sobre el PIB<sup>7</sup>. Con la entrada del nuevo siglo, en las regiones que tienen implantado el sistema de mercado capitalista, el orden económico y financiero está sufriendo una crisis de calado hasta ahora desconocido. Con respecto al mundo del trabajo, estos cambios tienen una incidencia vital, dado que las tecnologías de la comunicación y información y el auge de las plataformas digitales están produciendo cambios en el trabajo que nos hacen reflexionar en torno a la nota principal definidora de la existencia de una relación laboral: la dependencia. Los científicos vaticinan sustitución del trabajo humano por el trabajo robótico, lo que parece reducir la actividad humana a un importante cometido: tener y educar hijos en la sociedad de la robótica del año 2050 (robots capaces de imprimir edificios con una impresora 3D y ensamblarlos). Si esto es así, el problema será grave porque habrá que enfrentarse a la transformación de la economía cuando no sea necesaria tanta gente dedicada a la producción de bienes y servicios<sup>8</sup>. Esto último es un problema lejano en el campo jurídico-laboral, no es de interés porque sería trabajar con hipótesis y no con realidades incipientes como en la actualidad: la escasez de trabajo dependiente y el auge del trabajo digital. Desde el Derecho del Trabajo se plantea de nuevo la ubicación de la nota de la dependencia cuando las personas ofrecemos bienes y servicios al mercado para «satisfacer las necesidades no del que trabaja, sino de la persona o entidad a favor de la cual se prestan los servicios»<sup>9</sup>, en este caso en la era digital: el empleador digital. Para ello vamos a estudiar el tránsito de la nota de la dependencia jurídica en la gran transformación del Derecho del Trabajo en el siglo XXI: de la dependencia originaria a la dependencia digital. Y ¿por qué la dependencia y no la

---

7 <http://www.lexdiario.es/noticias/230323/cuatro-millones-de-espanoles-trabajan-en-negro-un-18-por-ciento-de-la-poblacion-activa-segun-asemplo>

8 Evan Henshaw-Plath, co-creador de Twitter en <http://www.finanzas.com/xl-semanal/magazine/20131124/visionarios-mundo-2050-6584.html>

9 MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA-MURCIA, J. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2014, p. 39. Vid. ALARCÓN CARACUEL, M. R. La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del mercado de trabajo, **REDT**, núm. 28, 1986, p. 495 y ss.

ajenidad? La respuesta se reconduce al plano personal de la relación entre el trabajador y el empleador, puesto que lo “definitorio del contrato de trabajo sería el compromiso asumido por el primero de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquel” frente a la concepción patrimonialista y economicista de las teorías de la ajenidad<sup>10</sup>.

## **2 LOS ORÍGENES Y DESARROLLO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA DEPENDENCIA INDUSTRIAL**

En los antiguos planes de estudio de finales del siglo XX, era muy habitual en la Universidades Españolas que los profesores del Derecho del Trabajo dedicaran sus investigaciones y publicaciones al estudio de los orígenes y la evolución del Derecho del Trabajo<sup>11</sup>. Las antiguas clases magistrales impartidas en un extenso programa conllevaban que varias de esas sesiones versaran sobre los orígenes, formación y evolución del Derecho del Trabajo. Actualmente, estos estudios históricos prácticamente se han reducido a unos escasos minutos de clase, donde se ha pasado al estudio del Derecho del Trabajo por casos<sup>12</sup>. Esto es significativo, porque para poder ahondar en las reflexiones sobre la gran transformación del trabajo es necesario recordar los orígenes y desarrollo de esta disciplina, que surgió con la revolución industrial en importantes ciudades y metrópolis europeas entre finales del XVIII y comienzos del XIX. La ordenación del trabajo en las sociedades preindustriales no se caracterizaba por la existencia de una legislación laboral propiamente de trabajo, sino por unas normas más de Derecho público que de Derecho privado. El trabajo se identificaba con el trabajo manual, que no gozaba de una regulación propiamente dicha, sino de una regulación

---

10 OJEDA AVILÉS. A. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato, **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, núm. 60. 2007, p. 389. En relación con las distintas teorías de la ajenidad, CRUZ VILLALÓN, J. **Compendio del Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2010, p. 30 y 31.

11 Al respecto, vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. **Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)**. Madrid: Tecnos, 2002. O bien desde la perspectiva ideológica transnacional OJEDA AVILÉS. A. La confrontación de modelos sociales en el cambio de siglo, **Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos**, núm. 379, 2014, p. 13 a 38.

12 Véanse las nuevas tendencias tras la implantación en España del “Plan Bolonia” donde se adaptaron los estudios universitarios a la normativa comunitaria, en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. **Derecho crítico del trabajo. Critical labor law**. Barcelona: Atelier Libros, 2015.

incidental dirigida a contemplar otras realidades<sup>13</sup>. Por ejemplo, por un lado el régimen jurídico del esclavo en Roma, que se encuadraba en el contexto de las relaciones dominicales o de propiedad; y por otro lado el régimen del siervo medieval, incluido dentro de las relaciones señoriales. Estas reglas propias de la esclavitud y de la servidumbre responden a una conciencia social preindustrial que considera el trabajo como una actividad desprovista de nobleza y no libre. Como dice el profesor Montoya Melgar, las notas de esta etapa preindustrial eran la “ausencia de mérito social y forzosidad”, que en la era moderna se desplazan y sustituyen por considerar el trabajo digno, libre o voluntario<sup>14</sup>. No obstante, ese trabajo forzoso en régimen de esclavitud o servil convivía con otro tipo de trabajo también manual pero libre o voluntario a cambio de un precio: el trabajo de los artesanos. Estos trabajos los podemos asimilar al trabajo autónomo o por cuenta propia como los conocemos en la actualidad, y que incluso podían coincidir con la figura del empleador en el momento que tuvieran trabajadores a su servicio, incluidos los esclavos. Los antecedentes de la prestación de servicio subordinada se localizan en Roma en torno a la figura jurídica conocida como *locatio-conductio operarum*, consistente en que el trabajador se comprometía a realizar un trabajo por cuenta de un patrono, de quien recibía una remuneración. El trabajador podía ejercitar una acción para exigir el pago de la misma al patrono (*actio locati*) y éste, el patrono, de otra para exigir al trabajador la realización del trabajo ordenado por él mismo (*actio conducti*). Frente a esta figura existía la *locatio-conductio operis*, por la que el trabajador por cuenta propia (autónomo) pactaba la realización de un resultado a cambio de un precio. En el primer caso nos encontramos ante un contrato que podemos considerar como antecedente del contrato de trabajo, y en el segundo ante un contrato que igualmente cabe identificar como antecedente del contrato de obra a tanto alzado. En la sociedad romana el esclavo era considerado una cosa, por lo que la relación entre trabajo-hombre se encuadraba dentro del arrendamiento de cosas que más tarde pasa a ser un arrendamiento de hombre libres (de la *locatio hominis* se pasa a la *locatio operarum*, donde se distingue el trabajo de la persona del trabajador). Los orígenes del trabajo motivaron que mediante “la *locatio-conductio operarum* el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal

---

13 MONTOYA MELGAR, A. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979, p. 53.

14 MONTOYA MELGAR, A. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979, p. 52 y 53.

sobre aquél”. Este sometimiento no existía en la *locatio-conductio operis*, donde el trabajador era autónomo y no estaba integrado en un poder ajeno. Esta diferencia se ha mantenido en nuestros días, donde el contrato de trabajo tiene su fundamento en la dependencia del trabajador respecto al empleador, y el contrato civil de ejecución de obra en la autonomía e independencia del trabajador<sup>15</sup>. No obstante, tanto el trabajo gremial como los contratos de servicios del Antiguo Régimen (trabajo libre y por cuenta ajena incluso en el medio rural en la Baja Edad Media en períodos anteriores a la revolución liberal), junto a la esclavitud, son las instituciones clave de los regímenes económicos anteriores a la revolución liberal, y que marcan la diferencia entre el Antiguo Régimen y la Edad Contemporánea<sup>16</sup>. La aparición del Derecho del Trabajo en la sociedad industrial se debe a una serie de acontecimientos demográficos, económicos y tecnológicos. El tránsito del Antiguo Régimen a la Sociedad Contemporánea se debe a una serie de circunstancias originadas por la Revolución Industrial iniciada en Gran Bretaña alrededor del año 1760. Entre estas circunstancias, desde un punto de vista demográfico y económico hay que señalar el aumento de la población, el crecimiento rápido de ahorro y capital, la movilidad y la concentración de capitales. Y desde el punto de vista tecnológico, la utilización de las máquinas en la producción industrial e incluso agrícola, así como la división y movilidad del trabajo libre, ajeno a las trabas gremiales. En el plano ideológico aparece lo que conocemos con la denominación de Revolución Industrial, desencadenante de grandes cambios y de la aparición de la sociedad industrial. Así, desde un punto de vista técnico-productivo del trabajo destacan el fenómeno de la división del trabajo y la concentración de los trabajadores en los centros de trabajo. Desde el punto de vista jurídico del trabajo: la libertad teórica del trabajador proclamada en la Constitución de 1791 con la Revolución francesa como contraria a las trabas de los gremios (suprimidos por la Ley Le Chapelier), y a la esclavitud en sentido propio. No obstante, esta proclamación de la libertad individual de los trabajadores reconociendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes es más teórica que real, dado que los trabajadores no ocupan la misma posición en el contrato de trabajo que los empleadores, con lo que el abuso en los contratos de trabajo era algo muy habitual. Igualmente, la excesiva

---

15 En este mismo sentido, MONTROYA MELGAR, A. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979, p. 55 y 56.

16 En estos mismos términos MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA-MURCIA, J. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2014, p. 60.

prolongación de las jornadas de trabajo, las malas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, el trabajo abusivo de menores y mujeres, y las deficientes condiciones salariales provocan un descontento generalizado que da origen a la aparición de los sindicatos y a las primeras normas de Derecho del Trabajo desde un punto de vista estricto<sup>17</sup>: leyes de fábricas (protección de mujeres y menores –Ley de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores en España– y prevención y protección de accidentes de trabajo –Ley 1900 de accidentes de Trabajo– y, por último, la normativa laboral de limitación del tiempo de trabajo con respecto al descanso semanal y establecimiento de jornada máxima de trabajo. El resto de las normas afectan a la legalización de las asociaciones profesionales y de los sindicatos, y a la creación de la Administración laboral y de la Jurisdicción Social. La normativa del código civil vigente (1889) dentro del arrendamiento de obras y servicios contempla el trabajo de criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados (arts. 1.586 y 1.587), es decir, menciona una serie de servicios o trabajos dependientes o subordinados que son regulados más adelante por la normativa laboral propiamente dicha. Como apunta la doctrina, “la falta de referencia expresa en sus preceptos a la subordinación en la prestación del trabajador ha permitido a la jurisprudencia posterior la aplicación extensiva de los mismos al trabajo autónomo prestado en favor de otro; señaladamente, a los servicios de profesionales en régimen de ejercicio libre”<sup>18</sup>. No obstante, el paso del arrendamiento de servicios al contrato de trabajo no llegará hasta la etapa de formación del Derecho del Trabajo tras la Primera Guerra Mundial, en los términos del art. 1.1 del ET, en el que la definición legal de trabajador asalariado que se extiende a quienes “voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. De esta actual definición legal de trabajador asalariado se desprenden cuatro notas que caracterizan al trabajo asalariado: voluntariedad, ajenidad, subordinación y retribución. Estas notas han sido objeto de conflictos de interpretación y de aplicación que han sido sustanciados en los tribunales de lo social y que, gracias a sus pronunciamientos, han dado lugar a una jurisprudencia que ha servido para su delimitación legal. Entre estas notas, las que

---

17 En este sentido, véase MONTROYA MELGAR, A. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979, p. 62 a 71.

18 MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA-MURCIA, J. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2014, p. 62.

más conflictos plantean son la de la ajenidad y la dependencia atendiendo al tipo de actividad o clase de trabajo porque “(...) son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación, de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra, estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales”<sup>19</sup>. Existe un conflicto clásico a la hora de determinar cuál de las dos notas (dependencia o ajenidad) es la que ostenta la posición dominante dentro del Derecho del Trabajo. A nuestro parecer, la nota dominante es la que constituye el objeto de este estudio: la dependencia o subordinación. Esto es debido a que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos parten de la noción de trabajo dependiente o subordinado como objeto regulado por el Derecho del Trabajo. Además se trata de una nota caracterizadora y única del Derecho del Trabajo frente a la nota de la ajenidad porque si ésta “es un carácter común a los contratos laborales, civiles y mercantiles donde el comitente hace suyos los resultados del esfuerzo humano y eventualmente obtiene plusvalías, no sucede lo mismo con la subordinación personal del trabajador hacia el empleador: en todos los países (...) esta «subordinación jurídica» (...) pasa a prevalecer sobre la «dependencia económica» a la hora de determinar la aplicación de la leyes tuteladoras de la persona del trabajador”<sup>20</sup>. Esto es así aun cuando algún tribunal ha declarado que la dependencia “no es sino un aspecto más de la ajenidad en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador -que es la característica del trabajo por cuenta propia- sino al empresario) al referirse a los actores de doblaje que realizaban en parte su actividad en

---

19 SSTS 10 de julio 2007 (RJ 2007/7296), 12 de Diciembre 2007 (RJ 2008/524). 18 de marzo 2008 (RJ 2009/2204), 9 de marzo 2010 (RJ 2010/41449), 25 de marzo 2013, RJ 2013/4757); SSTSJ Galicia 30 de junio 2008 (AS 2008/2172), 21 de julio 2008 (JUR 2008/362413), País Vasco 13 de octubre 2010 (JUR 2010/415886), Galicia 28 de noviembre 2008 (AS 2008/974) y 13 de noviembre 2009 (As 2009/3087), Cataluña 21 de diciembre 2011 (JUR 2012/104591).

20 OJEDA AVILÉS. A. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato, **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, núm. 60. 2007, p. 391.



sus propios domicilios gracias a los medios tecnológicos actuales<sup>21</sup>. En realidad la noción de dependencia tradicional ha sufrido un proceso de flexibilización que permite identificarla con “el aspecto pasivo de los poderes de mando del empresario”. Cuando se habla de dependencia no se parte de la estricta sumisión del trabajador al empresario en orden al tiempo, lugar y modo de la prestación laboral sino como ha calificado la jurisprudencia el sometimiento del trabajador al poder de organización o “en la inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial”<sup>22</sup>. En definitiva, y por lo que al requisito fundamental de la dependencia se refiere, es preciso tener en cuenta que no es necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector de la empresa (STS 27 de mayo de 1992, RJ 1992/3678) y disciplinario del empresario (STS 14 de marzo 20005, RJ 2005/4175) así como “el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa (...)” como a “los datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo” (STS 22 de abril 1996, RJ 1996/3334). En definitiva, un control del esfuerzo o de la actividad laboral que en un primer momento se localiza en la fábrica o en actividades en torno al sector industrial, que más tarde se extiende al sector servicios, y que identificamos con lo que hemos denominado «dependencia tecnológica».

## 2.1 La dependencia tecnológica

En los orígenes del Derecho del Trabajo había una única regulación que delimitaba con nitidez la identificación del trabajador asalariado dentro del sector industrial con respecto a otros trabajadores no asalariados. El trabajo objeto de regulación jurídica se identificaba con el sector industrial en torno a las grandes fábricas en zonas urbanas. La etapa de la consolidación del Derecho del Trabajo se caracteriza por la extensión del ámbito de aplicación subjetivo a las actividades profesionales propias del sector terciario, permaneciendo otras al margen de su ámbito de aplicación. Según la doctrina, esto “provoca como efecto inmediato la necesaria

---

21 SSTS 6 de octubre 2010 (RJ 2010/5017), 19 de julio de 2010 (RJ 2010/5015), 16 de julio 2010 (RJ 2010/5014), 7 de octubre 2010 (RJ 2010/5018), STSJ Madrid 25 mayo 2015 (JUR 2015/189554).

22 MONTOYA MELGAR, A. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979, p. 41 y 42.

delimitación del tipo de actividades profesionales y de relaciones contractuales sometidas a la misma, fijando en sentido negativo qué otras quedan excluidas; e incluso la delimitación de algunas de ellas que van a encontrarse en una situación de parcial inclusión y de parcial exclusión”<sup>23</sup>. Las actividades y los trabajos manuales, que eran fundamentalmente el objeto de regulación del Derecho del Trabajo en sus orígenes, se extienden igualmente a los trabajos intelectuales: administrativos, técnicos y los cargos directivos. La expansión origina asimismo la aparición de las denominadas «zonas grises», que hacen necesaria la configuración e identificación de los elementos definidores del tipo de trabajo sometido a la legislación laboral<sup>24</sup>. Este término se emplea para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y del Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo<sup>25</sup>. Por otro lado, la noción de dependencia demuestra que tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación de trabajo asalariado, cuando ésta es realizada mediante las tecnologías de la información y telecomunicación: trabajo a distancia, teletrabajo, o trabajo telemático, que son una manifestación de formas atípicas del empleo telemático<sup>26</sup>. Para determinar si concurren o no las notas que configuran el contrato de trabajo, los tribunales tienen en cuenta el papel de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, dado que no fueron objeto de consideración cuando se redactó el Estatuto de los Trabajadores en 1980, año en el que no estaban implantados en nuestro país ni el correo electrónico ni Internet. En el año 1999 se produce un importante pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto que reconoce que las nuevas tecnologías han abierto nuevas e insospechadas posibilidades en la relaciones de trabajo, propiciando contrataciones en las que es suficiente con disponer de un equipo informático adecuado –o cualquier otro dispositivo electrónico móvil con conexión a Internet–

---

23 CRUZ VILLALÓN, J. **Compendio del Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2010, p. 26.

24 OJEDA AVILÉS, A. Zonas grises, relaciones laborales y modalidades de contrato, **TS**. Núm. 207, 2008, p. 7 a 18.

25 MARTÍN VALVERDE, A. Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001), **RMTAS**, núm. 38, 2001, p. 30.

26 SIERRA BENÍTEZ, E.M. **El contenido de la relación laboral en el teletrabajo**, CES, Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, p. 41 a 49, SANGUINETI RAYMOND, W. La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?, **TL**, núm. 40, 1996, p. 53 a 71.

para que el trabajador pueda realizar sus funciones en su propio domicilio, pero estando presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar el trabajo, dar directamente instrucciones, recibir el fruto del mismo, dirigirlo y modificarlo, y todo ello sin tener físicamente en el lugar de trabajo de la empresa al trabajador, y sin que ello impida que concurren todas y cada una de las notas que configuran el contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 ET<sup>27</sup>. Concretamente, en relación con la existencia de la nota de la dependencia, el Tribunal considera que el trabajador se encuentra sometido al ámbito de organización y dirección de la empresa, en cuanto las órdenes patronales sean continuas y directamente impartidas a los trabajadores a través de Internet, estando los mismos permanentemente localizados a través de la red o del teléfono móvil y sujetos a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo, y sometidos a las variaciones que la empresa introdujera<sup>28</sup>. Consideramos que esta sentencia es bastante significativa, ya que identifica con claridad lo que denominamos «dependencia tecnológica», cuando la presencia física del trabajador y del empleador se sustituye por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en la relación laboral<sup>29</sup>. En estos casos el empleador lleva a cabo un «control del espacio virtual» que incluso puede ser más intenso que el llevado a cabo tradicionalmente. Entre los poderes del empresario, el de vigilancia y control es el que mayor incidencia tiene en el uso de las nuevas tecnologías de la información y telecomunicación y, en concreto, en la privacidad del trabajador en el teletrabajo<sup>30</sup>. En efecto, la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha permitido el desarrollo del “poder informático”<sup>31</sup>, lo que refuerza aún más el poder de control empresarial sobre la

---

27 La aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto, entre otras, “la aparición de contrataciones, en las que en esencia sigue dándose las notas de laboralidad” en MORGADO PANADERO, P. El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial), **AL**, núm. 16, Tomo 2, 2004, p. 1911.

28 En este mismo sentido, STSJ Madrid 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321).

29 SSTSJ Cataluña 18 de septiembre 2002 (JUR 2002/255330), Asturias 16 de marzo 2001 (AS 2001335), 14 de abril (AS 2000/1003), Cataluña 10 de marzo 2000 (AS 2000/940) y 10 de julio 2006 (JUR 2007/47812), Cataluña 21 de diciembre 2005 (AS 2005/55), País Vasco 1 de diciembre 2009 (AS 2010/904).

30 ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “Teletrabajo” en AAVV. **La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo**. Madrid: MTAS, 2001, p. 835.

31 GIACCI, G. Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari, **Política del Diritto**, núm. 4, 1991, p. 672 entiende como poder informático la capacidad propia del responsable de agregar datos y establecer las comparaciones más diversas entre ellos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a

prestación de trabajo, considerado por la más reciente doctrina la causa del contrato de trabajo<sup>32</sup>. Sin embargo, volviendo a la sentencia mencionada más arriba y atendiendo a los hechos o manifestación de cómo se realiza la prestación de servicios en ese caso concreto, entendemos que esa «dependencia tecnológica» puede ser poco flexible, dado que el trabajador “debe estar permanentemente localizado a través de la red o del teléfono móvil y sujeto a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo y sometido a las variaciones que la empresa introdujera”. Como hemos visto más arriba, la dependencia es una nota que la jurisprudencia ha ido atenuando con el paso del tiempo, entendiéndola como la inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, sujetos los trabajadores a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la relación laboral. Esto implica que el trabajo que se realiza a distancia con los instrumentos telemáticos o tecnológicos, la falta de vigilancia directa o de las circunstancias que rodean al trabajo realizado, no supone la desaparición de la situación misma de la dependencia, puesto que el empleador sigue manteniendo –aunque débilmente– su poder de dirección sobre el trabajo realizado, ya que en caso contrario ese trabajo telemático, tecnológico o remoto se integraría en una de las relaciones extralaborales<sup>33</sup>. Los tribunales han afirmado que “no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas (...) para su desarrollo” constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo<sup>34</sup>. En cambio, en otras ocasiones han rechazado la existencia de relación laboral, aún existiendo un fuerte indicio de laboralidad en el hecho de que el trabajador estaba, aparentemente, sometido al ámbito

---

sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera.

32 OJEDA AVILÉS. A. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, núm. 60, 2007, p. 13 a 24.

33 RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral, en CRUZ VILLALÓN, J. **Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán**, Madrid: Tecnos, 1999, p. 110.

34 STS 10 julio de 2000 (La Ley JURIS 2000/2001); TSJ Cantabria (Sala de lo Social) 11 mayo de 2007 (La Ley JURIS 2007/1112).

organizativo de la empresa, pero la dependencia en realidad era muy tenue, al no constar la existencia de constantes órdenes de trabajo. No obstante, admitiendo la existencia de la «ajenidad en el mercado», dado que la empresa era la que se beneficiaba del trabajo del trabajador, declara que ambos indicios “quedan apaciguados por el tipo de intervención empresarial, que se limitaba a formato y contenidos y a la no prestación de servicios en forma directa a terceros”<sup>35</sup>. En España ha tenido un significativo impacto una sentencia que reconoce la existencia de relación laboral de un conocido tertuliano de radio, en que la nota de la dependencia está ciertamente atenuada, entendiendo que la libertad profesional del tertuliano reconocida por la empresa, que se limitaba a fijar el tema de debate, no tiene por qué ser incompatible con la relación laboral<sup>36</sup>. Junto a este dato de la compatibilidad de la libertad profesional reconocida al trabajador con la relación laboral, también añade, muy acertadamente, la sentencia recurrida: "Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado ni que la demandada dejara de contar con la prestación del Sr. Bartolomé , ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna" <sup>37</sup>. En definitiva, como más arriba indicamos, se demuestra que la noción de dependencia tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación asalariada cuando ésta se realiza mediante las tecnologías de la información y telecomunicación, como en los casos del teletrabajo, trabajo a distancia o remoto, que son una manifestación de formas atípicas de empleo inmersas en el conocido proceso de descentralización productiva. Es decir, de ese fenómeno cada vez más extendido en la sociedad globalizada que implica “la externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente

---

35 STS (Sala de lo Social), Auto de 6 noviembre 2008 (JUR 87832/2009) en relación con STSJ Cataluña 8 de noviembre 2007, (Recurso 6307/2007). En el caso de un agente comercial, STSJ Galicia de 11 marzo 2010, (JUR 2010/153942).

36 Desde un punto de vista técnico la actividad de los profesionales liberales puede incluso desaparecer, vid. STS 11 de diciembre 1989 (RJ 1989, 8947).

37 STS de 19 febrero 2014 (RJ 2014\2075) con cita de otra de ese mismo tribunal de 16 de diciembre 2008 (RJ 2008, 8248).

se desarrollaban por una misma empresa”<sup>38</sup>. Actualmente este fenómeno alcanza su máxima expresión en la externalización de la fuerza de trabajo y, por lo tanto, en la sustitución del trabajo dependiente prestado de forma regular por relaciones externas a la empresa pero coordinadas por ésta: *Sharing economy* o economía colaborativa<sup>39</sup>. La economía colaborativa es un sistema económico en el que se comparten y se intercambian bienes y servicios a través de plataformas electrónicas que no cuenta con regulación normativa, y que va a ser objeto de estudio a continuación como consecuencia del tránsito de la dependencia tecnológica a la dependencia digital<sup>40</sup>.

### **3 EL TRÁNSITO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA DEPENDENCIA DIGITAL**

#### **3.1 La fábrica digital y empleos digitales**

A comienzos del año 2015 el presidente de una importante empresa de telefonía española afirmó que en los próximos cuatro años se podrían crear entre 250.000 y 300.000 empleos digitales si la economía española se digitalizara a un ritmo adecuado. En algunos sectores de producción la inclusión de los servicios de la sociedad de la información ha significado una verdadera transformación del modelo de negocio (por ejemplo, en el sector audiovisual y en el bancario). El sector manufacturero también ha ido incorporando aspectos digitales en su actividad (como, por ejemplo, sensores, automatización de procesos, representación digital de datos) pero orientados a optimizar y mejorar sus procesos existentes, sin que hayan significado un nuevo modelo de fabricación. No obstante, en el futuro muchas de las tendencias y modelos que han surgido en el mundo digital pueden tener su reflejo en el mundo industrial. Según un informe de la Sociedad de la Información 2013, la digitalización de la producción es un movimiento amplio que afecta al proceso interno de fabricación y a los

---

38 DEL REY GUANTER, S.; GALA DURÁN, C. Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia, **RL**, núm. 7/8, 2000, La Ley 5924/2002 en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), p.2.

39 VÉASE RUEDA RODRÍGUEZ, E. La Sharing economy en **Boletín Adapt**, núm. 9/2015.

40 Sobre el caso Uber en profundidad, vid. DAGNINO, E. Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy, en **Revista Internacional de relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, núm. 3, Vol. 3, 2015, en prensa.

modelos de negocio, que va a permitir una nueva organización productiva: nuevas formas de organizar la producción y nuevos conceptos como la fabricación en la “nube”, *in the cloud*<sup>41</sup>. Este es un proceso que da origen a la fábrica digital, y que conlleva una transformación en el mundo del trabajo. Las tendencias tecnológicas (*the cloud*, tecnologías de fabricación de bajo coste, electrónica personalizada, Internet de las cosas, nuevos modelos robóticos) y sociales (*open hardware*, *crowdfunding*) pueden suponer un cambio profundo en el modelo productivo e introducir nuevas tecnologías de fabricación digitales, como por ejemplo la impresión en 3D utilizada por grandes empresas como Boeing, o bien la introducción de la robótica. Una de las consecuencias puede ser la sustitución de empleados por robots, en el momento en que, por ejemplo, un sistema robótico permite cambiar la batería de los coches eléctricos en 90 segundos. *Baxter*, un robot de 22.000 euros que no necesita programación, aprende de rutinas. La empresa *Tesla motors* dispone de más de un robot por cada 20 operarios, y la fabricación en la nube es una realidad<sup>42</sup>. Sin duda alguna estamos en un proceso de cambio del trabajo y de tránsito hacia la denominada «fábrica digital», que puede dar lugar a la aparición de nuevos empleos: empleos digitales. En el marco de la Unión Europea, el principal objetivo de la Agenda digital para Europa consiste en desarrollar un mercado digital para dirigir a Europa hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador<sup>43</sup>. Con ello se pretende implantar el mercado único digital y, entre otros objetivos, fomentar la cultura emprendedora, las competencias y la integración digital para favorecer el empleo en el sector de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC), e instaurar un marco europeo especialmente diseñado para los profesionales de las TIC<sup>44</sup>. Desde el punto de vista del crecimiento económico y del empleo, la importancia de la economía digital trae consigo una mayor demanda de profesionales cualificados. La Comisión Europea estima que Europa se enfrenta a una demanda creciente y no cubierta de entre 700.000 y 900.000 profesionales TIC para 2015, según la iniciativa

---

41 FUNDACIÓN TELEFÓNICA. **La sociedad de la información en España 2013**. Barcelona: Ariel, 2014.

42 FUNDACIÓN TELEFÓNICA. **La sociedad de la información en España 2013**. Barcelona: Ariel, 2014, p. 72 y 73.

43 Comunicación, de 19 de mayo de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité [COM (2010) 245 final-no publicada en el Diario Oficial].

44 La estrategia digital para Europa se inscribe en la estrategia Europea 2020 y constituye una de las siete iniciativas emblemáticas de la misma. La Estrategia 2010 constituye uno de los elementos de respuesta a la crisis financiera de 2008 que fija objetivos en materia de empleo, productividad y cohesión social.

presentada en marzo de 2013 «*Grand Coalition for Digital Jobs*»<sup>45</sup>. Sin duda alguna, la creación de empleo digital es una necesidad reconocida, que nos plantea a los *iuslaboralistas* problemas en la delimitación de la nota de la dependencia configuradora de la relación laboral en la era de la fábrica digital, dado que la cultura del emprendimiento se está implantando en el mundo del trabajo con la proliferación del trabajo autónomo, así como también por la presencia de posibles «intermediarios tecnológicos», que a través de una plataforma conectan a unos sujetos privados para que ofrezcan servicios con usuarios potenciales (caso Uber)<sup>46</sup>.

### 3.2 El empleo digital y problemas delimitadores de la nota de la dependencia «digital»

La promoción del empleo digital se está encauzando fundamentalmente por la vía del fomento del emprendimiento y el trabajo autónomo<sup>47</sup>. Ante la alta tasa de desempleo juvenil, el legislador nacional entiende que es necesario proceder a un análisis sobre las características del tejido empresarial español para la identificación de sus principales problemas. Entre ellos, se señala la ausencia de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, haya llevado a mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez, de generar más empleo<sup>48</sup>. El fomento del emprendimiento y del trabajo autónomo está ocasionando lo que la doctrina clásica denominó la «huida del Derecho del Trabajo», dado que se promocionan formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, en las que el autoempleo puede desplazar la creación de puestos de trabajo de calidad por cuenta ajena<sup>49</sup>. Los retos del Derecho del Trabajo están en función de cómo se

---

45 <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/grand-coalition-digital-jobs-0>

46 Terminología utilizada por un representante legal de Uber en la Secretaria del Trabajo y Previsión Social del Estado de Jalisco en febrero de 2015 antes de que regulara en México DF las condiciones para que el servicio opere en México (Gaceta Oficial Distrito Federal 15 de julio de 2015, No. 133 bis).

47 Véase la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE 28 de septiembre 2013).

48 Preámbulo I Ley 14/2013.

49 CASAS BAAMONDE, M.E.; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma laboral de 2012 y otras reformas: la L- 11/2013 y el RDL 11/2013, **RL**, núm. 10, 2013 (LALEY 7239/2013); BAYLOS GRAU, A. La huida del derecho del trabajo en AAVV., **El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 35 a 54; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral, en CRUZ VILLALÓN, J. **Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán**, Madrid: Tecnos, 1999, p. 85 a 94.



manifiestan esas formas de realización de la actividad emprendedora de los jóvenes en el mercado de trabajo digital, y como problema tenemos la identificación de la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo. En realidad, el régimen jurídico de vinculación entre el trabajador y el empleador puede dar lugar a una contratación civil, mercantil o laboral. Entre estas posibilidades, y dependiendo de la forma en que se manifieste el trabajo, puede considerarse que éste se encuentra entre las fronteras del trabajo subordinado y el trabajo autónomo<sup>50</sup>. Por ejemplo, pensemos en la actividad de transporte realizada por conductores cuya empleadora o intermediadora, según los casos, tiene como objeto social dar soporte a otras sociedades proveyendo servicio “on demand” (según demanda) de solicitudes efectuadas mediante aparatos móviles y por internet (Uber Systems Spain). A efectos formales, Uber Systems Spain (filial de Uber International Holding BV) está inscrita como empresa constituida en Barcelona el 13 de marzo de 2014 para dar soporte a otras sociedades de consultoría de gestión empresarial. Esta empresa o *startup* tiene un sistema online que permite gestionar de forma eficiente el riesgo comercial de la cartera de clientes, y lograr que todas sus operaciones comerciales sean cobradas<sup>51</sup>. La única forma de acceder al sistema es a través de una App gratuita, que mediante un sistema GPS localiza los vehículos más cercanos, y una vez seleccionado el vehículo correspondiente se le indica a dónde se quiere ir, proporcionando la aplicación una estimación del coste del recorrido. Al finalizar el recorrido, la aplicación muestra el coste real y se procede al pago, calculado de acuerdo con los kilómetros recorridos y el tiempo empleado. Este pago se realiza mediante la aplicación Uber, que está conectada con varios sistemas de pago, como Paypal<sup>52</sup>. El problema que plantea esta aplicación es que permite que los particulares puedan realizar el transporte de personas sin la correspondiente autorización administrativa (licencia). Esto ha ocasionado que la industria del taxi haya reaccionado ante los tribunales, y ha provocado que en muchos países se haya declarado el cese de la actividad de Uber por los Tribunales en el año 2014 (España –diciembre–, Alemania –septiembre–, Francia

---

50 SIERRA BENÍTEZ, E.M. El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del Derecho del Trabajo? en MONEREO PÉREZ, J.L., **Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil**, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, 2014, p. 534.

51 <http://www.empresia.es/empresa/uber-systems-spain/> El capital social está en el tramo 1-3.500 euros y la probabilidad de impago es del 6'60%.

52 RUBIRA, F. ¿Qué es Uber y para qué sirve?, Diario **El confidencial**, 27 de octubre de 2014 en [www.elconfidencialdigital.com](http://www.elconfidencialdigital.com).

–octubre–) porque esta plataforma opera permitiendo que los conductores, que son particulares que ofrecen sus vehículos para el transporte, operen sin licencia. En Holanda, en diciembre de 2014 los tribunales prohibieron su actividad por falta de licencias, aunque otros servicios como UberBlack o UberLux siguen funcionando sin problemas dado que los conductores de éstos están autorizados para el transporte de pasajeros. En Bruselas se declaró la ilegalidad de UberPOP y se confiscaron varios vehículos, para posteriormente prohibirlo oficialmente, si bien es cierto que se pretende cambiar la legislación para que tanto este servicio como otros más operen bajo la legalidad. En Corea del Sur se ha acusado a 29 personas por operar un servicio de taxi ilegal; en la India se le prohíbe el servicio por no comprobar los antecedentes penales de los conductores tras la comisión de un delito por uno de los conductores. Esto provocó que la App introdujera el botón del pánico. Igualmente, en varios estados de Estados Unidos se han enfrentado a la suspensión del servicio por no respetar la legislación local del transporte. Lo significativo es que la solución parece que pasa por regular la actuación de esta plataforma para que sus conductores operen con licencia<sup>53</sup>. En la Ciudad de México se ha llegado a un acuerdo con la multinacional para su regulación, en la que se contemplan varios requisitos: que el servicio no reciba pagos en efectivo de sus clientes y la no utilización de las paradas de taxis de la ciudad. La empresa se compromete a pagar una tarifa anual por cada vehículo afiliado (unos 100 dólares), y a entregar un 1,5% por cada viaje realizado a un fondo de transporte para la ciudad, etc.<sup>54</sup> La Ciudad de México es una de las más habitadas del planeta y, por lo tanto, con necesidades reales de transporte de pasajeros que han dado lugar a que proliferen los taxis sin licencia y sin ningún tipo de control administrativo, y a que los particulares (emprendedores) con altos ingresos se hagan con una flota de vehículos sin que tengan que pagar permisos o impuestos. De esta forma, el emprendedor sería el «empleador» del conductor del vehículo, a diferencia de otros países como los Estados Unidos, donde el dueño del vehículo es el que presta el servicio. En España un Tribunal de Barcelona ha trasladado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial a los efectos de determinar si Uber es una empresa de transporte, una compañía de servicios de la sociedad de la información (TIC) o un combinado

---

53 <http://www.xataka.com/aplicaciones/la-cruzada-de-medio-mundo-contra-uber>.

54 Gaceta Oficial Distrito Federal Ciudad de México de 15 de julio de 2015, núm. 133 bis. Véase Diario **El País** 9 de julio de 2015, sección economía en [www.elpais.com](http://www.elpais.com).

de ambos, así como si se ajusta a las leyes de la competencia comunitaria<sup>55</sup>. A efectos laborales, si se considera que Uber realiza una actividad de transporte debemos tener en cuenta que el art. 1.3 g) del ET considera «excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercialización». Y, por lo tanto, atendiendo al ET hay que determinar si es una actividad de transporte excluida del ámbito laboral, o bien una relación laboral en los términos del art. 1.1 ET<sup>56</sup>. No obstante, si concurren otras circunstancias puede tratarse de una actividad laboral cuando –por sus características o por la clase de vehículo utilizado– no requiera la autorización administrativa. Hay que tener en cuenta que en el caso de los transportes privados (de particulares o de carácter complementario respecto de la actividad de una empresa) y los realizados con vehículos con pequeña capacidad de carga, la normativa de la Ley de Transportes los excluye de la autorización administrativa de transporte<sup>57</sup>. Este dato es muy importante, dado que la autorización administrativa a la que hace referencia el art. 1.3 f) ET es la causante de la extralaboralidad del vínculo por la Ley para determinados vehículos según el tonelaje, en vehículos de más de dos toneladas de masa máxima autorizada, (SSTS 22 de diciembre 1997, RJ 1997/9528) y 20 de marzo 2011, RJ 2011/3685)<sup>58</sup>. En definitiva, nos tendremos que preguntar si los conductores de Uber son trabajadores asalariados y, en su caso, determinar cuáles son los indicios que conducen a esa

---

55 Juzgado Mercantil núm. 3 Barcelona, Asunto: 929/2014D2 (Ordinario) de 17 de junio de 2015 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Noticias-Judiciales-TSJ-Cataluna/El-Juzgado-Mercantil-3-de-Barcelona-plantea-cuestion-prejudicial-al-Tribunal-de-la-UE-en-relacion-al-conflicto-de-UBER>. Véase el Diario **El País** 20 de julio de 2015 en [www.elpais.com](http://www.elpais.com). Por otro lado, el Juzgado núm. 2 de lo Mercantil de Madrid dictó el 9 de diciembre de 2014 Auto cautelar suspendiendo las actividades de Uber. Véase el Diario **El País**, de 1 de junio de 2015, [www.elpais.com](http://www.elpais.com).

56 Interesantes las reflexiones de LUJÁN ALCARAZ, José. La problemática calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte, **Anales de Derecho**, núm. 16, 1998, pp. 139 a 154, p. 139 a 154.

57 MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA-MURCIA, J. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2014, p. 188.

58 La exclusión de la actividad de transporte del art. 3.1 g) ET se introdujo en la reforma de 1994 y fue declarada constitucional por la STC 227/1998, de 26 de noviembre, vid. LUJÁN ALCARAZ, José. Los transportistas en las fronteras del contrato, **RMTI**, núm. 83, 2009, p. 101 al 123. Así como los arts. 47 y ss. Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y RD 1.211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

calificación<sup>59</sup>.

### **3.3 La posible calificación de trabajador asalariado a los conductores de Uber: los indicios de laboralidad**

Los conflictos en cuanto a la consideración de si los conductores de Uber, que reciben unos pagos por el servicio realizado, son trabajadores asalariados o trabajadores autónomos se han sustanciado ante la administración laboral como valedora del cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social. En California la Comisión Laboral determinó que una chófer de Uber no debía ser considerada trabajadora independiente sino empleada. La conductora reclamaba el pago de salarios y otros gastos no satisfechos, y la Comisión estimó por ello el pago de una indemnización por los gastos y los intereses.<sup>60</sup> En España los medios de comunicación se han hecho eco de un informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) ante la reclamación planteada por el sindicato del taxi<sup>61</sup>. El conflicto es relevante porque se plantean varios interrogantes que afectan a la disciplina jurídico-laboral ¿puede considerarse trabajadores a estos particulares que prestan servicios mediante empresas como Uber? ¿Se puede considerar a Uber como empleadora de los particulares que se dedican al transporte de pasajeros?.

A efectos laborales hay una cuestión muy importante en relación con la “caracterización jurídica de la empresa como de transporte o no, ya que en el primer caso la actividad de los conductores formaría parte esencial del tráfico mercantil de la empresa”<sup>62</sup>. Desde el punto de vista laboral tienen la consideración de empleadores todas las personas, física o jurídicas, que

---

59 La STS 23 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10018) establece que la autorización administrativa que excluye el carácter laboral de la prestación de servicios es aquella a que se refiere la Ley y el Reglamento de Ordenación de los Transportes terrestres, y no cualquier otro tipo o modalidad de autorización o licencia administrativa para conducir o circular con vehículos susceptibles de servicio como medio de transporte que pudieran requerir otras normas administrativas de nivel estatal o autónomo.

60 El Tribunal de San Francisco ha reconocido la existencia de relación laboral de la conductora, <http://www.02b.com/es/notices/2015/06/una-sentencia-fuerza-a-uber-a-reconocer-a-sus-conductores-13185.php>

61 Associació Agrupació Taxi Companys, Coordinadora metropolitana del Taxi y Sindicat del Taxi de Catalunya. Denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona y en la Dirección Provincial de Barcelona de la Agencia Tributaria, el 17 de octubre de 2014.

62 Rojo Torrecilla, E. Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II), en **El Blog de Eduardo Rojo**. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la-31.html>

reciban la prestación de servicios de los trabajadores asalariados (art. 1.2 ET). Es decir, de aquellos trabajadores que reúnan las notas contempladas en el art. 1.1 ET (trabajo voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y retribuido). En este caso habrá que acudir a la técnica indiciaria para la calificación como laboral de la actividad de transporte por particulares con vehículo propio<sup>63</sup>. En España la Inspección de Trabajo de Cataluña ha emitido un informe donde estima que los conductores de *Uber System Spain* deben ser considerados trabajadores empleados de esta compañía, dado que concurren las notas principales que determinan la existencia de relación laboral: dependencia y ajenidad. En este caso los indicios que se aportan son: a) los conductores son previamente seleccionados; b) las rutas son fijadas por la compañía; c) puesta a disposición de los chóferes de un móvil para prestar los servicios, y un sistema de incentivos como forma de retribución. En relación a esta nota hay una importante diferencia con respecto a otra *start up* como *Bla bla Car*, donde la actividad consiste en que los usuarios comparten los servicios (trueque) sin que medie un lucro personal<sup>64</sup>. Esto significa que para la Inspección de Cataluña los conductores de UberPop son en realidad trabajadores de esta compañía y, por lo tanto, deben estar dados de alta en la Seguridad Social. No obstante, el acta de infracción por falta de alta y cotización a la Seguridad Social se ha pospuesto hasta que los tribunales no se pronuncien sobre la legalidad de la actividad de Uber, de acuerdo con unos criterios operativos de actuación de la Inspección cuando la realización de una actividad se lleve a cabo sin la correspondiente autorización administrativa<sup>65</sup>. Sin embargo, sí ha procedido a extender el acta de infracción a cuatro trabajadores de la compañía por no estar dados de alta en la Seguridad Social y por contratar a un alto cargo extracomunitario de Uber en Europa que carece de permiso laboral en España. En definitiva, como denuncia el sindicato, UberPop recibe por la intermediación una cantidad o porcentaje respecto de los honorarios recibidos por el

---

63 SSTS 15 de junio 1998 (RJ 1998/5262), 19 de diciembre 2005 (RJ 2006/332), 22 de enero 2008 (RJ 2008/1978).  
64 VIGIL, A. Uber y Amazon revolucionan la legislación laboral, en *Diario Expansión*, 24 de junio de 2014, [www.expansion.com](http://www.expansion.com)

65 ROJO TORRECILLA, E. Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)", en **El Blog de Eduardo Rojo** [http://www.eduardorjotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la\\_31.html](http://www.eduardorjotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html)., criterio operativo 94/2014, de 5 de febrero sobre actuación de la ITSS respecto de actividades de venta ilegal de loterías, es decir la realización de una actividad sin disponer de autorización para operar en el tráfico jurídico (sustituyase, pues, venta de lotería por actividad de transportes sin autorización administrativa...) que procede a modificar el criterio 5272007, de 3 de julio.

trabajador y abonados por el usuario. La compañía tiene una verdadera actividad económica mediante la plataforma tecnológica desde el momento en que sus usuarios deben inscribirse en la plataforma para pagar los servicios y posteriormente abonar al conductor sus honorarios, descontando el porcentaje pactado. En este hecho cabría entender, como hace la ITSS, que existe la nota de ajenidad en los riesgos. La compañía dotaba a los conductores de teléfonos móviles en los que sólo funcionaba la aplicación UberPop. En relación con la dependencia es donde habría que apreciar si realmente estamos ante una relación laboral (los conductores son seleccionados por la plataforma sin que haya una adscripción voluntaria; en principio parece que no tienen una organización o estructura empresarial que entendiera que estarían adscritos a la plataforma virtual, etc.)<sup>66</sup>. En definitiva, no nos cabe la menor duda que este será uno de los debates en los próximos meses donde se tratarán cuestiones relevantes en torno a la delimitación de la nota de la dependencia para su calificación legal en actividades canalizadas directa o indirectamente mediante plataforma digitales. En el caso de las actividades llevadas a cabo dentro de la economía colaborativa, no cabe hablar de un intercambio de una prestación de servicios por un precio cuando se comparten e intercambian esas actividades y servicios sin que comporte la existencia de una actividad económica y/o empresarial. Entendemos que en todos estos casos existe una dependencia digital, donde habría que distinguir entre la *Locatio conductio operarum*, donde el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél; y la *locatio-conductio operis*, es decir, trabajador autónomo no integrado en poder alguno. Con ello pretendemos equiparar los inicios del Derecho del trabajo industrial con los inicios del trabajo tecnológico y/o virtual. Nos encontramos en una fase de transformación del Derecho del Trabajo, ante la presencia de nuevos trabajo y nuevas realidades.

---

66 En GOZZER, S. Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma, en Diario **El País**, de 13 de junio de 2015, en [www.elpais.com](http://www.elpais.com) se citan algunos de los indicios señalados en el Informe de la ITSS donde indica «(...) También se considera que asisten “de un modo regular y continuado a un lugar determinado por la empresa” para “prestar un servicio”. El centro de trabajo “lo constituye el mismo vehículo”, que circula por una zona fijada por Uber “de forma unilateral”» (el área metropolitana de Barcelona). Igualmente se hace referencia a la libertad horaria pero estando los conductores sujetos a unos pluses que condicionaba dicha libertad (entre 10 y 15 euros adicionales por cada viaje realizado en ciertas franjas horarias o en determinadas áreas de la ciudad).

## 4 CONCLUSIÓN

En el siglo XXI las nuevas realidades económicas, sociales y tecnológicas van a generar una serie de necesidades que hasta ahora eran impensables. El trabajo por cuenta ajena es un trabajo escaso y el desempleo en algunas edades y lugares alcanza cotas alarmantes. La grave crisis mundial ha originado que las plataformas y empresas digitales ofrezcan prestaciones de servicios de acuerdo con antiguas prácticas económicas como el trueque. No obstante, estas prácticas que son muy eficientes para la economía global de la crisis, comportan una serie de problemas legales y jurídicos cuando la prestación de servicios se hace a cambio de un precio para obtener una ganancia patrimonial. En el momento en el que existe una prestación de servicios a cambio de un precio, hay que delimitar si esa prestación genera una dependencia laboral, ninguna dependencia, o comporta una dependencia económica. En la actualidad está proliferando el trabajo autónomo como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones: emprendedores, personas que se encuentran en una fase inicial y de despegue de una actividad económica o profesional, los autónomos económicamente dependientes, los socios trabajadores de cooperativas y sociedades laborales o los administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de las mismas<sup>67</sup>. Entre este colectivo se encuentran los trabajadores autónomos económicamente dependientes, que son aquellos que desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los controla. Es decir cuando este empresario sea su principal cliente y de él provenga, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador (TRADE). En la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto autónomo (LETA) el legislador, consciente de esta proliferación de trabajadores decidió delimitar conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo. Se trataba de prevenir “la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por

---

67 Preámbulo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE 12 de julio 2007, núm. 166). El art. 1.1 contempla que “la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realizan de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

cuenta ajena” (preámbulo de la LETA). En España recientemente se ha llevado a cabo una reforma respecto al colectivo de los TRADE, que les permite contratar trabajadores por cuenta ajena en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar pudiese ocasionar la resolución del contrato con su cliente. Se trata de una modificación que pretende resaltar la capacidad auto-organizativa del TRADE, “dando un paso más en su diferenciación respecto al trabajador por cuenta ajena, eliminando así los posibles espacios de difícil delimitación entre ambas categorías”. En este sentido, coincidimos con el legislador en la necesidad de marcar las diferencias respecto al trabajador por cuenta ajena, si bien es cierto comprobamos que esas modificaciones están muy próximas a las contenidas en el ET, en relación a la suspensión del contrato de trabajo (arts. 36, 45 y 46 del ET). Los grandes retos del Derecho del Trabajo están en la adaptación de nuestra normativa a las realidades del trabajo que comporta la existencia de una dependencia digital y el “acercamiento” al trabajo autónomo, en especial al realizado por el TRADE, conforme a las instituciones del Derecho del Trabajo como ordenamiento jurídico protector de la parte débil del contrato: el trabajador en sentido amplio<sup>68</sup>.

## 5 BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R. La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del mercado de trabajo, **REDT**, núm. 28, 1986.

BAYLOS GRAU, A. La huida del derecho del trabajo en AAVV., **El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

CASAS BAAMONDE, M.E.; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma laboral de 2012 y otras reformas: la L- 11/2013 y el RDL 11/2013, **RL**, núm. 10, 2013 (LLEY 7239/2013).

CRUZ VILLALÓN, J. **Compendio del Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2010.

DAGNINO, E. Uber *law*: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*, en

---

68 En este sentido son muy relevantes las aportaciones realizadas por el profesor OJEDA AVILÉS, A. **La deconstrucción del Derecho del Trabajo**. Madrid: La Ley, 2010.



**Revista Internacional de relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, núm. 3, Vol. 3, 2015, en prensa.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. “Teletrabajo” en AAVV. **La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo**. Madrid: MTAS, 2001.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA. **La sociedad de la información en España 2013**. Barcelona: Ariel, 2014.

DEL REY GUANTER, S.; GALA DURÁN, C. Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia, **RL**, núm. 7/8, 2000, La Ley 5924/2002.

GIACCI, G. Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati abitativi, **Política del Diritto**, núm. 4, 1991.

GOZZER, S. Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma, en Diario **El País**, de 13 de junio de 2015, en [www.elpais.com](http://www.elpais.com).

LUJÁN ALCARAZ, José. Los transportistas en las fronteras del contrato, **RMTI**, núm. 83, 2009.

LUJÁN ALCARAZ, José. La problemática calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte, **Anales de Derecho**, núm. 16, 1998, pp. 139 a 154.

MARTÍN VALVERDE, A. Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001), **RMTAS**, núm. 38, 2001.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA-MURCIA, J. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2014.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. **Derecho crítico del trabajo. Critical labor law**. Barcelona: Atelier Libros, 2015.

MONTOYA MELGAR, A. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979.

MORGADO PANADERO, P. El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial), **AL**, núm. 16, Tomo 2, 2004

OIT. **Las formas atípicas de empleo. Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo**, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad, Ginebra, 2015.

OJEDA AVILÉS. A. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato, **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, núm. 60, 2007.

OJEDA AVILÉS, A. La confrontación de modelos sociales en el cambio de siglo, **Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos**, núm. 379, 2014.

OJEDA AVILÉS, A. **La deconstrucción del Derecho del Trabajo**. Madrid: La Ley, 2010.

OJEDA AVILÉS, A. Zonas grises, relaciones laborales y modalidades de contrato, **TS**. Núm. 207, 2008.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. **Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)**. Madrid: Tecnos, 2002.

RUBIRA, F. ¿Qué es Uber y para qué sirve?, Diario **El confidencial**, 27 de octubre de 2014 en [www.elconfidencialdigotal.com](http://www.elconfidencialdigotal.com).

RUEDA RODRÍGUEZ, E. La Sharing economy en **Boletín Adapt**, núm. 9/2015.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. La huida del Derecho del Trabajo, **RL**, núm. 3, 2001.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral, en CRUZ VILLALÓN, J. **Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán**, Madrid: Tecnos, 1999.

ROJO TORRECILLA, E. Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II)", en **El Blog de Eduardo Rojo** [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la\\_31.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html).

SÁNCHEZ RODAS-NAVARRO, C. Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, pp. 359-404. [http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33\\_1449\\_3.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1449_3.pdf).

SANGUINETI RAYMOND, W. La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?, **TL**, núm. 40, 1996.

SIERRA BENÍTEZ, E.M. El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del Derecho del Trabajo? en MONEREO PÉREZ, J.L., **Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil**, XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, 2014.

SIERRA BENÍTEZ, E.M. **El contenido de la relación laboral en el teletrabajo**, CES, Junta de Andalucía, Sevilla, 2011.

VÉASE RUEDA RODRÍGUEZ, E. La Sharing economy en **Boletín Adapt**, núm. 9/2015.

VIGIL, A. Uber y Amazon revolucionan la legislación laboral, en **Diario Expansión**, 24 de junio de 2014, [www.expansion.com](http://www.expansion.com).

# **O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO TESTEMUNHAL ESCRITA DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19: MITO DA TESTEMUNHA CORDIAL E BOA-FÉ OBJETIVA**

## **THE PROBATORY VALUE OF THE WRITTEN WITNESS DECLARATION DURING THE COVID 19 PANDEMIC: MITH OF CORDIAL WITNESS AND OBJECTIVE GOOD FAITH**

Eduardo Milléo Baracat<sup>1</sup>

**RESUMO:** A COVID-19 levou à paralisação por tempo indeterminado de diversas atividades presenciais dentre as quais as forenses. O processo trabalhista em que o recurso à prova testemunhal é bastante frequente encontra obstáculo de difícil transposição, mormente porque, a videoconferência, autorizada pela Res. n.º 314 do CNJ, na realidade, não se mostra viável em muitos casos. O direito fundamental de acesso à Justiça não pode ser negado ao trabalhador, em razão de ausência de alternativa legal expressa. Analisa-se alternativa à tradicional forma de produção de prova testemunhal em audiência: a declaração escrita, particular ou por ata notarial, conforme subsídios advindos do direito comparado, sobretudo português, italiano e francês. O modelo da testemunha cordial – inferida da concepção de homem cordial -, deve ser superada. A boa-fé objetiva, prevista no CPC, apresenta-se, nesse sentido, como recurso dogmático indispensável.

**PALAVRAS-CHAVE:** COVID-19. Prova testemunhal. Declaração escrita. Boa-fé objetiva.

**ABSTRACT:** COVID-19 led to the indefinite stoppage of several on-site activities, including forensics. The labor process in which the use of testimonial evidence is quite frequent encounters an obstacle that is difficult to transpose, especially since the videoconference, authorized by CNJ Res. 314, in reality, does not prove to be viable in many cases. The fundamental right of access to Justice cannot be denied to the worker, due to the absence of an express legal alternative. An alternative to the traditional way of producing testimonial evidence in an audience is analyzed: the written declaration, private or by notary minutes, according to subsidies arising from comparative law, especially Portuguese, Italian and French. The model of the cordial witness - inferred from the concept of cordial man - must be overcome. Objective good faith, provided for in the CPC, presents itself, in this sense, as an indispensable dogmatic resource.

**KEYWORDS:** COVID-19. Testimonial evidence. Written declaration. Objective good faith.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Pandemia COVID -19, acesso à justiça e a produção da prova testemunhal. 2.1 Desafios processuais da pandemia da COVID-19 e o acesso à justiça. 2.2 A produção da prova testemunhal: da audiência presencial à audiência telepresencial. 3. A superação do mito da testemunha cordial e o princípio da boa-fé objetiva. 3.1 Superação do mito da testemunha cordial. 3.2 O princípio da boa-fé objetiva. 4. O valor legal da declaração testemunhal escrita. 4.1 A disciplina legal da declaração testemunhal escrita nos ordenamentos

---

Artigo entregue em 27/07/2020

Artigo aprovado em 25/08/2020

<sup>1</sup> Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Diplôme Supérieur de l'Université - Droit du Travail & Sécurité Sociale pela Université Panthéon-Assas/Paris II. Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba. Coordenador Pedagógico da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra.

RDRST, Brasília, Volume 6, n. 1, 2020, p 92-117 Jan-Abr/2020

jurídicos de Portugal, Itália e França. 4.2 O valor probatório da declaração testemunhal escrita a partir do princípio da boa-fé objetiva. 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

“A crise causada pela pandemia será de longo prazo e só acabará com o desenvolvimento de uma vacina contra a COVID-19”, afirmou Nísia Trindade, Presidente da Fiocruz, em entrevista concedida ao Correio Brasiliense de 08/05/2020<sup>2</sup>.

As restrições a aglomerações, de todas as formas, em especial aquelas normalmente verificadas em fóruns trabalhistas por advogados, partes e testemunhas, aguardando audiências, deverão perdurar por um longo e indefinido no tempo.

Confirmam essa percepção as Resoluções n.º 313, de 19/03/2020, e n.º 314, de 20/04/2020, do CNJ<sup>3</sup> que suspendem o “trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias” e vedam “a designação de atos presenciais”.

Em que pesem as incertezas que envolvem a pandemia da COVID-19, imprescindível a garantia do acesso à Justiça, como também do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e razoável duração do processo, sobretudo àqueles que mais necessitam, em especial aos trabalhadores que buscam na Justiça do Trabalho a satisfação dos direitos que lhes permitem a subsistência própria e de seus dependentes, nos termos do art. 5º, incisos XXXV, LV, LXXIV e LXXVIII, da Constituição.

Muitos obstáculos, entretanto, se apresentam aos magistrados, servidores, advogados e jurisdicionados em relação à concreção dos direitos fundamentais de acesso à Justiça e prestação jurisdicional em tempos da pandemia da Covid-19, notadamente, em relação à produção da prova oral.

Com efeito, ante a vedação de realização de atos presenciais, a inquirição das partes e testemunhas, de forma presencial, prevista pelos arts. 820 da CLT e 361 e 456 do CPC, tornam-se inviáveis.

---

<sup>2</sup> Notícia veiculada no Correio Braziliense com o título “Pandemia de covid-19 só acaba com a vacina”. Disponível em [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/05/08/interna\\_ciencia\\_saude,852649/pandemia-de-covid-19-so-acaba-com-vacina-diz-presidente-da-fiocruz.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/05/08/interna_ciencia_saude,852649/pandemia-de-covid-19-so-acaba-com-vacina-diz-presidente-da-fiocruz.shtml). Acesso em 10 de maio de 2020.

<sup>3</sup> Resoluções do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, disponíveis em <https://atos.cnj.jus.br/files/original221425202003195e73eec10a3a2.pdf> e <https://atos.cnj.jus.br/files/original071045202004285ea7d6f57c82e.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2020.

A própria Resolução n.º 314 do CNJ ao preconizar a utilização de videoconferência para a produção de prova oral, já antecipa as inúmeras dificuldades para a realização de ato de tal complexidade virtual, em especial a falta de acesso à internet, ou a baixa qualidade que, muitas vezes, pode inviabilizar o ato processual.

A declaração da testemunha formulada por escrito pode suprir a impossibilidade material da inquirição direta pelo Juízo. No entanto, essa hipótese não é contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de o ser em diversos outros países, como Portugal, Itália e França.

Supõe-se, por isso, que a lei processual brasileira só admitiria a verdade advinda da testemunha quando advertida e inquirida pelo juiz em audiência presencial, ou, excepcionalmente, telepresencial.

A ausência de previsão na lei processual brasileira do valor probatório da declaração da testemunha realizada por escrito suscita importante reflexão sobre o mito da testemunha cordial, o que estaria, em última análise, relacionado ao mito do homem cordial descrito por Sérgio Buarque de Holanda como pessoa desonesta e corrupta.

Objetiva-se, com esse trabalho, investigar o valor probatório da declaração testemunhal formulada por escrito, por instrumento particular ou por meio de ata notarial, em processo trabalhista, a despeito de ausência de previsão expressa na lei brasileira, mas, ante as dificuldades enfrentadas para a concreção do direito fundamental de acesso à Justiça, durante a pandemia da COVID-19.

Para tanto, será de grande utilidade analisar as potencialidades fornecidas pelo princípio da boa-fé objetiva, previsto no CPC, por meio de suas funções.

## **2 PANDEMIA DA COVID-19, ACESSO À JUSTIÇA E A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL**

A pandemia do coronavírus causou mudanças visíveis no dia a dia da população, amplamente noticiadas pela mídia. No entanto, aspectos relacionados ao direito de acesso à justiça e aos eventuais prejuízos à produção de prova testemunhal passam ao largo dos noticiários, embora sejam questões relevantes para assegurar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório como direitos fundamentais.

### **2.1 DESAFIOS PROCESSUAIS DA PANDEMIA DA COVID-19 E O ACESSO À JUSTIÇA**

A pandemia da COVID-19 impôs à grande parte da comunidade mundial uma realidade muito diferente daquela vivida desde a última Grande Guerra mundial<sup>4</sup>: pessoas se protegendo dentro de suas casas – ao menos aquelas que as têm -, submetidas ao teletrabalho e/ou ao *home office* – para aquelas que não perderam o emprego -, obrigadas a utilizar máscaras em ambientes públicos, a higienizar as mãos com frequência e evitar aglomerações – àquelas que acreditam na letalidade do vírus.

O mais difícil e doloroso são as milhares de vidas precocemente levadas.

Agrava-se, por outro lado, a economia mundial, e, mais, ainda, a dos países periféricos, sempre a reboque do desenvolvimento tecnológico e industrial das economias centrais.

Paradoxalmente, a pandemia da COVID-19 tem feito bem ao meio ambiente, na medida em que tem reduzido substancialmente o consumo de combustíveis fósseis, seja pela paralização, em diversos países, das atividades industriais, seja pela redução da utilização de aviões, trens e automóveis em geral<sup>5</sup>.

Percebe-se, igualmente, que alguns países estão melhores preparados para enfrentar as vicissitudes decorrentes de uma pandemia desta magnitude, seja no aspecto social – acesso da população a saneamento básico, água potável, assistência social -, seja economicamente – auxílio financeiro às empresas -, seja, ainda, sanitariamente – assistência à saúde principalmente aos mais desfavorecidos -, seja sob a perspectiva de infraestrutura – internet de boa qualidade a toda população.

Há, por outro lado, países com ordenamentos jurídicos mais adequados ao enfrentamento de anormalidades como a da pandemia da COVID-19, em especial com mecanismos que permitam a concreção do direito fundamental de acesso à Justiça.

Não se trata, apenas, da compreensão do acesso à Justiça, enquanto direito de ação - garantia de submissão ao Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito, como prevê o art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira -, mas, enquanto direito fundamental procedimental<sup>6</sup>, de viabilizar a efetiva prestação jurisdicional, sobretudo quando magistrados, servidores, advogados, partes e testemunhas, encontram-se, em sua maioria, confinados em suas residências, por tempo indeterminado.

---

<sup>4</sup> Terminada em 02/09/1945.

<sup>5</sup> Notícia veiculada no site da BBC Brasil. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51682790>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 93-94.

Cuida-se do acesso à Justiça, enquanto direito fundamental provido de pretensão dirigida ao Estado de garantir a eficácia de direitos, sobretudo os fundamentais, ou a reparação desses, na hipótese legal.

O acesso à Justiça, assim, também significa processo justo, por meio do qual, além da sujeição da lesão ou ameaça de direito ao Poder Judiciário, também corresponde a razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, conforme estabelece o art. 5º, LXXIV e LXXVIII, da Constituição.

A realidade jurisdicional que se apresenta, contudo, é a da mitigação das referidas garantias processuais constitucionais, durante a pandemia da COVID-19, ante a ausência de mecanismos processuais que ofereçam alternativas às dificuldades de acesso que possui o jurisdicionado brasileiro, em especial no tocante à prova oral.

## **2.2 A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL: DA AUDIÊNCIA PRESENCIAL À AUDIÊNCIA TELEPRESENCIAL**

O processo do trabalho sempre procurou distanciar-se da formalidade do processo civil, por meio de princípios que reconhecem o caráter notadamente social da prestação jurisdicional trabalhista. A finalidade das características próprias do processo do trabalho era de impor maior celeridade à prestação jurisdicional, já que esta, em última análise, resolveria questões relativas à subsistência do trabalhador.

A imediação, dessa forma, significa a primazia “da palavra oral sobre a palavra escrita, na irrecorribilidade das decisões proferidas em processos de alçada das Varas, no impulso *ex officio* do processo e na concentração dos atos mais relevantes na audiência”<sup>7</sup>.

Por força do princípio da oralidade, objetivasse que o processo se desenvolvesse preponderantemente em audiência, permitindo um contato mais próximo do juiz com as partes e advogados e, em decorrência, também a imediatidade da decisão. Como corolário do princípio da oralidade, a concentração dos atos processuais tornava obrigatório o comparecimento das partes à audiência<sup>8</sup>.

Diversas regras da CLT expressam os princípios da oralidade e da concentração: art. 840 que autoriza a “reclamação verbal”; art. 847 que prevê a “defesa oral”; art. 850, que dispõe sobre as “razões finais orais” como também da “sentença dita em audiência”.

---

<sup>7</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso Prático de Processo do Trabalho*. 25ª ed. SP: Saraiva Jur, 2019, p. 101.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 102-103.



A simplicidade do processo do trabalho, quando a CLT foi promulgada, em 1943, decorria da simplicidade das causas que se adequavam ao aludido procedimento.

As causas trabalhistas se tornaram mais complexas e a simplicidade do procedimento clássico deixou de atender às exigências constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, o lapso de 20 minutos mostrou-se não apenas insuficiente para contestar os pedidos, mas obstáculo ao exercício do contraditório. O contraditório ganhou nova dimensão<sup>9</sup>, o que exigiu que se adaptasse o procedimento trabalhista, com a cisão de uma única audiência, em audiência inicial, audiência de instrução e, em algumas vezes, audiência de encerramento. A complexidade do processo já não permitia que o juiz dissesse a decisão em audiência. A oralidade – e por conseguinte a própria celeridade –, embora não abandonada, passou a ser mitigada até se tornar uma densa névoa através da qual se tem procurado a Justiça.

O processo do trabalho que se distanciara do processo civil para firmar sua identidade social, se viu, ante as vicissitudes socioeconômicas e exigências normativas, novamente, sob o influxo dos princípios e regras consagrados pelo CPC.

Carlos Henrique Bezerra Leite, ao comentar o art. 15 do CPC<sup>10</sup> de 2015, vaticinou:

Os princípios do Novo CPC exercerão grande influência no Processo do Trabalho, seja pela nova dimensão e papel que exercem como fontes normativas primárias do ordenamento jurídico, seja pela necessidade de reconhecer o envelhecimento e a inadequação de diversos preceitos normativos de direito processual contidos na CLT, o que exigirá do juslaboralista formação continuada e uma nova postura hermenêutica, de modo a admitir que o Processo do Trabalho nada mais é do que o próprio direito constitucional aplicado à realidade social, política, cultural e econômica.<sup>11</sup>

No tocante à produção da prova testemunhal, contudo, processo civil e processo do trabalho sempre mantiveram estreita proximidade.

De fato. Tanto o CPC (art. 453) quanto a CLT (arts. 820; 828, parágrafo único) admitem a prova testemunhal exclusivamente em audiência, perante o juiz da causa, excetuando-se apenas as testemunhas que tenham sido ouvidas antecipadamente ou por carta precatória, e,

---

<sup>9</sup> Afirma Vitor Salino de Moura Eça, a partir do CPC de 2015 que “A fundamentalidade do contraditório se materializa no campo probatório. Cabe ao juiz assegurar que a parte possa produzir prova de sua alegação, se manifestar quanto ao demonstrado pelo *ex diverso*, e ainda ver a matéria objeto de prova devidamente analisada em sentença” (A função do magistrado na direção do processo no novo CPC e as repercussões no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *CPC – Repercussões no processo do trabalho*. 2ª ed. SP: Saraiva, 2017, p. 52.

<sup>10</sup> O Art. 15 do CPC dispõe: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

<sup>11</sup> A hermenêutica do Novo CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *CPC – Repercussões no processo do trabalho*. 2ª ed. SP: Saraiva, 2017, p. 27.

ainda, aquelas que, em razão da função, podem ser inquiridas na própria residência ou onde exercem sua função (CPC, art. 454).

Assim, guardadas as exceções, a prova testemunhal deve ser colhida pessoalmente pelo juiz da causa, em audiência, que deverá zelar para que as testemunhas sejam ouvidas separada e sucessivamente, tomando o cuidado, ainda, de que uma não ouça o depoimento das outras (CPC, art. 456; CLT, art. 824).

Além de se comprometer a dizer a verdade, a testemunha, no início da inquirição, será advertida pelo juiz de que sofrerá sanção penal caso faça afirmação falsa, cale ou oculte a verdade (CPC, art. 458, *caput* e parágrafo único).

Existem, a princípio, dois fundamentos para a lei processual trabalhista estabelecer a obrigatoriedade da colheita da prova oral em audiência, na presença do juiz.

O primeiro - já referido -, é o princípio da imediação ou imediatidade do juiz, por meio do qual se “traduz a necessidade de o juiz estar em contacto direto com as partes, designadamente na audiência”<sup>12</sup>.

É durante as audiências que o juiz efetivamente zelará e fiscalizará a produção das provas pelas partes, competindo-lhe interrogá-las, como também a testemunhas e peritos, e, ainda, deferir ou indeferir perguntas formuladas por advogados, resguardando o direito de serem transcritas em ata aquelas indeferidas, de forma fundamentada, quando formulado requerimento nesse sentido<sup>13</sup>.

Explica Manoel Antônio Teixeira Filho, que a imediação do juiz tem horizonte muito mais amplo:

o juiz poderá – olhos nos olhos – acompanhar e avaliar as reações psicológicas ou emocionais das partes e testemunhas às perguntas efetuadas, verificando se as respondem com segurança ou com hesitação, se tergiversam, se o fazem com serenidade ou com grande nervosismo, etc. É neste instante, enfim, que o juiz, mais do que um condutor de audiências, ou um interrogador, age como analista sutil e arguto do psiquismo humano – habilidade que as experiências da vida cuidam de acumular-lhe no espírito, aprimorando-lhe a técnica.<sup>14</sup>

A jurisprudência reconhece amplamente esse princípio, conferindo

plena aptidão do Julgador para emitir juízos de valor acerca da prova testemunhal pessoalmente colhida, estando muito melhor habilitado a decidir, com conhecimento de causa, sobre a postura parcial ou imparcial adotada pelo declarante”, pois o magistrado que colheu a prova “tem mais condições de avaliar as palavras, os gestos,

---

<sup>12</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, vol. I. SP: LTr, 2009, p. 65.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 65.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 65.

as expressões, conseguindo extrair elementos de convicção que refogem ao alcance daquele que não teve contato com a prova.<sup>15</sup>

O segundo o princípio da incomunicabilidade, caracterizado pela proibição imposta pela lei, e que deverá ser observado pelo juiz, “de as testemunhas que ainda não depuseram ouvirem o depoimento de outra”<sup>16</sup>.

Observa-se o princípio da incomunicabilidade entre as testemunhas, com a finalidade de “evitar que as declarações prestadas por uma testemunha influenciem o depoimento das demais”<sup>17</sup>.

Argumenta-se, por isso, que o prejuízo processual é facilmente demonstrável, caso fosse possível que a testemunha arrolada por uma das partes, pudesse, antes de depor, ter conhecimento do conteúdo da testemunha indicada pela outra parte<sup>18</sup>.

Admite-se, contudo, a impossibilidade de se atender ao princípio da incomunicabilidade em diversas situações, tais como a inquirição antecipada da testemunha (CPC, 453, I), por carta (CPC, art. 453, II), ou, aquelas que possuem prerrogativa de serem ouvidas em sua residência ou onde exercem sua função (CPC, art. 454).

A pandemia da COVID-19 e a imprescindível necessidade de se evitarem aglomerações, levou o CNJ a, prontamente, suspender, por meio da Resolução n.º 313, o “trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias”, como também “o atendimento presencial de partes, advogados e interessados”<sup>19</sup>.

A Resolução n.º 314 do CNJ, de outra banda, reiterou a vedação de “expediente presencial”, autorizando, entretanto, a realização de “audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência”, desde que se considerassem

as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> BRASIL, TRT-PR-03594-2015-021-09-00-7-ACO-39515-2016 – 6ª T., Rel. Des. Sueli Gil El Rafihi, public. DEJT em 22/11/2016. Disponível em: [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Acesso em: 21 de maio de 2020; BRASIL, TRT-MG-0019675-98.2019.5.03.0114 (RO), 3ª T., Rel. Des. Emília Facchini, disponibilização em 22 de maio de 2020.

<sup>16</sup> TEIXEIRA FILHO, op.cit., p. 1123.

<sup>17</sup> BRASIL, TRT-SP, 20020071722 (RO), 7ª Turma, Rel. Des. Yone Frediani, julg. 19/08/2002, Publ. 20/09/2002. Disponível em: [www.trt2.jus.br](http://www.trt2.jus.br). Acesso em: 20/05/2020.

<sup>18</sup> TEIXEIRA FILHO, op.cit., p. 1124.

<sup>19</sup> Resolução n.º 313 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original071045202004285ea7d6f57c82e.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2020.

<sup>20</sup> Resolução n.º 314 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original071045202004285ea7d6f57c82e.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2020.

O Ato Conjunto do CSJT e do TST, nº 6 de 5/5/2020<sup>21</sup>, por sua vez, reiterou a proibição de realização de audiências presenciais no âmbito da Justiça do Trabalho, autorizando a realização de audiências telepresenciais, com as mesmas ressalvas registradas pela Resolução n.º 314 do CNJ.

Haverá enormes dificuldades para, durante as audiências telepresenciais que tiverem por escopo a oitiva de testemunhas, a observância dos princípios da imediação e da incomunicabilidade, seja porque o juiz não estará diante das partes e testemunhas – olhos nos olhos -, seja porque não haverá garantia de que a testemunha não poderá se comunicar com outra pessoa durante o depoimento.

Outras dificuldades poderão, ainda, surgir.

A primeira, o acesso das partes, principalmente trabalhadores - partes ou testemunhas -, a equipamentos de informática de boa qualidade, tais como computadores, celulares e softwares; a segunda, o acesso, desses mesmos trabalhadores, a uma rede de telecomunicações que permita uma comunicação adequada entre os diversos atores da audiência; a terceira, de se compartilharem esses recursos, ao vivo e no horário estabelecido pelo juiz – caso os tenha -, com filhos, cônjuges e outras pessoas que compartilhem das mesmas instalações de confinamento; a quarta, o custo do acesso pela internet 3G, que muitos não podem suportar; a quinta, a dificuldade geracional, pois muitos trabalhadores e advogados, nutrem enorme adversidade a operações telemáticas e informáticas; a sexta, o tempo que seria despendido em ato de tal complexidade, necessitando, muitos, à busca ou manutenção do emprego; dentre inúmeras outras dificuldades que podem surgir.

A realidade pandêmica escancarou a insuficiência das regras relativas à produção da prova testemunhal, colocando em xeque os princípios da oralidade e concentração como exigências à celeridade da prestação jurisdicional.

A ausência de alternativa legal expressa à proibição de audiência presencial e à dificuldade de inquirição por videoconferência implicará, em muitos casos, negação ao direito fundamental de acesso à Justiça.

Outros ordenamentos jurídicos contemplam, contudo, alternativas a essas dificuldades, dentre as quais, a atribuição de valor probatório à declaração escrita da testemunha.

---

<sup>21</sup> Resolução n.º 314 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.csjt.jus.br/documents/955023/7642229/Ato+Conjunto+CSJT-GP-GVP-CGJT+05-2020.pdf/48b92644-00da-d2df-e9e0-1a08c19c3c78?t=1587237764037>. Acesso em 10 de maio de 2020.

Antes, no entanto, é necessário superar o mito da testemunha cordial que, provavelmente, encontra-se no subconsciente da lei brasileira e, por conseguinte, de seus aplicadores.

### **3 A SUPERAÇÃO DO MITO DA TESTEMUNHA CORDIAL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

O preconceito que cerca a prova testemunhal resulta, entre outras coisas, de estereótipos construídos em torno da desqualificação do próprio povo brasileiro. O mito do homem cordial, forjado pela literatura e pelas artes corrobora a construção da imagem do depoimento testemunhal como uma prova contaminada por vícios, cuja veracidade dependeria do medo imposto ao depoente pela autoridade do juiz. O resgate do valor da prova testemunhal passa pela desconstrução dos estigmas que a cercam.

#### **3.1 SUPERAÇÃO DO MITO DA TESTEMUNHA CORDIAL**

Sobre a testemunha, principalmente aquela ouvida na Justiça do Trabalho, sempre recaiu um grande descrédito, como se todas encarnassem, ao depor, Macunaíma, o herói sem caráter, de Mário de Andrade, ou João Grilo, personagem pitoresco, que derrapa em mentiras, na obra *Auto da Compadecida*, de Ariano Suassuna: personagens cativamente desonestas.

Não são raras as manifestações de descrença quanto ao valor atribuído aos depoimentos testemunhais, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Manoel Antônio Teixeira Filho sintetiza essa convicção:

Eis por que às testemunhas cabe reproduzir, perante o juiz, a realidade que captaram; mas o descrédito que se tem manifestado quanto a esse meio de prova reside, exatamente, na possibilidade de essa realidade ser subvertida, contrafeita, em virtude de certas regras de conveniência da própria testemunha ou da parte que a apresentou em juízo. Ninguém ignora, aliás, a existência de testemunhas profissionais, que tanto mal causam à honorabilidade e ao conteúdo ético do processo judicial. Nem mesmo o compromisso que elas prestam, ao início da inquirição, e a advertência que recebem quanto às sanções penais que incidirão no caso de fazerem afirmações falsas, calarem ou ocultarem a verdade (CPC, art. 415 e parágrafo único) produzem o efeito intimidante pretendido pelo legislador.<sup>22</sup>

O legislador processual brasileiro, provavelmente, por essas razões, criou inúmeras regras com a finalidade de garantir que a testemunha fale a verdade; ou, em outras palavras, as

---

<sup>22</sup> TEIXEIRA FILHO, op.cit., p. 1092.

regras relativas à oitiva da testemunha, foram criadas tendo em vista o pressuposto de que não falará a verdade, conforme se infere das características de que se reveste o respectivo rito: inquirições das testemunhas em separado; uma não pode ouvir o depoimento da outra; advertência de que aquele que falseie os fatos, cale ou oculte a verdade, poderá ser condenado a pena de reclusão de 2 a 4 anos, e multa (CP, art. 342).

Percebe-se dos textos legais citados, a concepção de que apenas se estiver sob a imediata autoridade do juiz, a testemunha falará a verdade, ou que seria necessário, para a testemunha dizer a verdade, a vigilância ameaçadora do magistrado.

A vigilância, como a do Panóptico, idealizado por Jeremy Bentham, referido por Foucault:

O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça.<sup>23</sup>

Pela ótica da legislação brasileira, a verdade possui uma disciplina que deve ser detalhadamente cumprida sob a autoridade do magistrado; seguiria uma liturgia indispensável.

Autoridade que deve ser visível e insondável. Visível: durante a audiência, a testemunha terá a sua frente, atrás da mesa, a impenetrável silhueta do magistrado que a subjugará com advertências e ameaças. Insondável: a testemunha não entenderá a razão pela qual existe a suspeita sobre sua honestidade; mas deve ter a certeza de que sua honestidade será posta em dúvida a todo o momento<sup>24</sup>.

Da sujeição da testemunha à autoridade do juiz, nasceria, de acordo com o contexto da lei brasileira, a verdade<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 176.

<sup>24</sup> Sobre o Panóptico, Michel Foucault observou: “Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e verificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter a certeza de que sempre pode sê-lo” (*Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 177).

<sup>25</sup> “Uma sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia. De modo que não é necessário recorrer à força para obrigar o condenado ao bom comportamento, o louco à calma, o operário ao trabalho, o escolar à aplicação, o doente à observância das receitas” (FOUCAULT, M. *Op. Cit.*, p. 183), a testemunha à verdade.

A realidade, contudo, não é, necessariamente, aquela espelhada pela lei, em face dos inúmeros casos em que testemunhas, advertidas e compromissadas e diante do magistrado, não disseram a verdade<sup>26</sup>.

A vigilância que deve ser exercida pelo juiz sobre a testemunha, entretanto, pressupõe um outro dado, sociológico, relevante: o mito da testemunha cordial, a partir da analogia ao homem cordial, descrito por Sérgio Buarque de Holanda em 1936 e que identificou o brasileiro ao longo do restante do século XX e início do XXI.

A ideia de que toda testemunha deliberadamente mente ou tem a intenção de mentir para ajudar a uma das partes a vencer o processo, pode ser inferida de outra, arraigada no imaginário popular, a do homem cordial.

De acordo com Sérgio Buarque de Holanda, o homem cordial, aparentemente, se revelaria pela “lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade” que representariam “um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal”. Adverte o autor, contudo, que haveria “engano supor que essas virtudes possam significar ‘boas maneiras’, civilidade”, tratando-se, “antes de tudo expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico e transbordante”<sup>27</sup>.

Observa Buarque de Holanda que uma importante característica do homem cordial é a falta de civilidade:

Nenhum povo está mais distante dessa noção ritualista da vida do que o brasileiro. Nossa forma ordinária de convívio social é, no fundo, justamente o contrário da polidez. Ela pode iludir na aparência – e isso se explica pelo fato de a atividade consistir precisamente em uma espécie de mímica deliberada de manifestações que são espontâneas no “homem cordial”: é a forma natural e viva que se converteu em fórmula. Além disso a polidez é, de algum modo, organização de defesa ante a sociedade. Detém-se na parte exterior, epidérmica do indivíduo,

---

<sup>26</sup> EMENTAS: “Início da jornada antes do horário regularmente contratado; a mesma coisa aconteceu no mês de outubro/2013 (fl. 45). Ora, se as testemunhas mentiram quanto ao horário de início do labor, inexistente credibilidade probatória. Inclusive, quanto aos horários. Portanto, diante dos elementos de convicção presentes, torna-se evidente a insubsistência probatória dos depoimentos testemunhais ofertados. Em relação aos demonstrativos de diferenças de fls. 797/804, os valores apontados estão equivocados. BRASIL, TRT-2ª, 1000530-43.2017.5.02.0411, 16ª T., Rel. Nelson Bueno do Prado, Pub. 29/11/2017 (Disponível em: [www.trt2.jus.br](http://www.trt2.jus.br). Acesso em: 15 de maio de 2020). “TESTEMUNHA. COMPROMISSO COM A VERDADE DOS FATOS QUE DETIVER CONHECIMENTO. MENTIRA.CONFIGURADA. INVALIDADE DE TODO O TEOR DO DEPOIMENTO PRESTADO EM JUÍZO. O depoimento de testemunha legalmente compromissada, quando comprovado que mentiu, não permite cindi-lo para aproveitar parte do que disse, considerando que a verdade não estaria adstrita a parcelas do que acabou asseverando em juízo, até porque, ao mentir, invalida e torna sem qualquer crédito tudo que disse ao depor. BRASIL, TRT-5ª, 0000270-04.2013.5.05.0002 RecOrd, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA,1ª. TURMA DJ 28/08/2014” (Disponível em: [www.trt5.jus.br](http://www.trt5.jus.br). Acesso em: 15 de maio de 2020).

<sup>27</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27ª ed. 11ª reimp. SP: Cia. das Letras, 2014, p. 176.

podendo mesmo servir, quando necessário, de peça de resistência. Equivale a um disfarce que permitirá a cada qual preservar intatas sua sensibilidade e suas emoções.<sup>28</sup>

Da ausência de civilidade do homem cordial, decorreria “o traço mais específico do espírito brasileiro”: “aversão às distâncias”, isto é, “aversão ao ritualismo”<sup>29</sup>.

Essa diferente forma de ser do brasileiro é contrastada, por Buarque de Holanda, com a do estrangeiro, representado pelo protestante ascético descrito por Max Weber:

Outro visitante, de meados do século passado (o autor refere-se ao pastor Kidder), manifesta profundas dúvidas sobre a possibilidade de se implantarem algum dia, no Brasil, formas mais rigorosas de culto. Conta-se que os próprios protestantes logo degeneram aqui. E acrescenta: “É que o clima não favorece a severidade das seitas nórdicas. O austero metodismo ou o puritanismo jamais florescerão nos trópicos.”<sup>30</sup>

Roberto DaMatta também enxerga características peculiares no brasileiro que o diferenciam, negativamente, do estrangeiro:

Sei, então, que sou brasileiro e não norte-americano, porque gosto de comer feijoada e não hambúrguer; porque sou menos receptivo a coisas de outros países, sobretudo costumes e ideias; porque tenho um agudo sentido de ridículo para roupas, gestos e relações sociais; porque vivo no Rio de Janeiro e não em Nova York; (...) porque sei que não existe jamais um “não” diante de situações formais e que todas admitem um “jeitinho” pela relação pessoal e pela amizade; porque entendo que ficar malandramente “em cima do muro” é algo honesto, necessário e prático no caso do meu sistema (...); porque, finalmente, sei que tenho relações pessoais que não me deixam caminhar sozinho neste mundo, como fazem os meus amigos americanos, que sempre se veem e existem como indivíduos.<sup>31</sup>

Essa aversão do brasileiro às “distâncias” ou ao “ritualismo”, ou, ainda, o “jeitinho pela relação pessoal e pela amizade” justificariam o rigoroso rito legal acima descrito para a oitiva da testemunha? - pois, do contrário, como todo bom brasileiro, invariavelmente, mentiria, em razão da amizade com a parte ou para se beneficiar pessoalmente - ao contrário dos estrangeiros, sobretudo, americanos e europeus?

Pertinente a crítica de Jessé de Souza, à concepção de homem cordial, como “ser genérico de todas as classes, emotivo, prisioneiro das paixões do corpo e, portanto, moralmente

---

<sup>28</sup> *Ibid*, p. 176-177.

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 180.

<sup>30</sup> HOLANDA, op.cit., p. 182.

<sup>31</sup> DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* RJ: Rocco, 1986, p. 16-17, itálico.



inferior, indigno de confiança e tendencialmente corrupto”; enquanto o “protestante ascético é percebido como seu contrário especular: um indivíduo ‘racional’ guiado por considerações impessoais e comunitárias”<sup>32</sup>.

A história e a observação dos fatos nos mostram, entretanto, que se existe um modelo de “ser brasileiro” – o que se admite apenas para argumentar -, não é pior ou melhor, mais ou menos honesto, do que nenhum outro cidadão, europeu ou norte-americano.

Perspicaz, mais uma vez, a crítica de Jessé de Souza:

A “cereja do bolo” desse quadro pseudocrítico da sociedade brasileira é a ideia de que existem sociedades sem “jeitinho”, ou seja, sem influência de relações pessoais poderosas decidindo o destino de pessoas concretas, muito especialmente nessa sociedade de conto de fadas para adultos que são os Estados Unidos aos olhos de nossos liberais conservadores. Os Estados Unidos seriam a sociedade da *accountability*, da confiança interpessoal, do respeito à lei impessoal, e da igualdade como valor máximo. Tudo como se o policial norte-americano não batesse com mais força no latino e nos negros pobres, como se o governo, “na mutreta”, e sem assumir, não espionasse aliados e inimigos, como se o eufemismo da “desregulação do mercado financeiro” – o que é afinal “desregular” senão abdicar de qualquer controle intencionalmente? – não fosse a senha para corrupção aberta por meio de mercados financeiros com um só ganhador: os bancos norte-americanos que se apropriam por meios frequentemente duvidosos do excedente econômico do planeta inteiro.<sup>33</sup>

O trabalhador pobre que depende única e exclusivamente do seu trabalho não é especialidade brasileira; possui as mesmas agruras e dificuldades de qualquer outro trabalhador pobre de país capitalista: trabalha; perde o emprego; vive de seguro desemprego ou de trabalho informal. Esse mesmo trabalhador enfrentará dúvidas e dilemas ao depor como testemunha, que são próprias de sua condição social, e não de sua nacionalidade.

É necessário, portanto, superar o mito de que o brasileiro é menos honesto do que pessoas de outras nacionalidades e de que, portanto, a verdade só poderia ser declarada por ele se dita sob a ameaça do Panóptico, do qual o magistrado vigia e pune.

A despeito da pressuposta desconfiança em relação à testemunha, o CPC estabelece a todos que, de alguma forma, participam do processo, devem se comportar de acordo com a boa-fé, ou seja, de acordo com uma conduta honesta.

---

<sup>32</sup> SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país deixa manipular pela elite*. SP: Leya, 2015, p. 45.

<sup>33</sup> SOUZA, op.cit., p. 88. Adotadas certas precauções, é possível, ante as experiências de países como Portugal, Itália e França, atribuir valor probante à declaração escrita de testemunha, de forma particular, ou por meio de ata notarial, mormente no âmbito do processo trabalhista.

### 3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Identifica-se no diploma processual brasileiro uma linha ética valorativa que reveste e informa todos os institutos processuais, e possui como vetor sistêmico o princípio da boa-fé objetiva.

O fundamento se encontra no sistema edificado pelo CPC em quatro importantes artigos.

O primeiro, o art. 5º, segundo o qual aquele que participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

O segundo, o art. 6º, que dispõe que todos – o que incluem as testemunhas – os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O terceiro, o art. 77, incisos I e II, no sentido de que “são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”, “expor os fatos em juízo conforme a verdade” e “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”.

O quarto o art. 378, CPC, de acordo com o qual, “Ninguém se exige do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

A confiança integra o núcleo conceitual do princípio da boa-fé objetiva, no sentido de “certezas” de comportamentos. Com efeito, o sistema jurídico, ao estabelecer programas dogmáticos - de cujo conhecimento é obrigatório pelos atores sociais – é um “fator poderoso de redução da complexidade social, surgindo como fonte primordial de confiança”<sup>34</sup>.

A confiança, desse modo, permite que as pessoas, no transcurso de todas as relações sociais – inclusive a relação processual -, planejem sua atuação de acordo com um número previsível de possibilidades, afastando, desse modo, aquelas que tenham certeza de que não se realizarão.

A confiança, a partir do quadro dogmático existente, descortina aos atores sociais um grupo de “certezas” comportamentais que lhes permite cumprir, sem grandes sobressaltos, o arranjo estabelecido para o desenvolvimento da pessoa, sociedade e economia, de acordo com o programa constitucional.

---

<sup>34</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. RJ-SP: Renovar, 2002, p. 242.

O princípio da boa-fé, por sua vez, estrutura e normatiza a confiança por meio de três funções: cânone hermenêutico-integrativo, limitadora do exercício de direitos subjetivos e criadora de deveres jurídicos laterais ou acessórios.

Enquanto cânone hermenêutico-integrativo o princípio da boa-fé objetiva permite integrar à relação *in concreto*, “os princípios jurídicos materiais e os módulos valorativos do sistema”, ou seja, deve-se levar em consideração todo o complexo de normas existentes a fim de que se cumpra adequadamente a finalidade da relação tratada<sup>35</sup>. No âmbito da relação processual, a técnica interpretativa-integrativa, busca integrar, observadas as circunstâncias do caso concreto, estruturas normativas identificadas na Constituição, como o acesso à Justiça, o contraditório, a ampla defesa, dentre outros.

Na sua função limitadora do exercício de direitos subjetivos, o princípio da boa-fé estabelece a calibragem dos marcos necessários para estabelecer os contornos do exercício abusivo de um direito subjetivo, isto é, identificar se há desproporção entre as vantagens auferidas pelo titular do direito e os sacrifícios infligidos à outra parte, à luz do repertório dogmático e valorativo previsto no ordenamento jurídico. Permite-se coibir, na esfera processual, por exemplo, a existência de comportamentos contraditórios de uma das partes (*venire contra factum proprium*), a partir da tutela da confiança: “um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas”<sup>36</sup>.

Por fim, na função de fonte de direitos acessórios ou laterais, a boa-fé objetiva normatiza determinados deveres qualificadores da prestação principal, ou seja, deveres que, caso não sejam cumpridos, impedem ou dificultam o atendimento integral da finalidade prestacional. Destacam-se, no quadro processual brasileiro, os deveres de colaboração e de dizer a verdade (CPC, arts. 6º, 77, incisos I e II e 378).

Exemplifique-se com a prova testemunhal. Não basta à testemunha cumprir a determinação judicial de comparecer à audiência e, após de advertida pelo juiz, se comprometer a falar a verdade, para, ao final e ao cabo, prestar informações dúbias ou falsas. Dizer a verdade é um dever imposto pela norma e por isso deve ser observado pelas partes, advogados, testemunhas e todos aqueles que atuam no processo.

Percebe-se, por isso, uma certa bipolaridade na lei processual brasileira que trata da produção da prova oral. A um tempo, afirma a confiança – por meio do princípio da boa-fé objetiva - como norma de conduta das partes, advogados e testemunhas; de outro, pressupõe a

---

<sup>35</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 2 ed. SP: Saraiva Jur, 1999, p. 458-459.

<sup>36</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuela da Rocha e. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 756.

desconfiança ao estabelecer um rito único, hermético e impositivo na colheita da prova testemunhal.

A partir do princípio da boa-fé e da confiança, ordenamentos jurídicos como de Portugal, Itália e França atribuem, expressamente, valor probatório à declaração testemunhal escrita, o que se mostra extremamente útil ao acesso à Justiça, em situações de impossibilidade da inquirição presencial ou direta da testemunha, como a vivenciada durante a pandemia da COVID-19.

#### **4 O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO TESTEMUNHAL ESCRITA**

Sem previsão na legislação processual civil brasileira, a prova testemunhal mediante declaração escrita é uma prática comum no ordenamento jurídico de países como Portugal, Itália e França. No entanto, analisar as experiências bem sucedidas do uso dessa modalidade de prova e os procedimentos adotados para garantia do devido processo legal nesses países contribui para o debate em torno da admissibilidade da prova testemunhal mediante declaração como alternativa em razão da pandemia e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

##### **4.1 A DISCIPLINA LEGAL DA DECLARAÇÃO TESTEMUNHAL ESCRITA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE PORTUGAL, ITÁLIA E FRANÇA**

A declaração escrita apresentada por testemunha não é novidade em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, especificamente no português, italiano e francês.

Identificam-se, a princípio, dois modelos.

O primeiro, formado pelas legislações portuguesa e italiana, em que a declaração escrita fornecida pela testemunha é admissível quando houver acordo entre as partes.

O segundo, o modelo francês, em que o juiz possui amplos poderes para determinar a apresentação da declaração, aceitá-la ou recusá-la, quando fornecida pelas partes, independentemente de acordo entre elas.

No âmbito do primeiro modelo, a Lei n.º 41, de 26/06/2013, que aprovou o Código de Processo Civil português, prevê no art. 518º que, quando se constatar a “impossibilidade ou grave dificuldade” do comparecimento da testemunha em juízo, “pode o juiz autorizar, *havendo acordo das partes*”, que o depoimento seja prestado, por meio de “documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, do qual conste relação discriminada” dos fatos “a que assistiu ou que

verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas”. O mesmo dispositivo do diploma processual português estabelece que “Incorre nas penas cominadas para o crime de falsidade de testemunho” aqueles que, pela forma constante do número anterior, prestar depoimento falso”.

37

Quanto à forma da declaração, reza o art. 519º da mesma lei portuguesa, que deverá indicar “os elementos de identificação do depoente”, como, ainda, “se existe alguma relação de parentesco, afinidade, amizade ou dependência com as partes, ou qualquer interesse na ação”. A lei, ainda, dispõe que a testemunha consigne expressamente que a declaração objetiva ser apresentada em juízo e que tem ciência de que a falsidade de suas declarações implica responsabilidade criminal. O mesmo preceito também prevê que a testemunha deverá apresentar documento de identidade e, caso não seja possível, a assinatura deve ser reconhecida por notário. De acordo com o art. 519º, se o juiz entender necessário, ou, a requerimento das partes, pode determinar “a renovação do depoimento na sua presença”, ou que preste esclarecimentos que se revelem necessários, por escrito.<sup>38</sup>

O Código de Processo Civil italiano, de sua parte, autoriza, no art. 257-*bis*, inserido pela Lei nº 69 de 18/01/2009, que o juiz, mediante acordo entre as partes, observando a natureza do caso e outras circunstâncias da causa, poderá autorizar que a testemunha forneça por escrito as respostas para as perguntas que lhe forem endereçadas. O mesmo artigo prevê que incumbirá à parte que formulou o requerimento que elabore o modelo da declaração e, ainda, intime a

---

<sup>37</sup> “Artigo 518.º. Depoimento apresentado por escrito. 1 - Quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal, pode o juiz autorizar, havendo acordo das partes, que o depoimento da testemunha seja prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, do qual conste relação discriminada dos factos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas. 2 - Incorre nas penas cominadas para o crime de falsidade de testemunho quem, pela forma constante do número anterior, prestar depoimento falso. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706170100/73436739/diplomaPagination/diploma/25?did=34580575>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

<sup>38</sup> “Artigo 519.º. Requisitos de forma. 1 - O escrito a que se refere o artigo anterior menciona todos os elementos de identificação do depoente, indica se existe alguma relação de parentesco, afinidade, amizade ou dependência com as partes, ou qualquer interesse na ação. 2 - Deve ainda o depoente declarar expressamente que o escrito se destina a ser apresentado em juízo e que está consciente de que a falsidade das declarações dele constantes o faz incorrer em responsabilidade criminal. 3 - A assinatura deve mostrar-se reconhecida notarialmente, quando não for possível a exibição do respetivo documento de identificação. 4 - Quando o entenda necessário, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento das partes, determinar, sendo ainda possível, a renovação do depoimento na sua presença, caso em que a testemunha é notificada pelo tribunal, ou a prestação de quaisquer esclarecimentos que se revelem necessários, por escrito a que se aplica o disposto nos números anteriores”. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107055833/201706170100/73436739/diplomaPagination/diploma/25?did=34580575>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

testemunha que deverá apresentá-la ao juiz, devidamente assinada, no prazo que lhe for assinalado, sob pena de multa<sup>39</sup>.

A lei processual italiana autoriza o juiz que, após examinadas as respostas ou declarações, determine o comparecimento da testemunha para depoimento presencial.

No direito processual francês, a declaração escrita de testemunha é aceita como prova válida desde a reforma legislativa de 17/12/1975. De acordo com a tradição processual francesa, a declaração escrita de testemunha é amplamente aceita e utilizada<sup>40</sup>. O art. 199 do Código de Processo Civil francês, a propósito, estabelece que nas hipóteses em que prova testemunhal for aceita, o juiz pode admitir declarações de terceiros, seja oralmente ou por escrito, com o objetivo de esclarecer fatos controvertidos dos quais tenha conhecimento<sup>41</sup>.

O art. 200 da lei processual francesa prevê, ainda, que as declarações podem ser apresentadas espontaneamente pelas partes ou por determinação do juiz<sup>42</sup>. As declarações podem, ainda, ser impugnadas pelas partes, no âmbito do contraditório, devendo o juiz comunicá-las sempre que uma declaração lhe for apresentada<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> “Art. 257-bis. (Testimonianza scritta). Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all’articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato. Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l’assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone. Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione. Il testimone sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa, con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice. Quando il testimone si avvale della facoltà d’astensione di cui all’articolo 249, ha l’obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione. Quando il testimone non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito, il giudice può condannarlo alla pena pecuniaria di cui all’articolo 255, primo comma. Quando la testimonianza ha ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti, essa può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza il ricorso al modello di cui al secondo comma. Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato”. Disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

<sup>40</sup> VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile*. 24e. Paris: Dalloz, 1996, p. 673.

<sup>41</sup> “Article 199. Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l’éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d’enquête selon qu’elles sont écrites ou orales”. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511). Acesso em: 11 de maio de 2020.

<sup>42</sup> “Article 200.° Les attestations sont produites par les parties ou à la demande du juge. Le juge communique aux parties celles qui lui sont directement adressées”. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511). Acesso em: 11 de maio de 2020.

<sup>43</sup> VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile*. 24e. Paris: Dalloz, 1996, p. 673.

O art. 201 do Código de Processo Civil francês dispõe que as declarações podem ser prestadas apenas por pessoas que preencham as condições exigidas para depor como testemunha<sup>44</sup>, enquanto o art. 202 estatui que da declaração deverá constar os fatos que o declarante tenha assistido ou pessoalmente constatado, como, ainda, o nome, sobrenome, local de nascimento, endereço, profissão, e, também, se houver, relação de parentesco, subordinação, colaboração ou interesses afins com as partes<sup>45</sup>. A declaração deverá ser, igualmente, assinada de próprio punho pela testemunha que deverá anexar toda documentação oficial que comprove sua identidade e permita, ainda, verificar a autenticidade da assinatura<sup>46</sup>.

O juiz francês dispõe de amplos poderes para determinar a apresentação de declarações escritas de testemunhas, como, também, permiti-las ou recusá-las; caso, entretanto, estimar que as informações que dela constam são insuficientes, ou suscitam dúvidas sobre sua credibilidade, poderá determinar a inquirição pessoal da testemunha. Caso constate contradição entre a declaração escrita e o depoimento presencial, o juiz poderá recusar a prova testemunhal<sup>47</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro não atribui valor probatório à declaração escrita da testemunha, mas autoriza, por força do art. 8º, da CLT que a “Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais”, decida de acordo com “direito comparado”.

Adotadas certas precauções, é possível, ante as experiências de países como Portugal, Itália e França, atribuir valor probante à declaração escrita de testemunha, de forma particular, ou por meio de ata notarial, mormente no âmbito do processo trabalhista.

## **4.2 O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO TESTEMUNHAL ESCRITA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

---

<sup>44</sup> “Article 201.º Les attestations doivent être établies par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins”. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511). Acesso em: 11 de maio de 2020.

<sup>45</sup> “Article 202. L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés. Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles. Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales. L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature. Disponível em [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C2962EBAFB254163F652E4D57EAE89BE.tplgfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165187&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200511). Acesso em: 12 de maio de 2020.

<sup>46</sup> VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile*. 24e. Paris: Dalloz, 1996, p. 674.

<sup>47</sup> VINCENT; GUINCHARD, op.cit., p. 674.

A declaração escrita formulada por testemunha mostra-se uma alternativa importante para o período em que for vedada a realização de atos presenciais por advogados, partes e testemunhas e para aqueles casos em que a videoconferência se mostrar ineficaz ou injusta.

O modelo adotado por Portugal e Itália, segundo o qual o valor probante da declaração testemunhal escrita decorreria de acordo entre as partes, encontra respaldo no art. 191 do CPC<sup>48</sup>, que prevê o negócio jurídico processual.

Nesse caso, há requisitos, colhidos dos exemplos português e italiano, que são oportunos observar, sem os quais a declaração pode ser desprovida de qualquer validade.

O primeiro, que a declaração se apresente de forma legível, seja manuscrita, datilografada ou digitalizada.

O segundo, que a testemunha declare se possui alguma relação de parentesco, afinidade, amizade ou dependência com as partes, ou qualquer interesse no resultado do processo.

O terceiro, que a testemunha anexe cópia de documento de identidade, a fim de que seja possível verificar a semelhança da assinatura; caso não o seja, a assinatura deverá ser reconhecida em cartório.

O quarto, que a testemunha comprove documentalmente que possui vínculos profissionais com as partes, por meio da apresentação de CTPS ou outro documento idôneo.

O quinto, a testemunha deve responder objetivamente aos quesitos apresentados pelas partes e juiz.

O sexto, a testemunha declare que tem conhecimento dos fatos por tê-los presenciado, ou por ouvir dizer.

O sétimo, a testemunha deverá, de próprio punho, escrever que leu a declaração, que atesta ser verdade, sob as penas da lei, inclusive multa, antes de apor o local, a data e assinar.

Desaconselhável, evidentemente, que o advogado da parte interfira na redação da declaração; caso o faça, convém que esclareça ao juízo e à parte adversa, ante o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé, previsto no art. 5º do CPC.

O cenário ideal do negócio jurídico processual, entretanto, é de que os advogados das partes envolvidas, em ambiente privado (sem aglomerações e sem a presença do juiz, portanto), ouçam as partes e testemunhas e reduzam a termo os aspectos centrais da prova oral para, em petição conjunta, submeter à consideração do magistrado.

---

<sup>48</sup> Reza o art. 191 do CPC: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais quando for o caso”.



Ante o teor do art. 765 da CLT o juiz, após examinadas as declarações apresentadas, sempre poderá determinar a oitiva da testemunha, por videoconferência, ou, presencialmente, quando for possível.

Imprescindível, de qualquer forma, a oportunidade que deve ter a contraparte de impugnar a declaração, podendo, no prazo assinalado pelo juiz, contraditar a testemunha, como também assinalar suas contradições, inconsistências e acertos.

Caberá aplicação de multa à testemunha que intencionalmente alterar a verdades dos fatos ou omitir, deliberadamente, fatos essenciais ao julgamento da causa, conforme autoriza o art. 793-D, da CLT.

O maior problema – e talvez seja o mais frequente – é quando não existir acordo entre as partes para a apresentação de declaração escrita por testemunha; possível, mesmo assim, atribuir valor probante a esse tipo de declaração.

Nada obsta a apresentação de declarações testemunhais escritas, mesmo divergentes as partes, a propósito, já que o dever que a boa-fé impõe a testemunha é falar a verdade e prestar informações exatas que se encontrarem no domínio de seu conhecimento, independentemente das advertências e admoestações judiciais.

A atuação do juiz na verificação do cumprimento desses deveres, sobretudo pelas testemunhas, não necessita, obrigatoriamente, dar-se *a priori*, já que, como reitor do processo pode, de ofício ou a requerimento de uma das partes, determinar, a qualquer momento, a inquirição da testemunha para esclarecer ponto que não tenha ficado inteiramente claro na declaração escrita.

Possível, necessário e viável que a produção da prova testemunhal se dê por meio de declaração escrita, observados os requisitos formais anteriormente enumerados, colhidos dos direitos português, italiano e francês.

A ata notarial de que trata o art. 7º, inciso III da Lei nº 8.935/94, de outra banda, mostra-se instrumento interessante, ante as garantias e formalidades previstas na mesma lei e autorização do art. 384 do CPC, para consubstanciar a declaração testemunhal.

Com efeito, nos termos do art. 3º da referida lei, os tabeliães notariais são dotados de fé pública no exercício da atividade notarial, além de, nos termos do art. 22, serem “civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem”.

Assim, o tabelião notarial ao consignar o teor da declaração da testemunha, limitar-se-á, nos termos da lei, a descrever os fatos que lhe forem relatados pela testemunha, inclusive, se, durante a colheita da declaração, encontrava-se acompanhada ou desacompanhada, consultou

anotações ou outras circunstâncias relevantes. Da ata notarial, ainda, poderão constar, os quesitos que eventualmente tenham sido apresentados pelas partes no processo.

Imprescindível que da ata notarial conste que se trata de declaração testemunhal que visa produzir prova, especificamente, em determinado processo perante a Justiça do Trabalho.

Frise-se que a utilização de ata notarial como meio de prova no processo do trabalho é admitida pela jurisprudência do TST para comprovação de:

- tempo despendido para troca de uniforme, batimento do ponto e deslocamento até o local de trabalho<sup>49</sup>;
- manutenção de atividades essenciais mínimas para verificação de abusividade de greve<sup>50</sup>;
- contrato de locação de imóvel com a finalidade de comprovar sucessão de empregadores<sup>51</sup>;
- transcrição de conversa havida por meio de Whatsapp<sup>52</sup>.

Há espaço, portanto, para a evolução da jurisprudência trabalhista também para admitir a produção de prova testemunhal mediante ata notarial.

Tanto a declaração testemunhal escrita particular, quanto aquela apresentada por meio de ata notarial, formada no contexto de um negócio jurídico processual, ou não, serão, de qualquer forma, analisadas na perspectiva do contexto probatório como, aliás, habitualmente acontece, mesmo quando colhida na presença do juiz.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia da COVID-19 impôs abruptamente uma realidade há pouco tempo inimaginável.

Os fóruns permanecerão fechados, ou com acesso limitado, durante muitos meses - ou até anos -, e advogados, partes e testemunhas impedidos de realizar atos presenciais.

---

<sup>49</sup> BRASIL, TST-11085-44.2012.5.07.033, 5ª Turma, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, julg. 15/04/2015, publ. 12/02/2016. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 19 de maio de 2020. BRASIL, TST-RR-1237-42.2012.5.09.0594, 6ª Turma, Rel. Min. Katia Magalhães Arruda, julg. 16/09/2015, publ. 18/09/2015. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 19 de maio de 2020.

<sup>50</sup> BRASIL, TST-RO-130-66.2017.5.11.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, julg. 09/09/2019, publ. 19/09/2019. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 20 de maio de 2020.

<sup>51</sup> BRASIL, TST-RR-1324-20.2012.5.04.04.0664, 6ª Turma, Rel. Katia Magalhães Arruda, julg. 11/04/2018, publ. 13/04/2018. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 20 de maio de 2020.

<sup>52</sup> BRASIL, TST-RO-224.34.2015.5.02.000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, julg. 07/06/2016, publ. 10/06/2016. Disponível em: [www.tst.br](http://www.tst.br). Acesso em: 20 de maio de 2020.

O direito fundamental prestacional de acesso à Justiça, garantido constitucionalmente (art. 5º, incisos XXXV, LV, LXXIV e LXXVIII), não pode se negado ao jurisdicionado sob o pretexto de que não se tem acesso à internet. Um acesso não pode ser negado pela inacessibilidade de outro.

O trabalhador desempregado e despatrimonializado, em especial, que depende de seu trabalho para obter os meios necessários a subsistência própria e de seus dependentes, possui, portanto, o direito constitucional de exigir do Estado a devida prestação jurisdicional.

A regra infraconstitucional, por conseguinte, deve ser interpretada conforme o comando constitucional, não sendo admissível a consolidação de obstáculos que impeçam ou dificultem a prestação jurisdicional durante a pandemia da COVID-19.

Em que pese a legislação processual civil brasileira não disciplinar a produção de prova testemunhal mediante declaração escrita, cria espaços normativos, por meio da boa-fé objetiva, e da tutela da confiança, de sua utilização nas hipóteses de impossibilidade de comparecimento da testemunha em juízo ou de não ser possível sua oitiva de outra maneira.

O direito comparado, fonte do processo do trabalho, nos casos de lacuna legal - conforme art. 8º da CLT -, fornece subsídios relevantes advindos dos ordenamentos jurídicos português, italiano e francês, de valoração probatória de declaração testemunhal escrita, por instrumento particular ou público, com ou sem acordo entre as partes.

Necessário, de qualquer forma, des-estigmatizar a testemunha cordial, vista sobre a perspectiva sociológica do homem cordial, “indigno de confiança e tendencialmente corrupto”.

Ora, se é possível atribuir valor probatório a declarações escritas de trabalhadores portugueses, italianos e franceses, porque não as de brasileiros?

A regra de conduta, pautada na confiança, e decorrente do princípio da boa-fé objetiva, impõe às partes, advogados e testemunhas, o dever de colaborar e dizer a verdade, com a finalidade de se levar a cabo o processo e de se prestar a jurisdição, conforme a Constituição, superando-se as vicissitudes do período pandêmico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso Prático de Processo do Trabalho*. 25ª ed. SP: Saraiva Jur, 2019.

ALTALEX. *Codice de Procedura Civile*. Disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>. Acesso em 12 de maio de 2020.

BBC BRASIL. *Como a epidemia de coronavírus pode ter efeito positivo no meio ambiente*. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51682790>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Atos Normativos*. Disponível em <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/covid-19-atos-relacionados>.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Atos Normativos*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/coronavirus/atos-normativos/>.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Jurisprudência*. Disponível em <https://www.tst.jus.br/jurisprudencia>.

CORREIO BRAZILIENSE. *Pandemia de covid-19 só acaba com a vacina*. Disponível em [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/05/08/interna\\_ciencia\\_saude,852649/pandemia-de-covid-19-so-acaba-com-vacina-diz-presidente-da-fiocruz.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/05/08/interna_ciencia_saude,852649/pandemia-de-covid-19-so-acaba-com-vacina-diz-presidente-da-fiocruz.shtml). Acesso em 10 de maio de 2020.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* RJ: Rocco, 1986.

EÇA, Vitor Salino de Moura. A função do magistrado na direção do processo no novo CPC e as repercussões no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *CPC – Repercussões no processo do trabalho*. 2ª ed. SP: Saraiva, 2017.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. RJ-SP: Renovar, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FRANÇA. Légifrance. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27ª ed. 11ª reimp. SP: Cia. das Letras, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A hermenêutica do Novo CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *CPC – Repercussões no processo do trabalho*. 2ª ed. SP: Saraiva, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 2 ed. SP: Saraiva Jur, 2018.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PORTUGAL. Diário da República Eletrônico. Disponível em <https://dre.pt/>.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país deixa manipular pela elite*. SP: Leya, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, vol. I e II. SP: LTr, 2009.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure Civile*. 24e. Paris: Dalloz, 1996.

# EL DERECHO DEL TRABAJO, HOY; TENDENCIAS Y DESAFÍOS<sup>1</sup>

## LABOR LAW, TODAY; TRENDS AND CHALLENGES

Adrián Goldin<sup>2</sup>

**RESUMEN:** El derecho laboral tradicional no parece tener respuestas a fenómenos que ya están en marcha y que de alguna manera anticipan el futuro del trabajo, como el trabajo mediante las nuevas tecnologías. El presente artículo tiene por objeto analizar los desafíos y las tendencias más recientes del proceso de cambio del Derecho del Trabajo (la desestandarización y creciente atipicidad, heterogeneidad del centro de imputación y precariedad, la necesidad de formalizar ciertos ejercicios de reconstrucción conceptual, la descentralización productiva, la intermediación laboral y la externalización, la huida y los debilitamientos del Derecho del Trabajo, el desdibujamiento de los límites entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo). Será necesario que junto al tradicional régimen de protección del trabajo dependiente, el Derecho del Trabajo incluya también un esquema básico y generalizado de tutela de protección social.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho del Trabajo; Tecnología; Tendencias; Protección social.

**SUMARIO:** 1. Transformaciones del trabajo y de los modos de reclutamiento y relacionamiento laboral. 1.1. Las novedades de corte prevalentemente tecnológico. 1.1.1. La “gig economy” o el trabajo de plataformas (platform-work). 1.1.2. El desmembramiento del lugar de trabajo. 1.1.3. La inteligencia artificial y la robotización. 2. Cuáles son, correlativamente, las tendencias en curso en el Derecho del Trabajo. 2.1. El proceso de desestandarización en curso. 2.1.1. Atipicidad; el trayecto de la desestandarización contractual y la heterogeneidad creciente del centro de imputación. 2.1.2. Necesidad de reconstrucción conceptual. 2.1.3. El platform-work, es manifestación paradigmática de desestandarización. 2.1.4. La automatización es también vector de exacerbación del proceso de intermediación laboral y descentralización productiva. 2.2. La huida del Derecho del Trabajo. 2.3. El debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo. 2.3.1. Los debilitamientos del Derecho del Trabajo en general. 2.3.2. El debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo. 2.4. El desdibujamiento de los límites entre el trabajo dependiente y el autónomo. 2.4.1. Difuminación de los límites. 2.4.2. Hacia la protección del trabajo autónomo. 2.5. La discontinuidad de las carreras profesionales y la necesidad de atenderla. 2.6. Tendencias divergentes de la protección del trabajo y la protección social. 2.6.1. Una tendencia hacia la segmentación del sistema de protección del trabajo y una pluralización de los estatutos de protección. 2.6.2. Un sistema de protección social desvinculado de la situación ocupacional. 2.6.3. Ideas y debates en curso: el ingreso básico universal y los pisos de protección social. 2.6.4. Reconfiguración divergente. 3. Conclusiones. 3.1. Las tendencias. 4. Bibliografía.

**ABSTRACT:** Traditional labor law does not seem to have answers to phenomena that are already underway and that somehow anticipate the future of work, such as work through new technologies. The purpose of this article is to analyze the challenges and the most recent trends in the labor law change process (the de-standardization and increasing atypicality, the imputation center heterogeneity and precariousness, the need to formalize certain conceptual reconstruction exercises, productive decentralization, labor intermediation and outsourcing the Labor Law breach and weakening, the blurring of the boundaries between dependent work and self-employment). It will be necessary that together with the traditional regime for the dependent work protection, the Labor Law also includes a basic and generalized social protection scheme.

**KEYWORDS:** Labor law; Technology; Trends; Social protection.

---

Artigo enviado em 03/06/2020.

Artigo aprovado em 06/08/2020.

<sup>1</sup> GOLDIN, Adrián O. El Derecho del Trabajo, hoy. Tendencias y desafíos en **El trabajo en la economía de plataformas**. CAPARRÓS, Lucas; GARCÍA, Héctor O. (coordinadores). Buenos Aires: Ed. Ediar, 2019.

<sup>2</sup> Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Ex presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y actual presidente honorario de la misma.

RDRST, Brasília, Volume 6, n. 1, 2020, p 118-154 Jan-Abr/2020

**SUMMARY:** 1. Work transformations and the recruitment and labor relations modes. 1.1. The novelties of predominantly technological cut. 1.1.1. The “gig economy” or platform-work. 1.1.2. The workplace dismemberment. 1.1.3. Artificial intelligence and robotization. 2. What are, correlatively, the current trends in Labor Law. 2.1. The ongoing de-standardization process. 2.1.1. Atypicality; the contractual de-standardization path and the imputation center growing heterogeneity. 2.1.2. The necessary conceptual reconstruction. 2.1.3. The platform-work is a paradigmatic de-standardization manifestation. 2.1.4. Automation is also an exacerbation vector of the labor intermediation and productive decentralization process. 2.2. The Labor Law breach. 2.3. The Labor Law subjective weakening. 2.3.1. The Labor Law weakening in general. 2.3.2. The Labor Law subjective weakening. 2.4. The boundaries blurring between dependent and autonomous work. 2.4.1. Blurring limits. 2.4.2. Towards the self-employment protection. 2.5. The professional careers discontinuity and the need to attend to it. 2.6. Diverging trends in labor protection and social protection. 2.6.1. A trend towards the labor protection system segmentation and the protection statutes pluralization. 2.6.2. A social protection system disconnected from the occupational situation. 2.6.3. Ongoing Ideas and Debates: universal basic income and social protection floors. 2.6.4. Divergent reconfiguration. 3. Conclusions. 3.1. Trends. 4. Bibliography.

## **1 TRANSFORMACIONES DEL TRABAJO Y DE LOS MODOS DE RECLUTAMIENTO Y RELACIONAMIENTO LABORAL**

El modelo de vinculación laboral tradicional, que presupone una relación de empleo formal, con contrato escrito u oral prevalentemente indefinido y una serie de derechos, regulados por la ley y por los convenios colectivos, que derivan de ese vínculo y que además habilita el acceso a ciertos derechos de seguridad social adscriptos a la relación de empleo, no parece tener las respuestas para fenómenos que se encuentran ya en curso y que de algún modo anticipan el futuro del trabajo<sup>3</sup>.

Fenómenos que tienen ya alguna experiencia transcurrida, como la de las cadenas globales de suministro, la progresiva desindustrialización y subsecuente crecimiento relativo del espacio de los servicios<sup>4</sup>, junto a otros más recientes aún de sesgo prevalentemente tecnológico – en particular, la incipiente innovación tecnológica a la que se atribuyen efectos disruptivos – parecen poner límite a numerosos empleos y alteran la composición de otros. Al mismo tiempo, abren otras oportunidades pero siembran incertidumbre sobre sus tiempos y alcances; es decir, sobre sus consecuencias.

---

3 No se me escapa que aquel modelo de gobernanza tiene más limitada cobertura en nuestros países, una buena parte de cuya fuerza de trabajo se encuentra inserta en la economía informal

4 Mientras que en los sectores agrícola e industrial la automatización está provocando una importante sustitución de los empleos, es en el sector servicios donde se crean nuevas oportunidades, aunque bajo la forma de empleos atípicos que escapan a las regulaciones tradicionales de la relación de trabajo o toman la forma de empleo independiente (conf. BERTRANOU, Fabio. Cambios en el mundo del trabajo y el futuro de la protección social en América Latina, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, **Anuario 2016**, Año VII, n. 7, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2017, pp. 217/241). Los cambios más recientes en el empleo en los segmentos formales debido a la expansión de fenómenos como la “uberización” de la economía, entre otros, están llevando a que el modelo de relación laboral tradicional se desdibuje y que los derechos a la seguridad social ligados al empleo estable se alteren. Esta nueva realidad, sin embargo, en sus consecuencias parece no ser tan nueva en América Latina. La región ha estado afrontando hace tiempo las realidades históricas de una economía con alta incidencia de la informalidad, el cuentapropismo y las tercerizaciones.

Las novedades no son sólo tecnológicas. Las hay también, entre otras, climáticas y ambientales, como el cambio climático y las altas temperaturas, con su incidencia sobre la salud y el rendimiento laboral, así como las demandas de preservación del medio ambiente (empleos verdes; energías renovables); demográficas, como el envejecimiento sostenido de la población y las necesidades crecientes de atención de la salud y de prestación de servicios de cuidado, así como la multiplicación de flujos migratorios difícilmente controlables<sup>5</sup>.

## 1.1 Las novedades de corte prevalentemente tecnológico

Con la vista puesta en el futuro ya no tan distante, miremos con un poco más de atención los factores de corte prevalentemente tecnológico que están ya a la vista e incluso agresivamente en curso<sup>6</sup>, aun cuando sobre sus alcances y sus efectos aún no se puedan formular más que hipótesis

### 1.1.1 La “gig economy” o el trabajo de plataformas (platform-work)

Aisleemos y examinemos en primer lugar los trabajos de la denominada “gig economy” – *economía de los bolos o pequeños encargos o encargos parciales* - a cuyo interior debemos

---

<sup>5</sup> En BALLIESTER, Thereza; ELSHEIKHI, Adam. The Future of Work: a Literature Review by, Research Department, **ILO Working Paper**, n. 29, March 2018 se señala que los fenómenos en curso de carácter demográfico y climático están provocando cambios significativos; según parece, se espera que el envejecimiento de las poblaciones ha de crear empleo adicional en los sectores de la salud y del cuidado, en tanto que el cambio climático probablemente aliente la ocupación en “empleos verdes” particularmente en el sector de la energía renovable. Si bien de un lado las migraciones internacionales podrían mitigar diferencias globales en las transiciones demográficas, algunos estudios sugieren que habrá más jóvenes migrantes que los que los países de altos ingresos podrían absorber.

<sup>6</sup> EUROPEAN PARLIAMENT. The impact of new technologies on the labour market and the social economy. **Study** IP/G/STOA/FWC/2013-001/LOT 8/C1

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/614539/EPRS\\_STU\(2018\)614539\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/614539/EPRS_STU(2018)614539_EN.pdf)

menciona, entre otros, los vehículos autónomos que han de sustituir conductores humanos, la “Additive manufacturing (3D printing) que permite producir artefactos tridimensionales, los estratos sucesivos de elaboración de decisiones algorítmicas (Big Data) para dar soporte o sustituir la intervención humana en la adopción de decisiones; los robots industriales y de servicios que realizan tareas físicas sin intervención humana y pueden asumir tareas rutinarias en la fabricación pero también sustituir trabajadores en los servicios; la creación electrónica de Bitcoin y tecnologías *block chain* (base de datos compartida que funciona como un libro para el registro de operaciones de compra-venta o cualquier otra transacción), las fabricas digitales (Industria 4.0), los programas de Active Assisted Living concebidos para mejorar la calidad de vida de las personas mayores mediante el desarrollo y utilización de soluciones basadas en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que realmente respondan a sus necesidades con un punto de vista multidisciplinar, ayudando también a personas con discapacidades, las tecnologías que contribuyen a la automatización del hogar pero también diversas tecnologías de supervisión e incluso rudimentarios procesos de adopción de decisiones. Estas novedades tecnológicas pueden producir intensos efectos en la demanda de trabajo porque pueden sustituir actividades rutinarias por aplicación de tecnologías de la información y de la comunicación.



distinguir, pues la diferencia es relevante, entre los trabajadores “a pedido vía apps”, de un lado, de los denominados “crowdworkers” por el otro.<sup>7</sup>

Quienes ocupan la primera categoría (*trabajadores “a pedido” vía apps*) llevan a cabo trabajo localmente basado y delimitado geográficamente, para tareas como envío de comidas o mercaderías, transporte automotor, trabajo doméstico, reparaciones en el hogar, etc. UBER – dedicada a prestaciones de transporte principalmente de personas - es un ejemplo típico y bien conocido de este tipo de prestaciones<sup>8</sup>.

Los *crowdworkers*, a su vez, operan *on line* a través de plataformas que funcionan en un nivel global, en las que se ofrece un número infinito de trabajadores y clientes esparcidos en grandes distancias, sin límite geográfico alguno. Este tipo de prestaciones está tan vinculada con la tercerización y la descentralización productiva, que hay quienes la llaman “*online outsourcing*”. El *crowdwork* supone prestaciones que no conllevan expectativa alguna de seguridad en el puesto de trabajo, lo que parece retrotraerlas a la edad industrial desde la perspectiva del poder de los empleadores para gestionar y organizar el trabajo e incluso a la edad preindustrial en lo relativo a la inestabilidad y carácter casual (eventual) de los arreglos de trabajo. El acceso a esos “crowds” es extremadamente rápido en la medida en que es mediado por equipos de IT que vinculan la demanda y oferta de puestos de modo casi instantáneo, abatiendo costos transaccionales. En la práctica, los costos laborales también son minimizados. La competencia entre trabajadores en el nivel global es extremadamente alta; trabajadores de países desarrollados y no desarrollados compiten para la realización de las mismas tareas, lo que inexorablemente lleva las remuneraciones “a la baja”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> En *Organizing On-Demand: Representation, Voice, and collective Bargaining in the Gig Economy*, de la Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch (ILO; Geneva), Hannah Johnston y Chris Land- Kazlauskas, afirman que pese a la pequeña dimensión actual de sus manifestaciones, la *gig-economy* tiene la aptitud para cambiar rápidamente el modo en que el trabajo es organizado y llevado a cabo, y para alterar el contenido y calidad de los puestos de trabajo. Los beneficios y costos del trabajo por medio de plataformas informáticas para los empleadores, los trabajadores y la sociedad están aun altamente discutidos. Unos sostienen que las plataformas digitales de trabajo pueden beneficiar económicamente a grupos socialmente marginalizados, incluyendo a los desempleados, los que están geográficamente aislados y los refugiados, en tanto para las empresas, el *gig work* combina la innovación tecnológica con varias relaciones contractuales que pueden reducir los costos laborales y de transacción, proveer “flexibilidad numérica” de cara a las fluctuaciones de la demanda e incrementar la competitividad

<sup>8</sup> También esta práctica tiene lugar en el “delivery” de comidas, las tareas de limpieza de la casa, el alquiler de departamentos y otros.

<sup>9</sup> El *Crowdsourcing* y el *crowdwork* asociado con aquél se ha expandido de modo considerable y hasta dramático en los últimos años. De acuerdo con los expertos, en 2013 había unos 48 millones de individuos registrados en las plataformas de *crowdworking*, de los cuales alrededor del 20% eran trabajadores activos. No obstante, algunos especialistas ven una mayor expansión aún del *crowdworking*, que habría de generar ingresos de entre 15 y 25 billones de dólares para 2020 (Conf, WAAS, Bernd; LIEBMAN, Wilma B.; LYUBARSKY, Andrew; KEZUKA, Katsutoshi. **Crowdwork; a Comparative Law Perspective**. Frankfurt am Main: Bund-Verlag GmbH, 2017 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main Herstellung: Kerstin Wilke

En esta modalidad, como sucede frecuentemente también con la anterior, se califica a los prestadores como contratantes independientes, frustrando de ese modo su acceso a la protección laboral. Para las empresas, el sistema genera oportunidades adicionales para acceder a trabajadores especializados, en un marco en el que el trabajador goza de mucho menos seguridad (sobre todo en cuanto a sus ganancias) que quienes están vinculados por una relación de empleo<sup>10</sup>. La asimetría de información es tan grande que el *crowdworker* puede no tener la menor idea acerca de para quién trabaja en realidad. Se eluden así los costos fijos que resultan de la aplicación del Derecho del Trabajo y de la seguridad social, puesto que los riesgos y responsabilidades son asumidos enteramente por el prestador/trabajador, incluyendo la cobertura de salud u otros tipos de seguro, el ahorro para el retiro o la inversión en entrenamiento.

En ambas modalidades, instaladas de ese modo en un espacio de límites difusos entre la autonomía y la dependencia, los contratos permanentes son reemplazados por “gigs”, arreglos de prestaciones menores y de corto plazo.

¿Son este tipo de prestaciones verdaderas manifestaciones de la denominada “Economía colaborativa” o no hay por detrás de ellas sino expresiones de explotación preindustrial disimuladas por designaciones atractivas? No es el tema en esta oportunidad, pero me basta señalar, por ahora, que estos regímenes no garantizan estabilidad de los ingresos ni la inversión en pensiones, reniegan de la dependencia<sup>11</sup>, incrementan riesgos en salud y seguridad, e impiden la formación y el desarrollo de carreras. Los conductores de

---

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld Druck: CPI books GmbH, Leck Printed in Germany 2017.

<sup>10</sup> El crowdsourcing ofrece a las empresas oportunidades adicionales para acceder a trabajadores especializados, que están disponibles, en principio para comenzar a desempeñarse en cualquier momento sin necesidad de emprender procesos de reclutamiento. Por añadidura, la fuerza de trabajo potencial no está en ese caso limitada por las fronteras nacionales, y un *crowdworker* goza de mucho menos seguridad – en particular, en relación con sus ganancias- que un trabajador individual en un empleo típico. El *crowdwork* puede, adicionalmente, implicar otros riesgos. Por ejemplo, la asimetría de información puede ser tan grande que los *crowdworkers* pueden ignorar para qué empresa trabajan en realidad. (véase op. y loc. cit en nota anterior)

<sup>11</sup> Sólo si se reconoce el vínculo de dependencia de los prestadores, estos podrán gozar de derechos tales como salario mínimo o limitaciones a la jornada. Los tribunales del Reino Unido – como los nuestros - han resuelto de modo recurrente que es la realidad de la relación y no las designaciones elegidas por las partes lo que importa en la caracterización de la relación. Por lo tanto no sorprende que en 2016, en autos “Aslam v/Uber B”, el Tribunal Central de Empleo de Londres haya establecido que los conductores de UBER son trabajadores a los efectos de la ley de derechos del empleo de 1996. Conviene tener en cuenta la definición expansiva de *worker* en el Reino Unido, definición que va más allá de la condición de empleado; con base en esta definición expansiva, un reciente caso en ese país encontró que algunos conductores de UBER son en realidad *workers* que tienen derechos a salario mínimo y a la fijación de límites en las horas de trabajo (véase JEREMÍAS, Prassl. Are Uber, Mechanical Turk, and other “Crowdwork Platforms Employers”, 27 feb 2017, en **Research and Subject Groups, Research Collection Law and Technology, Blog** - University of Oxford, Faculty of Law) disponible en

<https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/research-collection-law-and-technology/blog>

vehículos que se desempeñan para empresas como UBER, por ejemplo, conducen largas horas sin derecho a ingresos mínimos y pueden ser excluidos de la plataforma si las evaluaciones no son satisfactorias. *Ni que decir hay que esas manifestaciones mediadas por plataformas informáticas – unas y otras - pueden incorporarse a la actividad ordinaria de las empresas, desplazando el empleo directo ofrecido por éstas*<sup>12</sup>.

### 1.1.2 El desmembramiento del lugar de trabajo

En esas como en otras expresiones del trabajo humano se produce el desmembramiento *del lugar de trabajo* y la combinación entre prestaciones en este último y el trabajo a distancia<sup>13</sup>. El trabajador conectado mediante las nuevas tecnologías de la comunicación y la información ya no necesariamente ha de estar en el tradicional centro o lugar de trabajo, y muchas prestaciones se hacen y harán efectivas *a distancia*. Es el caso, entre otras modalidades, del *teletrabajo*, los *call centers*, los *co-working spaces* fuera del establecimiento para los denominados *clickworkers*,<sup>14</sup> los *platform workers* que, como

---

**12** Es previsible que la digitalización cambie no solo el volumen de trabajo y la demanda de diferentes niveles de competencia, sino también la organización del trabajo. Las tareas individuales realizadas por las personas han de ser crecientemente susceptibles de ser reclutadas por Internet. Los expertos creen que la proporción de tareas realizadas fuera de la empresa y la de trabajadores auto-empleados que trabajan por proyecto para varios clientes también ha de crecer. Este tipo de “*gig*” *economy* o de *trabajo de plataformas* puede conllevar más autodeterminación y mejor balance entre vida y trabajo para los empleados, pero también resultar en más inseguridad y períodos de desempleo involuntario. Por otra parte, los trabajadores de plataforma auto-empleados frecuentemente carecen de protección legal y de los diversos beneficios sociales a los cuáles tienen derecho los empleados (en op. cit. en nota 4 pag. 5).

**13** Según la Oficina Europea de Estadística (Eurostat), (informe disponible en <http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20180620-1>.) el porcentaje de personas empleadas entre 15 y 64 años en la Unión Europea que habitualmente trabajan desde su hogar alcanzó al 5 % en 2017. La cifra fue más alta en los Países Bajos (13,7 %), seguidos por Luxemburgo (12,7 % y Finlandia (12,3 %) y más baja en Bulgaria (0,3 %) y Rumania (0,4 %). El trabajo desde el hogar fue ligeramente menor en el área del euro (5,7 % de las personas empleadas) que en la Unión Europea en su totalidad. En la misma, más trabajadores autónomos trabajaron con habitualidad desde su casa (18,1%) que los empleados (2,8%). La frecuencia del trabajo desde el hogar crece con la edad: sólo 1,6 % de los trabajadores de 15 a 24 años de edad trabajaban desde su hogar en 2017, elevándose al 4,7 % desde los 25 a los 49 años y 6 % desde los 50 a los 64 años.

**14** LLámase *clickworkers* a quienes trabajan en Internet para quien les requiere su prestación en virtud de su especialidad particular (desarrollo de software, programación informática, gestión de datos, diseño de webs y gráficos, traducciones, etc). Muchos de ellos trabajan para diferentes empresas al mismo tiempo. Algunos lo hacen a tiempo completo, otros part-time, y una de las tareas que se les encomienda puede demandar horas, días o semanas (véase HILL, Steven. The Future of Work and the Social Welfare State’s Survival, **Social Europe**, newsletter del 28 de Agosto de 2017, disponible en <https://www.socialeurope.eu/the-future-of-work-and-the-social-welfare-states-survival>

anticipamos líneas arriba, simplemente no conocen (si es que existe) el establecimiento que les provee de trabajo<sup>15</sup>.

### 1.1.3 La inteligencia artificial y la robotización

Junto a los descriptos fenómenos de la *gig economy*, otros como la inteligencia artificial muestran capacidad adicional para asumir y desplazar el trabajo de las personas. La *inteligencia artificial* es “inteligencia” incorporada a las máquinas que las convierte en agentes dotados de una cierta racionalidad flexible y de tal modo le permite percibir su entorno y llevar a cabo acciones que maximizan sus posibilidad de éxito en un objetivo o tarea; es el caso en que la máquina imita las funciones cognitivas de las que goza la mente humana, como las de aprender o resolver problemas.

Como manifestación de la *inteligencia artificial*, agrégase el *machine learning*, que permite predecir comportamientos futuros a partir de los datos históricos acumulados. Por ejemplo, en el caso de una empresa industrial o comercial, datos del conjunto de los clientes que, debidamente organizados y tratados en bloque, generan una base que se puede explotar de modo de favorecer los objetivos del negocio y evitar los que le sean perjudiciales. A su vez, los *algoritmos* - conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite hacer un cálculo y hallar la solución de un cierto tipo de problemas - pueden detectar patrones de comportamiento y descubrir cuáles son las razones que, siguiendo el ejemplo de la empresa industrial o comercial, han llevado a ciertos clientes a darse de baja como tales.

La cuestión no se agota allí. Muy por el contrario, se integra y complementa con el proceso de robotización ya en curso, alimentado precisamente por aquellos factores. Es el proceso por el cual robots y algoritmos, junto con Internet (particularmente, Internet de las cosas)<sup>16</sup> y también los vehículos (autos y camiones) sin chofer<sup>17</sup>, están protagonizando -

---

**15** Hay que decir, además, que la prestación así “desmembrada” suele ser más intensa. Los estudios han puesto en evidencia que en promedio, los *teletrabajadores* trabajan más tiempo que quienes lo hacen en el establecimiento del empleador. Los trabajadores que operan en ese tipo de vínculos atípicos tienen escaso control sobre sus horas de trabajo, afectando de ese modo el equilibrio de la relación entre el trabajo y su vida familiar. Por lo mismo, incurren en riesgos de salud y seguridad en el trabajo y en general, es menos probable que reciban entrenamiento en el trabajo, lo que conlleva efectos negativos sobre el desarrollo de sus carreras (BALLIESTER, Thereza; ELSHEIKHI, Adam. *The Future of Work: a Literature Review* by, Research Department, **ILO Working Paper**, n. 29, March 2018)

**16** Se trata de un concepto que se refiere a una interconexión de objetos cotidianos con Internet. Alternativamente, es la conexión de Internet con más cosas u objetos que con personas. Ello permite su gestión por otros equipos, de la misma manera que si lo hicieran personas.

aunque a un ritmo diverso, tanto en el norte como en el sur - un proceso continuo de disrupción que obliga a interrogarse acerca de cuán extenso será el tiempo que insumirá que una porción relevante de los puestos de trabajo sea automatizada, desplazando el empleo que hoy generan. Graduar el ritmo de la incorporación de los robots parece una señal de prudencia, pero la experiencia muestra que los procesos de reemplazo tecnológico no siempre son susceptibles de control. Es que desde la perspectiva empresaria, no dejará de evaluarse que los robots no requieren mejores sueldos ni declaran la huelga, al tiempo que tienden gradualmente a ser más capaces y más baratos...

Desde luego, si esos fenómenos tecnológicos sirven para reemplazar a las personas que trabajan en ambientes insalubres o peligrosos, no habrá nada de que lamentarse. *Pero la cuestión no parece que haya de limitarse allí, por lo que habrá que ver en qué medida reemplazan trabajo humano, a qué ritmo, y que fenómeno de desocupación estructural – si alguno - habrán de generar.*

En cualquier caso, todo ello produce cambios en la naturaleza del trabajo que afectan a los trabajadores que, para no ser desplazados, deben adaptarse a los espacios de trabajo remanentes. En los últimos años, se exalta la importancia que para la preservación de los espacios de trabajo tiene para cada trabajador la opción de dotarse de aptitud para llevar a cabo *tareas cognitivas no rutinarias*, principalmente en relación con tareas analíticas para el procesamiento e interpretación de datos e información, además de tareas de vinculación interpersonal que requieren construir y mantener relaciones con otras personas y, por otra parte, tareas manuales no rutinarias que requieren actividades cambiantes y no estructuradas, junto con la aptitud para reaccionar ante sucesos o conductas de terceros; son estos los espacios que, pareciera, la disrupción tecnológica por el momento no podrá cerrar. No faltará el trabajo, se piensa, pero sólo para quienes tengan las competencias adecuadas y realicen prestaciones más difíciles de automatizar

## **2 CUÁLES SON, CORRELATIVAMENTE, LAS TENDENCIAS EN CURSO EN EL DERECHO DEL TRABAJO**

---

<sup>17</sup> El transporte es otro de los sectores de servicios en el que muchos puestos de trabajo están en vías de ser automatizados. Los autos y camiones autónomos se desarrollan rápidamente y se espera que hubieren penetrado plenamente en la sociedad hacia 2026

Hace ya casi dos décadas, con apoyo en estudios anteriores,<sup>18</sup> procuré reconocer las tendencias por entonces en curso en el Derecho del Trabajo, del cual predicaba entonces que estaba cambiando y que parecía encaminarse rumbo a un destino incierto. Admitía en esa oportunidad que “si el objeto lo constituye, como en nuestro caso, un sector del ordenamiento jurídico, ese afán (el de reconocer las tendencias en curso) estará necesariamente preñado de peligros y emboscadas; todo ensayo prospectivo relativo al derecho arriesga confundir hipótesis con preferencias, constataciones con propuestas, problemas con aspiraciones encontradas....No es sencillo – concluía en esa oportunidad - separar en ese análisis el derecho que *tal vez sea* , del derecho que *quiero que sea* o, en clave de resignación, del derecho que *creo que me han de imponer*”.

Formulaba entonces una cierta hipótesis en el sentido de que *el Derecho del Trabajo que sobreviniera – aunque se inscriba en alguna tendencia dominante de las que denominé entonces “hipótesis simples” del cambio*<sup>19</sup> - *adquiriría en rigor la fisonomía compleja que le deparen estas tendencias (y otras que no llegamos a examinar en esa oportunidad o que sobrevendrían y no se les alcanzaba aún a discernir), según el grado de desarrollo o intensidad que cada una hubiere alcanzado en el momento en que las variables que expresan tendieran a estabilizarse.*

---

**18** En “Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo (hipótesis sobre un destino complejo”, trabajo que constituyó el número 152 de la colección de Monografías Jurídicas de la Editorial Lexis-Nexix/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002; los trabajos anteriores en que sustentaba esa reflexión eran, entre otros, : "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas" en Revista Relaciones Laborales, Madrid, Num 3 Año 12 8/2/96, pag. 36 “La protección del trabajo en la encrucijada”, en la revista Derecho del Trabajo, Ed. La ley 1999 B página 2469 y en Revista de Direito do Trabalho, Ed. Revista dos tribunais, No. 97 ano 26, Enero Marzo 2000, pags 97 y sgtes ;”Las fronteras de la dependencia”, en Revista Relaciones Laborales, Madrid, año XVII No. 19 pág. 13.“Labor law beyond employment; a Latin American perspective” (en Comparative Labor Law and Policy Journal, University of Illinois, (Vol 20 Number 4, page 281). También de “El futuro del Derecho del Trabajo” incluido en “Ensayos sobre el Futuro del Derecho del Trabajo (en homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires)”, Zavallía 1997, obra en la que junto con Mario Ackerman recopilamos (además de los propios), los ensayos de otros ex – alumnos de nuestro querido y siempre recordado colegio (Daniel Funes de Rioja, Geraldo von Potobsky, Hugo Carcavallo, Milton Rainolter, Armando Rocha y Roberto Izquierdo).

**19** Entre las más elementales, las que proponían la erradicación de las instituciones de protección y sus antagónicas, las que propiciaban su intangible conservación; entre aquellas, su lisa y llana erradicación , o su reducción a una reglamentación de higiene y seguridad completada por normas supletorias a efectos de la negociación colectiva (o, como también se las designara en Argentina, de *disponibilidad colectiva*) (las evoca Antoine Jeammaud en “La question de l’avenir du droit du travail. Vue d’Europe” (texte pour la revue PLURIMA de la Universidad Federal Fluminense de Río de Janeiro”, manuscrito). O bien su preservación con ajustes menores - inclusión de otras categorías (cfr.Palomeque. Manuel Carlos en “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”), o extensión de algunas de sus tutelas ( Fernando Valdes en “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, en Relaciones Laborales (Madrid) No. 20 Año XVII Octubre 2001 pág. 1) o reforma de su esquema de fuentes (de nuevo, vide Palomeque en op. y loc. cit en esta nota) - o modificación de contenidos en sentido de flexibilidad o adaptación (también .Palomeque. Manuel Carlos en op. y loc. cit ) o su tránsito hacia un derecho de la actividad (que se explica en este documento en la sección 2.5) o hacia la protección “sobre el mercado”(esta es la propuesta que formula Pietro Ichino en su “Il lavoro e il mercato, Mondadori, Milan 1996 y tiempo después en “Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas”, en Revista Internacional del Trabajo, vol 117 (1998) núm 3 pág 319 y sgtes.), o un derecho del mercado de trabajo (vide otra vez Palomeque op. y loc. cit.) , o un esquema de “procedimentalización” (en francés, *procéduralisation*) de la tutela, etc.

Esa formulación de tendencias no constituía, me apresuraba a aclararlo, un ejercicio de “anticipación creativa”, sino sólo la categorización de las principales orientaciones por entonces en curso, descritas por la literatura más rigurosa y por entonces reciente.

Contra el carácter acelerado y hasta abrupto de los cambios que parece exhibir ahora – más de 15 años después de aquella reflexión – el trabajo humano en sí, tanto en sus modos de configuración, reclutamiento y prestación, me parece que la transformación correlativa que experimenta el ordenamiento laboral no presenta análoga presteza. En este último ámbito, *las señales del cambio transitan en muchos casos las tendencias que se vienen dando gradualmente en las últimas décadas*, y lo que se advierte mejor ahora, a la vista de aquellas transformaciones, es cuál es el sentido de aquel gradual proceso de evolución jurídica. Está bien claro que me refiero a la configuración que parece asumir el derecho y no al modo en que aquellos cambios han de incidir en el empleo, espacio este en el que ellos podrían ser más abruptos y disruptivos<sup>20</sup>.

Tengo la impresión, de tal modo, de que algunos de los más influyentes senderos del cambio del Derecho del Trabajo no son *conceptualmente* novedosos – no son sino los que podían percibirse ya a comienzos del milenio - aunque en el nuevo contexto toman correlativamente nueva dimensión e intensidad. He de enunciar esas tendencias en curso seguidamente, formulando algunas precisiones respecto de cada una de ellas, para reconocerlos en el modo en que se manifiestan en su más actual incidencia. Vale la pena reiterar, como lo hicieramos en aquel estudio de 2002, que esas tendencias *no guardan*

---

**20** Para un estudio de la universidad de Oxford – elaborado por Frey y Osborne - el 47 % de los empleos actuales están en riesgo (véase “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?” Carl Benedikt Frey† and Michael A. Osborne‡ September 17, 2013, vide en [https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf) ) ; el McKinsey Institut, por su parte, afirma que el 45% de todo lo que hoy se paga puede ser automatizado entre las dos y cuatro décadas por venir. Otros estudios ulteriores estiman para los países de la OCDE que la media de empleos automatizables es del 14 % y no aquel 47 % estimado por Frey y Osborne, con variaciones relativamente menores entre esos países (véase la referencia en “Will robots and AI take your job? The economic and political consequences of automatio” By Darrell M. West, Wednesday, April 18, 2018, en el website del Brookings Institut, en particular, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2018/04/18/will-robots-and-ai-take-your-job-the-economic-and-political-consequences-of-automation/>) Si las cifras de Frey y Osborne implican una convulsión a corto o mediano plazo, las estimaciones del 14 % formuladas en el ámbito de la OCDE, aun cuando conllevan un cambio sustancial, poseen un carácter bastante menos traumático. Hay, no obstante, una narrativa más optimista apoyada en la experiencia histórica, según la cual la preocupación constante por el fin del trabajo puede ser considerada un rasgo inherente al capitalismo, un orden económico con elevadas dosis de innovación disruptiva. Este también es un momento de disrupción – se sostiene – y, sin embargo y como en el pasado, en contra de las predicciones más agoreras, no sucederá que se destruya empleo en términos netos. Se destruyen unos empleos y se crean otros: los cambios técnicos revierten en ganancias de eficiencia que reducen costos y abaratan productos, aumentando su demanda y requiriendo el consiguiente esfuerzo laboral para satisfacerla. Se abastecen, por tanto, otras necesidades aún no suficientemente servidas.

*recíproca independencia conceptual, sino que, incluso en su mayoría, comparten espacios indiscernibles y, por ende, se solapan y superponen.*

## **2.1 El proceso de desestandarización en curso**

### **2.1.1 Atipicidad: el trayecto de la desestandarización contractual y la heterogeneidad creciente del centro de imputación**

Como es bien sabido y lo recordara en términos análogos en las primeras líneas de este estudio, *el tradicional concepto del contrato de trabajo típico implica una prestación en relación de dependencia para un empleador directo en un vínculo permanente y de tiempo completo que se ejecuta en el establecimiento del empleador.* El apartamiento de esa figura<sup>21</sup> - el hecho de que el trabajador se constituya en parte de un contrato de trabajo “atípico”<sup>22</sup> - ha implicado siempre para él, además de su inclusión en un contexto normativo diverso, la privación de ciertos derechos básicos que el contrato de trabajo típico habilita.

Sin embargo, nuevas y tradicionales formas de contratar y organizar el trabajo, así como otras tecnologías duras, organizacionales y contractuales imperantes en cada tiempo social, inducen esos apartamientos que dan lugar a los denominados *contratos atípicos*<sup>23</sup>,

---

**21** En “Non-standard work and workers: Organizational implications” (Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of Work and Employment Series No. 61 ILO – Geneva), Elizabeth George y Prithviraj Chattopadhyay de la Hong Kong University of Science and Technology indican las principales razones por las que se hace uso de las modalidades atípicas. Ellas son: a. su menor costo (los trabajadores involucrados en esas modalidades contractuales reciben pagas menores que aquellos que son parte en contratos de trabajo típicos), b. las ventajas que esos vínculos ofrecen en términos de flexibilidad, puesto que ellos pueden desplegarse en diferentes puestos de trabajo, en diferentes lugares y en tiempos menores y c. los cambios tecnológicos que estas formas contractuales hacen posibles.

**22** El genérico “*contrato de trabajo atípico*” evoca las diversas maneras en las que ese contrato elude la idea del contrato de trabajo típico (la “Standard Employment Relationship” – SER - de la terminología anglosajona). Entre ellas, los apartamientos del desempeño a tiempo completo (empleo a tiempo parcial), de la prestación en las instalaciones del empleador (v.gr. trabajo a domicilio), del carácter continuo y permanente de la relación de trabajo (empleo a plazo fijo, de temporada, empleo intermitente, empleo eventual u ocasional), del carácter directo de la prestación (trabajo para un contratista o subcontratista, para una empresa de trabajo temporario, para un proveedor de personal), de prestación en relación de dependencia (trabajo autónomo económicamente dependiente, relación de trabajo “ambigua”, relación de trabajo “semi-autónoma”). En general, el uso de esas modalidades atípicas se utilizan para atender funciones periféricas de las que se sirve la empresa, en las que las habilidades del trabajador no son estratégicas para el proceso de aquella, y respecto de las cuales la tarea puede ser fácilmente evaluada y controlada. (Conf. George and Chattopadhyay, en op. cit en nota anterior, pag. 63).

**23** Decíamos en el estudio de 2002, que evocamos antes en nota 18, con cita de Jean Baptiste de Foucauld (“Société post-industrielle et sécurité économique”, en “Le travail en perspectives” (sous la direction e Alain Supiot LGDJ, Toulouse 1998) que de la sociedad que producía homogeneidad se transita a otra que produce heterogeneidad lo que tiende a limitar la presencia el tipo dominante de la dependencia, en particular de su faceta jurídica.



entre los que me he atrevido<sup>24</sup> a hacer una distinción que me parece útil para esta reflexión: mientras algunos de ellos exhiben una razonable correspondencia con las situaciones productivas o de servicios para las que se utilizan, lo que justificaría llamarles convencionalmente *contratos atípicos objetivos*<sup>25</sup>, otros, en cambio, responden más bien a otras motivaciones que no se corresponden necesariamente con las circunstancias y modalidades de las prestaciones para las que se les concibe y que me parece pertinente designar como *atipicidades alternativas*. Entre estas, mencionarían en primer lugar los que se habilitan como expresión de políticas públicas tendientes a hacer posible el abaratamiento de la contratación o a consideraciones relativas a la promoción del empleo y, en general, al funcionamiento de los mercados de trabajo. En otros casos responden a la voluntad contractual y, en su caso, clasificatoria de los sujetos del contrato (usualmente, del empleador), lo que resulta más difícil de poner en cuestión en las culturas legales que aceptan la prevalencia de la voluntad de las partes por sobre la primacía de la realidad<sup>26</sup>. Finalmente – aunque no es de descartar la existencia de más variantes – otras son el producto del ejercicio del fraude que se manifiesta como una suerte de *remedo o imitación* de manifestaciones “*objetivas*” de la atipicidad; estas experiencias fraudulentas están normalmente inspiradas también en el propósito de reducir el costo del trabajo por medio del desplazamiento de los derechos – de todos o de parte de ellos – que acompañan al contrato de trabajo típico<sup>27</sup>.

---

**24** En mi “Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo. Ensayo sobre un itinerario”, en Revista **Derecho de las relaciones laborales**, Madrid, n.10, 2017, págs. 977-985

**25** Su carácter *objetivo* no implica una condición ontológica sino apenas una razonable correspondencia con la situación para la cual esa manifestación contractual atípica fuera concebida. Se trata, por ejemplo, del contrato a plazo fijo para una prestación que está destinada a agotarse al cabo de un cierto tiempo; o bien del contrato de trabajo eventual, que es el que se corresponde con un objeto determinado y extraordinario destinado a agotarse al cabo de su ejecución.

**26** Se trata del caso de una hipotética contradicción entre la calificación acordada por las partes y la naturaleza real y sustantiva del vínculo. En otras palabras, de la cuestión acerca de si han de prevalecer los hechos realmente sucedidos (primacía de la realidad o *primacy of facts*) o, si en cambio, ha de prevalecer la autonomía de las partes; en general, en los sistemas continentales la realidad tiende a prevalecer sobre la autonomía de la voluntad, en tanto que en los sistemas del “*common law*”, esta última es la que prevalece.

**27** Los contratos atípicos fraudulentos asignan a los trabajadores menores beneficios económicos y peores condiciones de trabajo que los que corresponden a los contratos de trabajo típicos. En los sistemas legales de la Unión Europea, la contratación fraudulenta puede ser definida como esos vínculos de empleo, autoempleo o incluso contratos comerciales que simulan el contrato que se declara, pero que en realidad ocultan una relación diferente que corresponde a un distinto tipo contractual. El contrato oculto está regulado por otras normas, muchas veces más caras o desventajosas para los empleadores, particularmente en términos de las limitaciones organizacionales que imponen, de los salarios, los aportes y contribuciones a la seguridad social, las obligaciones de cobertura de los accidentes del trabajo, etc. En su conjunto, creo adecuado designar atipicidades “*alternativas*” a estas hipótesis de apartamiento del contrato de trabajo típico que en la nomenclatura convencional ya propuesta no serían atipicidades *objetivas*. Hay que decir que las atipicidades “*alternativas*” formarían parte del conjunto de fenómenos a los que se atribuyó integrar un proceso al que se dio en llamar de *huida del Derecho del Trabajo*, que he de considerar enseguida, concebido para eludir la aplicación del ordenamiento laboral o, al menos, de algunos de los derechos consagrados por ese ordenamiento.

Lo que me propongo en este breve ensayo es plantear la hipótesis de que esas atipicidades “*alternativas*”, además de ser expresión de la “huida del Derecho del Trabajo” – otra de las tendencias en curso que consideraré enseguida - tienden a profundizar un *genérico proceso de desestandarización del Derecho del Trabajo que viene de las últimas décadas y que parecería que integran*. Va sin decirlo que a ello contribuye la frecuente dificultad para reconocer los límites entre las manifestaciones *objetivas y alternativas* de atipicidad y, entre estas últimas, las modalidades *legítimas* y las *fraudulentas* de contratación debido a la porosidad que presentan esos límites junto a la frecuente dificultad para obtener la cooperación de los trabajadores para develarlas<sup>28</sup>.

Resta decir que en nuestra nomenclatura, cuando hablamos de “atipicidad”– de *contratos de trabajo atípicos* – estamos de todos modos reteniendo una idea fundamental: estas modalidades, por notables que sean los factores de tipicidad que en ellas se desplacen, *conservan rasgos fundamentales que les asocian indisolublemente con el típico contrato de trabajo del que de algún modo se diferencian y apartan: compromiso personal del trabajo humano (del prestador), desigualdad contractual, presencia de un sujeto dominante (el empleador o dador de trabajo), consecuente necesidad de amparo*.

### **2.1.2 Necesidad de reconstrucción conceptual**

Si hasta hace no mucho los efectos de la *desestandarización* contractual del Derecho del Trabajo consistían en producir la *privación de un conjunto de derechos*, las manifestaciones más modernas y extendidas de la *desestandarización* que transitan fundamentalmente por la elusión de la subordinación laboral, obliga a los juristas a formularse interrogantes de reconstrucción conceptual elemental, antes menos frecuentes, tales como *qué*

---

<sup>28</sup> Esa porosidad dificulta la constatación del fraude. Pero por añadidura, la utilización de ciertas modalidades atípicas – por ejemplo, relaciones triangulares, trabajo eventual por intermedio de empresas de trabajo temporal, entre otras – contribuye a encubrir otras atipicidades, haciendo más difícil detectar el fraude, en un contexto en que el sujeto trabajador retacea su colaboración debido a la debilidad de su posición en el vínculo. De ese modo, el trabajo atípico de suyo contribuye a consolidar el fraude. Hay que decir, adicionalmente, que la *desestandarización* es, desde otra perspectiva, una cierta forma más moderna de la informalidad. Si nuestra región padece también del flagelo de la extendida informalidad (de entre el 30 y el 70 % de la fuerza de trabajo según el país y una media en la región de alrededor del 47 %), aquel fenómeno de la *desestandarización* multiplica sus efectos – los de la informalidad – en el sentido de que amplía y hasta generaliza el más lesivo de sus rasgos: la privación de los derechos. *En suma, podríamos decir que la desestandarización bajo la forma de la multiplicación de los casos que quedan al margen del sistema de derechos agudiza “en clave moderna” el fenómeno de la informalidad.*

*o quién es un trabajador y qué o quién es un empleador*<sup>29</sup>. Es que estas nuevas manifestaciones de *atipicidad*, aun exhibiendo aquellos rasgos de bilateralidad que reivindicamos pocas líneas más arriba, tienden a ocultar, enmascarar, difuminar los tradicionales sujetos del Derecho del Trabajo, planteándole a éste nuevos desafíos e interrogantes adicionales, a los que la política y el derecho deberán dar respuesta.

### **2.1.3 El platform-work, es manifestación paradigmática de desestandarización**

En ese marco, el advenimiento del ya evocado *platform-work* agrega un componente altamente significativo a este proceso de *desestandarización*, al que contribuye a expresar y extender. Es que el *platform-work*, sobre el que debo volver una y otra vez pues parece ser, al menos hasta ahora, la más incisiva entre las nuevas formas de reclutamiento y prestación del trabajo, constituye un supuesto más, ahora el más convocante, de contrato de trabajo atípico, y que asume la forma de trabajo *on demand*<sup>30</sup>. Precisamente por ello, el *platform work* es uno de los espacios hoy más visibles de potenciación de la *desestandarización*.

Se exacerba en ese fenómeno de atipicidad la creciente discontinuidad de las trayectorias profesionales (sobre esta tendencia, de nuevo más abajo en la sección 2.5.) con manifestaciones cada vez más generalizadas de *precarización* de los vínculos de quienes prestan sus servicios. *Hay que decir, sin embargo, que esas atipicidades, en la medida en que deriven en una forma normal y generalizada de la prestación de trabajo humano que deje a sus protagonistas al margen del sistema de tutela - tal lo que parece suceder con el platform-work – pueden ser subsecuentemente el objeto de una caracterización que regularice su descripción, permita comprobar su generalizada instalación en la práctica laboral, y de*

---

**29** Entre otros que formulan iguales interrogantes véase Who is a Worker? de Guy Davidov, en **Ind Law J** (2005) 34 (1): 57-71. DOI: <https://doi.org/10.1093/ilj/34.1.57> ; Mark Freedland & Nicola Kountouris, The Legal Characterization of Work Relations and the Idea of Labour Law, in *The idea of labour law*, ch. 12 (Guy Davidov & Brian Langille eds. OUP, Oxford, 2011). En relación al sistema de normas internacionales del trabajo, ver Creighton, Breen and McCrystal, Shae, *Who Is a 'Worker' in International Law?* (agosto 15, 2016). Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol. 37, No. 3, pp. 691-725, 2016; Sydney Law School Research Paper No. 16/75; su abstract puede leerse en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2824176](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2824176) y desde este vínculo puede accederse al documento completo. Sobre el concepto de empleador, véase, entre otros materiales, “Who is an employer?” de Luisa Corazza and Orsola Razzolini, en la obra “Comparative Labor Law”, Edited by Matthew W., Finkin and Guy Mundlak, Research Handbooks in Comparative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, IK, Northampton MA, USA, 2015.

**30** El trabajo “on demand” (“a pedido”) es relativamente “popular” en compañías con capital extranjero, en las que la casa matriz no permite un incremento del empleo en tanto tal, a pesar de las necesidades crecientes de apoyo durante ciertos períodos; los trabajadores temporarios suelen no estar incluidos en las estadísticas de personal de las compañías, permitiendo de ese modo eludir ciertas restricciones presupuestarias (de Eurofound (2018) Work on demand: Recurrence, effects and challenges, Publications Office of the European Union, Luxembourg)

*lugar por consiguiente a una nueva tipicidad – y consiguiente regulación - esta vez distinta de la tipicidad histórica.* Se trataría en tal caso, precisamente, de revisar la condición de trabajador y también la de los factores de imputación de la tutela, que están frecuentemente referidos de forma excluyente a una relación a tiempo completo, regular, de plazo indefinido y con un único empleador<sup>31</sup>, cuando se advierte que en el tiempo que corre de pronto la cuestión ya no es necesariamente así<sup>32</sup>.

Sucede, en concreto, que las plataformas y el trabajo que se presta por su intermedio no hacen más que potenciar esta nueva atipicidad por su capacidad para juntar oferta y demanda en relación a un número grande e indeterminado de individuos en competencia, lo que deriva en la intensidad creciente de sus prestaciones y en la insuficiencia de sus retribuciones<sup>33</sup>.

#### **2.1.4 La automatización es también vector de exacerbación del proceso de intermediación laboral y descentralización productiva**

La automatización sirve como incisivo instrumento facilitador de las tendencias de la intermediación laboral y la descentralización productiva<sup>34</sup>. La innovación tecnológica permite

---

<sup>31</sup> Cfr. “Good Jobs for All in a Changing World of Work. The OECD Jobs Strategy, (document published under the responsibility of the Secretary-General of de OECD), disponible en <http://www.oecd.org/employment/good-jobs-for-all-in-a-changing-world-of-work-9789264308817-en.htm>

<sup>32</sup> La situación análoga a la de los trabajadores de plataformas es por definición la de las *agencia de trabajotemporal*: la regulación del trabajo de agencia facilita y limita la flexibilidad a un mismo tiempo, crea un cierto nivel de derechos mínimos y garantiza su transferibilidad cuando cambian los clientes. La pregunta que cabría formularse es si de un lado las agencias de trabajo temporal y de otro las plataformas, asumen *el rol de administrar y gobernar la discontinuidad*, lo que sólo sería posible si las plataformas, su régimen jurídico y su régimen de protección social jugaran un rol análogo al de aquellas agencias, en el sentido de garantizar ciertas condiciones equivalentes. En ese sentido, se destaca que las agencias de trabajo temporal tienen un marco regulatorio claro (cuanto menos, diría yo, *más* claro) y gozan de una cierta cobertura de las convenciones de la OIT, lo que no se verifica en el caso de las plataformas. La agencias de trabajo temporal *asignan ciertas protecciones y soluciones innovadoras sobre transferencia de derechos, lo que no se da en la plataformas*. Si el objeto de las plataformas es la explotación de una fuerza de trabajo contingente movilizada desde una lógica del tipo ‘just in time’ para dar respuesta a los picos en la demanda, habrá que preguntarse si el impacto de las fluctuaciones que de ese modo se procure atender recaerá sobre los hombros del trabajador o bien, si, como en el caso de las agencias, se habilitará una cierta distribución de las responsabilidades entre la plataforma y el empleador que recurre a sus servicios. Se postula que en el caso de las plataformas tiene que haber una distribución análoga, aun cuando reconociendo las diferencias - ya señaladas en las primeras secciones de este estudio – entre los trabajos *on demand* por un lado, y los supuestos de *crowdworking* por otro lado.

<sup>33</sup> Op y loc. cit en nota 30

<sup>34</sup> Para Cynthia Estlund “...el desafío de la automatización es de muchas maneras una continuidad de los desafíos del “trabajo fisurado”, por usar la influyente formulación de David Weil. En particular, ambas tendencias son inducidas en parte significativa por los costos y riesgos del empleo de los seres humanos. Parte del costo de emplear personas proviene de las leyes del trabajo y el empleo” (Cynthia Estlund “After Work: Automation and Employment Law, Part Two” publicado el 2 de Agosto de 2017 <https://onlabor.org/after-work-automation-and-employment-law-part-two>)

hacer a un lado las normas de protección, a las que no se niega o rechaza de modo explícito pero se elude por distintas vías, entre las cuales, junto a la externalización tradicional, hoy luce la automatización y digitalización del reclutamiento de trabajo humano. No debe, en efecto, sorprender que se considere a la automatización una forma de “*on-line outsourcing*”, desde que se pudo definir al *crowdsourcing* como “la práctica de obtener los servicios, ideas o contenidos que se requieren por medio del reclutamiento de contribuciones de un amplio grupo de personas y especialmente de la comunidad “*on line*” antes que de empleados o proveedores tradicionales”. Tras evocar esa definición del diccionario Merriam-Webster, Bernd Wass concluye que es clara la estrecha conexión con el “*outsourcing*”, razón por la cual no es infrecuente la preferencia de algunos autores de usar, como quedara dicho líneas arriba, la expresión “*online outsourcing*” en lugar de “*crowdworking*” o “*crowdsourcing*”<sup>35</sup>.

## 2.2 La huida del Derecho del Trabajo

Hace ya algunas décadas fue reconocida y descrita otra de las tendencias que exhibía el sistema de regulación del trabajo humano que se dio en llamar de *huida del Derecho del Trabajo*<sup>36</sup>. Estaba – está aún - integrada por manifestaciones diversas, como el fraude y la simulación, el trabajo en negro, las interposiciones, la individualización (huida del derecho colectivo), la utilización real o artificial – es la preferencia de los empleadores - del trabajo autónomo. También el propio Estado aparecía protagonizando esa *huida del Derecho del Trabajo*, frecuentemente sin otra finalidad que la de producir esa misma (o aún más profunda) privación de derechos, *tratando a un vínculo dependiente como si no lo fuera* (para ello se ha acuñado un neologismo: “deslaboralización”)<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Conf. Bernd Wass y otros, en op. cit en nota 9 págs. 13 y 14.

<sup>36</sup> En la caracterización de esta tendencia, que data ya de varias décadas, PIÑERO, M. Rodríguez. ‘La huida del Derecho del Trabajo, **Relaciones Laborales**, 85, Madrid), 1992. El origen continental de esa preocupación se reconoce, en “The Legal Construction of Personal Work Relations”, donde sus autores, Mark Freedland and Nicola Kountouris OUP Oxford 2011), hacen referencia al “flight from labour law...lamented by several of our continental European colleagues...” (huida del Derecho del Trabajo...lamentada por varios de nuestros colegas de la Europa continental...) mencionando en particular la noción italiana de “fuga dal diritto del lavoro”, invocada por Pietro Ichino en “La fuga dal diritto del lavoro”, en *Democrazia e diritto*, 1990, 69 y F. Liso, “La fuga dal diritto del lavoro” en *Industria e sindacato*, 1992, N° 28, pág. 1 y sgts. También HEPPLÉ, Bob; VENEZIANI, Bruno. **The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries: 1945-2004**. Oxford: Hart Publishing, 2009.

<sup>37</sup> En algunos casos, ese mismo objetivo de reducción de los costos se persigue tratando (en este caso) a un concepto salarial como si no lo fuera (su designación mediante otro neologismo podría ser “desalarización”) sustrayéndolo de ese modo a su destino de ser computado para la liquidación de otros créditos que se devengan

Difícil encontrar una ilustración más elocuente de ese proceso que la que ofrece Cynthia Estlund, cuando evoca los interrogantes que formula en nuestros días un banquero de inversión acerca de la necesidad de cubrir un puesto de trabajo: “¿Puedo automatizarlo? Si no es posible, ¿puedo externalizarlo o subcontratarlo? Si tampoco se puede, ¿puedo encomendarlo a un contratante independiente? *Contratar un empleado es el último recurso...*”<sup>38</sup>.

Aquellas nuevas formas de reclutamiento – señaladamente, *el platform-work* - se agregan a manifestaciones de atipicidad contractual tradicionales y, por añadidura, a otras a las que vengo de llamar líneas arriba *atipicidades alternativas* por no corresponderse de modo necesario con específicas situaciones productivas que las justifiquen. Esas *atipicidades alternativas* suelen ser otras tantas manifestaciones del proceso de *huida del Derecho del Trabajo*, concebido para eludir – de modo parcial o total – la aplicación de las normas laborales.

## 2.3 El debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo

### 2.3.1 Los debilitamientos del Derecho del Trabajo en general

En ensayos anteriores<sup>39</sup> señalé una serie de tendencias convergentes que parecen exhibir diferentes matices e intensidades, pero que tendrían una extensión casi universal. Hago referencia a las tendencias de debilitamiento que parecen afectar el derecho social en tres dimensiones diversas que he descrito en los términos que siguen:

- i. El derecho social experimenta un *debilitamiento normativo* como producto de las demandas de flexibilidad laboral, desregulación, reducción de la intensidad de la protección laboral. En pocas palabras, *una pérdida de recursos normativos de protección*.

---

en el decurso de la relación laboral, o bien de servir de base para el cómputo de las contribuciones a la seguridad social.

<sup>38</sup> El banquero de inversión Steven Berkenfeld, preguntó entonces: “Can I automate it? If not, can I outsource it? If not, can I give it to an independent contractor?” Hiring an employee is the last resort.” (ESTLUND, Cynthia. **After Work**: Automation and Employment Law, Part Two, publicado el 2 de Agosto de 2017, disponible en <https://onlabor.org/after-work-automation-and-employment-law-part-two> )

<sup>39</sup> En especial en mi contribución a “Boundaries and Frontiers of Labour Law, Goals and Means in the Regulation of Work” Edited by Guy Davidov and Brian Langille., Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon 2006, contribución que llevara el título de “*Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law*” página 109.

- ii. También sufre un *debilitamiento aplicativo* que es consecuencia de fenómenos como los ya descritos y, en particular, de la pérdida de significación e influencia o las limitaciones de competencias de los actores políticos que se encuentran a cargo de la aplicación del Derecho del Trabajo y de la protección social (ministerios de trabajo, inspección del trabajo, tribunales laborales<sup>40</sup>, etc.) o de su lisa y llana supresión, juntamente con la dispersión de sus poderes<sup>41</sup>, así como los de los actores sociales (en particular, debilitamiento y pérdida de influencia de los sindicatos), todo lo cual habitualmente va de consuno con la devaluación ideológica del Derecho del Trabajo y de otras formas de protección social, depreciadas como si fueran expresión de un paternalismo anacrónico. En otras palabra, *una pérdida de efectividad “stricto sensu” del derecho social*.
- iii. Finalmente, experimenta también un *debilitamiento subjetivo* como producto de un número de fenómenos tales como el desempleo, la informalidad creciente, la desintegración vertical de las empresas y las tendencias correlativas de descentralización, además de los fenómenos que integran el ya recordado proceso de “huida del Derecho del Trabajo”, tales como las políticas públicas que legitiman el tratamiento de trabajadores dependientes como si no lo fueran, junto a relaciones ambiguas en las cuales es altamente dificultoso establecer la naturaleza (dependiente o autónoma) de los vínculos. En breve, *una pérdida de ámbito personal del derecho social*.

Ciertamente no es esta la oportunidad de considerar las causas y razones de tan críticos procesos que, en cualquier caso, han sido cuidadosamente explorados por la literatura especializada<sup>42</sup>.

### 2.3.2 El debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo

---

<sup>40</sup> Ese fue en algún momento el caso de Argentina, donde competencias antes correspondiente a los tribunales del trabajo fueran transferidos a otras jurisdicciones (la justicia comercial, en el caso los créditos laborales en el marco de los procedimientos de quiebra), mientras se le atribuían a aquellos tribunales competencias que no se vinculaban con su objeto, tales como el tratamiento de amparos por restricciones en el retiro de depósitos bancarios desvinculados de la problemática del trabajo.

<sup>41</sup> Un proceso descrito por Harry Arthurs, de la York University, Toronto, Canadá, en su contribución a “Boundaries and Frontiers of Labour Law, Goals and Means in the Regulation of Work” Edited by Guy Davidov and Brian Langille, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon 2006, contribución que llevara el título de “What immortal hand or eye? Who will redraw the boundaries of labour law?” página 373.

<sup>42</sup> Por todos, y en particular por su gran poder de síntesis, véase el estudio de Arturo Bronstein titulado “Retos actuales del Derecho del Trabajo”, en Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 2, 2006, pág. 17.

El debate moderno en torno de la idea de subordinación laboral sin dudas se inserta en la *faceta subjetiva del proceso de debilitamiento del Derecho del Trabajo*<sup>43</sup>. En cualquier caso, esta faceta incluye otros factores que convergen en el sentido de la reducción del ámbito personal del Derecho del Trabajo. Entre ellos, como se recordara en la sección anterior, los altos niveles de desempleo, la incidencia creciente de la informalidad (particularmente en nuestra región), los procesos de desintegración vertical de las empresas y la descentralización de los modos de organizar la producción, el fraude y otros modos de la ya reiteradamente recordada “huida del Derecho del Trabajo”<sup>44</sup>, las políticas legislativas que consideran ciertas relaciones dependientes como si no lo fueran, las relaciones ambiguas, como aquellas que aun mostrando una fuerte sujeción económica del trabajador, no parecen incluir el rasgo de la faceta jurídica de la dependencia laboral. *En lo más reciente, y abonando ese proceso, operan también los nuevos modos de reclutamiento y desempeño de trabajadores en procesos mediados por instrumentos concebidos a partir de la innovación tecnológica, como el platform-work.*

Resta decir que este *debilitamiento subjetivo* del Derecho del Trabajo aparece tanto en economías industrializadas como en aquellas aún en procesos de desarrollo. Pero mientras en las primeras prevalecen factores que son consecuencia de la innovación tecnológica y organizacional (aunque otras menos sofisticadas, como la informalidad y el fraude también están presentes, si bien en menor extensión), en los países emergentes aquel debilitamiento subjetivo se expresa mayoritariamente en manifestaciones de informalidad y otros factores análogamente primitivos. *En cualquier caso, en los últimos inciden hoy, y también con fuerza, otros más modernos, sea en los sectores tecnológicamente avanzados, sea en otros en los que, como queda dicho, la economía de plataformas se está instalando de modo muy enérgico.*

## **2.4 El desdibujamiento de los límites entre el trabajo dependiente y el autónomo**

### **2.4.1 Difuminación de los límites**

Rasgo relevante del proceso de debilitamiento subjetivo que acabo de invocar, el típico centro de imputación del Derecho del Trabajo – la *dependencia laboral* - además de

---

<sup>43</sup> Que expresa en la nomenclatura de Bronstein (op. y loc. cit en nota anterior), *una crisis de cobertura del Derecho del Trabajo*.

<sup>44</sup> Véase, antes, nota 34.



encogerse, *se difumina* y pierde su histórica centralidad. Mientras tanto, aparecen nuevas modalidades de contratación del trabajo humano también distantes de aquella histórica tipicidad; y *no debe dejar de advertirse que buena parte de ellas tienden a transitar esas complejas avenidas del trabajo que no se afilia (o no plenamente, al menos) a las tradicionales manifestaciones, ora estables, ora precarias, del trabajo dependiente*. Por decirlo de otro modo, se profundiza la puesta en cuestión de la idea de *dependencia*, y se generaliza la ya evocada “*desestandarización*” del contrato de trabajo – por ende, del Derecho del Trabajo - descansando las nuevas modalidades sobre la ahora más “*pujante*” forma de atipicidad, que es la que tiende a empañar la tradicional distinción binaria entre trabajo dependiente y trabajo autónomo<sup>45</sup>.

Precisamente es a esas mismas tendencias a las que se adscribe el desdibujamiento frecuente de los límites entre el empleo dependiente y el autoempleo, tan presente también en las recordadas modalidades de reclutamiento de la “*economía compartida*”<sup>46</sup> problematizando de ese modo el reconocimiento de quienes deberían gozar del amparo del ordenamiento del trabajo. Estos nuevos fenómenos – los del *platform work* - se suman a los casos en los que quienes prestan un servicio o realizan una obra son contratados (directamente o a través de un intermediario) como sujetos jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes, como “*semiautónomos*” o de cualquier otro modo que pueda calificarse, en la terminología en uso en la OIT, como “*relaciones ambiguas*”<sup>47</sup>, problematizando de ese modo el reconocimiento de quienes deberían gozar del amparo del régimen de protección del trabajo humano.

---

**45** “Contrariamente a Europa y Estados Unidos, la alta presencia de las diversas formas de trabajo independiente en América Latina no es una novedad. En países como Argentina, Chile y Uruguay, entre dos y tres de cada diez trabajadores son independientes, pero esta proporción aumenta a cuatro de cada diez para países como Bolivia, Colombia y República Dominicana. Esta es una buena parte de la explicación de la alta incidencia de la informalidad laboral dado que estos colectivos no están adecuadamente regulados, o en el caso que lo estuvieran, el cumplimiento (*enforcement*) de la normativa es muy limitado” (de Fabio Bertranou, op. y loc. citado en nota 2).

**46** Las plataformas digitales son hoy, en efecto, uno de los espacios en los que se pretende de modo casi sistemático la existencia de un vínculo no dependiente; véase, por ejemplo, Baker M., Balaz Egert, Gabor Fulop, Annabelle Mourougane. “To what extent do policies contribute to self-employment” OECD Economics Department Working Papers No. 1512, OECD Publishing, Paris 2018, accessible desde <http://dx.doi.org/10.1787/74c044b1-en>

**47** Idea a partir de la cual se aprobó en 2006 la Recomendación sobre la relación de trabajo 198 de la OIT en la 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo; ver en particular el informe V (1) preparado por la Oficina Internacional del Trabajo sobre “La Relación de Trabajo” en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf> . Conviene dejar en claro que no es el caso en el que el trabajador es parte simplemente de una relación de subordinación deliberadamente oculta; esta no es una manifestación contractual atípica, sino sólo una situación de trabajo ilegal que debe ser develada.

## 2.4.2 Hacia la protección del trabajo autónomo

Simultáneamente, y ciertamente como proyección de aquella tendencia, los repertorios de la doctrina más moderna ilustran un renovado interés por la consideración de las necesidades de amparo del trabajador autónomo<sup>48</sup>. Ciertamente es, no obstante, que desde una cierta perspectiva, la verificación de un cierto crecimiento en la incidencia relativa de esos modos de prestación del trabajo humano no sería sólo expresión de un fenómeno de mera *huida del Derecho del Trabajo*, sino en ciertos casos un elemento fisiológico del sistema productivo, en el que se generalizan nuevas profesiones de elevado nivel intelectual y especializado que se adaptan mejor al esquema del trabajo autónomo<sup>49</sup>.

No me parece que ello implique una nueva onda expansiva del Derecho del Trabajo ni que este fenómeno de la renovada consideración de los trabajadores autónomos pueda alinearse hoy en un emprendimiento tendiente a alcanzar por fin a toda forma de actividad laboriosa<sup>50</sup> y, por el momento, a los “nuevos” trabajadores autónomos<sup>51</sup>. A mi juicio, se trata, en cambio, de la percepción de que la descrita tendencia obsolescente de la faceta jurídica de la subordinación – aquella que ha sido hasta hoy determinante para calificar la inclusión del trabajador en el ámbito protegido del Derecho del Trabajo – tiende a poner al margen del sistema de protección laboral a un número creciente de trabajadores, antes dependientes y ahora autónomos aunque muy frecuentemente sujetos a férreas situaciones de sujeción

---

**48** Entre muchos otros, LYON-CAEN, Gérard. **Le droit du travail non salarié**. Pris: Ed. Sirey, 1990; PALOMEQUE, Manuel Carlos. La función y la refundación del Derecho del Trabajo, en **Relaciones Laborales**, Año XVI, n. 13, Madrid, 8 de julio de 2000, pág. 21 y sgtes y “PALOMEQUE, Manuel Carlos. El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del trabajo, en **Relaciones Laborales**, año 2000, vol 160, n.7/8 páginas 49 a 64; Rodríguez Piñero Miguel ; CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo, en **Relaciones Laborales**, vol. 160, n.7/8, Madrid, 2000, págs 1 a 17. Véase también la nutrida bibliografía española incluida en la “Selección bibliográfica sobre trabajo autónomo” preparada por Ma. De los Reyes Martínez Barrosos y Susana Rodríguez Escanciano, publicada en **Relaciones Laborales** (Madrid) 2000 págs. 1424 y sgtes.

**49** Cfr. Rodríguez Piñero, Miguel y Casas Baamonde, Ma. Emilia, en op. cit en nota anterior.

**50**No hago aquí referencia a la figura moderna del *contrato de actividad* propuesto a partir del Informe Boissonnat – sobre el que se discute en la próxima sección de este documento – sino del que propone Gérard Lyon-Caen en “Le droit du travail non salarié” Ed. Sirey, Pris 1990, que incluye tanto a los trabajadores asalariados como a los no asalariados que son, en conjunto, los *activos*. Se trata también de los contratos de actividad de los que hablaba Mario Deveali en “*El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*”, Ed. Astrea 1983 Tomo 1 pag. 163, quien sostuvo que en algún momento habría de ser necesario abandonar el concepto de contrato de trabajo para agrupar en una gran familia – esa, la de los *contratos de actividad* – a todas las formas de contrato en que interviene la actividad del hombre, como la locación de obra, las prestaciones profesionales, el mandato, las sociedades de industria, cooperativas de producción, etc.

**51** Naturalmente, hay también “nuevos” autónomos, esto es, autónomos que son emergentes de una realidad productiva novedosa, y no del tránsito de una anterior situación de dependencia. A mi modo de ver, no está allí el número más significativo ni el más crítico problema del sistema tutelar.

económica, despojando correlativamente el ámbito personal de la aplicación del Derecho del Trabajo.

Se trata pues, a mi juicio, de un ejercicio estrictamente *defensivo* de un ordenamiento (y de quienes lo profesan) que en tanto tolere vaciarse de sujetos – de su centro de imputación – corre el riesgo de vaciarse de la propia razón de su existencia<sup>52</sup>. Reacción plenamente justificada, me parece, si se tiene en cuenta que no se trata esta vez de la realización de las demandas de atenuación de la intensidad (en alcances y contenidos) del régimen de protección, que desde siempre (pero desde hace algunas décadas con mucha más intensidad y audiencia) reclaman algunos economistas y buena parte de los empresarios “en clave” de flexibilidad y hasta de desregulación. *Es más que eso*. Es la lisa y llana supresión de la condición de trabajador protegido. *Es el trayecto más directo hacia la situación de “protección cero”*; trayecto que, por añadidura, podría exhibir una notable resistencia a la impugnación ideológica desde que, en tanto derivación de tan vasto entramado de transformaciones no siempre atribuibles a ejercicios interesados de la voluntad, no permite en todos los casos imputar responsabilidades, requerir compensaciones, moderar transaccionalmente los efectos.

## **2.5 La discontinuidad de las carreras profesionales y la necesidad de atenderla**

El conjunto de tendencias que vengo de destacar, implica que el trabajo agrega a su innata discontinuidad, fenómenos como el tránsito entre la dependencia, la autonomía, la semiautonomía, las más diversas – tradicionales y modernas – formas de atipicidad (entre las cuales, el *platform-work*) el desempleo, la informalidad, junto con otros desde siempre posibles, como el cumplimiento de obligaciones familiares o cívicas, la formación profesional, etc.

De ese modo, junto con el desenfoque conceptual<sup>53</sup> generado por lo que alguna vez llamé “crisis de inclusión” de la idea de dependencia<sup>54</sup> se hace evidente un desenfoque adicional procedente del otro término de la ecuación de protección<sup>55</sup>. Debemos hacernos

---

<sup>52</sup> Desde luego, no puede descartarse – ni cabe tampoco predecirlo – que de crisis semejante resulte una ulterior ampliación del centro de imputación del Derecho del Trabajo. Como se expresa en el cuerpo principal, no me parece que sea esta perspectiva la que motiva las urgencias del pensamiento sobre este tema.

<sup>53</sup> Imagen cuyo origen identifiqué en la nota 9 de mi “Las fronteras de la dependencia”, aquí citado en nota 18.

<sup>54</sup> En op. y loc. cit. en nota anterior.

<sup>55</sup> Ecuación que relaciona el sujeto protegido (centro de imputación de la legislación laboral) a las normas que definen técnicas y contenidos incluidos en esa protección.

cargo ahora de la pérdida de efectividad del sistema de protección debido a la asincronía entre las necesidades de protección y el desempeño laboral; me refiero a la continuidad de las necesidades de tutela, que obviamente no se corresponde con las crecientes discontinuidades de los desempeños y de las carreras.

De modo que si en el caso del desdibujamiento de la dependencia laboral, del debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo, de la huida y de la desestandarización creciente se plantea el problema acerca de cómo, desde una perspectiva sincrónica, podemos lograr que el sistema ampare al mismo tiempo a todas las personas que lo necesitan, la cuestión que ahora deja a la vista un nuevo dilema: cómo se hace, desde una perspectiva secuencial, para que ese sistema proteja a cada una de esas personas *todo el tiempo*. Dicho en otros términos, el problema consiste ahora en asegurar la continuidad de la protección durante las brechas entre un empleo remunerado y otros o de cómo llenar los intersticios de carencia<sup>56</sup>.

Es, sin dudas, en Francia donde se ha reflexionado de modo más persistente sobre esta cuestión. Ya hace más de dos décadas que en ese país, el denominado “Informe Boissonat”<sup>57</sup> estableciera que situaciones como esas pueden ser tratadas con técnicas tradicionales de aseguramiento, una solución que no introduciría rupturas significativas con las formas corrientes de gestión. Sin embargo, debería tenerse en cuenta que una solución como esa sólo proveería respuesta a esas situaciones que se encuentren bajo la forma del contrato de trabajo clásico y, por lo tanto, excluiría esas otras que están al margen del mismo (por ejemplo, las de trabajo autónomo y sus propias discontinuidades o intersticios).

Por ello, en el contexto de un escenario de transformación radical del marco jurídico e institucional, se proponen soluciones tales como el diseño de una nueva categoría jurídica – el *contrato de actividad* – que consiste<sup>58</sup> en un contrato marco con una persona moral (asociación, grupo de interés público, estados locales, empresas estatales, organismos de formación público o privados) que coordinan sus políticas de empleo y sus necesidades y

---

<sup>56</sup> Alain Supiot sostiene que los derechos de los hombres en el trabajo deberían alcanzar a todas las formas de actividad personal al servicio de otro, formas que podrían tener lugar en la vida de cualquiera de ellos. Ello incluye el trabajo benévolo que, en la opinión del autor, es fundamental para la supervivencia de una cierta sociedad (Supiot ofrece como ejemplo el trabajo dentro de la familia para la reproducción de la fuerza de trabajo). En la medida en que el puesto de trabajo es útil para la sociedad, sería conveniente asignarle un conjunto de derechos sociales y un estatuto de protección (de su introducción a “Le Travail en perspective”, LGDJ, Paris, 1998, página 1.)

<sup>57</sup> Ese es el modo en que se denomina habitualmente al informe de investigación “*Le travail dans vingt ans*”, rapport de la Commission présidée par Jean Boissonnat, La documentation française, Editions Odile Jacob 1995.

<sup>58</sup> Elijo a los efectos de esta mención una caracterización groseramente esquemática, aún a riesgo de incurrir en una simplificación desleal

garantizan al trabajador durante su desempeño dependiente, pero también en otras instancias de su carrera (como las del trabajo autónomo, el tiempo de formación, el de descanso, el de atención de las obligaciones cívicas o familiares, etc.), la continuidad de un mínimo remuneratorio y cierta protección social<sup>59</sup>.

Se superaría de ese modo la limitación que deriva del encerramiento de la relación individual en un contrato entre asalariado y empleador jurídicamente definido como responsable de una sola empresa, reduccionismo éste que impide la difusión de la responsabilidad económica y social más allá del ámbito del concreto empleador, en particular en el seno de las redes de subcontratación y co-contratación. Desde esa perspectiva, el *contrato de actividad* favorecería una movilidad que no sería sinónimo de precariedad, inseguridad o exclusión; el sistema, a su vez, se beneficiaría con las capacidades de adaptación requeridas, y las empresas con una flexibilidad y una reactividad que contribuirían a mejorar su competitividad a partir de una organización cooperativa y una flexibilidad mutualizada. Con ese objeto, el *contrato de actividad* conciliaría flexibilidad productiva, evolución del trabajo y continuidad de las trayectorias personales (del Informe Boissonnat).

Una aproximación ulterior, la del Informe Supiot,<sup>60</sup> agrega que la construcción del *contrato de actividad* materializa la idea de definir un estatuto profesional que integre las demandas de individualización y movilidad de las carreras profesionales requeridas por los empleadores y que el Derecho del Trabajo debe tener en cuenta para no oponer obstáculos insuperables al despliegue de los métodos modernos de organización del trabajo; en ese marco, concluye, se procura de todos modos de garantizar la continuidad de la protección, pero no necesariamente sobre la base de la detentación de un empleo, sino sobre la continuidad de un estatuto profesional que trascienda la diversidad de las situaciones que atraviesa el trabajador a lo largo de su carrera.

Una reciente concreción normativa que se propone atender esas preocupaciones (al menos, algunas de ellas) es la que contiene la ley francesa 2016-1088 (conocida como ley El Kohmri) publicada el 8 de agosto de 2017 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la “sécurisation des parcours professionnels”.<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. GAUDU, Francois. Travail et activité, en **Droit Social**, n. 2, fev. 97, págs. 119 y sgtes. Del mismo autor, y sobre el mismo tema, véase también Du statut de l’emploi au statut de l’actif en **Droit Social**, n. 6, Junio 1995, pag. 535.

<sup>60</sup> Vide SUPIOR, Alan. **Au-delà de l’emploi**: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Paris: Flammarion, 1999, dit « le rapport Supiot »

<sup>61</sup> Sigo para la breve referencia a esta norma que consignamos en el próximo párrafo al dispatch No. 4, France—“The new French labor law: Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du

Esta ley, en efecto, se propone garantizar la seguridad de las carreras mediante la creación de la cuenta personal de actividad (*compte personnel d'activité*) que reúne diversas cuentas personales accesibles en una plataforma online: se trata de la cuenta personal de formación, la cuenta personal de prevención de la penosidad y la nueva cuenta del compromiso cívico. La primera de ellas (que fuera creada en 2014) permite a los trabajadores acceder a derechos de entrenamiento que pueden usar a lo largo de sus carreras<sup>62</sup>. La de prevención de la penosidad, permite a los trabajadores expuestos a duras condiciones de trabajo, acumular puntos como consecuencia de ello y convertir esos puntos en esquemas de entrenamiento vocacional, remuneración adicional en caso de desempeño *part-time* o para su retiro. La cuenta de compromiso cívico, finalmente, permite a quienes están involucrados en trabajo voluntario obtener por ello derechos de entrenamiento.

## **2.6 Tendencias divergentes de la protección del trabajo y la protección social**

### **2.6.1 Una tendencia hacia la segmentación del sistema de protección del trabajo y una pluralización de los estatutos de protección**

Erigido en torno de la idea dominante de la “dependencia laboral”, el régimen normativo de la protección del trabajo respondió a esa unidad conceptual que definía a los sujetos protegidos (en otras palabras, a su propio centro de imputación normativa) mediante una lógica correlativa de “unicidad regulatoria”. Por decirlo de otro modo, a una única categoría de sujetos protegidos - los dependientes - debía corresponderle un único régimen de protección.

A la vista de la tendencias ya descritas – entre ellas, en particular las de la desestandarización, del debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo, de los cambios que experimenta el trabajo humano - se vislumbra, de modo algo menos nítido, otro efecto sobreviniente como sería el de la *segmentación y pluralización de los regímenes de protección laboral*, en cuyo marco el del tradicional trabajador subordinado que venimos de evocar – es el que en especial consagran la mayor parte de los ordenamientos laborales - *habrá de ser sólo uno más entre algunos otros y ya no el único*, pues v.gr., y por ahora,

---

dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels,” by Gwenola bargain march 25, 2017, publicado en <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>

<sup>62</sup> Por ejemplo, para un empleado a tiempo completo, la cuenta recibe un crédito de 24 horas por año hasta 120 horas.

podrían sumarse otros como los de los *teletrabajadores*<sup>63</sup>, los *trabajadores reclutados por medio de plataformas informáticas*<sup>64</sup>, los de los “call centers”, los autónomos económicamente dependientes<sup>65</sup>, y otros por venir.

Un rumbo como éste implicaría de tal modo una asignación de estatutos de protección diferenciados que resquebrajaría aquella lógica histórica de la “unicidad reglamentaria” con centro de imputación en una única y excluyente categoría como lo ha sido hasta hace no mucho la del trabajo dependiente. No es desdeñable, entonces, la hipótesis de que el ordenamiento laboral podría estar evolucionando en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos, concibiendo normas y estatutos distintos para categorías diferenciadas, adquiriendo por ello una conformación que haga necesaria la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica.

---

**63**En Francia, por ejemplo, el diseño ergonómico era indispensable para la instalación y organización del lugar de trabajo, así como el conocimiento de las reglas de operación por parte de los usuarios .era indispensable para la instalación y organización de la estación de trabajo. En Irlanda, la adecuación del ambiente de trabajo fue supervisada por los Inspectores de la Autoridad de Seguridad y Salud que visitan los lugares de trabajo para verificar el cumplimiento de la Ley de 1989 y del Reglamento de aplicación general de 1993. De acuerdo con el artículo 8 del Acuerdo Marco Europeo sobre el *teletrabajo* firmado en 2002, el empleador es responsable por la protección de la salud y seguridad en el trabajo del teletrabajador y debe informar a éste de la política de la compañía en materia de salud y seguridad en el trabajo, en particular los requisitos sobre unidades de visualización. Este acuerdo también estipula el derecho del empleador a acceder al lugar de trabajo a distancia y el derecho del trabajador a solicitar visitas de inspección..El teletrabajador es, a su vez, responsable de aplicar correctamente estas políticas de seguridad. Es, claramente, el caso del teletrabajo definido en el Código de Trabajo de Rusia como desempeño de una función laboral determinada en el contrato de trabajo fuera de la ubicación del empleador, su subsidiaria, oficina de representación u otra unidad estructural independiente que se encuentra directa o indirectamente bajo el control del empleador, siempre que se utilicen las redes de información y telecomunicaciones comúnmente compartidas (incluida Internet) para el desempeño de esta función. Tanto estas últimas referencias al caso de Rusia como las anteriores (Francia, Irlanda, Unión Europea) están registradas en el DISPATCH No. 7, "The Peculiarities of Telework in Post-Soviet Space: Russia, Kazakhstan, Belorussia, and Ukraine," by Elena Sychenko May 8, 2018 publicado en <https://cllpj.law.illinois.edu/dispatches>

**64** RAWLING, Michael; KAINE, Sarah. A new definition of “worker” could protect many from exploitation, en **The Conversation**, February 13, 2018 <https://theconversation.com/a-new-definition-of-worker-could-protect-many-from-exploitation-91083> sostienen que “...si queremos que los *gig workers* tengan condiciones de trabajo y de pago decentes, *puede ser el tiempo de crear una nueva categoría legal que cubra tanto a los contratantes como a los empleados*. De ese modo tendrían derecho a salarios mínimos y condiciones de trabajo aun cuando no fueren categorizables como empleados de las plataformas para las que se desempeñan. Más específicamente, nuevos tipos de auto-empleo, tales como *gig workers* o trabajadores de plataformas, junto a trabajadores en otros ámbitos precarios podrían tener derecho a salarios mínimos y condiciones adecuadas aunque no se les pudiera considerar como empleados de las plataformas para las que trabajan”.

**65** Si se verifica la necesidad de ampliar el ámbito de protección del Derecho del Trabajo o, al menos, el de una cierta parte del mismo para involucrar a esas personas, habría dos opciones para hacerlo: o bien redefinir (ampliar, en realidad) el concepto de empleado, o bien introducir iniciativas legislativas específicas para crear nuevas categorías concebidas para dar a los auto-empleados vulnerables el acceso a un cierto grupo de derechos del empleo. En ese sentido, han sido varios los países que han sancionado medidas legislativas para preservar la condición legal de trabajadores auto-empleados económicamente dependientes y vulnerables. (Alemania y Austria, por ejemplo) (RISAK, Martin; DULLINGER, Thomas. Status quo and potential for change, en EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE, **Report 140**, pág. 14. Disponible en [file:///C:/Users/Adri%C3%A1n/Downloads/18+Concept+of+worker+Risak+Dullinger+R140+web+version%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Adri%C3%A1n/Downloads/18+Concept+of+worker+Risak+Dullinger+R140+web+version%20(3).pdf) . También España y Canadá, entre otros.

Desde esa perspectiva, parece atinado reconocer señales anticipatorias en los casos de ciertos grupos profesionales a los que se asignaran desde hace ya muchas décadas específicos estatutos de protección en razón de que, pese a no exhibir con nitidez el rasgo de la subordinación jurídico-funcional evidenciaban sí, esta vez desde una perspectiva económica, una clara situación de sujeción y consiguiente necesidad de tutela<sup>66</sup>.

Va de suyo que si se desencadenara un proceso de generalización de este rumbo, la construcción de nuevas categorías conceptuales demandaría un ulterior proceso inductivo como resultado del cual *esas categorías expresarían la ordenación de los grupos protegidos más en función de las técnicas de protección asignadas que de rasgos definitorios no necesariamente homogéneos*. Esa apreciación parte de la idea de que así como nadie programó la construcción teórica del concepto de la dependencia laboral, nadie tampoco, me parece, podrá definir “ex ante” las categorías que tiendan a acompañarlo o sustituirlo.

Para desarrollar algo más esa perspectiva, conviene formular alguna otra hipótesis que tal vez permita interpretar ciertas orientaciones que puede asumir ese proceso. Se trata de la aptitud clasificatoria de las técnicas y contenidos de la protección, idea esta que, conceptualmente desplegada, propone que las categorías en cuya búsqueda se desplaza la teoría no refieren una condición ontológica que requiere ser descubierta, sino que son o han de ser – cuanto menos, en una dimensión significativa - el producto del modo (necesidades, técnicas, contenidos) en que se les asigne su régimen o estatuto de protección. Porque de la protección se trata, y las categorías que han de tener un determinado tratamiento tutelar han de ser reconocibles “ex post” en función del estatuto común o de perfiles similares que se les hubiere asignado.

Me parece que, por la negativa, evoca una hipótesis como ésa Rodríguez Piñero<sup>67</sup> cuando, con cita de De Luca Tamajo, señala que el tipo social y el prototipo normativo que se vincula con un aparato de tutela entero y compacto, pierde coherencia e interdependencia cuando los cambios sociales fragmentan la unidad del modelo social, dejando emerger una pluralidad de figuras que requieren una diferenciación y modulación del *quantum* y de la modalidad de las garantías. Esa fragmentación – me permito reiterar a mi vez ahora - puede

---

<sup>66</sup> En Argentina, es el caso de los contratistas de viñas y frutales, los tamberos medieros y los talleristas. En Francia, en los términos del libro VII del Código del Trabajo, sería el caso de ciertos trabajadores a domicilio, viajantes, representantes y placistas (V.R.P), periodistas, artistas y modelos, asistentes maternas, gerentes de sucursales de casas de alimentación al detalle, etc. (cfr, LYON-CAEN, Gérard. **Le droit du travail non salarié**. Paris: Ed. Sirey, 1990, pág. 42).

<sup>67</sup> Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. Contrato de trabajo y autonomía del trabajador, *en Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo* (Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán). Madrid: Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, 1999.



dar lugar a una ulterior reagrupación por sectores entre esas y otras figuras, y esa reagrupación probablemente responda a otros rasgos comunes referidos esta vez al contenido de la protección<sup>68</sup>. En tal hipótesis, la definición de estos nuevos centros de imputación normativa, beneficiarios de algunos contenidos tutelares comunes pero de contenidos diversos en el resto de sus respectivos estatutos, sería el producto de un proceso de recalificación determinado, insisto, menos por la naturaleza en sí de cada desempeño, mucho más por los contenidos de la protección<sup>69</sup>.

A esa lógica de segmentación y de pluralización de los estatutos de protección parecen responder disposiciones tales como las del proyecto de ley que se discute en Uruguay para reglamentar las actividades de empresas de la «economía colaborativa», tales como UBER y Airbnb, En el mismo sentido parecen orientarse las reglamentaciones del *teletrabajo*, adoptadas en Colombia y en Perú, la de los trabajadores marítimos en Costa Rica, el régimen especial de reglamentación para las micro y pequeñas empresas en Perú, las del trabajo en los “*call-centers*” y en la actividad de la pesca en Uruguay.

Son, por cierto, sólo hipótesis que, a mi modo de ver, justifican un cauteloso seguimiento del grado de *unicidad/diversificación normativa* que tienda a asumir el sistema de protección del trabajo. El modo en que se desarrolle – o neutralice – esta tendencia podría tener efectos no irrelevantes sobre el aún impredecible destino del Derecho del Trabajo.

## 2.6.2 Un sistema de protección social desvinculado de la situación ocupacional

Los ya evocados fenómenos de la *desestandarización contractual* y del *debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo*, incluyente del *desdibujamiento de las fronteras entre el*

---

<sup>68</sup> De eso se trata también, me parece, (aunque esta vez no desde la construcción de la categoría sino de sus efectos) cuando, como se ha advertido, se elige a un determinado trabajador, o se elige el contrato que regirá su desempeño no por circunstancias vinculadas conceptualmente a su categoría, sino por el estatuto de protección que trae consigo. Cfr. AUBERT-MONPEYSEN, Thérèse. Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail, en **Droit Social**, n. 6, 1997, pág. 616. Esa fragmentación del estatuto de protección, que se viviera antes como un fenómeno patológico, debería ahora ser admitida como un fenómeno natural e incluso como condición para hacer posible la integración de situaciones antes difíciles de incorporar (VILLALÓN, Jesús Cruz. El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado, en **Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo**: Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán. Madrid: Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, 1999).

<sup>69</sup> A esa misma orientación – la de reconocer a la protección como determinante de la calificación conceptual – respondería el fenómeno de la ampliación de la categoría de la dependencia que se verificara en Francia cuando ello fue necesario para abrirle a más sujetos – jurídicamente no dependientes – el acceso a la protección de la seguridad social (Cfr. SUPIOT, Alan. Trabajo Asalariado y trabajo independiente, en **Actas del VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo**, Varsovia, 1999, pág. 709 y siguientes)

*trabajo dependiente y el trabajo autónomo*<sup>70</sup>, sumado todo ello a la reconocida opción preferente de los empleadores por el trabajo independiente<sup>71</sup> y a la también evocada introducción de tecnologías disruptivas, son factores altamente incidentes en la dificultad creciente para el sostenimiento de los sistemas de protección social. La base impositiva sufre erosión en tanto la fuerza del trabajo formal decrece, y los gastos por pensiones y servicios de cuidado – producto del envejecimiento de la población - se incrementan.

Sobreviene por ello mismo la necesidad de concebir *un sistema de cobertura social desvinculado de la cada vez más elusiva condición ocupacional* – un sistema con tendencias efectivas y no sólo declamatorias de universalidad<sup>72</sup> – en la que los recursos contributivos, que convendrá preservar en todo lo que se pueda, tendrán que integrarse, y de modo decisivo, con recursos provenientes de fuentes que no podrán ya depender - cuanto menos, no centralmente - de la situación ocupacional de los beneficiarios.

Algunas medidas adoptadas en estos últimos años en América Latina parecen responder a esas exigencias. De ese modo, en Argentina la Asignación Universal por Hijos (AUH) destinada a cubrir a los niños de menos de 18 años o discapacitados que son hijos de personas desocupadas o incluso de aquellas que trabajan en condiciones de informalidad y cuyos ingresos son inferiores al salario mínimo vital (decreto 1602/09). En el mismo sentido, la asignación universal por embarazo (AUE) acordada a las futuras madres que están en las 12 semanas o más de gestación. En el caso de las personas de mayor edad, está hoy en vigor la prestación universal de instituida por la ley 27260 de junio de 2016. El acceso a ese beneficio incluye la cobertura de Salud. En México se puede citar el Seguro Popular, un programa que es parte del sistema de protección social de la salud a través del seguro público y voluntario para las personas que no tienen empleo o que trabajan por cuenta propia. En el Perú, el seguro de enfermedad integral, incluido en la ley marco del Seguro Universal de Salud y la creación de fondos de pensiones sociales.

### **2.6.3 Ideas y debates en curso: el ingreso básico universal y los pisos de protección social**

---

<sup>70</sup> Sobre América Latina, véase antes nota 45.

<sup>71</sup> Expresión histórica de la ya recordada tendencia de “huida del Derecho del Trabajo” (ver antes sección 2.2.)

<sup>72</sup> La *universalidad* ha sido siempre enunciada como uno de los principios de la seguridad social. Tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Art. 22) como en los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo se establece este relevante compromiso para orientar las políticas de protección social.

Para la hipótesis pesimista según la cual los nuevos fenómenos tecnológicos dejarán a muchas personas fuera del mercado de trabajo, se ha planteado como alternativa la introducción de un sistema por medio del cual el Estado proveería a todos sus ciudadanos, cualquiera fuere su situación patrimonial o laboral – esto es, *con prescindencia de cual sea su situación ocupacional* - un ingreso fijo suficiente para asegurar su subsistencia (Ingreso básico universal, IBU) a partir de una base financiera que incluiría la ingente riqueza que genera la innovación tecnológica disruptiva.

Si bien es un tema y un debate del que los países de América Latina por razones económicas y financieras se encuentran aún muy distantes, vale la pena decir algo más sobre el mismo. La introducción de un ingreso básico universal proveería a cada ciudadano de un ingreso incondicional que reduciría o eliminaría la necesidad de prestar trabajo remunerado. Promovería, sostienen sus defensores, la dignidad y los derechos humanos, permitiendo a las personas involucrarse en formas diferentes de trabajo no compensadas por el mercado, como el trabajo doméstico y el voluntariado, y posibilitando a sus beneficiarios rehusarse a aceptar condiciones de trabajo inadecuadas. También en su favor se invoca la simplicidad administrativa de la asignación universal – sin una comprobación de medios ni ingresos por parte de cada beneficiario – y el desplazamiento de los sistemas existentes de seguridad social<sup>73</sup>.

Quienes rechazan este remedio invocan el valor humano y creativo del trabajo, que el IBU tendería a desincentivar. Se sostiene que su costo sería inaccesible<sup>74</sup>, que, además, es menos eficiente que el seguro de desempleo y que podría utilizarse para dismantelar los derechos de la seguridad social y las normas laborales y reducir la obligación de los empleadores de pagar salarios adecuados<sup>75</sup>.

Como queda de ese modo sugerido, habría detrás del IBU una visión progresista pero también otra de corte regresivo, de la que se ha dicho que no es una alternativa al neoliberalismo sino una capitulación ideológica frente a él, puesto que quienes lo defienden desde esta última perspectiva proponen sustituir con él todos los esquemas de bienestar, incluida la Seguridad Social y, en particular, los aportes de los empleadores.

---

<sup>73</sup> Op. y loc. cit en nota 5, pág. 25

<sup>74</sup> En op. y loc. cit en nota anterior

<sup>75</sup> Conf. Valerio De Stefano, “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labour protection” Employment Working Paper No. 246 ILO/Geneva Employment Policy Department Copyright © International Labour Organization 2018 ISSN 1999-2939. First published 2018, page 17

En la misma línea de universalización de la protección social, los pisos de protección social de la Recomendación 202 de la OIT replican esa tendencia a la universalización de las prestaciones y su desvinculación de la situación ocupacional de las personas, aunque reivindicando su carácter mínimo y complementario (no sustitutivo), por lo que la propuesta conlleva como principio la preservación de los sistemas contributivos de la seguridad social, cuyos intersticios – los espacios a los que la Seguridad Social tradicional no llegue - quedarían de ese modo cubiertos.

#### **2.6.4 Reconfiguración divergente**

En mi opinión, estas tendencias cuyo reconocimiento sugiero en esta sección, parecen expresar una suerte de reconfiguración divergente del sistema de protección laboral y su relación con la protección social.

En el campo de la *protección laboral*, el fenómeno de la que llamé “unicidad regulatoria” (*un régimen jurídico completo y casi exclusivo para una categoría dominante, que es el contrato de trabajo dependiente*) parece estar debilitándose, de modo que el sistema de protección del trabajo tiende a fragmentarse; mientras tanto, y por otro lado, el esquema de protección social, enfrentado a la dificultad creciente de conectarse con expresiones atípicas y esa incipiente fragmentación, parece orientarse hacia la incorporación de mecanismos de universalización de las prestaciones.

Esto, por supuesto, no implica reemplazar los sistemas contributivos, que siguen en su lugar donde sí pueden actuar, lo cual es muy importante para no perder los componentes de financiamiento resultantes, sino que los complementan cuando los sistemas de la seguridad social clásica y contributiva fracasan o cuánto menos, cuando no alcanzan a entrar en vigencia. De esta manera, habría, me parece, un movimiento divergente: *en el caso de la protección del trabajo, de la unicidad a la pluralidad regulatoria; en el de la protección social, desde la peculiaridad de cada categoría hacia la atribución universal – al margen de la situación ocupacional - de la protección.*

### **3 CONCLUSIONES**

#### **3.1 Las tendencias**

Al cabo de esta indagación, creo advertir que el proceso de cambio del Derecho del Trabajo *recorre un trayecto no tan veloz como el que parece transitar el trabajo en sí*, para el que los fenómenos tecnológicos sobrevinientes sugieren efectos disruptivos, cuanto menos en el plano del empleo.

En el sistema jurídico laboral, *los cambios en curso se muestran más lentos y graduales y en rigor transitan tendencias que la literatura ya tuviera oportunidad de describir en las últimas décadas, y que ahora parecen albergar los fenómenos que exhibe este tiempo de transición*; bien es cierto, plagado de incertidumbres acerca del devenir futuro.

Se profundizan de ese modo aquellas tendencias más recientes pero menos novedosas, como son – sólo por recordar (de hecho, repetir) ahora algunas de ellas – las de la desestandarización y creciente atipicidad, heterogeneidad del centro de imputación y precariedad, la de la necesidad de formalizar ciertos ejercicios de reconstrucción conceptual (particularmente los de las ideas de empleador y trabajador), la descentralización productiva, la intermediación laboral y la externalización, la huida y los debilitamientos del Derecho del Trabajo (en particular, su debilitamiento subjetivo), el desdibujamiento de los límites entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo.

Algo más novedosas resultan las tendencias que he señalado en la sección 2.6. del estudio que ahora concluyo, relativas a la marcha en cierto modo divergente del sistema de protección del trabajo y del de protección social. En tanto que en el primero parece resquebrajarse la lógica que llamé de la “unicidad reglamentaria” (un régimen completo para una única o principal categoría, el trabajo dependiente), lógica que parece susceptible de ser sustituida por un proceso de pluralización de los estatutos de tutela laboral, el sistema de protección social tiende a independizarse de la situación ocupacional de sus beneficiarios, adoptando un cierto rumbo de universalización.

Esa tendencia de “pluralización” tutelar albergaría los nuevos fenómenos de reclutamiento y relacionamiento laboral resultantes del proceso de desestandarización y atipicidad, fortalecida por fenómenos tecnológicos como los de la automatización y la digitalización; allí se radicarían nuevos estatutos de protección del trabajo humano como los que asuman la forma del teletrabajo, el trabajo de plataformas y otros que se vayan instalando como derivación, entre otros fenómenos sobrevinientes, del desmembramiento del lugar de trabajo y el trabajo a distancia. Me parece, no obstante, que el trabajo dependiente subsistirá como una especie (por un buen tiempo, incluso mayoritaria) de esa pluralidad de categorías y consecuentes estatutos de tutela. Seguiremos administrando por bastante tiempo todavía el

régimen de protección del trabajo dependiente, núcleo hasta hoy casi excluyente del tradicional Derecho del Trabajo.

Mientras tanto, el efecto disruptivo, particularmente en el ámbito del empleo, que pueda atribuirse a las nuevas tecnologías que procuré enunciar con ánimo apenas introductorio en la primera parte de este estudio, sumado al debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo y en particular, a la difuminación de las fronteras entre el trabajo dependiente y el que se presta en condición de autonomía, parece convocar más bien a la protección social en sus vertientes universalizadoras, desprendidas del perfil ocupacional de los beneficiarios y financiada con impuestos – los que provienen de rentas generales, pero también los que deberían pagar las empresas, los particulares, también el Estado empleador, en tanto se sirvan y beneficien de la innovación tecnológica. De allí, el debate intenso generado en torno de la idea del Ingreso Básico Universal (Universal Basic Income, en su versión anglófona) y la importancia que también ha adquirido en la praxis y la teoría de las políticas sociales la figura de los Pisos de Protección Social que la OIT ha puesto a consideración mundial mediante su Recomendación 202. Conviene insistir en que uno y otro esquema no debe concebirse en menoscabo de la tradicional Seguridad Social contributiva en todos los supuestos en que sea posible identificar a los responsables de su financiación, pues el sistema social no puede prescindir de esos recursos.

Sin embargo, y para terminar, debo agregar que a mi juicio será necesario que junto al tradicional régimen de protección del trabajo dependiente y los estatutos de cada una de las nuevas categorías resultantes del proceso de *pluralización reglamentaria* que me parece se encuentra ya en curso, el Derecho del Trabajo deberá incluir también un esquema básico y generalizado de tutela – una suerte de derecho común del trabajo (talvez, precisamente la Garantía Laboral Universal postulada en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo) – de la que forman parte, cuanto menos, los Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT (libertad sindical, protección del trabajo infantil, prevención de la discriminación y del trabajo forzoso), los derechos personalísimos o inespecíficos de las personas en el trabajo, y los demás contenidos de aquella Garantía Laboral Universal (condiciones de trabajo básicas, salario vital adecuado, límites a las horas de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo).

#### **4 BIBLIOGRAFÍA**

AUBERT-MONPEYSSSEN, Thérèse. Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail, en **Droit Social**, n. 6, 1997.

BALLIESTER, Thereza; ELSHEIKHI, Adam. The Future of Work: a Literature Review by, Research Department, **ILO Working Paper**, n. 29, March 2018.

BARROSOS, Ma. De los Reyes Martínez; ESCANCIANO, Susana Rodríguez. Selección bibliográfica sobre trabajo autónomo, en **Relaciones Laborales**, Madrid, 2000.

BERTRANOU, Fabio. Cambios en el mundo del trabajo y el futuro de la protección social en América Latina, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, **Anuario 2016**, Año VII, n. 7, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2017, pp. 217/241.

BRONSTEIN, Arturo. Retos actuales del Derecho del Trabajo, en **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, núm. 2, 2006.

CORAZZA, Luisa; RAZZOLINI, Orsola Who is an employer? en FINKIN, Matthew W.; MUNDLAK, Guy. **Comparative Labor Law**, Research Handbooks in Comparative Law, Northampton: Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015.

CREIGHTON, Breen; MCCRYSTAL, Shae. Who Is a 'Worker' in International Law?, agosto 15 2016, **Comparative Labor Law and Policy Journal**, Vol. 37, No. 3, pp. 691-725.

DAVIDOV, Guy. Who is a Worker?, en **Ind Law J** (2005) 34 (1), p. 57-71.

DEVEALI, Mario. **El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias**, tomo 1. Ed. Astrea, 1983.

ESTLUND, Cynthia. **After Work: Automation and Employment Law**, Part Two, publicado el 2 de Agosto de 2017, disponible en <https://onlabor.org/after-work-automation-and-employment-law-part-two>

EUROPEAN PARLIAMENT. The impact of new technologies on the labour market and the social economy. **Study IP/G/STOA/FWC/2013-001/LOT 8/C1** [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/614539/EPRS\\_STU\(2018\)614539\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/614539/EPRS_STU(2018)614539_EN.pdf)

FOUCAULD, Jean Baptiste de. Société post-industrielle et sécurité économique, en SUPIOT, Alain. **Le travail en perspectives**. Toulouse: LGDJ, 1998.

FREEDLAND, Mark; KOUNTOURIS, Nicola. The Legal Characterization of Work Relations and the Idea of Labour Law, in DAVIDOV, Guy; LANGILLE, Brian. **The idea of labour law**, ch. 1 Oxford: eds. OUP, 2011.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. **The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?**, September 17, 2013, vide en [https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The\\_Future\\_of\\_Employment.pdf](https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf)

GAUDU, Francois. Travail et activité, en **Droit Social**, n. 2, fev. 97.

GAUDU, Francois. Du statut de l'emploi au statut de l'actif, en **Droit Social**, n. 6, Junio 1995.

GEORGE, Elizabeth; CHATTOPADHYAY, Prithviraj. Non-standard work and workers: Organizational implications. En **Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of Work and Employment Series**, No. 61, Geneva: ILO.

GOLDIN, Adrián. Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo (hipótesis sobre un destino complejo). **Monografías Jurídicas**, n. 152, Buenos Aires: Editorial Lexis-Nexis/Abeledo Perrot, 2002.

GOLDIN, Adrián. El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas, en **Revista Relaciones Laborales**, Madrid, Num 3 Año 12 8/2/96.

GOLDIN, Adrián. La protección del trabajo en la encrucijada, en **Revista Derecho del Trabajo**, Ed. La ley, 1999.

GOLDIN, Adrián. Las fronteras de la dependencia, en **Revista Relaciones Laborales**, Madrid, año XVII, n.. 19.

GOLDIN, Adrián. Labor law beyond employment; a Latin American perspective en **Comparative Labor Law and Policy Journal**, University of Illinois, Vol 20, n. 4.

GOLDIN, Adrián. Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo. Ensayo sobre un itinerario, en **Revista Derecho de las relaciones laborales**, Madrid, n.10, 2017, págs. 977-985

GOLDIN, Adrián. El futuro del Derecho del Trabajo, em GOLDIN, Adrián; ACKERMAN, Mario. **Ensayos sobre el Futuro del Derecho del Trabajo** (en homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires), Zavalía, 1997.

HEPPLE, Bob; VENEZIANI, Bruno. **The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries: 1945-2004**. Oxford: Hart Publishing, 2009.

HILL, Steven. The Future of Work and the Social Welfare State's Survival, **Social Europe**, newsletter del 28 de Agosto de 2017, disponible en <https://www.socialeurope.eu/the-future-of-work-and-the-social-welfare-states-survival>

ICHINO, Pietro. **Il lavoro e il mercato**. Milan: Mondadori, 1996.

ICHINO, Pietro. La fuga dal diritto del lavoro, en **Democrazia e diritto**,69, 1990.

ICHINO, Pietro. Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas, en **Revista Internacional del Trabajo**, n. 3, vol 117, 1998.



JEREMÍAS, Prassl. Are Uber, Mechanical Turk, and other “Crowdwork Platforms Employers”, 27 feb 2017, en **Research and Subject Groups, Research Collection Law and Technology, Blog** - University of Oxford, Faculty of Law, disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/research-collection-law-and-technology/blog>

JOHNSTON, Hannah; LAND- KAZLAUSKAS, Chris. Organizing On-Demand: Representation, Voice, and collective Bargaining in the Gig Economy; . **Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch**. Geneva: ILO.

LYON-CAEN, Gérard. **Le droit du travail non salarié**. Paris: Ed. Sirey, 1990.

LISO, F. La fuga dal diritto del lavoro en **Industria e sindacato**, n. 28, 1992.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. La función y la refundación del Derecho del Trabajo, en **Relaciones Laborales**, año XVI, n. 13, Madrid, 8 de julio de 2000.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del trabajo, en **Relaciones Laborales**, vol 160, n.7/8, Madrid, 2000, páginas 49 a 64.

RAWLING, Michael; KAINE, Sarah. A new definition of “worker” could protect many from exploitation, en **The Conversation**, February 13, 2018 <https://theconversation.com/a-new-definition-of-worker-could-protect-many-from-exploitation-91083>

RISAK, Martin; DULLINGER, Thomas. Status quo and potential for change, en EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE, **Report 140**. Disponible en [file:///C:/Users/Adri%C3%A1n/Downloads/18+Concept+of+worker+Risak+Dullinger+R140+web+version%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Adri%C3%A1n/Downloads/18+Concept+of+worker+Risak+Dullinger+R140+web+version%20(3).pdf)

RODRIGUEZ PIÑERO, M. La huida del Derecho del Trabajo, **Relaciones Laborales**, 85, Madrid, 1992.

RODRIGUEZ PIÑERO Miguel ; CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo, en **Relaciones Laborales** , vol. 160, n..7/8, Madrid, 2000, págs 1 a 17.

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. Contrato de trabajo y autonomía del trabajador, en **Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo** (Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán). Madrid: Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, 1999.

SUPIOR, Alan. **Au-delà de l'emploi**: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Paris : Flammarion, 1999.

SUPIOT, Alan. **Le Travail en perspective**. Paris: LGDJ, 1998.

SUPIOT, Alan. Trabajo Asalariado y trabajo independiente, en **Actas del VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo**, Varsovia, 1999.

VALDES, Fernando. Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo, en **Relaciones Laborales**, Madrid, n. 20, año XVII, Octubre 2001

VILLALÓN, Jesús Cruz. El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado, *en Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo: Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*. Madrid: Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, 1999.

WAAS, Bernd; LIEBMAN, Wilma B.; LYUBARSKY, Andrew; KEZUKA, Katsutoshi. **Crowdwork; a Comparative Law Perspective**. Frankfurt am Main: Bund-Verlag GmbH, 2017.

WEST, Darrell M. Will robots and AI take your job? The economic and political consequences of automatio, April 18, 2018, **Brookings Institut**, disponible en <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2018/04/18/will-robots-and-ai-take-your-job-the-economic-and-political-consequences-of-automation/>

# O TRABALHO PELAS PLATAFORMAS DIGITAIS E A CONFORMAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO PELA MODALIDADE INTERMITENTE

## WORKING BY DIGITAL PLATFORMS AND CONFORMING OF THE EMPLOYMENT BOND THROUGH INTERMITTING MODE

Maria Cecília Máximo Teodoro<sup>1</sup>

Marcos Paulo da Silva Oliveira<sup>2</sup>

**Resumo:** Diante das metamorfoses da produção capitalista, nota-se que as formas de prestar serviços na contemporaneidade foram drasticamente alteradas, especialmente com a adoção das novas tecnologias da informação e da comunicação. Se numa ponta essas novas formas de trabalho aparecem como mais complexas e voltadas para os meios informacionais, de outro lado a velha estrutura de dominação capitalista composta pela dependência do trabalhador em relação ao detentor dos meios de produção e a subordinação se mantém ainda bastante clara e evidente. No presente artigo, partindo-se de método jurídico prospectivo, o trabalho pelas plataformas digitais será o objeto central de investigação, buscando-se apontar os caminhos para a conformação do vínculo de emprego entre os trabalhadores e as empresas que gerenciam os aplicativos, apontando possíveis saídas hermenêuticas. Toma-se a hipótese de que os elementos fático-jurídicos da relação de emprego na maioria dos casos estão presentes nessa relação, mas após a edição da Lei 13.467/2017 o reconhecimento do vínculo empregatício aclarou-se ainda mais, especialmente com a regulamentação do trabalho intermitente.

**Palavras-chave:** Trabalho em plataformas digitais. Trabalho intermitente. Reforma trabalhista brasileira. Relação de emprego. Vínculo empregatício.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Trabalho nas Plataformas Digitais. 2.1 Os elementos não-eventualidade e subordinação e a prática empresarial ao tomar o trabalho pelas plataformas digitais. 3. A Regulamentação do Trabalho Intermitente como um Facilitador para o Reconhecimento do Vínculo Empregatício entre os Trabalhadores e as Plataformas Digitais. 4. Conclusões. 5. Referências.

**Abstract:** In view of the metamorphoses of capitalist production, it is noted that the ways of providing services in contemporary times have been drastically changed, especially with the adoption of new information and communication technologies. If at one end these new forms of work appear to be more complex and geared towards informational means, on the other hand the old structure of capitalist domination composed of the dependence of the worker in relation to the holder of the means of production and the subordination remains still quite clear and evident. In the present article, starting from a prospective legal method, work through digital platforms will be the central object of investigation, seeking to point out the paths for the formation of the employment bond between workers and the companies that manage the applications, pointing out possible hermeneutic outlets. It is

---

Artigo recebido em 07/08/2020.

Artigo aprovado em 25/08/2020.

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha, com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP- Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho pelo PPGD-PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho do PPGD e da Graduação da PUC/MG. Pesquisadora, autora de livros e artigos. Advogada. E-mail: cecimax@pucminas.br

<sup>2</sup> Doutorando em Direito do Trabalho pelo PPGD-PUC Minas. Mestre em Direito do Trabalho pelo PPGD-PUC Minas, com bolsa de pesquisa CAPES. Professor da graduação em Direito da PUC Minas e de cursos de pós-graduação lato sensu. Pesquisador, advogado e autor de artigos e livros científicos. E-mail: marcosmtd.adv@gmail.com.

RDRST, Brasília, Volume 6, n. 1, 2020, p 155-177 Jan-Abr/2020

hypothesized that the factual and legal elements of the employment relationship in most cases are present in that relationship, but after the enactment of Law 13.467/2017 the recognition of the employment relationship was further clarified, especially with the regulation of the intermittent work.

**Keywords:** Work on digital platforms. Intermittent work. Brazilian labor reform. Employment relationship. Employment bond.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Work on digital platforms. 2.1 The elements non-eventuality and subordination and business practice when taking the job through digital platforms. 3. The regulation of intermittent work as a facilitator for the recognition of employment bonds between workers and digital platforms. 4. Conclusions. 5. References.

## 1 INTRODUÇÃO

De um momento de intensificação e generalização, hoje o Direito do Trabalho enfrenta um severo problema relativo às suas fronteiras de proteção. Esse ramo mais tuitivo do Direito atualmente enfrenta um fenômeno de clandestinidade nas relações de trabalho, que indica que as formas de se prestar serviços no século XXI têm se alterado drasticamente e por meio de um discurso flexibilizador são, na maioria das vezes, expurgadas da proteção trabalhista da relação de emprego.

A fim de analisar esse fenômeno, buscando indicar saídas ampliadas da proteção juslaboral clássica, no primeiro capítulo do presente estudo serão investigadas as novas morfologias do trabalho, destacando-se a generalização da informalidade, com especial enfoque para o trabalho por intermédio das plataformas digitais.

Em tópico posterior será lançado olhar para as dificuldades interpretativas dos requisitos “subordinação” e “não-eventualidade” nas relações de trabalho por meio de aplicativos, diante das demandas de reconhecimento de vínculo empregatício.

No terceiro capítulo serão apontadas algumas saídas hermenêuticas, partindo de uma concepção clássica do direito do trabalho, até um olhar mais arrojado voltado para as possibilidades trazidas pela própria legislação positivada, ressaltando-se a regulamentação do trabalho intermitente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como um facilitador para o reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores das plataformas digitais e as empresas que fazem a gestão do trabalho por meio dessas tecnologias da informação e comunicação.

Em sede conclusiva, será realizada uma revisão geral do tema, indicando que se antes era necessário maior esforço de colmatação por parte dos magistrados trabalhistas para o reconhecimento do vínculo entre os trabalhadores e os aplicativos, com a regulamentação do trabalho intermitente, a possibilidade de reconhecimento da relação de emprego existente se facilita.

## 2 O TRABALHO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Inegavelmente, no alvorecer dos anos 2010 as tecnologias da informação e comunicação inovaram ainda mais as formas de prestação de serviços nas sociedades capitalistas. Por meio da internet a tendência de trabalhos por conta alheia realizados no próprio domicílio do trabalhador (*homeoffice*)<sup>3</sup> ou em qualquer outro lugar em que ele se encontre conectado a um computador ou telefone inteligente (*smartphone*) sempre com intenso controle do empregador tornaram-se a nova realidade. Segundo Chaves Júnior<sup>4</sup>, da sociedade “do trabalho ‘disciplinar’, da fábrica (Foucault), deslizamos para o trabalho da ‘sociedade do controle’ (Deleuze)”.

Nessa sociedade de controle é comum o discurso de que o Direito do Trabalho é muito rígido e precisa se flexibilizar, colocando em xeque as normas de proteção ao trabalho digno e a proteção juslaboral clássica Supiot<sup>5</sup>, ao investigar o cenário global de desproteção trabalhista afirma que se chegou num estágio de esgotamento do modelo industrial de emprego. Nesse contexto, novos modelos de prestação de serviços ligados à terceirização, informalidade e precarização dos postos de trabalho já existentes começaram a se tornar a regra. “A relação de emprego, outrora estável, típica de uma modernidade sólida, dá lugar às relações de trabalho líquidas, desconectando o indivíduo do produto do seu trabalho e da classe a que, teoricamente, pertence”<sup>6</sup>.

Segundo Antunes e Druck<sup>7</sup>, “a informalidade deixa de ser a exceção para tendencialmente tornar-se a regra e a precarização passa a ser o centro da dinâmica do capitalismo flexível”. Novas formas de prestação de serviços passam a ser disseminadas, todas,

---

<sup>3</sup>Segundo, no Brasil em estudo de 2016 “conduzido pela SAP Consultoria RH em 325 empresas nacionais constatou que 68% das empresas participantes já instituíram alguma das espécies de teletrabalho em sua organização.” Ainda conforme os autores, esse percentual é derivado “dos impactos diretos que as relações de trabalho sofreram com a evolução dos modelos de produção e com os avanços tecnológicos sucedidos nas últimas décadas”. TEIXEIRA, Sergio Torres; SERPA, Gelba Carolina Siqueira. Teletrabalho e Reforma Trabalhista: uma reflexão sobre os direitos e obrigações dos sujeitos da relação de emprego e suas repercussões processuais. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Volume V, Número 2 Maio/Agosto 2019, p. 155.

<sup>4</sup> CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito do trabalho pós-material: o trabalho da "multidão" produtora. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017, p. 1.

<sup>5</sup> SUPIOT, Alain. Para Além do Emprego: Os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Volume IV, Número 3. Setembro/Dezembro 2018.

<sup>6</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. 2ª ed. Editora: Ltr - São Paulo, 2018, p. 79.

<sup>7</sup>ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A epidemia da terceirização. In: ANTUNES, Ricardo et al (Orgs.) *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 13.

não por acaso, sempre escapando – em maior ou menor grau - do intento de proteção trabalhista conferido pela relação de emprego.

O discurso desses tempos flexíveis nega a centralidade do emprego nas sociedades capitalistas contemporâneas, sustentando-se nos pilares da revolução tecnológica. Diz-se que o Direito do Trabalho, e com isso igualmente o contrato emprego, está velho e precisa se modernizar para que se adéquem a nova realidade social da era informacional.

Avaliando o discurso da flexibilidade na França, Supiot<sup>8</sup> comenta a existência de um darwinismo de global racee de “guerra da competitividade”, no qual o Direito do Trabalho é acusado como o particular empecilho para a realização do direito ao trabalho. É nesse contexto que se insere o trabalho nas plataformas digitais, fruto das experiências da “Uberização” na *GIG economy*<sup>9</sup>. Segundo Pochmann:

Os experimentos de UBERização do trabalho avançam em forma diversificada no espaço supranacional. Começaram com iniciativas no transporte individual, por meio da desregulamentação generalizada na oferta de sistema de táxis por aplicativos das tecnologias de informação e comunicação, alcançando atualmente os contratos de zero hora, cujo trabalhador permanece em casa aguardando a demanda de sua força de trabalho advinda de qualquer parte do mundo. Tudo isso à margem da regulação nacional de trabalho, fruto da generalização das novas tecnologias de informação e comunicação, em meio ao enorme excedente de mão-de-obra.<sup>10</sup>

Atentos a generalização do modelo Uber de negócios, no qual os prestadores de serviço passaram a ser contratados pelas plataformas digitais como pessoa jurídica (pejotização) ou simplesmente autônomas (informalidade), a empresa Uber será objeto de investigação para o teste da hipótese de que o contrato intermitente se adéqua a essa modalidade de serviços e facilita o reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores e as plataformas digitais. Contudo, não se desconsidera que a Uberização vai mais além dos serviços de transporte de passageiros, já que hoje se alastra também aos serviços de entrega de mercadorias, com destaque para empresas como a “ubereats”, “99food”, “rappi”, “loggi”, “ifood” e outras, parecendo ser apenas o início de um maior processo de reestruturação da produção capitalista.

Todas essas empresas se apresentam enquanto serviços de tecnologia que buscam aproximar pessoas detentoras de produtos ociosos com usuários interessados em compartilhar

---

<sup>8</sup> SUPIOT, Alain. Op.cit.

<sup>9</sup>Segundo Chaves Júnior: “Ingressamos na era da chamada gigeconomy, na qual o trabalho se torna temporário, precário, um bico. É a intensa redução da porosidade do trabalho, pelo aproveitamento de suas sobras, do tempo ‘morto’ do trabalhador, que normalmente estaria desperdiçado ou destinado ao lazer, repouso ou mesmo a sua qualificação”. CHAVES JÚNIOR, Op. cit., p. 1.

<sup>10</sup> POCHMANN, Márcio. A crise capitalista e os desafios dos trabalhadores. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 239, 2016.p. 707.

esse produto, mediante alguma remuneração, valendo-se dos princípios da economia compartilhada<sup>11</sup>. Entretanto, a despeito de ser um novo padrão de negócio, o modelo de trabalho por aplicativos Uber parece ter vindo contaminado “de passado, com a mesma forma do antigo modo capitalista de exploração da força de trabalho, com todos os elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego, porém com uma nova roupagem”<sup>12</sup>.

No modelo Uber de negócios, não há dúvidas de que estão presentes: o trabalho humano e personalíssimo (já que o motorista ou entregador é quem presta o serviço e não pode se fazer substituir por outra pessoa utilizando-se do mesmo *login*), prestado em favor de outrem (aplicativo, que na verdade é uma empresa em seu sentido mais clássico possível), que retém uma parte bastante considerável do valor que o usuário paga pela corrida ou entrega, em geral de 25% a 40%, a depender dos períodos de maior ou menor demanda dos usuários. Até aqui, tem-se presentes os elementos: pessoa física, pessoalidade e onerosidade (art. 2º e 3º da CLT<sup>13</sup>).

Os requisitos da relação de emprego que geram maiores contestações e que têm sido usados para impedir a conformação do vínculo de emprego são a subordinação e a não-eventualidade. Na era da “Uberização”, segundo Teodoro<sup>14</sup>: “visando menores custos, verdadeiras relações de emprego são deixadas às margens do Direito do Trabalho – seja com o respaldo da corrente doutrinária mais conversadora, seja às vezes com a cumplicidade da jurisprudência, seja enfim, pela prática diária das empresas”.

Nesse cenário: “Ações judiciais com pedido de reconhecimento de vínculo empregatício têm sido distribuídas em todos os países onde há Uber. Argui-se que apesar de serem considerados pelas empresas como auto-empregados, têm suas atividades controladas pelas empresas”<sup>15</sup>.

No Brasil contemporâneo, com as mudanças na CLT ocorridas pela Lei 13.467/2017 (legislação fruto do mesmo discurso flexibilizador acima delimitado), percebem-se dispositivos que terminam por legitimar a clandestinização das relações de emprego para a informalidade<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo; DA SILVA, Thais Claudia D'Afonseca; ANTONIETA, Maria. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*. v. 20, n. 39, 2017.

<sup>12</sup> TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA, op.cit. p. 26.

<sup>13</sup> BRASIL. *DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> . Acesso em: 24 de jul. 2020.

<sup>14</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. Para repensar o Trabalho, sob uma perspectiva humana e econômica. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al (Coords.) *Direito Material e Processual do Trabalho*: VI Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho.. São Paulo: LTr, 2018, p. 46.

<sup>15</sup> CONSENTINO, Carlo. *Direito do Trabalho, Tecnologias da Informação e da Comunicação*: impactos nas relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho. Belo Horizonte: RTM, 2018, p. 236.

<sup>16</sup> [...] a nova lei, sabendo da quantidade crescente de falsos autônomos, imagina a figura do “autônomo exclusivo”; notando que as normas do Direito Civil têm, em regra, um espírito diferente, suprime as palavras que exigiam compatibilidade para a sua aplicação ao Direito do Trabalho. Em: RENAULT, Luiz Otavio, et

De acordo com o art. 442-B da CLT, a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Para Barison<sup>17</sup> a reforma não veio, no referido ponto, com o intento de resolver quaisquer inseguranças jurídicas para a contratação de pessoas autônomas. Ao contrário, para o referido autor, a Lei 13.467/2017 serviu ao cálculo estratégico do descumprimento da legislação do trabalho para relegar à informalidade ou ilegalidade aqueles trabalhadores que deveriam ter reconhecida a relação de emprego<sup>18</sup>.

Vale ainda ressaltar o trabalho intermitente, que alterou significativamente as possíveis abordagens sobre o elemento fático-jurídico da não-eventualidade<sup>19</sup> e que mais adiante será abordado como um instituto que apesar da sua regulamentação precarizante pode facilitar o exercício hermenêutico operado pelos magistrados para reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores e os aplicativos.

## **2.1 OS ELEMENTOS NÃO-EVENTUALIDADE E SUBORDINAÇÃO E A PRÁTICA EMPRESARIAL AO TOMAR O TRABALHO PELAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

Como dito anteriormente, na crise do reconhecimento do vínculo empregatício para os trabalhadores de aplicativos, os elementos subordinação e não-eventualidade aparecem como o maior traço divisório entre a autonomia e o emprego.

Conforme Delgado<sup>20</sup>:

---

al. A Reforma da Lei Reformando o Juiz. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Volume V, Número 2 Maio/Agosto 2019, p. 134.

<sup>17</sup> BARISON, Thiago. A Estrutura Sindical de Estado e a Reforma Trabalhista. In: DA SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago. (Orgs) *Reformas Institucionais de Austeridade, Democracia e Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p., 157-168.

<sup>18</sup> O art. 442-B não vem para resolver qualquer relação nebulosa entre trabalho autônomo e empresas, algo que demandava regulamentação. Vem para servir ao cálculo estratégico dos empregados que empurrarão parte da força de trabalho para a ilegalidade da ‘pejotização’, contando que nem todos os trabalhadores hão de questionar em juízo a fraude, Conta-se, ainda, com a possibilidade de que a pressão econômica sobre o trabalhador que chegou a ajuizar uma ação o leve a fazer um acordo judicial, abrindo mão de parte dos direitos que teria. Em: BARISON. Op. cit. p. 162.

<sup>19</sup> O contrato de trabalho intermitente abala os alicerces do Direito do Trabalho em vários aspectos. O primeiro advém do fato de os artigos 443, § 3º e 452-B obliterarem a habitualidade como elemento da relação de emprego. Isso porque ‘independentemente da pessoalidade ou da subordinação, aquele que presta serviços em caráter eventual não é empregado. É, na realidade, por oposição à definição legal, um trabalhador eventual’. Em: HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de junho de 2017. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>20</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 311.



A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial.

Segundo Vilhena<sup>21</sup>, não há “nada mais pacífico e controvertido, em Direito do Trabalho, do que a subordinação. Pacífico como linha divisória, controvertido como dado conceitual”. Segundo Coutinho<sup>22</sup>, a aplicação do conceito jurídico da subordinação em cada momento histórico dependeu da ideologia que se pretendeu aplicar em âmbito trabalhista, ora uma ideologia mais voltada para a proteção, ora uma ideologia mais voltada para desproteger, sempre com algo de inconcluso. Para ela, “adentrar os meandros da subordinação para dissecá-la como mecanismo ideológico é enfrentar a inafastável dominação no modo de produção capitalista, como um lugar e como função”<sup>23</sup>. Atualmente, os sentidos interpretativos empregados à subordinação têm sido restritivos, afastando o vínculo de emprego para os vulneráveis trabalhadores de aplicativos, mesmo que em um exame mais detido essa subordinação apareça presente como a mais clássica possível.

No modelo Uber de negócios, no tocante a subordinação, são combinados os meios pessoais com os meios telemáticos de comando, controle e supervisão do trabalho. O motorista da Uber recebe ordens de adequação de conduta (fornecer água, balas, regular o som automotivo de acordo com as preferências do cliente, dentre outras). A avaliação do serviço é repassada para o cliente, que determina a pontuação do motorista, que é sancionado pela Uber caso tenha reiteradas baixas avaliações. Ressalta-se que as avaliações e notas recebidas pelos consumidores não seguem um critério de justiça, já que os trabalhadores não são cientificados de qual dos consumidores realizou a avaliação, não existindo ampla defesa contra as avaliações negativas, que podem culminar em severas punições, chegando até mesmo na exclusão da plataforma.

O mesmo tipo de amostra da subordinação também se verifica para aqueles trabalhadores das plataformas digitais que operam nas redes de *deliverys* (ifood, 99food e outros), que igualmente recebem orientações de como tratar o consumidor, se devem ou não subir nos prédios para as entregas de mercadoria, como devem transportar o conteúdo, qual a velocidade devem empregar na condução das motocicletas ou bicicletas, qual o trajeto devem

---

<sup>21</sup>VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 219-220.

<sup>22</sup>COUTINHO, Aldacy Rachid. Desvelando o conteúdo ideológico da subordinação: ideologia, eu quero uma para viver. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al. (Coords). *Direito Material e Processual do Trabalho: VI Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho*. I. São Paulo: LTr, 2018, p. 33-38.

<sup>23</sup>*Ibid*, p. 33.

percorrer, etc.

Ainda no tocante a subordinação, importante considerar que o motorista prestador de serviço ou o entregador de mercadorias não possui qualquer ingerência sobre o preço/tarifa a ser cobrada pelo serviço, estando adstrito ao que o aplicativo determina. Hoje, sabe-se que as plataformas também estabelecem metas e oferecem bonificações em caso de cumprimento, culminando em trabalhadores que permanecem conectados às plataformas por mais de 12 horas por dia no intuito de alcançar tais metas. Ou seja, as plataformas auferem lucro com o trabalho humano e não na aproximação telemática de alguém que possui um bem a ser compartilhado<sup>24</sup>.

O motorista ou entregador, caso “logado” à plataforma, não pode recusar as corridas ou entregas que não deseja, sob pena de sanções disciplinares através dos algoritmos dos aplicativos, que repassam menor demanda para aquele trabalhador que costuma recusar os serviços reiteradamente, podendo ainda sofrer exclusão sumária da plataforma.

Da mesma forma, o trabalhador das plataformas digitais está proibido de estabelecer corridas de transporte “por fora” do aplicativo, sendo dele exigida exclusividade e também sendo exigido que faça a rota determinada pelo GPS. A rota e a velocidade empregada no percurso são completamente controladas pelos algoritmos do sistema e em caso de descumprimento, os trabalhadores são igualmente sancionados.

Sobre a subordinação por algoritmos, Reis e Corassa apontam que:

[...] a tecnologia endereçada aos aplicativos de serviços não revela efetivo rompimento do emprego, mas tão-somente novo revestimento da subordinação. Esse revestimento, apesar de sofisticado - por usar algoritmos como sistema de controle - não resiste a uma análise de conteúdo sem que se perceba, claramente, os velhos elementos de sujeição/subordinação.<sup>25</sup>

Para Consentino:

Os softwares de computador monitoram cada passo dos usuários dos sistemas, propiciando absoluto controle do capital sobre o trabalho. Como se vê, as novas modalidades de trabalho desencadeiam ainda mais controle e o trabalhador sofre ainda mais cobranças<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Nesse aspecto, ao contrário do alardeado pelos aplicativos, o modelo Uber de negócios não é *peer to peer*, mas *peer to business*. Trata-se de um empreendimento que gera lucro através da exploração do trabalho humano. Para saber mais, recomenda-se: TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA, op.cit., 2017.

<sup>25</sup> REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Damaestro. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017, p. 158.

<sup>26</sup> CONSENTINO, op.cit., p. 337.

Ainda segundo Reis e Corassa:

O que se vê é que a Tecnologia da Informação também exerce um papel indispensável no controle de dados e na sua utilização para ordenar o trabalho e coordenar as empresas. Nesse ponto, pode-se pensar que as formas que buscamos apresentar – Uber e Lyft – não são tão disruptivas como se pensa, são caudatárias do processo tecnológico, que já tem lugar na presença de instrumentos algorítmicos na Tecnologia da Informação e na automação crescente no mundo do trabalho. É desse modo, por meio da adoção de um sistema de controle inteligente que se concilia os algoritmos com a gestão humana, culminando com uma forma de subordinação peculiar.<sup>27</sup>

Sobre o assunto pondera Pires:

A empresa, mediante algoritmos que se utilizam de informações obtidas por sistemas de geolocalização, identifica o motorista mais próximo ao cliente solicitante e o aciona. O software ainda controla e rastreia as rotas e percursos das corridas, garante que a corrida alcance o destino desejado, reúne informações sobre a qualidade dos serviços prestados tanto para eliminar trabalhadores não adaptados ao padrão quanto para assegurar a reputação da marca, e garante a existência de motoristas ativos em determinados horários, datas e locais de maior demanda e escassez de oferta, estabelecendo incentivos e alterações de preços e tarifas de acordo com a conveniência da empresa. O motorista, ao se cadastrar na plataforma, se submete a contrato de adesão, com termos e condições não sujeitas a negociação, ficando à mercê da arbitrariedade e da vontade dos provedores da plataforma, reais proprietários dos meios de produção. Indubitavelmente o motorista denominado ‘parceiro’, nesse cenário, não pode ser legitimamente enquadrado na condição de trabalhador autônomo, dono de seu próprio negócio.<sup>28</sup>

Nesse sentido, a subordinação nos parece clara, até mesmo porque o art. 6º, parágrafo único, da CLT, estabelece que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”<sup>29</sup>.

Logo, não é preciso ir longe para detectar a presença da subordinação jurídica, afora que a CLT traz possibilidades de retomada dos debates acerca da dependência do trabalhador em relação ao tomador dos serviços e o trabalho prestado por conta alheia, enquanto que os frutos dessa prestação de serviço não ficam integralmente para a pessoa que cede a mão-de-obra. Nesse aspecto, para Teodoro<sup>30</sup>, o “alargamento do conceito de subordinação para retomar seu

---

<sup>27</sup> REIS; CORASSA.op.cit, p. 162.

<sup>28</sup> PIRES, Elisa Guimarães Brandão. *Aplicativos de Transporte e o Controle por Algoritmos: repensando o pressuposto da subordinação jurídica*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Belo Horizonte. 2019. Disponível em: < [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta\\_\\_o\\_de\\_mestrado\\_\\_elisa\\_guimar\\_es\\_brand\\_o\\_pires.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta__o_de_mestrado__elisa_guimar_es_brand_o_pires.pdf)>. Acesso em: 21 de julho de 2020

<sup>29</sup> BRASIL. *DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)> . Acesso em: 24 de jul. 2020.

<sup>30</sup> TEODORO, op.cit., p. 47.

conteúdo clássico, agregando-o, implica a recomposição da proteção em busca dos sujeitos hipossuficientes”. Em igual sentido, Pires aponta que:

O pressuposto da subordinação jurídica que, etimologicamente, deriva de sub (baixo) e ordinare(ordenar), traduzindo estado de dependência ou obediência hierárquica, possui conteúdo indeterminado e elástico, podendo se manifestar no plano fático em diferentes graus e intensidades. Ainda, trata-se de consequência da pactuação especial do vínculo de emprego, não se confundindo com sua causa e essência. O instituto jurídico do vínculo empregatício não deve ser definido por suas consequências elásticas e variáveis, mas pelos elementos essenciais que justificam sua existência, sob pena de incoerência sistêmica, insegurança jurídica, injustiça social, arbitrariedade e o próprio esvaziamento do Direito do Trabalho. Portanto, mostra-se necessária a revisitação aos aspectos teleológico e ontológico do Direito do Trabalho a fim de identificar a relação jurídica e o tipo de trabalhador que o ramo juslaboral pretende tutelar. O objeto do Direito do Trabalho é o trabalho prestado com dependência econômica e por conta alheia, de modo que a relação de emprego deva ser entendida como a relação entre possuidores dos meios de produção e trabalhadores despossuídos, que alienam sua energia de trabalho em troca de salário. No caso dos motoristas que prestam serviços de transporte por aplicativos, estão presentes a dependência econômica e o trabalho por conta alheia.<sup>31</sup>

Com relação a não-eventualidade, a depender do caso concreto, torna-se bastante possível dizer que o trabalho não é eventual, na medida em que possua caráter de permanência, dando vistas a continuidade da prestação do serviço, e afastando as características que possibilitariam a configuração do trabalho esporádico<sup>32</sup>. Além disso, o trabalho dos motoristas e entregadores adere-se a atividade central das empresas, que não é o simples desenvolvimento tecnológico, mas o trabalho humano seja ele de transporte de pessoas ou coisas<sup>33</sup>.

Apesar disso, a suposta faculdade do trabalhador se conectar ao aplicativo nos dias e horários que lhe sejam convenientes, isto é, estabelecer sua própria jornada, tem sido utilizada como argumento para afastar o elemento da subordinação e também da não eventualidade.

Inicialmente, é preciso esclarecer que a jornada nunca foi elemento fático-jurídico da relação de emprego, mas elemento natural do contrato de trabalho. Além disso, a faculdade da conexão não passa de uma alegação, pois, sabidamente, caso o trabalhador das plataformas digitais fique um longo período de tempo sem se conectar ao aplicativo ele será banido do sistema e impedido de realizar sua atividade. E ainda que não o fosse, conforme disposto no art. 452-A, §3º da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, o contrato de trabalho intermitente agora nos permite dizer que a recusa da oferta de trabalho por parte do empregado não descaracteriza a subordinação, assunto que será mais bem examinado na próxima seção.

---

<sup>31</sup> PIRES, op.cit.

<sup>32</sup> TEODORO; DA SILVA; ANTONIETA op.cit.

<sup>33</sup> PIRES, op.cit..

### 3 A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE COMO UM FACILITADOR PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE OS TRABALHADORES E AS PLATAFORMAS DIGITAIS

O contrato de trabalho intermitente foi inaugurado na legislação trabalhista brasileira sob o véu da reforma de 2017. De acordo com a nova redação do Art. 443 da CLT, alterado pela Lei 13.467/2017, o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou ainda para prestação de trabalho intermitente<sup>34</sup>.

Por sua vez, o parágrafo terceiro do referido artigo conceitua essa modalidade de contrato, explicitando que será considerado como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses.

Conforme Pires, “o trabalho intermitente deve ser diferenciado do trabalho eventual, uma vez que o primeiro não expressa a ocasionalidade ou excepcionalidade do segundo, repetindo-seno tempo de forma intercalada e intervalar, com certa previsibilidade e expectativa de repetição”.<sup>35</sup>

Maeda<sup>36</sup> afirma que nesse tipo de contrato, “eles (trabalhadores) estão de plantão para trabalhar quando você (empresário) precisar deles; você não tem que lhes dar trabalho; eles não têm de trabalhar quando solicitado”.

Como será visto a seguir, “o texto coloca o trabalhador intermitente numa posição ontológica de imprevisibilidade, mas mantém a essência da relação de emprego, sem alterar a redação do artigo 3º da CLT. Concebe, assim, uma antinomia, porquanto ninguém pode ‘ser e não ser’ ao mesmo tempo”<sup>37</sup>. É um contrato que altera significativamente o modo como têm sido pensados os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego, sobretudo no que tange ao elemento da não-eventualidade.

---

<sup>34</sup> A presente seção toma como base a continuidade dos estudos dos autores acerca do contrato de trabalho intermitente e a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício para os trabalhadores com as plataformas. Consultar: OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva; TEODORO; Maria Cecília Máximo. A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. esp, p. 175-191, 2018.

<sup>35</sup> PIRES, op.cit.

<sup>36</sup> MAEDA, Patrícia. *A era dos zeros direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero horas*. São Paulo. Ltr, 2017, p. 113.

<sup>37</sup> HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de junho de 2017. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente>>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

O contrato de trabalho intermitente abala os alicerces do Direito do Trabalho em vários aspectos. O primeiro advém do fato de os artigos 443, § 3º e 452-B obliterarem a habitualidade como elemento da relação de emprego. Isso porque ‘independentemente da pessoalidade ou da subordinação, aquele que presta serviços em caráter eventual não é empregado. É, na realidade, por oposição à definição legal, um trabalhador eventual’.<sup>38</sup>

O parágrafo terceiro do art. 443 da CLT, com a nova redação dada pela Lei 13.467/2017, ainda estabelece que a contratação do trabalho intermitente dar-se-á independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. Nesse ponto, importa considerar que tal determinação não encontra correspondência em várias legislações internacionais, que apesar de igualmente instituírem o contrato de trabalho intermitente o restringiram as empresas que comprovadamente demandam esse tipo de serviço por desenvolverem atividades descontinuadas.

Exemplificativamente cita-se a legislação trabalhista portuguesa, Lei n.º 7/2009, que em sua subsecção III, mais precisamente nos artigos 157 a 160, institui o trabalho intermitente, mas restrito as empresas que exerçam atividade com descontinuidade ou intensidade variável. Nesse sentido, talvez até mesmo por isso tal modalidade de contrato não tenha se generalizado naquele país.

O modelo brasileiro, sobretudo por se descolar da obrigatoriedade de que as empresas que podem contratar trabalhadores intermitentes exerçam atividades comprovadamente descontinuadas, lança o trabalhador em um campo de incerteza e imprevisibilidade e com isso parece intensificar a assunção dos riscos do empreendimento por parte do empregado, afastando-se completamente da observância do princípio da alteridade. Nas palavras de Higa:

Ao sujeitar a prestação de serviços à existência de demanda, transfere-se parte do risco ao empregado, o que exigirá imensa ginástica hermenêutica a fim de contornar a erosão epistemológica advinda de um apêndice travestido de contrato de emprego, a partir da desfiguração dos sujeitos que compõem a relação jurídica laboral.<sup>39</sup>

Com relação aos requisitos formais dessa nova modalidade de contrato, os mesmos estão descritos no novo Art. 452-A da CLT.

Através desse dispositivo esclarece-se que o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode

---

<sup>38</sup>HIGA, op.cit.

<sup>39</sup>HIGA, op.cit.

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.

Ou seja, por ser modalidade excepcional de contratação (lembre-se que o contrato por prazo indeterminado ainda e apesar de tudo deve continuar sendo a regra no Direito do Trabalho brasileiro), demanda a observância de todos esses requisitos formais por parte do empregador, sob pena de que o contrato intermitente seja descaracterizado e passe a ser considerado indeterminado, assim como hoje acontece com o contrato por prazo determinado, tendo em vista que o ônus da forma é do empregador<sup>40</sup>.

A formalidade exigida pelo *caput* do art. 452-A da CLT é essencial para a validade da cláusula de “intermitência”, o que significa que, se o empregado foi contratado oralmente ou de maneira tácita para trabalhar desta forma, não será regido pelo contrato intermitente e o seu tempo à disposição será contado conforme o art. 4º da CLT, devendo ser aplicadas as demais regras da CLT.<sup>41</sup>

Alguns outros requisitos foram lançados nos parágrafos seguintes, os quais, por sua redação confusa tenderam a suscitar diversos questionamentos.

O primeiro deles diz respeito ao critério temporal para convocação do empregado por parte do empregador. De acordo com o parágrafo primeiro do art. 452-A da CLT, o empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência. Por sua vez, o parágrafo segundo do mesmo artigo da CLT estabelece o prazo de aceite do trabalhador, que recebida a convocação, terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

Interessante notar que a lei traz um importante dispositivo acerca do aceite ou recusa da convocação, que mais adiante servirá para o teste da hipótese de que essa modalidade de contrato servirá para o enquadramento fático-jurídico dos trabalhadores de plataformas virtuais, tais quais os do modelo Uber de serviços.

O parágrafo terceiro do art. 452-A da CLT estabelece que a recusa da oferta de trabalho por parte do empregado não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

---

<sup>40</sup> O ônus dessa formalidade decorre da interpretação do princípio da continuidade da relação de emprego, e de todo o arcabouço principiológico trabalhista, que impõe que os contratos de trabalho serão em regra por prazo indeterminado.

<sup>41</sup> CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista: Lei 13.467/2017 de 13 de Julho de 2017*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.p.46.

Por sua vez, o parágrafo quarto do mesmo dispositivo celetista estabelece uma sanção pecuniária para a parte que descumprir o pactuado sem justo motivo. Isto é, tanto o empregado que aceitar o trabalho e não comparecer, quanto o empregador que convoca com a promessa de trabalho e não o fornece, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

Nesse momento surgem importantes dúvidas, tais quais apontam Cassar e Borges:

O valor da multa deve ser sobre todo o trabalho convocado ou apenas sobre o valor do salário do dia, da hora? Vamos dizer que o empregador convoque um professor intermitente para trabalhar naquele semestre, em substituição a outro. Caso aceite e não compareça, pagará pelo dia faltante ou por todo o semestre?<sup>42</sup>

De maneira bastante razoável esses autores<sup>43</sup> sugerem que a multa incida unicamente sobre um dia de trabalho e não sobre o todo o período de convocação. O parágrafo quinto do mencionado artigo da CLT aduz que o período de inatividade não seja considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes. Nesse ponto, importante comentar que a exclusividade nunca foi um elemento fático-jurídico da relação de emprego, logo, em nenhuma hipótese, caso o empregado preste serviço para dois ou mais empregadores distintos isso impactaria na conformação do vínculo de emprego.

Mas, é justamente a possibilidade de que os trabalhadores de aplicativos se conectem de maneira concomitante em diversos aplicativos tomadores de serviço que costuma aparecer como justificativa para o não reconhecimento do vínculo empregatício. Logo, também nessa perspectiva, o contrato de trabalho faz cair por terra mais um dos argumentos que tentam afastar a incidência do Direito do Trabalho nas relações de trabalho por aplicativos.

Finalmente, o parágrafo sexto do Art. 452-A da CLT estabelece que ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais. Nesse ponto, a dúvida que surge é: qual o lapso temporal mínimo para o recebimento das parcelas acima discriminadas? Qual o período de prestação de serviços a ser considerado? O dia da prestação de serviço? O mês? Parece adequado que o período em questão seja no máximo o do mês da prestação do serviço, até porque a redação do parágrafo oitavo, que será examinado

---

<sup>42</sup> CASSAR, BORGES. op. cit. p.46.

<sup>43</sup> CASSAR; BORGES. op.cit. p.46.



mais adiante, assim dá a entender. Contudo, se seguida a lógica do contratado zero hora, generalizado em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, o período a ser considerado poderá ser o dia, permitindo-se o pagamento imediato pelas horas.

Sobre o assunto Cassar e Borges também entendem pela necessidade de que a máxima periodicidade a ser considerada seja a mensal, vejamos:

Poderia um empregado receber seu salário com periodicidade maior que a mensal, desrespeitando o disposto no art. 459 da CLT? O art. 452º, §6º, da CLT determina que, ao ‘final de cada período de trabalho’, o empregado receberá o pagamento imediato da remuneração, do repouso, além das férias e trezeno proporcional. Ora, o que quer dizer ‘ao final de cada período de trabalho’ mencionado na lei? Poderia o professor receber no final do semestre? O motorista ‘intermitente’ poderia receber ao final da viagem, mesmo que esta demore dois meses? Defendemos a periodicidade máxima mensal, mesmo que o trabalho seja em período superior.<sup>44</sup>

Por sua vez, o parágrafo sétimo do mesmo artigo celetista explicita a vedação do salário complessivo, pois determina que no recibo do pagamento deverá constar a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no parágrafo sexto, coadunado com a Súmula 91 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>45</sup>.

De acordo com o parágrafo oitavo do Art. 452-A da CLT o empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. Nesse ponto, tem-se um reforço ao entendimento de que o período mencionado no parágrafo sexto seja considerado como um período mensal.

Finalmente, o parágrafo nono do mesmo artigo da CLT determina que a cada doze meses o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador. Uma observação a ser feita neste tocante é com relação ao período de férias, que na contramão da sistemática adotada pelo texto da CLT, o período das férias aqui é disposto na fração de um mês e não de 30 dias.

---

<sup>44</sup> CASSAR; BORGES.op. cit. p.47.

<sup>45</sup> Súmula nº 91 do TST. SALÁRIO COMPLESSIVO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador. Em: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 91 do TST.** Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-91](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-91)>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Ainda nesse ponto é preciso comentar que o valor das férias acrescido do terço constitucional já foi paulatina e proporcionalmente indenizado em cada período de prestação de serviço. Destarte, o trabalhador terá direito a não ser acionado para a prestação de serviço durante o período de um mês, mas não receberá quaisquer valores quando do gozo das férias, tendo em vista que tais valores já foram devidamente indenizados de maneira proporcional ao longo dos meses de prestação de serviço.

Como visto, o contrato de trabalho intermitente é um contrato que altera significativamente o modo como têm sido pensados os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego, sobretudo no que tange ao elemento da não-eventualidade e até mesmo o da subordinação, justamente os que costumam ser alegados como impeditivos contemporâneos para o vínculo de emprego entre os trabalhadores das plataformas e as suas empresas.

Como fruto do próprio discurso de flexibilização do Direito do Trabalho, o trabalho intermitente não é uma modalidade contratual que deve ser exaltada como uma benesse para a sociedade brasileira, pois garante menor proteção do que o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Mas, pela análise da reforma trabalhista brasileira, em especial a nova figura jurídica do contrato intermitente, verifica-se a possibilidade de uma verdadeira hermenêutica de resistência, que se utilizando das próprias peculiaridades desse novo modelo de contratação, torna possível ampliar a gama de proteção do Direito do Trabalho na contemporaneidade, ainda que não seja a proteção mais desejada. Isto é, do contrato de trabalho por prazo indeterminado.

O contrato de trabalho intermitente não tem muito a ver com a modernização alegada pelos legisladores da reforma trabalhista, ao contrário, tem mais a ver com a institucionalização da precariedade do trabalho e da pessoa que trabalha. O contrato de trabalho intermitente balança os fundamentos do Direito do Trabalho em vários aspectos.

Ao permitir que o empregador faça uso da pessoa humana que trabalha apenas nos momentos que lhe convém, isto é, nas horas em que realmente exista demanda, cria-se para o empregador a possibilidade de potencialização dos lucros, mas na outra ponta, cria-se um trabalhador igualmente “zero hora” (como ficou conhecido o contrato intermitente nos países anglo-saxões), que não pode projetar sua vida, que não pode fazer quaisquer compromissos em longo prazo, que não controla seu próprio tempo e trabalha mais e que por isso está mais sujeito ao adoecimento no trabalho.

Convém destacar que durante a pandemia ocasionada pela COVID-19 em 2020, o próprio governo federal reconheceu a precariedade do labor intermitente, ao consignar através da caduca Medida Provisória 936/2020 que os trabalhadores intermitentes não seriam beneficiários do Programa Emergencial de manutenção do Emprego e da Renda, com

possibilidade de suspensão do contrato de trabalho ou redução proporcional de jornada de salários mediante a percepção de seguro desemprego. Os trabalhadores intermitentes foram destinatários do benefício assistência de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais pagos pelo próprio governo, nos termos do art. 18 da referida MP.

Mas tal diagnóstico não pode ser fatalista. O Direito do Trabalho, ainda que em tempos de desconstrução, pode ser compreendido como campo fértil para um exercício hermenêutico de resistência. A reforma trabalhista empreendida pela Lei 13.467/2017, agora que se tornou realidade, deve ser aventada como um palco de novas possibilidades de proteção da classe trabalhadora, longe da precariedade que ela inicialmente aparenta intentar. É um trabalho que exige grande esforço dos pensadores do Direito, mas que deve ser empreendido em prol das garantias constitucionais da classe trabalhadora.

Logo, em um simples exercício interpretativo, torna-se possível dizer que não há mais justificativas para o não reconhecimento do vínculo de emprego entre os trabalhadores e as plataformas virtuais do modelo oriundo da “Uberização”. Afinal, a própria lei possibilita agora ao trabalhador recusar a oferta de trabalho (no caso dos trabalhadores de aplicativos a conexão sistemática à plataforma ou até mesmo a recusa de corridas e entregas), sem que isso desconfigure a subordinação.

Lado outro, ao prever que será considerado como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, não há mais como se cogitar o afastamento da relação de emprego no presente caso. Afinal, conforme já aventado, nesse tipo de contrato os artigos 443, § 3º e 452-B, ambos da CLT, parecem obliterar a não-eventualidade como elemento da relação de emprego, sendo necessária a incidência do complexo de proteção trabalhista, ainda que garantido o salário mínimo hora e não o mensal.

Importante ressaltar que mesmo que a exigência do chamado para o trabalho no contrato intermitente ser de três dias, no mínimo, se o empregado aceitar imediatamente, esta norma não resta prejudicada, o que torna possível confirmar que o trabalhador de plataformas virtuais agora se enquadra perfeitamente na figura jurídica do trabalho intermitente. Nesse diapasão, tendo em vista que o ônus da forma é do empregador, tem-se, por óbvio, que as plataformas devem se adequar a essa nova realidade de contrato, com todos os requisitos que lhe são inerentes.

Isto é, 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, sob pena de que além de reconhecido o vínculo de emprego, seja também reconhecida a indeterminação do contrato, com o pagamento do tempo à disposição do empregador. Afinal, por ser modalidade excepcional de contratação, o contrato de trabalho intermitente demanda a observância de todos os requisitos formais por parte do empregador, que detém o ônus da forma.

O reconhecimento do vínculo empregatício entre trabalhadores e as plataformas digitais (e suas empresas controladoras) pela modalidade intermitente já foi inclusive operado por decisão judicial da primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no processo de número 0011098-61.2019.5.03.0113<sup>46</sup> da Comarca de Belo Horizonte -MG, em uma sentença minuciosa, composta por 77 páginas, que após avaliar todo o contexto fático da relação havida entre as partes litigantes (um motorista e o aplicativo Uber) concluiu que estavam presentes todos os elementos da relação de emprego em sua modalidade clássica. Contudo, concluiu que de fato as alegações da defesa patronal de que os trabalhadores das plataformas podem fazer “*login*” e “*logout*” sempre que lhes convier, apesar de não ser fato impeditivo do reconhecimento do vínculo empregatício, como alegado pela defesa técnica da empresa, seria um argumento modificativo para a decisão. Assim, indicando-se a necessidade de que o vínculo se desse pela modalidade intermitente, em razão dos períodos descontinuados de conexão a plataforma e ante a possibilidade de que os trabalhadores se ativem em plataformas diversas simultaneamente já que o trabalho é operado por demanda.

Isto é, em suas defesas as empresas controladoras das novas plataformas digitais, que subordinam intensamente o trabalho humano e lucram com isso, sustentam que os trabalhadores poderiam se conectar e desconectar da plataforma com frequência e que poderiam se conectar em vários aplicativos de prestação de serviço de maneira simultânea, o que seria um óbice para o reconhecimento do vínculo. Contudo, pelo entendimento aplicado na referida decisão<sup>47</sup>, a partir de 11/11/2017, quando entrou em vigor a Lei 13.467/2017, “cessou qualquer necessidade, por parte das autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, de valerem-se dos métodos de colmatação listados no art. 8º, da CLT (analogia, equidade, jurisprudência, direito

---

<sup>46</sup> MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sentença em Ação Trabalhista pelo Rito sumaríssimo. 34ª Vara do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte. Processo nº: **0011098-61.2019.5.03.0113**. Juiz do Trabalho Substituto: Rodrigo Candido Rodrigues. Sentença publicada na página 1352 da Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3) em 3 de Abril de 2020.

<sup>47</sup> MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sentença em Ação Trabalhista pelo Rito sumaríssimo. 34ª Vara do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte. Processo nº: **0011098-61.2019.5.03.0113**. Juiz do Trabalho Substituto: Rodrigo Candido Rodrigues. Sentença publicada na página 1352 da Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3) em 3 de Abril de 2020.

comparado), para estabelecer efeitos desta modalidade de emprego”<sup>48</sup>. A própria CLT com redação dada pela reforma de 2017 teria resolvido o impasse no tocante à remuneração e o tempo de trabalho dos obreiros e as plataformas virtuais. Conforme constou na sentença:

[...] a relação de emprego por se desenvolver em várias modalidades, sendo que cada modalidade tem seus efeitos específicos. Há modos de atividade em que o empregador paga, ao empregado, todo o tempo que este fica à disposição do primeiro (CLT, art. 4º., primeira parte); há modos de atividade em que o empregador paga, ao empregado, apenas parte do valor, pelo tempo à disposição (CLT, art. 4º., última parte; CLT, art. 244, par. 2º.; CLT, art. 244, par. 3º.); há modalidades em que o empregador não paga tempo algum à disposição, mas apenas o de efetiva atividade (CLT, art. 452-A). Prosseguindo na exemplificação, há, ainda, modalidades em que o empregador exige que o empregado cumpra jornada integral, limitada a 8 horas (art. 58 da CLT); em outras, o empregador cumpra jornada parcial, de 30 ou 26 horas semanais (art. 58-A da CLT); há outras em que o número de horas trabalhadas é incerto, totalmente flutuante, pois a contagem destas horas só é importante para que se saiba o quanto o empregado deverá ser remunerado, na proporção que as fez (art. 443, par. 3º., da CLT), e, por fim, há outras modalidades em que é totalmente irrelevante o elemento “jornada” (art. 62, da CLT). E há modos da relação de emprego que sequer foram apreendidos pela norma heterônoma, podendo ser estabelecidos nos contratos individuais, desde que não desvirtuem a norma imperativa (art. 8º., da CLT, no que tange às disposições contratuais; e art. 9º., quanto aos limites), ou serem estabelecidos por convenções e acordos coletivos de trabalho.

[...]

Eis, enfim, que, se mesmo antes da Lei 13.467/2017, a legislação do trabalho já impunha a classificação dos fatos desta ação como naturais aos de uma relação de emprego (porque cumpridos, sem qualquer embargo, os respectivos pressupostos, conforme já analisado), foi somente após a vigência desta lei que os efeitos jurídicos desta modalidade da relação passaram a ser especificamente regulados, distinguindo-se dos efeitos gerais de outras modalidades, sendo estes dados nos parágrafos 6º., 8º. e 9º., do art. 452-A, da CLT.

[...]

Ou seja, se antes de 11/11/2017 poderia ser necessário indagar se “por analogia”, ou diante do “direito comparado”, o empregado na modalidade hoje conhecida como intermitente, teria direito a receber ao menos o salário mínimo nacional mensal, ou se deveria apenas garantir-se o salário mínimo hora, tal indagação cessa a partir da data em que passou a vigor a supracitada lei: o legislador estabeleceu que lhe é devido apenas o salário mínimo por hora trabalhada, tão somente proporcional à exatidão das horas que efetivamente trabalhou.

Daí, não ser ilegal que o Autor pudesse ter recebido, da Ré, em certos meses, remuneração que fosse inferior ao salário mínimo mensal, desde que o valor recebido, em face do número de horas trabalhadas neste mês, fosse proporcional ao salário mínimo, na proporção das horas trabalhadas, pois é isto que estabeleceu a Lei 13.467/2017, no caput do art. 452-A, da CLT.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sentença em Ação Trabalhista pelo Rito sumaríssimo. 34ª Vara do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte. Processo nº: **0011098-61.2019.5.03.0113**. Juiz do Trabalho Substituto: Rodrigo Candido Rodrigues. Sentença publicada na página 1352 da Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3) em 3 de Abril de 2020.

<sup>49</sup> MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sentença em Ação Trabalhista pelo Rito sumaríssimo. 34ª Vara do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte. Processo nº: **0011098-61.2019.5.03.0113**. Juiz do Trabalho Substituto: Rodrigo Candido Rodrigues. Sentença publicada na página 1352 da Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3) em 3 de Abril de 2020.

Como visto, a leitura do magistrado da 34ª Vara do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte –MG ao apreciar o caso foi a de que a partir da regulamentação do trabalho intermitente não subsiste fundamento jurídico para sustentar a inexistência de vínculo entre os trabalhadores e as plataformas virtuais para as quais prestam serviço, pois a intermitência da conexão interfere apenas na remuneração relativa ao não pagamento de eventual tempo à disposição quando o trabalhador estiver desconectado.

Nesses termos, não se está aqui a defender o trabalho intermitente como uma benesse para a classe trabalhadora. O que apenas aventa-se com o teste da presente hipótese é que tal qual identificado na referida decisão, agora não mais subsiste a necessidade de que os aplicadores do Direito Laboral se utilizem da colmatação e recorram a técnicas hermenêuticas minuciosas. A própria CLT com a reforma trabalhista possibilitou o reconhecimento da relação de emprego para os trabalhadores que recebem o salário mínimo hora de acordo com a sua ativação por demanda no trabalho.

#### **4 CONCLUSÃO**

Ao examinar a atual morfologia do trabalho, em especial aquele prestado por meio das plataformas digitais foi possível notar uma lacuna em sede protetiva no tocante as garantias trabalhistas. O número de trabalhadores que sobrevivem do labor por meio de aplicativos cresce vertiginosamente, enquanto que os perímetros de proteção do Direito do Trabalho parecem estar encolhendo, fruto de um discurso de flexibilização que tenta colocar em xeque a razão de ser desse ramo mais tuitivo do Direito.

Em exame dos elementos da relação de emprego, nota-se que na grande maioria dos casos eles se mostram presentes no labor do motorista ou entregador das plataformas digitais, mas por uma leitura restritiva dos conceitos de subordinação e não-eventualidade, a conformação do vínculo, inclusive judicialmente, resta prejudicada. E essa não conformação de vínculo na prática significa que esses trabalhadores restam alçados à informalidade, sem qualquer proteção social.

Nesse contexto, ao identificarmos a crise de reconhecimento da relação de emprego para os trabalhadores das plataformas digitais, em que conceitos de economia compartilhada, dentre outros, são utilizados para mascarar os contornos do trabalho humano subordinado, deve-se agora investigar os novos institutos jurídicos trazidos pela Lei 13.467/2017, na busca de hermenêuticas de resistência. Pelas disposições dos artigos 443 e 452-A, da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, o contrato de trabalho intermitente agora nos permite dizer que boa

parte dos trabalhadores de plataformas virtuais que hoje se encontram na informalidade deverão ser juridicamente protegidos pela ciência justrabalhista. Ainda que a conformação do vínculo de emprego intermitente não seja a mais protetiva, já que nessa modalidade o tempo à disposição resta objetado, na prática culmina na incidência de direitos trabalhistas mínimos e o acesso à rede de proteção social do Direito do Trabalho.

Isso não significa que as disputas em sede de conceitos e incidências de proteção trabalhista não permaneçam. Esse passo significa uma limitação à exploração capitalista e uma retomada protetiva do Direito do Trabalho hoje tão combalido.

## 5 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A epidemia da terceirização. In.: ANTUNES, Ricardo et al. (Orgs.) *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BARISON, Thiago. A Estrutura Sindical de Estado e a Reforma Trabalhista. In.: DA SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago. (Orgs) *Reformas Institucionais de Austeridade, Democracia e Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p., 157-168.

BRASIL. *DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> . Acesso em: 24 de jul. 2020.

BRASIL. *LEI Nº 13.467/2017, 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 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. *MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936, DE 1º DE ABRIL DE 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Sentença em Ação Trabalhista pelo Rito sumaríssimo*. 34ª Vara do Trabalho da Comarca de Belo Horizonte. Processo nº: 0011098-61.2019.5.03.0113. Juiz do Trabalho Substituto: Rodrigo Candido Rodrigues. Sentença publicada na página 1352 da Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3) em 3 de Abril de 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 91 do TST*. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-91](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-91)>. Acesso em: 24 de julho de 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista: Lei 13.467/2017 de 13 de Julho de 2017*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito do trabalho pós-material: o trabalho da "multidão" produtora. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017, p. 1.

CONSENTINO, Carlo. *Direito do Trabalho, Tecnologias da Informação e da Comunicação: impactos nas relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Desvelando o conteúdo ideológico da subordinação: ideologia, eu quero uma para viver. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al. (Coords). *Direito Material e Processual do Trabalho: VI Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho*. I. São Paulo: LTr, 2018, p. 33-38.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 311.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MAEDA, Patrícia. *A era dos zeros direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero horas*. São Paulo. Ltr, 2017..

OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva; TEODORO; Maria Cecília Máximo. A contrarreforma trabalhista e o trabalho intermitente. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. esp, p. 175-191, 2018.

PIRES, Elisa Guimarães Brandão. *Aplicativos de Transporte e o Controle por Algoritmos: repensando o pressuposto da subordinação jurídica*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Belo Horizonte. 2019. Disponível em: <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta\\_\\_o\\_de\\_mestrado\\_\\_elisa\\_guimar\\_es\\_brand\\_o\\_pires.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDEMA/1/disserta__o_de_mestrado__elisa_guimar_es_brand_o_pires.pdf)>. Acesso em: 21 de julho de 2020.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico*. Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito



parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. 2008. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PortoLV\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PortoLV_1.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2020.

PORTUGAL. *Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro*. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>>. Acesso em: 24 de julho de 2020.

REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Damaestro. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Coords.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017.

RENAULT, Luiz Otavio, et al. A Reforma da Lei Reformando o Juiz. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Volume V, Número 2 Maio/Agosto 2019, p. 132 - 153.

SUPIOT, Alain. Para Além do Emprego: Os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Volume IV, Número 3. Setembro/Dezembro 2018, p.

TEIXEIRA, Sergio Torres; SERPA, Gelba Carolina Siqueira. Teletrabalho e Reforma Trabalhista: uma reflexão sobre os direitos e obrigações dos sujeitos da relação de emprego e suas repercussões processuais. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Volume V, Número 2 Maio/Agosto 2019, p. 154 - 193.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DA SILVA, Thais Claudia D'Afonseca; ANTONIETA, Maria. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*. v. 20, n. 39, 2017.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. 2ª ed. Editora: Ltr - São Paulo, 2018.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. Para repensar o Trabalho, sob uma perspectiva humana e econômica. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al (Coords.) *Direito Material e Processual do Trabalho: VI Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2018, p. 39-48.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975.

# MECANISMOS LABORALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SALARIOS EN ESPAÑA

## LABOR MECHANISMS FOR THE PROTECTION OF WAGES IN SPAIN

Jordi García Viña<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El salario es una de las partes más relevantes del contrato de trabajo, por esta razón, la normativa laboral regula una serie de mecanismos de protección en los supuestos de insolvencia del empresario. Las normas otorgan una serie de privilegios a los créditos de los trabajadores, en su doble vertiente de empresas en concurso o no, así como la regulación del Fondo de Garantía Salarial.

**PALABRAS CLAVE:** Salarios; Protección; Empresa.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 1.1. Cuestiones generales. 1.2. Salario base. 1.3. Complementos salariales. 1.3.1. Vinculados a la persona. 1.3.2. Vinculados al trabajo. 1.3.3. Vinculados a la situación y resultados de la empresa. 2. Protección jurídica del salario. 2.1. Privilegios del crédito de los trabajadores. 2.1.1. Empresas no concursadas. 2.1.1.1. Superprivilegio. 2.1.1.2. Privilegio especial refaccionario. 2.1.1.3. Privilegio general ordinario. 2.1.2. Empresas declaradas en concurso. 2.1.2.1. Créditos contra la masa. 2.1.2.2. Créditos concursales. 2.2. Inembargabilidad salarial. 2.2.1. Inembargabilidad absoluta. 2.2.2. Inembargabilidad relativa. 2.3. Fondo de Garantía Salarial. 2.3.1. Régimen jurídico. 2.3.2. Prestaciones. 2.3.2.1. Responsabilidad subsidiaria. 2.3.2.2. Responsabilidad directa. 2.3.2.3. Actuación del Fondo en supuestos de transnacionalidad. 3. Bibliografía.

**ABSTRACT:** Wages are one of the most relevant parts of the employment contract, for this reason, labor regulations regulate a series of protection mechanisms in the event of employer insolvency. The rules regulate a series of privileges to the credits of the workers, in their double aspect of companies in bankruptcy or not, as well as the regulation of the Wage Guarantee Fund.

**KEYWORDS:** Wages; Protection; Company

**SUMMARY:** 1. Introduction. 1.1. General issues. 1.2. Base wages. 1.3. Wages supplements. 1.3.1. Linked to the person. 1.3.2. Linked to work. 1.3.3. Linked to the company situation and results. 2. Wages legal protection. 2.1. Workers' credit privileges. 2.1.1. Non-bankrupt companies. 2.1.1.1. Superprivilege. 2.1.1.2. Refactional Special Privilege. 2.1.1.3. Ordinary general privilege. 2.1.2. Companies declared in bankruptcy. 2.1.2.1. Credits against the bankruptcy. 2.1.2.2. Bankruptcy credits. 2.2. Wage unattainability. 2.2.1. Absolute unattainability. 2.2.2. Relative unattainability. 2.3. Guaranteed salary fund. 2.3.1. Legal regime. 2.3.2. Benefits. 2.3.2.1. Subsidiary liability. 2.3.2.2. Direct liability. 2.3.2.3. The Fund performance in cases of transnationality. 3. Bibliography.

## 1 INTRODUCCIÓN

### 1.1 Cuestiones generales

---

Artigo enviado em 09/06/2020.

Artigo aprovado em 07/08/2020.

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona. España.

RDRST, Brasília, Volume 6, n. 1, 2020, p 178-202, Jan-Abr/2020

El contrato de trabajo es un contrato de cambio, cuyo objeto es la prestación del trabajador y salario del empresario, de hecho, el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) define la relación laboral como una prestación de servicios retribuida, siendo su función principal, según el art. 35.1 de la Constitución española, procurar la subsistencia del trabajador.

En cuanto a su regulación, históricamente ha sido mucha la importancia de la presencia del Estado en este tema, sobre todo asegurando unos salarios mínimos y de hecho, suele utilizarse como medio de política económica de rentas.

En la actualidad, la regulación en España se articula en 3 niveles: normativo, especialmente por medio de normas nacionales, así como la fijación anual del denominado salario mínimo interprofesional (SMI) para el año 2020 (13.300 euros al año) la negociación colectiva y el contrato de trabajo, que según el art. 26.3 ET, debe actuar en defecto de convenio colectivo.

Según el art. 26.1 ET, se considera salario la totalidad de las percepciones cobradas por el trabajador, se desplaza la carga de la prueba cuando se afirma que un concepto es extrasalarial<sup>2</sup> y es preciso atender a la realidad salarial y no a la calificación de las partes<sup>3</sup>, por ejemplo, en una gratificación por vestuario, mensual desproporcionada y sin justificar<sup>4</sup>.

El salario retribuye tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Sin embargo, no hace falta que tengan el mismo valor, ya que se puede excluir del pago en los descansos de complementos salariales adscritos al trabajo<sup>5</sup> o el convenio colectivo puede incluir en la retribución vacacional la mayoría de los complementos retributivos y excluir el plus de nocturnidad<sup>6</sup>; claros ejemplos de esta situación son el denominado descanso del bocadillo, regulado en el art. 34.3 ET, las bolsas de vacaciones<sup>7</sup> o la compensación económica por vacaciones no disfrutadas<sup>8</sup>.

La fijación del salario en el momento inicial del contrato de trabajo corresponde al empresario por medio del denominado poder de dirección, pero siempre respetando la regulación del art. 3.1.c) ET y normalmente por adscripción a una categoría o grupo profesional. Diferente

---

<sup>2</sup> VLEX ESPAÑA. **Sentencia de la sala social del Tribunal Supremo (STS) 25 de octubre de 1988.** Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>3</sup> VLEX ESPAÑA. **STS 2 de noviembre de 1989.** Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>4</sup> VLEX ESPAÑA. **STS 19 de junio de 1995.** Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>5</sup> VLEX ESPAÑA. **STS 20 de mayo de 1992.** Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>6</sup> VLEX ESPAÑA. **STS 22 de enero de 2004.** Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>7</sup> VLEX ESPAÑA. **STS 7 de marzo de 1997.** Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>8</sup> VLEX ESPAÑA. **STS 21 de noviembre de 1997 y STS 17 de septiembre de 2002.** Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

es cuando se pretende la modificación de esta cláusula, que tendrá que ser por medio de pacto entre las partes, imposición legal o de manera unilateral del empresario, por la vía del art. 41 ET.

El salario en España está estructurado en salario base y complementos salariales.

## **1.2 Salario base**

En relación con el salario base, está regulado en el art. 26.3 ET como la retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo o de obra, puede ser establecido por el salario mínimo interprofesional, convenio colectivo o contrato de trabajo y es la cantidad fija abonada al trabajador correspondiente al grupo o categoría profesional. En todo caso, cuando un concepto no sea asimilable a ninguno de los complementos salariales, debe imputarse al salario base<sup>9</sup>.

## **1.3 Complementos salariales**

En cuanto a los complementos salariales, están regulados en el art. 26.3 ET y son definidos como percepciones retributivas que se adicionan al salario base en atención a la concurrencia de diversas circunstancias. Se regulan en los convenios colectivos o por contrato de trabajo<sup>10</sup>, se requiere que sean causales y cabe destacar 3 tipos.

### **1.3.1 Vinculados a la persona**

Son aquellos complementos que remuneran circunstancias personales del trabajador y no fueron tenidos en cuenta al fijar el salario base y puede pactarse su carácter consolidable.

El más conocido de todos ellos es el complemento de antigüedad, regulado en 25 ET, con una amplia libertad para las partes en cuanto al acuerdo. Sin embargo, obligatoriamente se debe incluir que se ha de tener en cuenta en los trabajadores con contrato para la formación y en prácticas cuando se incorporan a la empresa sin solución de continuidad (art. 11 ET), en los períodos de prueba (art., 14.3 ET), así como en la excedencia forzosa (art. 46.1 ET).

### **1.3.2 Vinculados al trabajo**

---

<sup>9</sup> VLEX ESPAÑA. STS 17 de diciembre de 1996. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>10</sup> VLEX ESPAÑA. STS 28 de octubre de 1999. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

Son aquellos que retribuyen las especiales condiciones de puesto de trabajo<sup>11</sup> y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado<sup>12</sup>. Estas circunstancias han de ser habituales, sin llegar a exigirse que toda actividad se desarrolle bajo las mismas, por lo que no se puede limitar su pago al tiempo de trabajo en dichas condiciones<sup>13</sup> y se presumen no consolidables, aunque puede pactarse su consolidación<sup>14</sup>.

Entre ellos cabe citar los complementos por trabajo nocturno, trabajo a turnos, toxicidad o peligrosidad. En relación con estos últimos, hay que tener en cuenta que por penosas que sean las tareas, si fueron tenidas en cuenta para la fijación de las retribuciones no procede el plus de peligrosidad<sup>15</sup> y su devengo no se excluye por la existencia de determinadas medidas de seguridad, por ejemplo, aunque existan protectores auditivos que amortigüen el ruido<sup>16</sup>.

### **1.3.3 Vinculados a la situación y resultados de la empresa**

Son los complementos que se perciben debido a una mejor calidad o mayor cantidad de trabajo. Se tienen derecho si los objetivos no se alcanzaron por razones imputables al empresario<sup>17</sup> y no son consolidables, pero puede pactarse lo contrario. Entre los ejemplos más habituales cabe citar las primas o incentivos.

## **2 PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SALARIO**

En los supuestos de insolvencia del empresario, la normativa laboral en España establece un mecanismo de protección por medio de un privilegio respecto a los créditos adeudados a los trabajadores, de manera que se puedan pagar con cargo al patrimonio de la empresa antes que otro tipo de acreedores.

Los mecanismos de protección son esencialmente tres.

---

<sup>11</sup> VLEX ESPAÑA. STS 7 de julio de 1999. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>12</sup> VLEX ESPAÑA. STS 31 de enero de 2001. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>13</sup> VLEX ESPAÑA. STS 12 de febrero de 1996. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>14</sup> VLEX ESPAÑA. STS 20 de diciembre de 1994. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>15</sup> VLEX ESPAÑA. STS 24 de noviembre de 1997. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>16</sup> VLEX ESPAÑA. STS 6 de octubre de 1995. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

<sup>17</sup> VLEX ESPAÑA. STS 19 de julio de 1990. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

## **2.1 Privilegios del crédito de los trabajadores**

La insolvencia del empresario supone una situación jurídica en la que aparece una pluralidad de acreedores que pretenden cobrar las deudas que tienen frente a éste, a partir de un procedimiento instado porque el deudor no tiene patrimonio suficiente o presenta una situación patrimonial en la que en un determinado momento no puede hacer frente a todas sus deudas.

En este supuesto, cuando el empresario se enfrente, por la vía de la ejecución ordinaria, con una concurrencia de acreedores, llamado “masa pasiva”, a los que no puede satisfacer sus créditos íntegramente, se impone una prelación entre los distintos créditos, de acuerdo con la protección que a cada uno merezca el ordenamiento.

Los supuestos regulados varían, según se trate de concurso, tercerías o ejecuciones extraconcursoales singulares.

En el Estatuto de los Trabajadores, y a los efectos de mayor protección de los trabajadores, se otorga un privilegio a los créditos salariales, no así a las mejoras voluntarias de las prestaciones a la Seguridad Social<sup>18</sup>, de manera que el trabajador, y con toda una serie de matizaciones, ostenta un derecho de preferencia sobre los bienes del empresario.

### **2.1.1 Empresas no concursadas**

Estas garantías se aplican en el supuesto que el empresario no se haya declarado en concurso, siendo el plazo para ejercitar estos derechos de garantía es de un año desde que se debió de percibir el salario.

La regulación actual se halla en el art. 32 ET y contiene tres diferentes supuestos.

#### **2.1.1.1 Superprivilegio**

Son los créditos de los trabajadores referidos a los salarios de los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del SMI, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

---

18 VLEX ESPAÑA. STS 18 de marzo de 1999. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

Estas deudas frente al trabajador gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre protegido por prenda o hipoteca. Se trata de un privilegio y no una garantía real.

Se refiere a los últimos días reales de trabajo antes del cese y este crédito se hará efectivo frente a todos los bienes del empresario.

En este caso, hay que entender el concepto de salario en su acepción más estricta, de manera que en esta cantidad protegida se deben excluir las percepciones extrasalariales, los salarios de tramitación, los intereses por demora procesal, así como las indemnizaciones por cualquier tipo de cese<sup>19</sup>.

Finalmente, la jurisdicción social es la competente para declarar la preferencia del crédito salarial<sup>20</sup>; aunque es competente el orden civil en relación con las demandas planteadas por la concurrencia de créditos laborales y tributarios<sup>21</sup>.

#### **2.1.1.2 Privilegio especial refaccionario**

Se refiere a los créditos salariales realizados con cargo a los objetos elaborados por los trabajadores, por lo que no incluye las deudas de naturaleza indemnizatoria. El privilegio existe frente a cualquier otro crédito, aunque esté garantizado por medio de una garantía real.

Esta protección sólo se deriva mientras estos objetos sean propiedad o estén en posesión del empresario. Sin embargo, existen graves problemas en casos de mera posesión, sobre todo en lo relativo a la propiedad del tercero, por lo que, en aplicación del art. 1911 Código Civil (Cc), los bienes han de estar siempre en manos del empresario deudor y de su propiedad, o en manos de un tercero, pero sin que la propiedad del empresario haya sido transmitida.

No existe ningún límite cuantitativo ni temporal de estos créditos.

Hay que entender incluidos todo tipo de bienes, aunque claramente se pueden considerar sólo los bienes muebles porque en la legislación anterior se refería también a los inmuebles y en la actualidad tal referencia expresa ha desaparecido<sup>22</sup>.

En todo caso, la finalidad de esta regulación consiste en impedir fraudes basados en la connivencia entre el empresario y clientes, bien sean reales o ficticios, que por ejemplo hayan

---

19 VLEX ESPAÑA. STS 20 de diciembre de 1988. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

20 VLEX ESPAÑA. STS 23 de marzo de 1988. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

21 VLEX ESPAÑA. STS 13 de abril de 1998. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

22 VLEX ESPAÑA. STS 17 de noviembre de 1997. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

realizado compras y éstas no hayan sido pagadas, con independencia de cuál haya sido la finalidad de esta transacción no realizada.

### **2.1.1.3 Privilegio general ordinario**

Se incluye el resto de los créditos por salarios, y por tanto los que no hayan quedado protegidos en los otros supuestos, tendrán la consideración de singularmente privilegiados y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto aquellos créditos con derecho real y los supuestos establecidos por la ley, entre los que hay que citar la hipoteca mobiliaria, la anticresis o las hipotecas navales.

No se incluyen en este grupo de preferencia los créditos asegurados con una anotación preventiva de embargo, ya que dicha anotación no otorga al crédito ningún derecho real<sup>23</sup>, el crédito bancario con garantía personal documentado en póliza intervenida<sup>24</sup> o la hipoteca naval<sup>25</sup>.

Se incluyen, no sólo los salarios, sino también:

- ✓ Las indemnizaciones derivadas de despido disciplinario, extinción del contrato por causas objetivas, despido colectivo o resolución del contrato a instancias del trabajador por incumplimiento del empresario<sup>26</sup>, en la cuantía correspondiente al mínimo legal.
- ✓ Los salarios de tramitación<sup>27</sup>.
- ✓ Las prestaciones de la Seguridad Social.

Esta preferencia se da respecto al total de los créditos de los trabajadores, con el límite de una cantidad igual al triple del SMI, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, multiplicado por el número de días de salario pendientes de pago.

Ha de existir concurrencia de créditos sobre bienes del empresario.

---

23 VLEX ESPAÑA. STS 1 de febrero de 1994. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

24 VLEX ESPAÑA. STS 29 de marzo de 2007. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

25 VLEX ESPAÑA. STS 22 de mayo de 1989. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

26 STS Sala Civil Acuerdo 2/2006, de 18 de diciembre.

27 VLEX ESPAÑA. STS 27 de julio de 1988 y STS 7 de julio de 1994. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>



La jurisdicción competente será la social y la tramitación de un procedimiento concursal no suspende las acciones que puedan realizar los trabajadores para el cobro de los créditos que tengan pendientes de cobro, según el art. 32.5 ET.

Los acreedores tienen un plazo de un año para reclamar sus deudas, que empezará a contar desde el momento en que debieran percibirse los salarios, o en caso el resto de las cuantías (art. 32.4 ET).

En todo caso, el privilegio salarial sobre derechos garantizados con hipoteca no se transforma en un derecho hipotecario.

Finalmente, el ejercicio de este derecho privilegiado compete al titular, de manera que la transmisión de un crédito a tercero, le hace perder el carácter de privilegiado y convertirlo en un crédito ordinario y estos privilegios pueden hacerse valer tanto en un procedimiento de ejecución universal, como en un proceso singular de ejecución, por medio de una tercería de mejor derecho.

## **2.1.2 Empresas declaradas en concurso**

Las empresas que no puedan afrontar el pago regular de sus deudas pueden solicitar el concurso de acreedores, cuyo objetivo es la satisfacción ordenada de los créditos de los diversos acreedores y se regula por la Ley 22/2003, de 9 de julio (LC).

El artículo 84.1 LC distingue entre créditos contra la masa y créditos concursales.

### **2.1.2.1 Créditos contra la masa**

En el ámbito laboral son créditos contra la masa los siguientes (art. 84.2 LC):

- ✓ Los créditos por salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, no las percepciones extrasalariales, y en cuantía que no supere el doble del SMI, que se deben abonar de forma inmediata en el momento de la declaración de concurso.
- ✓ Los salarios e indemnizaciones de despido y de extinción de contratos producidos con posterioridad a la declaración de concurso. En todo caso, los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos ordenados por el

juez del concurso se entienden comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento.

Se incluyen la indemnización por despido improcedente a la extinción de una relación laboral acordada con posterioridad de la declaración de concurso por la no readmisión del trabajador y los salarios de tramitación correspondientes a este período posterior, aunque el despido fuera acordado con anterioridad a la declaración del concurso<sup>28</sup>.

- ✓ Los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

Las deudas calificadas como créditos contra la masa se deben ir abonando conforme vayan devengándose, es decir, la empresa tiene que ir pagando estas deudas según vayan surgiendo la obligatoriedad de abono. Por lo tanto, estos créditos serán cobrados, siempre que la empresa tenga dinero, antes que los créditos concursales y sin la necesidad de esperar al informe concursal.

En todo caso, los intereses y recargos de estos créditos se han de considerar como créditos contra la masa<sup>29</sup>.

Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se deben ejercitar ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no pueden iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impide el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento (art. 84.4 LC).

Satisfechas las prestaciones conforme a su normativa específica, el Fondo de Garantía Salarial debe subrogarse en los créditos de los trabajadores con su misma clasificación y en los términos del art. 33 ET (art. 84.5 LC).

### **2.1.2.2 Créditos concursales**

---

28 CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL. STS civil 28 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

29 VLEX ESPAÑA. STS 18 de febrero de 2015. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

En esta categoría, en el ámbito de los créditos laborales se incluyen las siguientes dos categorías.

Créditos con privilegio especial (art. 90.1 LC)

Se incluye a los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado, aunque no se incluye el inmueble que constituye el centro o lugar de trabajo<sup>30</sup>.

El pago de estos créditos se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva (art. 155.1 LC).

Créditos con privilegio general (art. 91 LC)

En este grupo se incluyen los siguientes supuestos:

- ✓ Créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago.
- ✓ Indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI
- ✓ Indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso.
- ✓ Capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado.
- ✓ Recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.
- ✓ Cantidades correspondientes a retenciones de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.
- ✓ Créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial, ni del privilegio general. Este privilegio puede ejercerse para el conjunto de los créditos hasta el 50 % de su importe.
- ✓ Créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

---

30 VLEX ESPAÑA. STS 17 de noviembre de 1997. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, debe atenderse al pago de estos, por el orden establecido en el art. 91 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 156.1 LC).

## **2.2 Inembargabilidad salarial**

El trabajador, en el tráfico jurídico ordinario, puede realizar todo tipo de actos jurídicos y tener deudas, en cuyo caso, y en aplicación del art. 1911 Cc, debe responder con todos sus bienes, presentes y futuros. La ley trata de otorgar a los salarios que percibe el trabajador un especial tratamiento en el supuesto que debido a estas deudas se decretará el embargo de sus bienes. La regulación esta materia se halla en el art. 27.2 ET y en art. 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Se trata de una protección del salario frente a los acreedores del propio trabajador y consiste en dos tipos de protección, según varíen los tramos de salarios.

### **2.2.1 Inembargabilidad absoluta**

El principio general es que es inembargable el salario que percibe el trabajador hasta una cuantía igual al SMI neto, la indemnización equivalente a esta cuantía o los instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión, según el art. 607 LEC y art. 27.2 ET.

Esta inembargabilidad absoluta tiene una excepción que consiste en que cuando el embargo o retención tenga por objeto el pago de alimentos debidos al cónyuge o a los hijos en virtud de resolución de los tribunales en procesos de nulidad o separación matrimonial, divorcio o de alimentos. En estos casos, el juez, por supuesto, determinará la cantidad a cobrar.

### **2.2.2 Inembargabilidad relativa**

Los salarios percibidos por el trabajador que superen esta primera cuantía serán embargables para poder responder de las deudas contraídas, según una tabla regulada en el

art. 607 LEC<sup>31</sup>, y que varía según las cuantías de salario mínimo interprofesional en que puede dividirse el salario del trabajador.

<b>Salario mínimo interprofesional</b>	<b>Porcentaje embargable</b>
Hasta el segundo salario mínimo interprofesional	30%
Hasta el tercer salario mínimo interprofesional	50%
Hasta el cuarto salario mínimo interprofesional	60%
Hasta el quinto salario mínimo interprofesional	75%
Hasta el sexto salario mínimo interprofesional y a partir de éste	90%

El orden de los correspondientes embargos se realizará siguiendo las normas reguladas en el art. 592 LEC.

Si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución, el secretario judicial responsable de la ejecución embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado.

Si por las circunstancias de la ejecución resultase imposible o muy difícil la aplicación de estos criterios, los bienes se embargarán por el siguiente orden: el dinero en efectivo o el que se encuentre en cuentas corrientes, los créditos y derechos realizables, así como títulos, valores y otros instrumentos financieros, las joyas y objeto de arte, las rentas en dinero, los intereses, rentas y frutos, los bienes muebles, los bienes inmuebles, y finalmente, los sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.

Finalmente, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, elevó los señalados límites en el caso de deudores hipotecarios cuando el precio obtenido en la venta de la vivienda habitual en el proceso de ejecución hipotecaria no hubiera sido suficiente para cubrir el crédito hipotecario.

Así, incrementó la cantidad inembargable establecida en el art. 607 LEC en un 50 % y además en otro 30 % del SMI por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A

---

<sup>31</sup> AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el art. 607.2 LEC.

## **2.3 Fondo de Garantía Salarial**

### **2.3.1 Régimen jurídico**

El Fondo de Garantía Salarial se halla en el conjunto de entes institucionales de la Administración que persiguen fines públicos a través de organizaciones diferenciadas de la Administración estatal directa. Se caracteriza por tener una personalidad jurídica derivada, dependiente del Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social.

Su naturaleza jurídica viene definida en el art. 33.1 ET al regular que es un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Ministerio, con personalidad jurídica y capacidad de obrar. Su desarrollo normativo se encuentra en el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo. Respecto a su composición orgánica, la dirección y gobierno corresponde al Consejo Rector y a la Secretaría General, y para la instrucción de los correspondientes expedientes y la realización de las oportunas actuaciones subrogatorias, se constituirán unidades administrativas periféricas integradas en las correspondientes Delegaciones de Gobierno.

El Fondo de Garantía Salarial, para el cumplimiento de sus fines, dispone de varios recursos económicos, entre las que cabe citar las cotizaciones efectuadas por los empresarios que empleen a trabajadores por cuenta ajena. Se trata de las aportaciones que efectúan los empresarios, por medio de las cotizaciones a la Seguridad Social que deben aportar todos los empresarios a que se refiere el artículo 1.2 ET, por los trabajadores por cuenta ajena que tengan a su servicio, vinculados por relación laboral ordinaria.

La cuantía de la aportación resulta de la aplicación de un tipo o porcentaje fijado por el Gobierno a una base de cotización que es la establecida para contingencias de accidente de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el sistema de la Seguridad Social, de acuerdo

con el art. 33.5 ET. El porcentaje que se aplica durante el año 2020 es del 0,2 %, a cargo de la empresa. El ingreso de las aportaciones se efectuará juntamente con las cuotas que corresponda abonar al régimen de la Seguridad Social y en la misma forma prevista para aquéllas.

Pueden ser beneficiarios de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por relación laboral<sup>32</sup>. Si bien respecto a éstos no presenta ningún problema, las relaciones laborales de carácter especial, reguladas en el art. 2 ET, sí que presentan algún tipo de conflicto.

Así, existen relaciones especiales incluidas expresamente, como son los deportistas profesionales y los representantes de comercio, o en los minusválidos; otras, en cambio, no expresa ninguna especificidad, y, por tanto, se deberá acudir a cada uno de los reglamentos que las regulan.

En este colectivo, los mayores conflictos han surgido respecto a la relación especial de alta dirección, en la que los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control, han sido excluidos, según el art. 137.2.e de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Sin embargo, se considera beneficiario de la acción protectora del Fondo el socio minoritario que además es trabajador y consejero delegado de la empresa<sup>33</sup> o tiene poderes mancomunados de gestión societaria<sup>34</sup>.

Finalmente, la relación laboral especial del servicio del hogar familiar ha sido expresamente excluida de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

## **2.3.2 Prestaciones**

### **2.3.2.1 Responsabilidad subsidiaria**

El Fondo de Garantía Salarial asumirá una responsabilidad subsidiaria en los siguientes dos tipos de procedimientos:

- ✓ Concursal o general, de acuerdo con el régimen jurídico regulado en la Ley Concursal.

---

32 VLEX ESPAÑA. STS 27 de noviembre de 1992. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

33 VLEX ESPAÑA. STS 14 de octubre de 1988. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

34 VLEX ESPAÑA. STS 17 de enero de 2000 y STS 18 de septiembre de 2000. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

- ✓ Singular, no sometida a los procedimientos concursales, que derivará normalmente de un procedimiento de ejecución específica, como el procedimiento ejecutivo de la misma jurisdicción social, que, por otra parte, es uno de los que más frecuentemente se derivan peticiones ante el Fondo por parte de los trabajadores.

En este caso, el Fondo de Garantía Salarial sustituirá al empresario obligado y con esta finalidad se producirá una subrogación del Fondo en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando los créditos subrogados el carácter de privilegiados.

A estos efectos, se entiende que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución, no se consiga la satisfacción de los créditos laborales y, produce sus efectos, desde el momento de su reconocimiento<sup>35</sup>.

En cambio, en caso de concurso, la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial no nace con el auto que declara el concurso, sino con el auto que extingue los contratos de trabajo<sup>36</sup>.

Concretamente esta responsabilidad abarca dos tipos de cuantías, ya sean salarios o indemnizaciones.

### **Salarios**

El art. 33.1 ET regula que el Fondo de Garantía Salarial debe abonar a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago, que hayan sido reconocidos tanto en conciliación administrativa<sup>37</sup> como judicial o resolución judicial, añadiendo que, a estos efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1 ET.

Así, se consideran créditos salariales protegidos la totalidad de las percepciones económicas a que tengan derecho los trabajadores reconocidas siempre que retribuyan tanto el trabajo efectivamente realizado como los períodos de descanso computables como de trabajo<sup>38</sup>.

De esta manera cabe incluir los salarios a tiempo, como los destajos, tareas y retribuciones calculadas a la parte; el salario base y todos sus complementos, incluidos los de

---

35 VLEX ESPAÑA. STS 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

36 VLEX ESPAÑA. STS 20 de marzo de 2018. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

37 VLEX ESPAÑA. STS 18 de enero de 2000. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

38 VLEX ESPAÑA. STS 28 de mayo de 1998. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>



vencimiento periódico superior al mes, como por ejemplo las pagas extraordinarias<sup>39</sup>, los complementos en especie; las primas voluntarias y asignaciones de comida a los trabajadores<sup>40</sup>, las bolsas de vacaciones<sup>41</sup>, el plus de ayuda familiar y escolar<sup>42</sup>, el plus de disponibilidad<sup>43</sup>, el plus extrasalarial previsto en convenios colectivos cuando no tiene razón su existencia<sup>44</sup>, el plus de ayuda a la cultura<sup>45</sup>, el plus de mantenimiento, conservación y limpieza de ropa y uniforme<sup>46</sup>, así como las horas extraordinarias, aunque superen el tope legal<sup>47</sup>.

A *sensu contrario*, no están protegidos los supuestos expresamente excluidos del artículo 26.2 ET, como son las prestaciones meramente compensatorias que perciba el trabajador del empresario, con los límites regulados en las normas de cotización, tales como dietas<sup>48</sup>, pluses de distancia<sup>49</sup>, transportes y gastos de locomoción<sup>50</sup>, desplazamientos<sup>51</sup>, quebranto de moneda, desgaste de útiles y herramientas<sup>52</sup>, entre otras.

De la misma manera, tampoco se incluyen las cantidades como las prestaciones de la Seguridad Social, por ejemplo, por incapacidad temporal, prestaciones familiares o servicios asistenciales, que, aun siendo satisfechas por el empresario por el mecanismo del pago delegado, no tienen la naturaleza de salario<sup>53</sup>, el recargo por mora del 10 por 100 de lo adeudado que establece el art. 29.3 ET en los casos de retraso en el pago del salario adeudado, en cuanto que este interés constituye una penalización al empresario, que excede de los límites de cobertura del Fondo previstos, las comisiones que traigan su causa de un contrato de naturaleza mercantil, puesto que ni son salario, ni es trabajador quien las percibe, ni las remuneraciones suplementarias por invenciones del trabajador.

---

39 VLEX ESPAÑA. STS 16 de mayo de 1995. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

40 VLEX ESPAÑA. STS 10 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

41 VLEX ESPAÑA. STS 25 de octubre de 1990. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

42 VLEX ESPAÑA. STS 4 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

43 VLEX ESPAÑA. STS 11 de octubre de 1994. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

44 VLEX ESPAÑA. STS 4 de mayo de 1992. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

45 VLEX ESPAÑA. STS 30 de diciembre de 1991. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

46 VLEX ESPAÑA. STS 6 de mayo de 1995. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

47 VLEX ESPAÑA. STS 29 de noviembre de 2006. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

48 VLEX ESPAÑA. STS 4 de mayo de 1991. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

49 VLEX ESPAÑA. STS 31 de mayo de 2002. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

50 VLEX ESPAÑA. STS 14 de febrero de 1996. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

51 VLEX ESPAÑA. STS 16 de abril de 1996. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

52 VLEX ESPAÑA. STS 11 de octubre de 1994. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

53 VLEX ESPAÑA. STS 25 de octubre de 1990. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

### **Salarios de tramitación**

Se considera crédito salarial protegido a los efectos del Fondo de Garantía Salarial las percepciones económicas derivadas del artículo 56 del ET y del art. 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denominadas salarios de tramitación, causados en un procedimiento por despido, ya sea que se hayan pactado en conciliación administrativa o judicial<sup>54</sup> o cuando se haya dictado sentencia del juez social declarando la improcedencia o nulidad de este<sup>55</sup>.

Sin embargo, el Fondo de Garantía Salarial no va a hacerse cargo del total de estas cuantías, sino que se tendrá en cuenta la limitación establecida en el artículo 56.5 ET. Limitación que hace referencia a la cuantía máxima de los salarios de tramitación de que deba responder el empresario en los procedimientos por despido, cuando éste haya sido declarado improcedente<sup>56</sup>.

El empresario es responsable únicamente hasta el límite de noventa días hábiles de salario, computados desde la fecha de interposición de la demanda judicial, aun cuando la sentencia de la jurisdicción se dicte transcurrido dicho plazo, en cuyo caso, el exceso, corre de cuenta del Estado.

El Fondo de Garantía Salarial que, en estos casos responde únicamente ante la insolvencia del empresario, no puede extender su cobertura más allá de las responsabilidades empresariales, que, por ministerio legal viene a sustituir; y ello por supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad directa del Estado en estos casos, por los salarios de tramitación que excedan estos límites.

### **Límite del abono**

El Fondo no se hará cargo del total de dichas cantidades, sino que como se regula en el segundo párrafo del 33.1 ET, abonará una cantidad que, por uno y otro concepto, conjunta o separadamente, no puede suponer un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 120 días.

---

54 VLEX ESPAÑA. STS 16 de abril de 2013. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

55 VLEX ESPAÑA. STS 13 de octubre de 1995. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

56 VLEX ESPAÑA. STS 22 de diciembre de 1998. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

Hay que tener en cuenta que, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial, este límite del doble del SMI se reduce en igual porcentaje que la jornada de trabajo<sup>57</sup>.

### **Indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo**

El Fondo de Garantía Salarial, según el art. 33.2 ET, en los casos de insolvencia o concurso, abonará las indemnizaciones reconocidas a causa de despido disciplinario, en el caso de extinción del contrato por parte del trabajador por no aceptar la decisión del traslado, según el art. 40.1 ET, si el trabajador rescinde su contrato por entenderse perjudicado por la modificación sustancial, conforme al art. 41.3 ET<sup>58</sup>, extinción de los contratos por incumplimiento de las obligaciones del empresario (art. 50 ET), despido colectivo (art. 51 ET), extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (art. 52 ET)<sup>59</sup>, extinción de contratos conforme a la Ley Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan<sup>60</sup>.

En estos casos se considera indemnización las cantidades reconocidas a favor de los trabajadores como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a estos supuestos.

Por lo tanto, no abona indemnizaciones acordadas en conciliación extrajudicial<sup>61</sup>; pero sí responde si la indemnización se fija en auto dictado en ejecución de un acuerdo conciliatorio, por el que se declara extinguida la relación laboral ante el incumplimiento del empresario del compromiso por readmisión al que llegaron las partes en conciliación<sup>62</sup>.

En cambio, no generarán derecho a la prestación, el cese voluntario del trabajador ya que entiende que podría dar lugar al fraude de ley, cuando deriva del incumplimiento del preaviso del empresario en los contratos de duración determinada superior a un año, del art.

---

57 VLEX ESPAÑA. **STS 20 de junio de 2017** y **STS 23 de enero de 2018**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

58 En ambos casos por aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2018 (C-57-17, Checa Honrado). (INFOCURIA JURISPRUDENCIA. **C-57/17 – Checa Honrado**. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=c-57%252F17&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=14788412>)

59 VLEX ESPAÑA. **STS 10 de diciembre de 2013**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

60 VLEX ESPAÑA. **STS 15 de junio de 2015** y **STS 4 de octubre de 2016**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

61 VLEX ESPAÑA. **STS 12 de diciembre de 2018**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

62 VLEX ESPAÑA. **STS 1 de junio de 1999** y **STS 23 de marzo de 2000**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

49.1.c) ET, así como si se trata de una indemnización regulada en el convenio colectivo de la construcción por terminación de obra<sup>63</sup> o cualquier mejora sobre la cuantía legal de la indemnización<sup>64</sup>.

El Fondo no será responsable del total de la indemnización adeudada a los trabajadores, sino que, por motivos de subsistencia económica, se establece unas limitaciones que determinarán los máximos a pagar por el empresario.

De acuerdo con el art. 33.2 ET, se establece una diferencia según la modalidad de despido. Así, respecto al despido y extinción del contrato conforme al art. 50 ET, el Fondo abonará una indemnización cuya cuantía se calculará a razón de 30 días de salario por año trabajado. En el resto de los supuestos, se determina un período de 20 días de salario. Existe sin embargo un supuesto intermedio, derivado de la extinción de los contratos de trabajo en los casos que la empresa atraviese una situación de crisis y resuelva los contratos sin instar el correspondiente expediente de regulación de empleo, la indemnización también deberá calcularse a razón de 25 días<sup>65</sup>.

El salario base de cálculo será el que realmente acredite percibir el trabajador, salvo que exceda del doble del SMI incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, en cuyo caso se aplicará esta cifra<sup>66</sup>. En este punto los problemas más comunes han consistido en empresas que han pactado en convenios colectivos de ámbito de empresa, salarios superiores a los convenios de ámbito superior, en fechas relativamente cercanas a la declaración de solicitud de las indemnizaciones del Fondo<sup>67</sup>.

Finalmente, en todos los supuestos, el límite máximo será de una anualidad.

### **2.3.2.2 Responsabilidad directa**

Además, el Fondo de Garantía Salarial presenta una responsabilidad directa, de manera que no es preciso acreditar la situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario, puesto que el Fondo no tendrá derecho de subrogación, en dos supuestos<sup>68</sup>.

---

63 VLEX ESPAÑA. STS 16 de octubre de 2013. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

64 VLEX ESPAÑA. STS 4 de octubre de 2016, STS 18 de septiembre de 2017 y STS 15 de febrero de 2018. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

65 VLEX ESPAÑA. STS 15 de julio de 1991. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

66 VLEX ESPAÑA. STS 11 de junio de 1998. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

67 VLEX ESPAÑA. STS 27 de julio de 1993. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

68 VLEX ESPAÑA. STS 12 de diciembre de 1992. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

### **Fuerza mayor con exoneración del empresario**

En el supuesto de indemnizaciones reconocidas por la extinción de contratos por fuerza mayor, el Fondo de Garantía Salarial abonará la totalidad o parte de las indemnizaciones legales, siempre que la resolución de la autoridad laboral acuerde expresamente la exoneración del empresario, sin perjuicio del derecho del Fondo a resarcirse del mismo, conforme al art. 51.7 *in fine* ET<sup>69</sup>.

Asimismo, el Fondo de Garantía Salarial prestará a la institución de garantía competente la colaboración que le sea requerida en relación con su intervención en el procedimiento y con el reembolso de las cantidades abonadas a los trabajadores.

### **Extinción de contratos derivados del art. 64 LC**

En los procedimientos concursales, según el art. 33.3 ET, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores.

El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente.

A los efectos del abono por el Fondo de Garantía Salarial de las cantidades que resulten reconocidas a favor de los trabajadores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes.

Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa en los casos legalmente establecidos, el reconocimiento del derecho a la prestación exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores<sup>70</sup> o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo, sin perjuicio de la obligación de aquellos de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida.

Las indemnizaciones que se deban abonar a cargo del Fondo de Garantía Salarial, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de 20 días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario

---

69 VLEX ESPAÑA. STS 16 de junio de 2008. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

70 VLEX ESPAÑA. STS 25 de mayo de 2015. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

En el supuesto de que los trabajadores perceptores de estas indemnizaciones solicitaran del Fondo el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquellos.

### **2.3.2.3 Actuación del Fondo en supuestos de transnacionalidad**

El Fondo de Garantía Salarial también dispensará la protección que le corresponde en relación con los créditos impagados de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España, cuando concurren, conjuntamente, las siguientes circunstancias:

- ✓ Que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario en un Estado miembro distinto de España, previsto por sus disposiciones legales y administrativas, que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar.
- ✓ Que se acredite que la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, ha decidido la apertura del procedimiento; o bien que ha comprobado el cierre definitivo de la empresa o el centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

Cuando la protección de los créditos impagados corresponda al Fondo de Garantía Salarial, solicitará información de la institución de garantía del Estado miembro en el que se tramite el procedimiento colectivo de insolvencia sobre los créditos pendientes de pago de los trabajadores y sobre los satisfechos por dicha institución de garantía y pedirá su colaboración para garantizar que las cantidades abonadas a los trabajadores sean tenidas en cuenta en el procedimiento, así como para conseguir el reembolso de dichas cantidades.

Finalmente, en el supuesto de procedimiento concursal solicitado en España en relación con una empresa con actividad en el territorio de al menos otro Estado miembro de la

unión Europea, además de España, el Fondo de Garantía Salarial estará obligado a proporcionar información a la institución de garantía del Estado en cuyo territorio los trabajadores de la empresa en estado de insolvencia hayan ejercido o ejerzan habitualmente su trabajo, en particular, poniendo en su conocimiento los créditos pendientes de pago de los trabajadores, así como los satisfechos por el propio Fondo de Garantía Salarial.

### **3 BIBLIOGRAFÍA**

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL. **STS civil 28 de junio de 2017**. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

INFOCURIA JURISPRUDENCIA. **C-57/17 – Checa Honrado**. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=c-57%252F17&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=es&avg=&cid=14788412>

VLEX ESPAÑA. **Sentencia de la sala social del Tribunal Supremo (STS) 25 de octubre de 1988**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 2 de noviembre de 1989**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 19 de junio de 1995**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 20 de mayo de 1992**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 22 de enero de 2004**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 7 de marzo de 1997**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 21 de noviembre de 1997**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 17 de septiembre de 2002**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 17 de diciembre de 1996**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 28 de octubre de 1999**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 7 de julio de 1999**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 31 de enero de 2001**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 12 de febrero de 1996**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 20 de diciembre de 1994**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 24 de noviembre de 1997**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 6 de octubre de 1995**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 19 de julio de 1990**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 18 de marzo de 1999**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 20 de diciembre de 1988**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 23 de marzo de 1988**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 13 de abril de 1998**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 17 de noviembre de 1997**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 1 de febrero de 1994**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 29 de marzo de 2007**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 22 de mayo de 1989**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 7 de julio de 1994**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 27 de julio de 1988**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 18 de febrero de 2015**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 17 de noviembre de 1997**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 27 de noviembre de 1992**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 14 de octubre de 1988**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 17 de enero de 2000**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 18 de septiembre de 2000**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 12 de diciembre de 2017**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 20 de marzo de 2018**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 18 de enero de 2000**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 28 de mayo de 1998**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>



VLEX ESPAÑA. **STS 16 de mayo de 1995**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 10 de noviembre de 1989**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 25 de octubre de 1990**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 4 de noviembre de 1988**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 11 de octubre de 1994**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 4 de mayo de 1992**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 30 de diciembre de 1991**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 6 de mayo de 1995**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 29 de noviembre de 2006**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 4 de mayo de 1991**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 31 de mayo de 2002**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 14 de febrero de 1996**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 16 de abril de 1996**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 11 de octubre de 1994**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 25 de octubre de 1990**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 16 de abril de 2013**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 13 de octubre de 1995**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 22 de diciembre de 1998**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 20 de junio de 2017**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 23 de enero de 2018**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 10 de diciembre de 2013**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 15 de junio de 2015**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 4 de octubre de 2016**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 12 de diciembre de 2018**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 1 de junio de 1999**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 23 de marzo de 2000**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 16 de octubre de 2013**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 15 de febrero de 2018**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 4 de octubre de 2016**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 18 de septiembre de 2017**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 15 de julio de 1991**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 11 de junio de 1998**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 27 de julio de 1993**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 12 de diciembre de 1992**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 16 de junio de 2008**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

VLEX ESPAÑA. **STS 25 de mayo de 2015**. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/>

# PENOSIDADE NO TRABALHO: HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA E VETORES PARA UMA SISTEMATIZAÇÃO NORMATIVA

## PENOSITY AT WORK: INCIDENCE HYPOTHESES AND VECTORS FOR A NORMATIVE SYSTEMATIZATION

Homero Batista Mateus da Silva<sup>1</sup>  
Gianítalo Germani<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo chama a atenção para o incômodo limbo legislativo em que se encontra, no Brasil, o trabalho penoso, muito embora elevado ao patamar constitucional em 1988 e esteja historicamente presente na normatividade da Organização Internacional do Trabalho. Destaca-se a ausência de regulamentação e de parâmetros sobre a penosidade do ambiente de trabalho. Exceto por normas esparsas e embrionárias, a legislação brasileira é insuficiente quanto aos princípios e às singularidades que deveriam nortear o exercício das atividades extenuantes, assim entendidas aquelas com desgaste físico e mental particularmente intensos e outras atividades de grau elevado de sofrimento humano. Neste artigo são sugeridos quatro vetores para essa sistematização normativa: peso, sobrecarga, pausas e redução de jornada. O estudo utiliza-se do método dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica, revisão de doutrina, periódicos, artigos científicos e legislação.

**Palavras-chave:** Penosidade. Adicional de penosidade. Trabalho penoso. Trabalho do menor. Ergonomia.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Etimologia e Conceituação do Instituto. 3. Sistemática de Remuneração. 4. Vetores da Penosidade. 5.1. Peso. 5.2. Sobrecarga. 5.3. Pausas. 5.4. Redução da Jornada. 6. Conclusão. 7. Referências.

**Abstract:** This article draws attention to the uncomfortable legislative limb in which drudgery is found in Brazil, although elevated to the constitutional level in 1988 and historically present in the norms of the International Labor Organization. The absence of regulations and parameters on the hardship of the work environment is highlighted. Except for sparse and embryonic rules, Brazilian legislation is insufficient as to the principles and singularities that should guide the exercise of strenuous activities, thus understood those with particularly intense physical and mental wear and out activities with a high degree of human suffering. In this article, four vectors are suggested for this normative systematization: weight, overload, breaks and reduced working hours. The study uses the deductive method through bibliographic research, doctrine review, periodicals, scientific articles and legislation.

**Keywords:** Penosity. Additional pain. Drudgery. Minor's work. Ergonomics.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Etymology and Conceptualization of the Institute. 3. Compensation System. 4. Penance vectors. 5.1. Weight. 5.2. Overload. 5.3. Pauses. 5.4. Journey Reduction. 6. Conclusion. 7. References.

---

Artigo enviado em 09/06/2020

Artigo aprovado em 25/08/2020

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo. Professor de graduação, especialização, mestrado e doutorado de direito do trabalho e seguridade social na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e na graduação da Faculdade de Economia, Administração de Empresas, Ciências Contábeis e Cálculos Atuariais - FEA. Juiz do Trabalho, titular da 88ª Vara de São Paulo. Juiz auxiliar da Vice-Presidência do TST (2020/2022).

<sup>2</sup> Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo – USP. Advogado.

RDRST, Brasília, Volume 6, n. 1, 2020, p 203-214, Jan-Abr/2020

## 1 INTRODUÇÃO

O inciso XXIII do artigo 7º da Constituição de 1988 trata de três espécies de “adicional de remuneração” para os agravos à saúde: um para as atividades insalubres, outro para as perigosas, o terceiro para as atividades penosas, todos “na forma da lei” (BRASIL: 1988).

Os adicionais de insalubridade e de periculosidade encontraram campo fértil na praxe das relações de trabalho pátrias, cumprindo algum papel entre o incentivo à prevenção e a mera conversão em salário. De certo é que ambos têm expressiva previsão na legislação e na jurisprudência.

Ao adicional de penosidade, com o mesmo assento constitucional, foi reservado o limbo legislativo infraconstitucional<sup>3</sup> e jurisprudencial<sup>4</sup>. A doutrina é praticamente pacífica quanto a sua inaplicabilidade imediata por falta de lei regulamentadora (DELGADO: 2016, p. 841; SILVA: 2017, p. 201, com menção contrária em LOBO, 2015, p. 130 e ss). Em paralelo, o trabalho penoso conta com previsão expressa há décadas na normatividade da Organização Internacional do Trabalho.

No presente trabalho abordamos esse problema-pergunta: o silêncio legislativo infraconstitucional brasileiro é consentâneo com a realidade, ao ponto de justificar tratamento diferenciado em relação aos outros dois adicionais (insalubridade e periculosidade) do inciso XXIII do art. 7º da Constituição da República?

Trabalhamos com a hipótese de que a ideia de penosidade – melhor dizer, a penosidade como característica de determinados misteres – não deixa de ser, malgrado o silêncio do legislador infraconstitucional, uma realidade cotidiana que demanda melhor atenção.

Como metodologia de busca da resposta, efetuamos pesquisa bibliográfica e consolidação de dados empíricos coletados na práxis laboral.

Ao cabo, para a uma primeira ideia dos campos de aplicação do conceito de trabalho penoso e visando a uma futura sistematização normativa, sugerimos quatro vetores de análise do ambiente de trabalho: peso, sobrecarga, pausas e redução de jornada.

---

<sup>3</sup> Com exceção da previsão na Lei 8.112/90 (Servidores Públicos Federais), cujo art. 71 diz que “o adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento” (BRASIL, 1990). No entanto, trata-se de dispositivo aplicável somente aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e que traz, pela sua própria definição, um campo de aplicação diverso daquele que tratamos aqui.

<sup>4</sup> Com exceção do debate acerca da validade do regramento interno do empregador que, por um lado, institui um adicional de penosidade e, por outro, veda sua cumulação com o de insalubridade previsto em lei (FACCIOLI e RAVENA; 2019, p. 388-392), bem assim de decisões esparsas acenando ao neoconstitucionalismo para dizer autoaplicável o inciso XXIII do art. 7º da Constituição em sua integralidade, mesmo sem previsão do adicional de penosidade em lei (LOBO, 2015, p. 131-132).

## 2 ETIMOLOGIA E CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO

O nome do instituto não ajuda a sua boa fama. Penosidade remete a penalidade – a duras penas – e se associa à conhecida etimologia da palavra “trabalho” – de *tripalium*, instrumento medieval de tortura –, já há muito vencida pela história como algo inerentemente negativo.

O léxico pátrio, hoje, embora também associe a ideia de penosidade com sacrifício e tormenta, toma-a como sinônima de expressões mais leves ao imaginário: difícil, árduo (SACCONI: 2010, p. 1570). Mas trabalho difícil ou trabalho árduo não são expressões que dão conta da especialidade que faz com que a penosidade tenha ganho, embora fugindo de sua origem associada a pena, assento constitucional entre as condições que ameaçam o bem maior da vida (insalubres) ou a própria vida (perigosas).

Em outras línguas ganhou uma origem mais fiel – o inglês *hazardous labour* vem do francês *hasard* e do árabe *sahr*, remetendo ao que em português traduziríamos melhor, então, como o trabalho cuja execução carrega algum tipo de azar.

Mas não é um tema que comporte a ideia poética da sorte ou destino. Especialmente *árduo*, ou até *perverso*, o que se está a tratar é de trabalho que leva à exaustão, física ou mental. Estudos de saúde coletiva abordam a temática a partir do fator intensidade (PINA e STOTZ: 2014, p. 153), indistintamente física ou mental. Pensamos que essa é uma característica do trabalho penoso, mas não a única.

Congregando as diversas variantes, chegamos à definição que aqui melhor nos aproveita: trabalho penoso é o que leva a um desgaste físico ou mental particularmente intenso, ou que é executado com grau elevado de sofrimento humano, em especial o que leva à exaustão.

Nos tópicos seguintes trataremos de hipóteses práticas que potencialmente reclamariam sua aplicação, além de algumas peculiaridades da legislação nacional que tangencia o tema.

## 3 PENOSIDADE APLICADA AO TRABALHADOR MENOR

Referimos que o adicional de penosidade encontra previsão expressa no inciso XXIII do artigo 7º da Constituição. Lá está assim:

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Já o inciso XXXIII do mesmo artigo constitucional, ao proteger o menor de 18 anos, diz:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Nada dizendo sobre o trabalho penoso citado dez incisos antes, estará o silêncio constitucional permitindo o trabalho penoso do menor?

O deslize – vamos dizer assim – da Constituição de 1988 precisa ser lido a partir dos tratados da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema ratificados pelo Brasil. A Convenção 138<sup>5</sup>, de 1973, sobre idade mínima de admissão ao emprego, é a norma básica do trabalho infantil no âmbito internacional e traça parâmetros de idade com certa margem de discricionariedade para os países convenientes (OIT: 1973). Adotada 26 anos depois, a Convenção 182, mais conhecida simplesmente como tratado das piores formas de trabalho infantil, é a norma internacional pela qual os países convenientes, incluso o Brasil<sup>6</sup>, se comprometem a vedar o trabalho infanto-juvenil penoso (OIT: 1999).

A Convenção 182 não lista, com pretensão universalizante, as tais piores formas de trabalho infantil, tarefa que cabe a cada país signatário segundo sua realidade. O Brasil assinou o tratado sem elaborar uma lista, o que foi suprido por muitos anos com o artigo 405 da CLT – com suas referências evidentemente datadas a trabalho “em teatros de revistas, cinemas, cassinos, cabarés, dancings, cafés-concertos e estabelecimentos análogos” – e cujo inciso I, acrescido em 1967, se refere a um quadro dos trabalhos perigosos ou insalubres, mas não penosos.

Suprindo essa lacuna, em 2008 foi publicado no País o Decreto 6.481 – Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, ou lista TIP –, com 93 atividades vedadas aos menores (BRASIL: 2008). O trabalho doméstico, por exemplo, citado expressamente no artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar 150/2015 (BRASIL: 2015), já era vedado aos menores desde pelo menos o Decreto 6.481 citado.

A Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, em sua versão nacional, enfrenta as vedações de trabalho penoso dos menores em quatro eixos:

- i. todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, o que inclui a venda e o tráfico de crianças ou adolescentes, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado e recrutamento forçado para conflitos armados;
- ii. a utilização, a demanda e a oferta de pessoas com menos de 18 anos para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas;

---

<sup>5</sup> Adotada pelo Brasil por meio do Decreto 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, atualmente Decreto 10.088, de 5 de novembro de 2019, Anexo LXX.

<sup>6</sup> Adotada por meio do Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000, atualmente Decreto 10.088, de 5 de novembro de 2019, Anexo LXVIII.

- iii. a utilização ou o recrutamento e a oferta de crianças e adolescentes para atividades ilícitas, especialmente a produção e o tráfico de drogas;
- iv. trabalhos que possam prejudicar a saúde, a segurança e a moral das crianças ou adolescentes.

#### **4 SISTEMÁTICA DE REMUNERAÇÃO**

Vozes respeitáveis defendem a remuneração adicional do trabalho em condições adversas à vida (pelo adicional de periculosidade) e à saúde (pelo adicional de insalubridade) como uma opção válida para o controle dessas adversidades. Vigoraria a ideia de que o trabalho mais caro nessas condições desestimula o empregador a aceitá-las, o que equivaleria a dizer, então, que estimula a prevenção.

Aqui não vamos nos dedicar a esse debate, mas uma ressalva é devida: se a taxação do trabalho mais caro estimula a prevenção, não o fará – ou o fará pouco – com 10 ou 20% do salário mínimo. Não raro, é certo, representa um adicional que faz diferença no orçamento doméstico – o que explica a ousadia de se argumentar, aqui e ali, que o trabalho em condições insalubres ou perigosas é do interesse do trabalhador, atento mais ao alívio financeiro imediato que ao risco à saúde ou à vida do prazo mais longo.

Mas é certo também que a perversão desse sistema habita em uma massa salarial baixa, é dizer, na capacidade de um percentual do salário mínimo incrementar – ou a falta dele representar a quebra de – um orçamento doméstico, e não em uma tendência ignóbil dos trabalhadores que de bom grado trocariam sua saúde por dinheiro.

A virtude reside em tirar ou ao menos mitigar a fonte agressiva em vez de transformar o agravo em bônus salarial.

De certo é que o trabalho penoso, mesmo não contemplado com um adicional especificamente a ele vinculado, tal como o trabalho insalubre e o perigoso, não deixa, por isso, de estar no dia a dia da realidade nacional.

O corte de cana por tonelada ou a digitação por número de toques, para ficarmos em dois exemplos, são trabalhos que envolvem o conceito de penosidade. São realidades que não se resumem a estabelecer-se um conceito de metas factíveis. Não por outra razão, em um caso específico, a Orientação Jurisprudencial 235<sup>7</sup> da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho ganhou

---

<sup>7</sup> 235. HORAS EXTRAS. SALÁRIO POR PRODUÇÃO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) - Res. 182/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012. O empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada tem direito à percepção apenas do adicional de horas extras, exceto no caso do empregado cortador de cana, a quem é devido o pagamento das horas extras e do adicional respectivo.

uma vírgula para estabelecer uma exceção: todos os trabalhadores por produção, ao atuarem em horas extras, ganham apenas o adicional, e não as horas extras em si, *exceto os cortadores de cana*, que ganham ambos.

A exceção não tem outra explicação senão a penosidade desse trabalho. Mas não seria desarrazoado estender-se a *ratio* dessa ressalva da OJ 235 para outras atividades igualmente penosas. O ganho por quilo, tonelada ou metro cúbico, na medida em que permite ao trabalhador jogar com sua exaustão física pelo retorno do ganho financeiro imediato – chame-se de ganância ou sobrevivência –, atrai esse raciocínio.

## **5 VETORES DA PENOSIDADE**

A ideia de penosidade perpassa diversas atividades, como os exemplos dados anteriormente deixam claro. Se e quando o conceito de atividade penosa vier a ser elaborado para efeito de regulamentação na forma prometida pelo inciso XXIII do artigo 7º da Constituição, fará melhor em evitar a listagem simplória de atividades.

Sugerimos a classificação da penosidade no trabalho segundo quatro vetores: i. peso; ii. sobrecarga; iii. pausas; iv. redução da jornada.

Dedicamos algumas ideias a cada um deles.

### **5.1 PESO**

A sobrecarga de peso é uma fonte de penosidade contemplada expressamente na Convenção 127 da OIT, porém em termos suficientemente genéricos para que cada país dê números a sua realidade (OIT: 1967). A CLT, no artigo 198, em redação contemporânea da implementação das Normas Regulamentadoras (1977), diz que o peso máximo que um empregado (homem e maior de idade) pode remover individualmente é de 60 quilos (BRASIL: 1943). A NR 11, regulamentação anexa à CLT, complementa com um limite de distância percorrida com esse peso – 60 metros. Mas por quanto tempo um trabalhador transporta, continuamente, 60 quilos por vários metros? É possível fazê-lo por 8 horas?

As mesmas perguntas valem para o trabalho da mulher (25 quilos quando o transporte do peso é ocasional, ou 20 quilos quando contínuo – artigo 390 da CLT) e para o trabalho de crianças e adolescentes, às quais se aplicam os mesmos limites do trabalho da mulher (CLT, artigo 405, parágrafo 5º) mas para quem a Convenção 182 da OIT e o Decreto 6.481 reduziram o peso



transportável a 15 quilos (para meninos) e 11 quilos (para meninas) quando do trabalho ocasional, ou 9 e 7 quilos, respectivamente, para o trabalho contínuo.

O fundamento desses limites todos não é outro senão a ideia de penosidade do trabalho pesado.

## **5.2 SOBRECARGA**

O conceito de sobrecarga veio substituir, no uso comum da praxe judiciária, as expressões LER (lesões por esforços repetitivos) e DORT (distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho).

Consiste na concentração em uma determinada parte do corpo de quantidade significativa da energia empregada no trabalho – ou mais de 30 segundos ininterruptos, ou mais de 50% da jornada.

A repetição de movimentos não é da natureza humana. A depender da intensidade com que ocorre, desembocará igualmente na ideia de penosidade.

As ciências da saúde têm desenvolvido estudos peculiares com base no vetor da sobrecarga. A odontologia do trabalho, por exemplo, estuda-a através da investigação da formação da arcada dentária. Passa da dezena o número de profissões que de regra levam à perda total da arcada dentária, seja pela absorção de produtos degradantes dos dentes, seja pela pressão que o trabalhador, no esforço físico ou na tensão psíquica, exerce sobre a arcada dentária. Um odontologista do trabalho, por exemplo, apontaria com certa facilidade o profissional que trabalha no policiamento de rua somente pela deformação específica da arcada.

Os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), previstos na Norma Regulamentadora 4, dependendo do seu dimensionamento e do enquadramento das atividades da empresa, poderiam contemplar a presença do odontólogo do trabalho.

## **5.3 PAUSAS**

O tempo escasso é uma fonte potencial de adoecimento de qualquer pessoa – que o digam os habitantes de uma região metropolitana. Não haveria como estar fora desse pequeno grupo de vetores para se pensar a penosidade no trabalho.

O antídoto que se extrai do próprio elemento agressivo é a pausa.

As pausas tradicionais são as de revigoramento, descanso e alimentação entre turnos de trabalho. Menos conhecidas são as pausas obrigatórias para que o trabalho não se caracterize como penoso – como as pausas térmicas do trabalho em fornos, olarias e até dos insuspeitos forneiros de pizzaria. Todas essas atividades estão de alguma forma contempladas no Anexo 3 da Norma Regulamentadora 15, que estabelece limites de tolerância para exposição ao calor.

Outro exemplo de pausa diretamente ligada à saúde é aquela destinada à decompressão do trabalhador hostilizado por cliente da empresa ou terceiro (item 5.4.5 do Anexo II da Norma Regulamentadora 17). A NR a prevê expressamente apenas para o trabalhador em teleatendimento/telemarketing, mas a necessidade de decompressão é realidade generalizada.

Esse vetor lida com circunstâncias até curiosas: os fumantes podem ser menos propensos à incidência de tendinite. Longe de autorizar a ideia de que o cigarro traz algum benefício ao corpo humano, trata-se simplesmente da hipótese de que a pausa para satisfazer o vício – geralmente uma saída do posto e para fora da sala de trabalho – acaba por acarretar necessariamente uma pausa a mais no trabalho repetitivo.

Para além das formas com que os processos produtivos prescrevem e os trabalhadores realizam os tempos de trabalho, a perversão do sistema está na conversão da pausa em dinheiro, uma poupança módica e contínua em troca da saúde exaurida. A pausa de resfriamento do corpo do trabalhador em fornos é tão irreversível – a palavra-chave é essa – quanto a pausa para aleitamento não usufruída pelo bebê e pela nutriz.

## **5.4 REDUÇÃO DA JORNADA**

Por fim, temos a ideia de redução da jornada como uma das variáveis do estudo da penosidade no ambiente de trabalho. Aqui também o elemento de estudo é o tempo, porém mais especificamente no dimensionamento da jornada, ou carga horária diária.

A diminuição da jornada é uma estratégia usada pelo legislador há décadas como praticamente única saída para que determinadas profissões não sejam inevitavelmente associadas a determinadas doenças.

Os exemplos contemplados em lei especial são muitos: ao aeroviário de pista é dado o limite de 6 horas de trabalho desde o Decreto 1.232, de 1962 (BRASIL: 1962); ao ascensorista de elevadores, 6 horas desde a Lei 3.270, de 1957 (BRASIL: 1957); ao bancário do caixa, 6 horas desde bem antes do advento da Consolidação das Leis do Trabalho; ao trabalhador em minas no subsolo, 6 horas desde a redação original da CLT, de 1943.

Por outro lado, há exemplos de profissionais em atividades exaustivas não contemplados pelo alívio da diminuição da jornada – que talvez lhes fosse a única medida mitigadora da penosidade. Os mecânicos manutencistas de caminhões de lixo estão no topo da lista dentre os profissionais com altas taxas de alcoolismo; os trabalhadores na colheita de morangos atuam necessariamente de cócoras, preferencialmente ao meio-dia e em ambiente que atrai animais peçonhentos. A lista dos exemplos, dos curiosos aos engasgantes, talvez não seja pequena.

Em muitos desses casos, embora fosse intuitivo se pensar assim, não é o Direito do Trabalho que capitaneia a mudança. A progressiva eliminação do trabalho do cortador de cana foi impulsionada pelo Direito Ambiental. As limitações do telemarketing tiveram à frente o Direito do Consumidor. Como os manutencistas de caminhão de lixo, são categorias e atividades sem *lobby* e sem organização para reivindicação, talvez por isso esquecidos tanto na promessa de regulamentação do inciso XXIII do artigo 7º da Constituição quanto pelas reformas da legislação trabalhista.

## **6 CONCLUSÃO**

A penosidade constante de determinadas atividades não deixou de ser notada pelo legislador constituinte de 1988, assim como por leis nacionais esparsas e pelas Convenções da OIT. Mas não há uma sistematização de conceitos e parâmetros que a coloque na vitrine em que foram parar os temas correlatos do trabalho insalubre e do trabalho perigoso.

Diferentemente dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, o adicional de penosidade, também previsto no inciso XXIII do art. 7º da Constituição, não recebeu regulamentação infraconstitucional até o momento.

Compilando exemplos de situações em que há trabalho penoso – é dizer, aquele que leva a um desgaste físico ou mental particularmente intenso, ou que é executado com grau elevado de sofrimento humano, em especial o que leva à exaustão –, mostramos que o descaso legislativo não se justifica.

Como contribuição a uma potencial regulamentação do tema, neste artigo sugerimos quatro vetores de estudo e sistematização dos diferentes conceitos de penosidade no trabalho – peso, sobrecarga, pausas e redução de jornada –, mirando que um dia, quiçá, o tema da necessidade de eliminação do trabalho penoso e mesmo alguma forma eventual de remuneração complementar compensatória deixem de alimentar o vasto acervo da lírica constitucional brasileira.

## 7 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcela Seidel; CHECON, Yolanda Paganini. *Adicional de penosidade*. Ciência Jurídica do Trabalho. Belo Horizonte, a. 13, n. 83, p. 207-223, set./out. 2010.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Trabalho penoso e Direito do Trabalho*. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 165-172.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.html)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 1.232, de 22 de junho de 1962*. Regulamenta a profissão de Aeroviário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dcm/dcm1232.htm#:~:text=dc%201232&text=DECRETO%20No%201.232%2C%20DE,Regulamenta%20a%20profiss%C3%A3o%20de%20Aerovi%C3%A1rio.&text=Art%201%C2%BA%20%C3%89%20aerovi%C3%A1rio%20o,de%20Empr%C3%AAsa%20de%20Transportes%20A%C3%A9reos.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm1232.htm#:~:text=dc%201232&text=DECRETO%20No%201.232%2C%20DE,Regulamenta%20a%20profiss%C3%A3o%20de%20Aerovi%C3%A1rio.&text=Art%201%C2%BA%20%C3%89%20aerovi%C3%A1rio%20o,de%20Empr%C3%AAsa%20de%20Transportes%20A%C3%A9reos.)>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008*. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.html)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 10.088, de 05 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.088%2C%20DE%205,pela%20Rep%C3%ABlica%20Federativa%20do%20Brasil.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.088%2C%20DE%205,pela%20Rep%C3%ABlica%20Federativa%20do%20Brasil.)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 3.270, de 30 de setembro de 1957*. Fixa em seis (6) o número de horas de trabalho diário dos cabineiros de elevador e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3270.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.270%2C%20DE%2030,Art.&text=1%C2%BA%20desta%20lei.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3270.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.270%2C%20DE%2030,Art.&text=1%C2%BA%20desta%20lei.)>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar n. 150, de 01 de junho de 2015*. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis n. 8.212, de 24 de julho de 1991, n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e n. 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3. da Lei n. 8.009, de 29 de março

de 1990, o art. 36 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CALVO, Adriana. A busca da efetividade do direito fundamental à proteção do trabalhador no ambiente penoso: reflexões pós-positivistas sobre o adicional de penosidade. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana (assist. coord). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 09-18.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FACCIOLI, Pedro Henrique Godinho; RAVENA, Paula Bueno. *Direito do trabalho na jurisprudência do TST: análise de temas atuais e polêmicos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LOBO, Bárbara Natália Lages. O adicional de penosidade sob a óptica da teoria constitucional contemporânea: a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*. Ano 5, vol. 11, 2015, p. 117-137. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2760/2645>>. Acesso em 15 ago 2020.

MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*. Orientador: Pedro Paulo Teixeira Manus. 2005. 315 p. Tese (Doutorado) - PUC-SP, 2005, São Paulo, PUCSP, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. *Trabalho penoso: prevenção e reparação pelo desgaste sofrido pelo trabalhador*. Direitos humanos e relações sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2018. p. 314-326.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da Lei. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6º a 11): uma homenagem aos 30 anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, p. 262-280.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *C127 – Peso máximo das cargas*. Genebra, 1967. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235578/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235578/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *C138 – Idade mínima para admissão*. Genebra, 1973. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235872/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235872/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *C182 – Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação*. Genebra, 1999. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236696/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

PINA, José Augusto; STOTZ, Eduardo Navarro. Intensificação do trabalho e saúde do

trabalhador: uma abordagem teórica. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*. São Paulo, v. 39, n. 130, p. 150-160, jul./dez. 2014. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0303-76572014000200150&lng=en&nrm=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572014000200150&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 15 ago. 2020.

PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa; SOUSA, Ricardo José Leite de; TRESSE, Vitor Schettino. *A integridade física e psíquica do trabalhador: como reconstruir os requisitos das indenizações de penosidade, insalubridade e periculosidade para além de critérios econômicos. Direito do trabalho nos 25 anos da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 257-284.

SACCONI, Luiz Antonio. *Grande dicionário Sacconi da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 3 [saúde e segurança do trabalho]. p. 201.

# FIM DO EQUILÍBRIO NO SISTEMA DE REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES CAPITAL-TRABALHO NO BRASIL: REFLEXOS PARA O TRABALHADOR E RESISTÊNCIAS POSSÍVEIS.

## END OF BALANCE IN THE SYSTEM FOR REGULATING CAPITAL- WORK RELATIONS IN BRAZIL: REFLECTIONS FOR THE WORKER AND POSSIBLE RESISTANCE.

Amauri Cesar Alves<sup>1</sup>

Lorena Isabella Marques Bagno<sup>2</sup>

Nicolle Gonçalves<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo pretende debater o atual momento do Direito do Trabalho no Brasil, com destaque para as mudanças legislativas que contrariam seu caráter teleológico. O artigo parte de problemas objetivos: se havia até 2016 equilíbrio normativo em relação aos interesses de capital e trabalho, se o presente momento representa sua ruptura e, em caso de respostas positivas, quais são seus reflexos para a classe trabalhadora e as possibilidades de resistência jurídica. A construção teórica se dá principalmente em torno da doutrina de Direito do Trabalho e conta com aportes da História, da Ciência Política e da Sociologia. Possível compreender que o equilíbrio normativo havido desde o início do século XX até 2016 não existe mais e o Direito do Trabalho passa a atuar normativamente em favor dos patrões e em prejuízo aos interesses dos trabalhadores, o que contraria os princípios elementares e as funções do ramo jurídico especializado.

**PALAVRAS-CHAVE:** CLT; Sistema trabalhista; Mudanças legislativas; Resistência.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O equilíbrio entre capital e trabalho no século XX. 2.1. Síntese histórica do Direito do Trabalho no Brasil: a luta de classes e a atuação do Estado. 2.2. Princípios e Funções do Direito do Trabalho. 2.3. Sistema de proteção celetista: vantagens recíprocas e discursos falaciosos do capital. 3. Ruptura institucional pós-2016 e reflexos no Direito do Trabalho. 3.1. O impedimento da Presidenta Dilma Rousseff, as 101 Propostas da CNI para modernização trabalhista e a “Ponte para o Futuro”. 3.2. Alterações normativas principais pós-2016: fundamentos, direção e impactos para o trabalhador. 3.3. Nova hegemonia normativa do capital: possibilidades de resistência jurídica. 4. Conclusão. 5. Referências.

**ABSTRACT:** This article intends to discuss the Labor Law scenario in Brazil, with focus on the legislative changes that contradict its teleological character. The article starts from objective problems: if there was until 2016 normative balance in relation to the interests of capital and work, if the present moment represents its rupture and, in case of positive answers, what are the effects in the working class and the possibilities of legal resistance. The theoretical construction takes place mainly around the doctrine of Labor Law and has contributions from History, Political Science and Sociology. It is possible to understand that the normative balance that existed since the

---

Artigo enviado em 09/06/2020.

Artigo aprovado em 04/07/2020.

1 Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC-Minas. Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (Graduação e Mestrado). Presidente do NDE do DEDIR/UFOP. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da UFOP. Avaliador de Cursos de Graduação em Direito, INEP.

2 Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da UFOP. Advogada em Minas Gerais.

3 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Ouro Preto. Integrante do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho (GEDIT) da UFOP.

RDRST, Brasília, Volume 6, n. 1, 2020, p 215-245, Jan-Abr/2020

beginning of the 20th century until 2016 no longer exists and Labor Law starts to act normatively in favor of employers and in detriment to the interests of workers, which contradicts the elementary principles and functions of the specialized legal profession branch.

**KEYWORDS:** CLT; Labor system; Legislative changes; Resistance.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The balance between capital and labor in the 20th century. 2.1. Historical synthesis of Labor Law in Brazil: the class struggle and the performance of the State. 2.2. Principles and Functions of Labor Law. 2.3. Celetist protection system: reciprocal advantages and capital's fallacious speeches. 3. Institutional rupture post-2016 and reflections on Labor Law. 3.1. The impeachment of President Dilma Rousseff, the 101 CNI Proposals for labor modernization and the "Bridge to the Future". 3.2. Main regulatory changes after 2016: fundamentals, direction and impacts for the worker. 3.3. Capital's new normative hegemony: possibilities of legal resistance. 4. Conclusion. 5. References.

## 1 INTRODUÇÃO.

O presente artigo pretende demonstrar que historicamente o Direito do Trabalho foi caracterizado por ser um sistema jurídico que tinha por pressuposto o equilíbrio entre capital e trabalho, e que tal perfil foi abandonado recentemente, após o impedimento da Presidenta Dilma Rousseff e a ascensão de políticos neoliberais ao poder. O artigo parte de problemas objetivos: se havia até 2016 equilíbrio normativo relacionado aos interesses de capital e trabalho, se o presente momento representa sua ruptura e, em caso de respostas positivas, quais são seus reflexos para a classe trabalhadora e as possibilidades de resistência jurídica. A hipótese é de que o impedimento da Presidenta Dilma Rousseff representa um marco da ruptura do caminho imperativo e protetivo do Direito do Trabalho, que agora segue uma nova perspectiva, de proteção prioritária a uma das partes da relação: o empregador. Em consequência, essa prevalência do capital sobre o trabalho também em âmbito normativo desafia resistência por parte dos trabalhadores, o que aqui será visto do ponto de vista jurídico.

A construção teórica se dá principalmente em torno da doutrina de Direito do Trabalho, mas conta também com aportes da História, da Ciência Política e da Sociologia, especialmente da Sociologia do Trabalho.

Para que seja possível concretizar o que está proposto o artigo se estrutura em dois itens principais. O primeiro busca solucionar o problema relativo à existência ou não, em perspectivas histórica, sociológica e normativa, de equilíbrio entre capital e trabalho em relação aos direitos e obrigações de empregados e empregadores no Brasil até 2016. Para tanto há análise da luta de classes para a formação do Direito do Trabalho, da sua estruturação principiológica no início do século XX e das funções desse ramo jurídico especializado. Em seguida se defende a ideia de que o sistema de proteção celetista foi construído em torno de vantagens recíprocas para os sujeitos contratantes da relação de emprego, muito embora fosse



em sentido contrário o discurso do capital. O segundo item do presente artigo pretende debater a ruptura institucional decorrente do impedimento da Presidenta Dilma Rousseff e as consequências advindas para o Direito do Trabalho. Para tanto, de início há análise do papel dos patrões na ruptura política, com destaque para a CNI, com suas 101 propostas para a modernização trabalhista e para o programa “Ponte para o Futuro”, implementado pelo governo Michel Temer. Segue o item com análise das principais alterações legais promovidas no sistema de proteção trabalhistas implementadas a partir de 2017, para que seja possível, ao final, demonstrar que há uma nova hegemonia normativa do capital sobre o trabalho, o que certamente desafiará resistências, com destaque, aqui, para as de cunho jurídico.

## 2 O EQUILÍBRIO ENTRE CAPITAL E TRABALHO NO SÉCULO XX.

Os debates em torno do sentido da palavra “trabalho” ao longo da história refletem a dualidade que é própria da sua existência. O trabalho, que na Grécia estava relacionado com dor e tortura<sup>4</sup>, está atualmente vinculado com a realização pessoal do indivíduo no discurso e na subjetividade. O trabalho é compreendido ora como sofrimento e pena, ora como dignidade e inserção na sociedade, o que acaba por permear a existência da classe-que-vive-do-trabalho<sup>5</sup>: *“Há como que um vínculo inextricável entre a pessoa humana e o seu trabalho, capaz de fazê-lo feliz ou infeliz”*.<sup>6</sup>

O Direito do Trabalho surge com o objetivo de proteger a existência do trabalhador para que não seja mercantilizado, confundindo-se com o fruto de seu trabalho. O esforço protecionista é para que o trabalho se afaste do seu sentido penoso e fatigante (quanto mais precarizado mais penoso) e se aproxime da alegria e da vocação pessoais.<sup>7</sup> Portanto, veio como resposta aos desenrolares históricos que evidenciaram a luta de classes em que a sociedade ocidental capitalista está assentada. Os trabalhos extenuantes, alienadores e mal remunerados, advindos do nascimento da grande indústria do século XVIII, expuseram a sobreposição do capital sobre a mão de obra humana através do trabalho.<sup>8</sup>

---

4 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de Moraes. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr., 2010.

5 Denominação dada por Ricardo Antunes para demarcar o grande e variado grupo de trabalhadores e trabalhadoras que vendem sua força de trabalho em troca de salário.

6 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de Moraes. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 44.

7 MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de Moraes. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr., 2010.

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

No presente item serão abordados a síntese histórica do Direito do Trabalho no Brasil, seus princípios e funções, além da constatação da existência, desde o início do século XX até 2016, de um sistema de proteção celetista marcado por vantagens recíprocas para capital e trabalho. O propósito, então, não é fazer retrospectiva da construção da norma trabalhista, mas apontar que, ao contrário do senso comum sobre o tema, o Direito do Trabalho não tem por propósito único a proteção do trabalhador hipossuficiente em sua relação com o empregador. Trata-se, na verdade, de um sistema equilibrado, que distribui vantagens e obrigações recíprocas sem que ao final, historicamente, tenha havido preponderância de um sobre outro.

## **2.1 Síntese histórica do Direito do Trabalho no Brasil: a luta de classes e a atuação do Estado.**

O Direito do Trabalho no Brasil normalmente é associado à ascensão de Getúlio Vargas ao poder e sua “outorga” de leis protetivas para aqueles que seriam “*homens simples e bons que formam as classes trabalhistas*”<sup>9</sup>. Tratados como uma classe dócil e de índole afetiva, os trabalhadores teriam recebido a dádiva de Vargas, um “gênio político”, sem que fosse preciso reivindicar esses direitos. Marcondes Filho, ministro do Trabalho do governo getulista de 1941 a 1945, entre outros correligionários, fazia questão de deixar claro em seus discursos essa capacidade do presidente de antever quais as necessidades dos trabalhadores e dar-lhes as benesses da lei sem que fosse preciso apelar para “*greves, sabotagens, sacrifícios, revoltas e cruentas lutas*”<sup>10</sup>, assim como aconteceu em outros países durante o século XIX.

De fato, o período histórico do governo Vargas foi um momento importante para a consolidação de uma legislação protetora em torno da classe trabalhadora. Não é possível, porém, negar o que se passou antes de 1930 com relação ao mundo do trabalho e, principalmente, apagar as lutas e movimentos de resistência que ocorreram antes e durante a Era Vargas. A atuação organizada dos trabalhadores foi decisiva para o desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira, simbolizada na aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, em 1943.

---

9 MORAES, Ridendo Castigat. **Trabalhadores do Brasil**: Palestras do Ministro Marcondes Filho na Hora do Brasil em 1942, 1943. E-book. Disponível em <http://ngarcia.org>. 2002. p. 48. Acesso em 20/05/2020.

10 MORAES, Ridendo Castigat. **Trabalhadores do Brasil**: Palestras do Ministro Marcondes Filho na Hora do Brasil em 1942, 1943. E-book. Disponível em <http://ngarcia.org>. 2002. p. 47. Acesso em 20/05/2020.

Inicialmente, é preciso passar, mesmo que de forma pouco profunda, por alguns eventos que se deram na Primeira República. Após a abolição da escravidão em 1888 não houve nenhum tipo de política pública que integrasse os até então cativos ao mundo do trabalho e estes se somaram aos muitos trabalhadores brasileiros, livres e imigrantes, que formaram um exército de mão de obra excedente. Além disso, aqueles que tinham emprego não gozavam de condições mínimas de higiene e segurança. Locais de trabalho insalubres, jornadas de trabalho exaustivas, crianças e mulheres em trabalhos perigosos e nocivos, além de salários desiguais são exemplos de como o trabalho, dito livre, se desenvolveu no Brasil no final do século XIX e início do século XX. Diante disso, algumas medidas normativas iniciais, esparsas, foram adotadas.

O Decreto 1.313 de 1891 proibiu o trabalho de menores de 12 anos nas fábricas, salvo na condição de aprendiz para aqueles que já tinham 8 anos completos. Regulou ainda a jornada de trabalho de 7 horas para as meninas entre 12 e 15 anos e para os meninos entre 12 e 14 anos. Os meninos entre 14 e 15 anos podiam trabalhar até 9 horas. Em 1903, o Decreto 976 permitiu que os profissionais da agricultura e de indústrias agrícolas se organizassem em sindicatos para defender interesses próprios. Essas organizações eram, em tese, livres de qualquer restrição, bastando que seus estatutos fossem registrados nos cartórios do distrito respectivo de cada sindicato. E por fim, para terminar esse pequeno rol de leis trabalhistas anteriores a 1930<sup>11</sup>, a Lei 4.982 determinou que empregados e operários teriam direito a 15 dias de férias por ano. A concessão podia ser feita de uma só vez ou de forma parcelada.

Após o golpe que depôs o presidente Washington Luís, em 1930, Getúlio Vargas assume a presidência e uma das primeiras providências que toma é a criação do Ministério do Trabalho, inicialmente comandado por Lindolfo Collor. Com a promulgação da Constituição de 1934, estabeleceram-se princípios a serem considerados na legislação trabalhista e houve previsão de alguns novos direitos importantes como a jornada de trabalho de 8 horas, fixação de um salário mínimo e a proibição do trabalho para menores de 14 anos<sup>12</sup>. O art. 122 da Constituição de 1934 criou ainda a Justiça do Trabalho, integrada inicialmente ao Poder Executivo e não ao Judiciário

---

11 Jorge Luiz Souto Maior, em “Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista?” faz uma maior e mais completa compilação de decretos, leis e projetos que se relacionam com a questão legislativa no Brasil antes do advento da CLT em 1943. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Vamos falar séria e honestamente sobre a reforma trabalhista?. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, v. 15, n. 57, p. 193-225, 2017.

12 Art. 12, § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normaes do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16; e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadario, de preferencia aos domingos; f) férias annuaes remuneradas; g) indemnização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistencia medica e sanitaria ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do

O discurso e as ações governistas queriam fazer crer que toda a legislação trabalhista era fruto da benevolência e de genialidade política de Getúlio Vargas, bem como tentavam fazer desaparecer do cenário brasileiro a luta de classes, tratando o operário como admirável “*elemento humano, que pode servir de modelo a qualquer país do mundo pela lealdade e inteligência da sua cooperação com o governo que lhe soube interpretar as legítimas aspirações e defender-lhe os justos interesses*”<sup>13</sup>. A classe operária em nenhum momento teria se colocado contra o capital, ao contrário, colaborou com seus desejos na certeza de que também os trabalhadores seriam beneficiados na sua relação de disposição de força produtiva.

Como esclarece Paranhos, apesar da indiscutível desqualificação das lutas operárias, boletins oficiais do governo e seus próprios membros admitiam a preexistência delas em relação às leis sociais do Governo Vargas.<sup>14</sup> Em 1900, os cocheiros dos bondes do Rio de Janeiro protestaram contra um novo regulamento, considerado vexatório, e paralisaram as atividades por três dias. Na Bahia, no mesmo ano, os ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil fizeram greve reivindicando a redução das horas de trabalho e aumento de salário.<sup>15</sup> Em 1917, realizou-se a primeira grande greve no Brasil, que teve início na indústria têxtil e se espalhou para outros setores econômicos na cidade de São Paulo. Nesse momento teria sido possível perceber a força do proletariado e sua capacidade de assustar os patrões.<sup>16</sup>

Em algumas oportunidades, integrantes do governo varguista pareciam se esquecer que deveriam sustentar a tese de inexistência da luta de classes e reconheciam as reivindicações operárias, como se pode notar na fala do ministro Salgado Filho<sup>17</sup>:

Senhores, o que se via antes era o espetáculo de serem relegados, às vezes, direitos os mais legítimos, ao passo que se concediam outros menos justos. E a razão de semelhante anomalia é que os mais capazes de fazerem o que se chama reivindicação eram os

---

parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (BRASIL. **Constituição (1934) Constituição** da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934).

13 Reprodução da fala do ministro Marcondes Filho no programa de rádio “Hora do Brasil”. O rádio era um meio de comunicação estratégico num país cuja população analfabeta alcançava 56,4% e a radiodifusão estava em expansão e Marcondes Filho e o governo souberam se aproveitar disso. (PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil**. Boitempo Editorial, 1999)

14 PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil**. Boitempo Editorial, 1999. p. 149.

15 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 89.

16 ROCHA, Marina Souza Lima. **Greves atípicas: um novo olhar sobre os movimentos de resistência da classe trabalhadora**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

17 Salgado Filho substituiu Lindolfo Collor no Ministério do Trabalho em 1932 e permaneceu até 1934 quando se elegeu deputado federal classista. (DE ABREU, Alzira Alves. **Dicionário histórico-biográfico da Primeira República (1889-1930)**. Editora FGV, 2015.)

mais violentos. Indivíduos falhos de direito, não encontrava outro meio de pugnarem pela sua causa senão com o socorro os meios violentos. Foi para evitar a continuação desses abusos e de constantes ameaças ao emprego da força como arma de reivindicações que o Governo Provisório (...) instituiu essa legislação que aí está.<sup>18</sup>

Durante a Era Vargas associava-se, ainda, a luta de classes e a organização operária sobretudo aos trabalhadores imigrantes, vistos como “agitadores” que se inspiravam em experiências europeias de resistência.<sup>19</sup> Os sindicatos na época assumiram função de agente corretivo ou retificador e eram controlados por órgãos de repressão do Governo, ou seja, não havia liberdade de fato para atuação dos sindicatos. O Departamento de Imprensa e Propaganda, órgão criado em 1939, foi importante instrumento de reforço do ideário trabalhista que deveria ser valorizado durante o Estado Novo. Em artigo intitulado “*Entre sambas e bambas: vozes destoantes do Estado Novo*”, Adalberto Paranhos mostra que diversas composições foram censuradas por exaltarem a figura do “bom malandro”, que seria uma ridicularização do trabalhador e o culto ao não trabalho<sup>20</sup>.

Essencialmente, portanto, o propósito da criação da legislação trabalhista foi harmonizar, mediante a atuação do Estado, os desejos dos trabalhadores e da burguesia, duas parcelas da sociedade das quais a simpatia era importante para a estabilidade do governo. O Estado, entretanto, se empenhava mais em manipular as massas trabalhadoras, já que era a classe mais fácil de ser manobrada. Simultaneamente, a conciliação entre trabalhadores e patrões, ou entre capital e trabalho, se fazia presente nos discursos ministeriais, na intenção de forjar um clima de cooperação que se não existisse seria fatal para ambos os lados:

Dentro dele se percebe que para beneficiar o capital é necessário tornar eficiente o trabalho, e esta eficiência só se obtém melhorando todas as condições do trabalhador. (...) A desatenção a qualquer desses objetivos perturbará o equilíbrio, sem o qual nenhuma dessas forças criadoras conseguirá expandir-se, com a inteira eficácia de que é capaz, para o progresso nacional. O Ministério deve ter, assim, como um princípio geral de seu programa, servir em lei de simetria.<sup>21</sup>

---

18 CARONE, Edgard. **A segunda república (1930-1937)**. Difusão européia do livro, 1973. p. 277.

19 CAMPANA, Priscila; BOSCHI, Olga. A falácia do discurso da doação das leis trabalhistas: recuperando outras memórias históricas. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, 2009. p. 56.

20 Em 1940 o samba composto por Ataulfo Alves que dizia: “o bonde de São Januário leva mais um sócio otário sou eu que não vou trabalhar” foi considerado perturbador e modificado para: “Quem trabalha é que tem razão, eu digo e não tenho medo de errar, o bonde Januário leva mais um operário, sou eu que vou trabalhar (...)” PARANHOS, Adalberto. **Entre sambas e bambas: vozes destoantes no "Estado Novo"**. Locus-Revista de História, v. 13, n. 2, 2007.

21 MORAES, Ridendo Castigat. **Trabalhadores do Brasil: Palestras do Ministro Marcondes Filho na Hora do Brasil em 1942, 1943**. E-book. Disponível em <http://ngarcia.org>. 2002. p. 9-10. Acesso em 20/05/2020.

A legislação trabalhista criada buscava criar equilíbrio entre trabalho e capital, cujos anseios por vezes, se traduziam também nos interesses governamentais. No anteprojeto da Constituição de 1934 lia-se no artigo 124 que “*A lei estabelecerá as condições do trabalho na cidade e nos campos, e intervirá nas relações entre o capital e o trabalho para os colocar no mesmo pé de igualdade, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país*”.<sup>22</sup> Contudo, no texto final da Constituição a expressão “*para os colocar no mesmo pé de igualdade*” desapareceu da redação do artigo. Inobstante tal exclusão, o Estado brasileiro consolidou, na medida do possível, um sistema justralhista equilibrado, que estabelecia vantagens e obrigações recíprocas para patrões e empregados, o que ao longo do tempo permitiu a compreensão e aplicação de princípios específicos, que por sua vez revelaram funções próprias do Direito do Trabalho.

## **2.2 Princípios e Funções do Direito do Trabalho.**

O Direito do Trabalho foi sendo construído a partir da ideia de necessária tutela do trabalhador como tentativa de limitar e regular a atuação do capitalismo, sustentando-se em princípios como dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, princípio *in dubio pro operário*, princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais benéfica, princípio da primazia da realidade, princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da irredutibilidade do salário, dentre outros.<sup>23</sup> Maurício Godinho Delgado define princípios de direito como “*proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o.*”<sup>24</sup>

Especificamente tratando de Direito Material do Trabalho, muitos são os princípios que a doutrina consagra desde o século passado, no Brasil e no mundo. Um dos expoentes no estudo dos princípios de Direito do Trabalho é uruguaio Américo Plá Rodriguez, com destaque para a sua obra “*Los Principios del Derecho Del Trabajo*”. O ilustre professor analisava na obra citada, como centrais ao Direito do Trabalho e dentre outros, o princípio da proteção, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, o princípio da primazia da realidade, o

---

22 POLETTI, Ronaldo. 1934 / Ronaldo Poletti. — 3. ed. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 162 p. — (Coleção Constituições brasileiras ; v. 3). p. 88.

23 SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988. In: **Fundamentos do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR Editora LTDA., 2000.

24 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 222.

princípio da razoabilidade e o princípio da boa-fé.<sup>25</sup> Ao conteúdo central destes, Maurício Godinho Delgado acrescenta o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica e o princípio da inalterabilidade contratual lesiva.<sup>26</sup>

Para os fins do presente artigo, suficiente será a análise dos princípios da proteção, que tem o condão de afirmar a essência do Direito do Trabalho no Brasil e em boa parte do mundo<sup>27</sup>, e da norma mais favorável, especificamente este como orientador da ação legislativa.

No que concerne ao princípio da proteção, as lições de Américo Plá Rodriguez:

El fundamento de este principio está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo. Históricamente el derecho de contratación entre personas con desigual poder y resistencia conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas. El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable.<sup>28</sup>

Sempre importante lembrar, nesses novos tempos do Direito do Trabalho no Brasil pós-Reforma Trabalhista, que a essência do ramo jurídico especializado é reduzir a desigualdade naturalmente existente entre capital e trabalho, patrão e empregado. A hipossuficiência do trabalhador atrai a proteção Estatal trabalhista. Eventual retorno à ideia de igualdade contratual sem a presença do Estado fatalmente ensejará novas e antigas formas abusivas e iníquas de exploração do trabalhador. Direito do Trabalho sem proteção estatal resulta em contrato civil entre desiguais, com abusos, arbitrariedades e força do mais forte sem possibilidade de oposição pelo mais fraco.

Sobre o princípio da norma mais favorável como orientador da ação legislativa leciona Maurício Godinho Delgado:

Na fase pré-jurídica (isto é, fase essencialmente política) age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado. Trata-se da função essencialmente informativa do princípio, sem caráter normativo, agindo como verdadeira *fonte material* do ramo justralhista. Essa influência é muito clara, especialmente em contextos políticos democráticos, colocando em franca excepcionalidade diplomas normativos que agridam a direção civilizatória essencial que é inerente ao Direito do Trabalho. Lamentavelmente, em conjunturas de regressão autoritária, individualista e/ou mercantilista, o princípio perde sua influência civilizatória diante do Legislador.<sup>29</sup>

---

25 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

26 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019.

27 El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, em lugar de inspirarse em um propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 73).

28 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015. p. 75.

29 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 235.

As lições do Prof. Maurício Godinho Delgado refletem com máxima clareza o momento histórico atual do Direito do Trabalho no Brasil, que passa a negar seu caráter civilizatório e democrático, influenciado por um Estado de face autoritária, individualista e mercantilista.

Em que pese a fixação de premissas para a prática do trabalho que estejam em consonância com uma existência digna, tendo em vista que é categoria central da existência humana<sup>30</sup>, o capital tem tratado de modificar as relações laborais ao longo da história. Os objetivos do capital em relação ao trabalho quase sempre se resumem em maximizar os lucros, minimizar os espaços de vazio produtivos e se colocar nas zonas cinzentas da regulação trabalhista, além de intentar elastecer os limites estabelecidos, mesmo com a proteção estatal trabalhista.

Inserido no sistema capitalista, o Direito do Trabalho tensiona com o capitalismo, mas apenas no limite que lhe é permitido. Entre extensões e retrocessos, o Direito do Trabalho não cria regras ou materializa princípios que inviabilizem a prática capitalista, pois “*seria ilógico supor a existência de um ramo jurídico absolutamente antagônico ao sistema econômico que o suporta. É incoerente dizer que o direito do trabalho não condiz com o capitalismo*”<sup>31</sup>, vez que, em perspectivas histórica, sociológica e jurídica, aquele é fruto deste.

O Direito do Trabalho, criado pelo Estado, por sua vez influenciado pelo capital e pressionado pela classe trabalhadora, exerce no capitalismo funções bem definidas por Maurício Godinho Delgado: melhoria das condições de pactuação da força de trabalho, caráter modernizante e progressista, função civilizatória e democrática e função política conservadora. Esta última como sendo a legitimidade “*política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea*”.<sup>32</sup> Ao proporcionar direitos trabalhistas o Estado, via Direito do Trabalho, também tem o escopo de trazer o silenciamento das reivindicações obreiras que porventura ponham em risco a reprodução do capital em altos níveis.

Embora não se negue a função de melhoria das condições de pactuação da força produtiva, o Direito do Trabalho garante a perpetuação das relações de poder vigentes no Brasil.<sup>33</sup> As reivindicações dos trabalhadores vão até o ponto em que o próprio direito permite.

---

30 NAVARRO, Vera Lucia.; PADILHA, Valquíria. Dilemas do trabalho no capitalismo contemporâneo. **Psicologia Sociedade**, v. 19, n. spe, 2007.

31 ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. **Reforma Trabalhista e o Novo "Direito do Capital"**. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, v. 29, p. 47–74, 2017. p. 48.

32 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 60.

33 ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. **Reforma Trabalhista e o Novo "Direito do Capital"**. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, v. 29, p. 47–74, 2017.



O Direito do Trabalho exerce uma função capitalista, além daquelas bem delimitadas na doutrina pátria:

A função capitalista do Direito do Trabalho consiste na atuação do ramo jurídico especializado no sentido da preservação dos interesses patronais em concorrência com a proteção ao trabalhador empregado. Caracteriza-se pela manutenção do status quo através do discurso de “culpabilização do Direito do Trabalho” pelas crises econômicas, da ausência de concretização de Direitos Fundamentais no âmbito das relações trabalhistas e da falência de direitos constitucionais sociais possibilitada por jurisprudência retrospectiva e equivocada do Tribunal Superior do Trabalho.<sup>34</sup>

Ora, se os capitalistas sempre foram detentores do poder econômico e político no país, coube a eles, historicamente, afirmar, ampliar, reduzir ou extirpar a estrutura normativa própria do Direito do Trabalho, ainda que se vejam, atualmente, limitados pela Constituição da República. Por que nunca o fizeram? A resposta parece revelar que o Direito do Trabalho no Brasil, tal como consolidado e sobretudo antes de ser reformado em 2017, atendia e atende suficientemente aos interesses do sistema capitalista. Em uma afirmativa sintética pode-se dizer que a proteção trabalhista seria um mal necessário do ponto de vista do capitalista, talvez um subproduto a ser suportado pelas elites para a manutenção do status quo através do Direito do Trabalho.<sup>35</sup>

A compreensão de uma função capitalista do Direito do Trabalho não pretende esvaziar o sentido progressista e garantista do ramo jurídico especializado, principalmente antes da Reforma Trabalhista. O Direito do Trabalho sempre foi importante ferramenta na contenção do capital e elevação do padrão protetivo do trabalhador, que é inserido de modo mais digno na sociedade através dele. A ideia de uma função capitalista, ou conservadora, ou de manutenção de status quo, permite refletir sobre as exclusões e inclusões que são próprias do Direito do Trabalho e as suas concessões frente às exigências dos detentores do poder:

O que pretendemos destacar é que ao longo do desenvolvimento do processo de trabalho nos séculos XIX e XX, apesar de algumas transformações e crises, não houve uma verdadeira ruptura com o caráter capitalista do modo de produção e com seu complexo plano ideológico de fragmentação da subjetividade para facilitar a manutenção de seu projeto hegemônico.<sup>36</sup>

O que se pretende aqui demonstrar é que até pouco tempo havia equilíbrio normativo entre capital e trabalho, por força de princípios e revelado por funções do Direito do Trabalho.

---

34 ALVES, Amauri Cesar. **Função capitalista do direito do trabalho no Brasil**. Revista Ltr: legislação do trabalho, v. 77, p. 1067–1082, 2013. p. 1071.

35 ALVES, Amauri Cesar. **Função capitalista do direito do trabalho no Brasil**. Revista Ltr: legislação do trabalho, v. 77, p. 1067–1082, 2013.

36 NAVARRO, Vera Lucia.; PADILHA, Valquíria. Dilemas do trabalho no capitalismo contemporâneo. **Psicologia Sociedade**, v. 19, n. spe, 2007. p. 19.

Os princípios protetivos do ramo jurídico especializados tendem a mitigar o poder político e econômico do capital e a diminuir a desigualdade natural havida entre os sujeitos pactuantes. Os fundamentos do Direito do Trabalho, portanto, reconhecem a necessidade do equilíbrio normativo e garantiam, até pouco tempo, sua existência e seu caráter teleológico. Até a Reforma Trabalhista de 2017 era possível perceber um sistema celetista de vantagens recíprocas entre os atores envolvidos, ainda que permeado por discursos falaciosos do capital contra sua estrutura. Ocorre que agora, conforme será visto, há pela primeira vez na história justralhista brasileira uma ruptura do equilíbrio normativo, que tende a ser substituído pela perigosa hegemonia do capital.

### **2.3 Sistema de proteção celetista: vantagens recíprocas e discursos falaciosos do capital.**

Análises histórica, sociológica e normativa permitem compreender que o sistema justralhista celetista foi construído com a ideia de vantagens recíprocas garantidas para empregados e empregadores. A ideia de Getúlio Vargas nunca foi prejudicar o capital para beneficiar trabalhadores. Suas premissas, no tema trabalhista e em outros, sempre foi do consenso, sem rupturas, rugas, disputas. A Consolidação das Leis do Trabalho, em sua estrutura básica de 1943 a 2016, reflete muito disso. Exemplificativamente: limitava jornada mas permitia “horas suplementares”; contemplava empregados urbanos enquanto afastava da proteção domésticos e rurais; a criação do FGTS correspondeu ao fim da estabilidade decenal; a multa rescisória sobre o FGTS “compensa” o direito potestativo rescisório injustificado. A CLT fixa salário mínimo mensal mas permite valores menores para duração do trabalho inferior ao limite máximo; garante férias mas a escolha sobre o momento da fruição é do empregador; estabelece normas de saúde e segurança mas permite a monetização do risco desde que haja pagamento de adicionais; reconhece o sindicato como direito mas com unicidade e limitações diversas. São apenas alguns poucos exemplos dessa dualidade, que se verifica ao longo de todo o texto da CLT.

Desconsiderada para os fins do presente estudo a deslegitimação<sup>37</sup> do Direito do Trabalho, sempre presente em qualquer período histórico,<sup>38</sup> é possível compreender, em análise

---

37 Sobre o tema veja CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003.

38 “Há quase um século, na Suíça, juristas reunidos num congresso internacional escolheram a legislação trabalhista brasileira como sendo uma das mais avançadas no mundo [...]. O que, na época, os europeus nem cogitavam, brasileiro já tirava de letra [...]. Os ilustres magistrados ignoravam, porém, que nenhuma dessas leis era cumprida. Detalhes. Os otimistas dizem que a situação mudou nos últimos anos. De fato, a lei trabalhista

sistemática das normas contidas na CLT, que a proteção estatal era bilateral. Em síntese, aos direitos individuais corresponde o poder empregatício de caráter potestativo. Aos direitos coletivos correspondem amarras estatais, estruturais e até mesmo patronais construídas para limitar a autonomia sindical.

De acordo com Raffaele De Giorgi<sup>39</sup>, o direito e o capital são dois sistemas sociais (o autor se utiliza da lógica dos sistemas de Luhmann) que encontram suas diferenças e suas semelhanças no trabalho, que é ponto de comunicação entre eles. Nesta chave, ambos os sistemas transformam e são transformados pelo trabalho, ao mesmo tempo que tentam imprimir seus códigos nele: o direito como a economia tensionam para que o trabalho funcione sob a sua própria racionalidade.

Capital e trabalho coexistem, o que reforça a ideia de que o Direito do Trabalho não combate o capital, ao contrário, ajusta-se à sua sistemática para que ele continue existindo. O capital modifica-se para ampliar a acumulação de riquezas e a sistemática de desigualdade social, enquanto o Direito do Trabalho (entre expansões e retrocessos) “*elabora e fornece a tecnologia jurídica que facilita essa evolução*”, além de regular as forças de trabalho e a sua subordinação.<sup>40</sup>

Em que pese a interdependência dos sistemas e o fato de o Direito do Trabalho ser fruto da própria lógica capitalista, em tempos de crise econômica a estratégia das elites capitalistas é se movimentar em direção à culpabilização do direito do trabalho como causador da pressão do custo da mão de obra sobre o investimento produtivo. Nesses momentos, o que o capital faz é tentar expandir seus códigos para o trabalho na tentativa de reduzir os custos fixados pelo Direito do Trabalho e os patamares de proteção do trabalhador.

Até 2017 o que se verificava na prática social brasileira era a manutenção do status quo no modelo legislado trabalhista, bem compreendida e suportada pelo capital, que se contentava apenas em marcar posições momentâneas e estratégicas por meio de um discurso marcadamente falacioso. Até a Reforma Trabalhista parecia haver, por parte da elite capitalista brasileira, a compreensão de que a culpabilização do Direito do Trabalho no Brasil não poderia ser exacerbada a ponto de promover a ruptura com o modelo protetivo, ainda que tal possibilidade

---

brasileira já não figuraria mais entre as mais avançadas do mundo. Eis o que mudou. Só isso. O resto continua igual. Do Manual de Guerrilha Trabalhista para Gerentes e Supervisores, de autoria do Consultor Gerencial Julio Lobos.” FRENCH, John D. **Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 25.

39 GIORGI, Raffaele de. O futuro do trabalho e o seu direito. **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, p. 52–72, 2017.

40 CAVALCANTI, Bernardo Margulies.; VENERIO, Carlos Magno Spricigo. Uma ponte para o futuro? Reflexões sobre a plataforma política do governo. **RIL Brasília**, v. 215, p. 139–162, 2017. p. 56.

pudesse ter sido implementada em outros momentos históricos. Ao longo da aplicação da CLT no século passado não faltou “*poder político ou econômico para a substituição do modelo de proteção estatal das relações de trabalho por um sistema de negociações autônomas (individuais e/ou coletivas) dos conteúdos*” contratuais trabalhistas básicos.<sup>41</sup> Até então e aparentemente não seria estrategicamente vantajosa para os capitalistas a destruição do Direito do Trabalho tal como consolidado, ou seja, uma estrutura protetiva, imperativa e regulada pelo Estado.

A ameaça de ruptura do modelo protetivo de Direito do Trabalho no Brasil até então era somente parte integrante do processo de culpabilização implementado e sempre renovado, mas não passava de retórica tendente a imobilizar a classe trabalhadora que, sempre preocupada em manter seus conteúdos protetivos mínimos, acabava por manter o status quo. Ocorre que a Reforma Trabalhista do governo Temer e as ações iniciais do governo Bolsonaro parecem revelar mudança na estratégia, pois o capital partiu para a ação destrutiva, de ruptura e enfrentamento.

### **3 RUPTURA INSTITUCIONAL PÓS-2016 E REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO.**

A democracia brasileira foi abalada em 2016 com o impedimento da Presidenta Dilma Rousseff, o que gerou e ainda gera consequências nas mais diferentes esferas da vida nacional, com destaque negativo para o Direito do Trabalho. Interessa ao presente estudo compreender, na perspectiva de seu objeto, quais foram as forças políticas que influenciaram o impedimento e quais foram seus resultados no Direito do Trabalho, para que, ao final, se perceba a hegemonia normativa do capital e suas possíveis consequências.

#### **3.1 O impedimento da Presidenta Dilma Rousseff, as 101 Propostas da CNI para modernização trabalhista e a “Ponte para o Futuro”.**

A história do impedimento do prosseguimento do governo da Presidenta Dilma Rousseff em 2016 é o resultado de elementos econômicos, políticos e midiáticos que geraram um vácuo propício para a implementação de um governo de projeto neoliberal. Embora o governo de Lula

---

41 ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo "Direito do Capital ". **Revista Síntese:** trabalhista e previdenciária, v. 29, p. 47–74, 2017. p. 1073.

tenha promovido alguma desconcentração de renda por meio de políticas públicas redistributivas<sup>42</sup>, a forma de governo baseado na arbitragem de classes fez com que se sustentasse com o apoio das massas, sem gerar incômodo às elites econômicas (ademais de fazer alianças parlamentares com o PMBD). Foi um reformismo discreto e em doses homeopáticas<sup>43</sup> que não gerou grandes impactos na estrutura capitalista de ganhos e lucro. Contudo, embora modestos, os incentivos ao consumo, à inserção nas universidades públicas, a melhores salários e o fortalecimento dos sindicatos nas classes mais baixas pressionaram as elites a se movimentarem pela manutenção do status quo e da hierarquia de classes.<sup>44</sup> Esse movimento se aproveitou da crise econômica de 2010, das políticas de austeridade (que geraram as manifestações de 2013) e da deflagração da operação lava-jato para articular uma narrativa social de Estado ineficaz e corrupto (materializados no governo de Dilma) que, com ajuda midiática, deixaram o governo com pouco apoio e com dificuldade para manter a governabilidade.<sup>45</sup>

Para Luis Felipe Miguel é possível identificar componentes material e imaterial que justificam a revolta das elites ao governo petista: “*a redução da miséria afeta uma vulnerabilidade social que é funcional para largos setores do capital*” e “*os privilegiados perderam a sensação de que sua superioridade social era natural, logo inconteste, e perderam a exclusividade na ocupação de posições de prestígio.*”<sup>46</sup>

Assim, por meio de uma polarização política e moral (os corruptos e destruidores da economia contra aqueles que queriam acabar com a corrupção e desenvolver o país) houve a “*costura de um grande acordo político voltado para o impedimento da presidenta da república*”<sup>47</sup> embasado em um crime de responsabilidade cuidadosamente pensado para que fosse aplicada a capa da formalidade do impeachment, que ocultava a luta de classes e a

---

42 BRAGA, Ruy. O fim do lulismo. In: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (Org.). **Por que gritamos golpe?** 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

43 GUILHERME, Cássio Augusto. **De DILMA a TEMER: da crise do lulismo ao golpe do pemedebismo.** 2017. Disponível em: <[https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502040383\\_ARQUIVO\\_ArtigoCompleto-Anpuh2017-deDilmaaTemer.pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502040383_ARQUIVO_ArtigoCompleto-Anpuh2017-deDilmaaTemer.pdf)> Acesso em: 21/04/2020.

44 OLIVEIRA, Tiago Bernardon de. O golpe de 2016: breve ensaio de história imediata sobre democracia e autoritarismo. **Historiæ**, v. 7, n. 2, p. 191–231, 2016.

45 GUILHERME, Cássio Augusto. **De DILMA a TEMER: da crise do lulismo ao golpe do pemedebismo.** 2017. Disponível em: <[https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502040383\\_ARQUIVO\\_ArtigoCompleto-Anpuh2017-deDilmaaTemer.pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502040383_ARQUIVO_ArtigoCompleto-Anpuh2017-deDilmaaTemer.pdf)> Acesso em: 21/04/2020

46 MIGUEL, Luis Felipe. A democracia na encruzilhada. In: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (Org.). **Por que gritamos golpe?** 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

47 CAVALCANTI, Bernardo Margulies.; VENERIO, Carlos Magno Spricigo. **Uma ponte para o futuro ? Reflexões sobre a plataforma política do governo.** RIL Brasília, v. 215, p. 139–162, 2017. p. 145.

implementação de uma agenda neoliberal que provavelmente não seria aceita em um pleito eleitoral até então.

O Direito do Trabalho é o grande alvo das reformas neoliberais que já estavam muito bem articuladas antes do impedimento de 2016. Em 2012, a Confederação Nacional da Indústria apresentou ao governo Dilma 101 propostas para a modernização das relações trabalhistas,<sup>48</sup> sob a justificativa de serem necessárias ao crescimento econômico e desenvolvimento social do Brasil. Antes de adentrar ao teor deste documento, é preciso destacar que a disputa pelo sentido das palavras também compõe o conflito capital e trabalho. A análise dos discursos produzidos deve vir acompanhada de uma chave de interpretação que seja correspondente aos interesses do empresariado.

Assim, em tese e no discurso, a modernização trabalhista defendida está ligada à ampliação da competitividade, redução dos custos, flexibilização dos contratos de trabalho e geração de riquezas (o que não quer dizer distribuição destas). O ponto de partida dessa narrativa é a culpabilização do alto custo das normas trabalhistas como fator gerador da crise econômica e entrave ao desenvolvimento.

O documento da CNI apresenta as seguintes premissas como justificantes da necessidade de implementação das propostas apresentadas: 1 As empresas brasileiras vêm perdendo competitividade no mercado internacional devido aos custos de produção e reduzida produtividade da mão de obra. 2 As normas trabalhistas são burocráticas demais até para grandes empresas. 3 A legislação trabalhista não acompanha o mundo do trabalho moderno, ao partir da premissa, por exemplo, que todos os trabalhadores são hipossuficientes. 4 Há insegurança jurídica quando se trata da justiça do trabalho. 5 A regulação trabalhista é responsável por manter a produtividade estagnada. 6 Necessidade de privilegiar negociação entre empregado e empregador.

Foram apresentadas pela CNI 101 propostas em que são elencados os problemas (chamados de “irracionalidades”), seus impactos negativos e as propostas de alteração (ganhos esperados e medidas necessárias para a sua implementação). As propostas estão distribuídas entre os seguintes eixos: valorização da negociação, insegurança jurídica e aumento da produtividade, centradas, principalmente, na redução dos custos da mão de obra.

Em que pese o documento ter sido formulado em 2012, suas propostas só foram atendidas pelo governo logo após o impedimento em 2016, o que sinaliza para a manutenção

---

48 Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2013/2/101-propostas-para-modernizacao-trabalhista/>;

de um projeto capitalista de permanente desmonte dos direitos trabalhistas, constituídos no período de Vargas e encopados e aprimorados pela Constituição de 1988.

A agenda neoliberal foi definitivamente incorporada ao discurso do governo de Michel Temer, como já sinalizava o documento “Uma ponte para o futuro”, lançado pelo PMDB, apresentado em outubro de 2015 e recusado pelo governo Dilma. O documento justifica a necessidade de sua implementação, primordialmente, na falta de crescimento econômico do país:

O Brasil encontra-se em uma situação de grave risco. Após alguns anos de queda da taxa de crescimento, chegamos à profunda recessão que se iniciou em 2014 e deve continuar em 2016. Dadas as condições em que estamos vivendo, tudo parece se encaminhar para um longo período de estagnação, ou mesmo queda da renda per capita. O Estado brasileiro vive uma severa crise fiscal, com déficits nominais de 6% do PIB em 2014 e de inéditos 9% em 2015, e uma despesa pública que cresce acima da renda nacional, resultando em uma trajetória de crescimento insustentável da dívida pública que se aproxima de 70% do PIB, e deve continuar a se elevar, a menos que reformas estruturais sejam feitas para conter o crescimento da despesa. Estagnação econômica e esgotamento da capacidade fiscal do Estado não são fenômenos circunscritos apenas à esfera econômica. São fontes de mal-estar social e de conflitos políticos profundos.<sup>49</sup>

Uma análise do referido documento utilizou da ferramenta “nuvem de palavras” como forma de análise do discurso<sup>50</sup> e chegou à conclusão que as preocupações do governo estavam concentradas na economia, no mercado e na iniciativa privada:

(...) a palavra “mercado” ocorre 11 vezes (15ª posição) e o vocábulo “privado” figura por 12 oportunidades (14ª posição). Essas frequências são, consideravelmente, superiores às de palavras relacionadas ao âmbito social e à redistribuição das riquezas: “cidadania” (4 vezes, 24ª posição), “assistência” (3 vezes, 25ª posição) e “pessoas” (3 vezes, 25ª posição), por exemplo. Assim, a dupla “mercado-privado” supera o trio “cidadania-pessoas-assistência” pelo placar de 23 a 10 – uma verdadeira “goleada”. E, apesar de palavras como “público” (45 vezes, 1ª posição), “sociedade” (19 vezes, 10ª posição) e “social” (13 vezes, 13ª posição) apresentarem alta frequência, não se percebe uma real preocupação com a desigualdade social. Na maior parte das suas ocorrências, o primeiro termo aparece associado a “gastos”, “despesas”, “contas”, “endividamento”, “orçamento”, “servidores” etc. “Sociedade”, por seu turno, na maioria das vezes é utilizada de forma genérica, sem se referir à questão das suas divisões – por renda, gênero, etnia ou escolaridade, por exemplo. E “social” é mais relacionada a termos como “previdência”, “assistência” e “benefícios”, todos relativos ao contexto previdenciário – ou seja, ao regime público de Previdência Social. E, ainda assim,

---

49 FUNDAÇÃO ULYSSES GUIMARÃES; PMDB. **Uma ponte para o futuro**. Disponível em: <<https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>>. Acesso em: 29/04/2020.

50 “A técnica da ‘nuvem de palavras’ é importante ferramenta para a análise de discurso. Ao indicar, com precisão, o número de ocorrências de uma palavra ou conceito em determinado texto, permite identificar quais os principais topoi argumentativos empregados pelo orador e quais os elementos centrais do discurso a que o orador deu tal importância e dotou de forte ‘presença’ no contexto discursivo (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005).” (CAVALCANTI, Bernardo Margulies.; VENERIO, Carlos Magno Spricigo. Uma ponte para o futuro? Reflexões sobre a plataforma política do governo. **RIL Brasília**, v. 215, p. 139–162, 2017. p. 154);

a ideia central é a desindexação dos benefícios, o que traz sérios riscos aos aposentados e pensionistas em caso de hiperinflação.<sup>51</sup>

A análise é muito simbólica em relação ao que se defende: a agenda neoliberal prega um crescimento da economia e do lucro que não vem acompanhado da ideia de justiça social e distribuição de renda. Nesse sentido, as propostas da CNI, endossadas pela argumentação de “Uma ponte para o futuro” como plano de governo, foram sendo implementadas uma a uma por meio de um discurso único sem profundidade ou democracia,<sup>52</sup> sob a justificativa de que medidas impopulares são necessárias para o progresso econômico e desenvolvimento, principalmente no que se refere ao mundo do trabalho.<sup>53</sup>

O ataque aos direitos trabalhistas não surpreende, advindo de uma burguesia que é “incapaz historicamente (e ontogeneticamente) de portar um projeto de desenvolvimento da Nação baseada no crescimento com inclusão social”<sup>54</sup> e que não possui nenhum compromisso com os direitos sociais que elevam o patamar civilizatório.

Não obstante a esperada ruptura de modelo justralhista sob Michel Temer, chocam os termos com os quais essas alterações estruturais foram feitas, rompendo abruptamente com a lógica de colaboração de classes em um pacto de “todo mundo ganha um pouco”. Essa ideia, de colaboração ou estagnação, está vinculada com a função capitalista do direito do trabalho, como visto: os direitos trabalhistas dão algum respaldo ao trabalhador em troca da manutenção do status quo e pouca efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados.<sup>55</sup> Nessa lógica, entre pequenas concessões e pequenos retrocessos de direitos, o capital assegurava a continuidade do lucro e o silenciamento da luta de classes. O Direito do Trabalho, ao final, serve tanto ao trabalhador quanto ao patrão, pendendo um pouco para um ou para outro a depender do contexto histórico que se observa, mas mantendo historicamente um equilíbrio que estabiliza a relação.

A avalanche de retrocessos, advinda da incorporação do discurso neoliberal, confronta as normas constitucionais e infraconstitucionais trabalhistas, além de alterar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sem oferecer qualquer contrapartida. Não há mais o “todo

---

51 CAVALCANTI, Bernardo Margulies.; VENERIO, Carlos Magno Spricigo. Uma ponte para o futuro? Reflexões sobre a plataforma política do governo. **RIL Brasília**, v. 215, p. 139–162, 2017. p. 157.

52 OLIVEIRA, Tiago Bernardon de. O golpe de 2016: breve ensaio de história imediata sobre democracia e autoritarismo. **Historiæ**, v. 7, n. 2, p. 191–231, 2016.

53 CLETO, Murilo. O triunfo da antipolítica. In: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (Org.). Por que gritamos golpe? 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

54 ALVES, Giovanni. O minotauro brasileiro. reforma trabalhista e desenvolvimento histórico do capitalismo no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, v. 51, p. 97–108, 2017.

55 ALVES, Amauri Cesar. Função capitalista do direito do trabalho no Brasil. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, v. 77, p. 1067–1082, 2013.



mundo ganha um pouco”. A regra passa a ser: o capital ganha e, preferencialmente ou consequentemente, os trabalhadores perdem.

### **3.2 Alterações normativas principais pós-2016: fundamentos, direção e impactos para o trabalhador.**

O Brasil, em sua história das relações livres entre capital e trabalho, sempre intercalou momentos de maior ou menor valorização dos direitos trabalhistas, sem, entretanto, romper com os fundamentos básicos do Direito do Trabalho. Com o fortalecimento do sindicalismo, nas décadas de 1970 e 1980, houve valorização dos direitos sociais, expressos principalmente na Constituição de 1988.<sup>56</sup> Após o impedimento da Presidenta Dilma, em 2016, os projetos de ideologia neoliberal experimentados no governo de Fernando Henrique Cardoso na década de 1990 foram retomados, aprofundados e têm se materializado em uma nova legislação trabalhista, cada vez mais distante dos seus primórdios.

O que se pretende agora nesse estudo, mais do que tratar das alterações promovidas no sistema justralhista brasileiro, é destacar os motivos e as justificativas apresentados quando de suas proposições e votações no Congresso Nacional, demonstrando como o Estado cada vez mais se torna um “*gestor dos negócios da burguesia financeira*”.<sup>57</sup> A opção pela desregulamentação e flexibilização dos direitos trabalhistas escancara o triunfo do capital sobre o trabalho no Brasil nesse início de século.

A primeira alteração significativa do período pós-2016 veio com a Lei 13.429/2017, que trata dos serviços terceirizados e da contratação de trabalhadores temporários. Embora houvesse norma legal suficiente para regulamentar a terceirização no Brasil desde meados da década de 1970 (Lei 6.019/1974, em sua redação original), havia a compreensão de que a matéria era tratada apenas pela Súmula 331 do TST. Tal compreensão equivocada atraiu críticas que afirmavam a necessidade de uma lei específica para regulamentar a terceirização no país. A nova lei veio, então, para afastar os conteúdos da Súmula 331 do TST e, assim, contrariou seus limites, autorizando a terceirização ampla e irrestrita. O Projeto de Lei sobre terceirização foi apresentado pela primeira vez em 19 de março de 1998. Por diversas vezes foi retirado de

---

56 KREIN, José Dari. O Balanço da Reforma Trabalhista do Governo FHC. *In*: Proni, Marcelo; Henrique, Wilnês. (Org.). **Trabalho, Mercado e Sociedade**. São Paulo: Editora UNESP, 2003, v. 1, p. 279-322.

57 ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: O novo proletariado de serviço na era digital. Boitempo editorial, 2018. p. 173.

pauta, mas tomou fôlego no final de 2016 e foi levado a plenário em março de 2017, o que deu origem à Lei 13.429/2017.

Como explica Ricardo Antunes<sup>58</sup>, a terceirização se tornou uma estratégia de gestão empresarial que dissimula a relação capital trabalho convertendo-a em uma relação interempresas. Os trabalhadores terceirizados são os que ganham menores salários e têm maiores jornadas de trabalho, trabalham de forma mais intensa, são as maiores vítimas dos acidentes de trabalho e não têm uma representação sindical sólida, o que agrava ainda mais suas condições laborativas. Mas aos que defendiam a aprovação da lei, como o Deputado Nilson Leitão, só interessou dizer que a terceirização “(...) é benéfica, é necessária! Ela é uma alternativa para empregar, para qualificar e acima de tudo incluir”<sup>59</sup> ou ainda, de acordo com o Deputado Rogério Marinho, que a terceirização seria um “passo na direção da luz, na direção da civilização, na direção de termos finalmente condições ideais para termos produtividade e crescimento econômico”.<sup>60</sup> Na batalha dos argumentos, a escolha das palavras é extremamente pensada para dissimular as verdadeiras intenções da lei. Quem não seria favorável a um país economicamente próspero, moderno e civilizado? Defendia-se ainda a possibilidade de a terceirização irrestrita gerar postos de trabalho, o que para um país devastado pelo desemprego seria fascinante. Mas, como revela Vanessa Patriota da Fonseca<sup>61</sup>, em países cuja terceirização ampla é ou foi aprovada não só não houve aumento na quantidade de trabalhadores empregados como acentuou-se e o número de desempregados e a desigualdade social.

Os defensores da terceirização irrestrita esconderam, portanto, que toda a modernização prometida sacrifica o trabalhador em benefício do patrão, já que a “*expansão das empresas terceirizadas tem se convertido em importante elemento propulsor e gerador de mais-valor, dado que várias delas se tornaram também produtivas para o capital*”<sup>62</sup>. Em que pese a OIT

---

58 ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviço na era digital**. Boitempo editorial, 2018.

59 BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LXXII, Nº 048, Quinta-Feira, 23 de março de 2017. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170323000480000.PDF#page=230>.

60 BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LXXII, Nº 048, Quinta-Feira, 23 de março de 2017. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170323000480000.PDF#page=230>.

61 FONSECA, Vanessa Patriota da. Terceirizar atividade-fim é alugar trabalhador. In: CAMPOS, André Gambier (Org). **Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate**. Brasília: ipea, p. 95-111, 2018.

62 ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviço na era digital**. Boitempo editorial, 2018. p. 184.

deixar claro que trabalho não é mercadoria<sup>63</sup>, a terceirização de atividade essencial é verdadeira intermediação de mão de obra que aluga o ser humano.<sup>64 65</sup>.

Também em 2017 e apoiada nos mesmos discursos de flexibilização da legislação trabalhista foi aprovada a “Reforma Trabalhista” por meio da Lei 13.467, sob o mesmo argumento de gerar competitividade do produto brasileiro frente ao cenário mundial. Assim como a Lei 13.429/2017, a Lei 13.467/2017 tramitou em regime de urgência, demonstrando que quando se trata do interesse do empresariado não há qualquer burocracia ou mesmo processo legislativo ordinário capaz de frear a atuação dos detentores do poder. Os anseios dos patrões finalmente se concretizaram e representam, em síntese e conforme será visto, a prevalência não só do negociado sobre o legislado, mas, também e principalmente, dos interesses do capital sobre os do trabalhador no Direito do Trabalho brasileiro.

Para validar a modernidade pretendida, atacou-se a suposta antiguidade da CLT, que por ter sido criada em 1943 não refletiria o “espírito do nosso tempo”<sup>66</sup>. Mas como revela Jorge Luiz Souto Maior, mesmo antes das recentes mudanças as relações de trabalho no Brasil não eram mais reguladas pela CLT de 1943. Muitos dos direitos hoje garantidos, como por exemplo FGTS, 13º salário e aviso prévio proporcional, sequer faziam parte da legislação original de 1943. Além disso, vários artigos da CLT foram alterados e revogados ao longo da segunda metade do século passado. Outros tantos não foram recepcionados pela Constituição de 1988. Assim, atacar a antiguidade da CLT não é um argumento legítimo.<sup>67</sup>

A Justiça do Trabalho também foi alvo da Reforma Trabalhista. A grande quantidade de processos, algo a ser combatido segundo os defensores das mudanças legislativas, seria decorrente de um pretenso excesso de proteção da Justiça do Trabalho, acusada de julgar

---

63 Isso fica claro na Declaração de Filadélfia de 1944, que foi anexada ao texto da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, aprovado na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT (Montreal - 1946). Para exemplificar como a CNI e suas propostas de modernização se relacionam intimamente com a reforma trabalhista ver os quadros elaborados pelo Grupo de Estudos em Direito do trabalho da UFOP (GEDIT) em ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 29, n. 338, p. 47-74, 2017.

64 FONSECA, Vanessa Patriota da. Terceirizar atividade-fim é alugar trabalhador. *In*: CAMPOS, Andre Gambier (Org.). **Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate**. Brasília: ipea, p. 95-111, 2018.

65 Sobre o tema do trabalhador como mercadoria recomenda-se ALVES, Amauri Cesar; MARTINS, Ana Luísa Mendes. TRABALHADOR COMO MERCADORIA: análise do aluguel de mão de obra negra no Brasil colônia e império e do atual cenário social e normativo da terceirização. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 6 (2020). pags. 69-100. 2020.

66 Expressão utilizada pelo relator da reforma trabalhista na câmara, o Deputado Rogério Marinho, em participação no Programa Roda Viva exibido pela TV Cultura em 17/04/2017 ao defender a necessidade de atualização da legislação trabalhista.

67 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Vamos falar séria e honestamente sobre a reforma trabalhista? **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, v. 15, n. 57, p. 193-225, 2017.

qualquer demanda favoravelmente ao trabalhador. Uma das estratégias dos patrocinadores da Reforma foi impor ao trabalhador gastos (e principalmente o risco de gastos) com honorários de sucumbência e custas judiciais. Desse modo, o sonho do empresariado se concretiza com respaldo legal: os direitos são reduzidos e o acesso judicial para cumprimento dos que restam é dificultado.

Como se não bastasse toda a desregulamentação promovida no governo Michel Temer, o Ministério do Trabalho foi extinto pelo novo presidente eleito, Jair Bolsonaro, em 2019, se tornando apenas uma secretaria do Ministério da Economia, comandado pelo liberal Paulo Guedes. Dentro desse projeto de enfraquecimento dos direitos trabalhistas foi proposta a Medida Provisória 881/2019, posteriormente convertida na Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica). Mais uma vez o nome da proposta sugere uma situação vantajosa, mas o estudo atento do texto demonstra que se tratou, especificamente em matéria trabalhista, de uma visão de que o contrato de trabalho deve ser visto como um contrato comum, típico do direito civil, que pressupõe igualdade negocial entre as partes.

Cabe citar também, para fins históricos e de demonstração da direção normativa pretendida pelo Governo, a proposta de instituição do “Contrato de trabalho verde e amarelo” por meio da Medida Provisória 905/2019, que não foi convertida em lei. Em termos gerais, a ideia era de facilitar a admissão de jovens entre 18 e 29 anos, visando a simplificação e “*desburocratização normativa, a racionalização de procedimentos e a promoção de segurança jurídica para favorecer o empreendedorismo e o ambiente de negócios e, com isso, possibilitar, também, a criação de novos e melhores postos de trabalho*”.<sup>68</sup> No fundo, porém, a medida nada mais era do que a criação de figura contratual precária como forma de geração de empregos.<sup>69</sup> A MP 905/2019 foi revogada pelo presidente Jair Bolsonaro no dia 20 de abril de 2020, último dia do prazo de vigência do diploma normativo, pois não houve tempo hábil e principalmente respaldo político para a sua votação e aprovação no Congresso Nacional em tempos de pandemia.

É evidente que para os segmentos empresariais filiados ao neoliberalismo o Direito do Trabalho é o vilão que inviabiliza as atividades produtivas, principalmente em épocas de crise, o que pode explicar as primeiras atitudes do presidente Bolsonaro quando a pandemia causada pelo coronavírus chegou ao Brasil, em março de 2020. Foram editadas a MP 927/2020 e a MP

---

68 BRASIL, Exposição De Motivos da Medida Provisória 905 de 11 de novembro de 2019. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf)

69 DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Medida provisória n. 905/2019 Programa Verde Amarelo: a reforma dentro da reforma trabalhista. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 18, n. 2, 2020.

936/2020, que de acordo com suas ementas dispõem “*sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020*”. Permitiu-se, entre outros: a utilização do banco de horas, art. 14º, MP 927/2020; a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho, art. 15º, MP 927/2020; além da redução proporcional de jornada e do salário, art. 7º, MP 936/2020 e a suspensão temporária do contrato de trabalho, art. 8º, MP 936/2020, que podem ser negociadas de forma individual entre trabalhador e patrão, art. 7º, II e art. 8, § 1º, MP 936/2020.

Segundo a exposição de motivos da MP 927/2020 e MP 936/2020, as medidas propostas são de flexibilização dos contratos e das relações e obrigações trabalhistas. Fica claro também que as resoluções se justificam como uma forma de mitigar os danos causados à economia e poderão ser adotadas pelos empregadores para a manutenção do emprego e da renda dos trabalhadores. Em tempos de desemprego profundo “*é como se a ‘dívida do trabalho’ (ou do emprego) pudesse tornar tudo mais justificável*”<sup>70</sup>, inclusive o desrespeito à sistemática de direitos fundamentais. No penúltimo parágrafo da Exposição de Motivos nº 00104/2020<sup>71</sup>, a real intenção da proposta passa quase despercebida, mas pode-se notar que salvar o capital é a prioridade, pois o que se almeja, de acordo com o Ministro da Economia, é contribuir para a diminuição das despesas obrigatórias e fixas das empresas, que reduziram o faturamento em razão da retração de consumo causado pela pandemia. Sem entrar no mérito da constitucionalidade ou não das medidas, e independentemente de sua aprovação pelo Congresso Nacional, vê-se o Direito do Trabalho sendo tratado com um componente da crise e consequentemente o trabalhador suportando a conta, já que suas garantias são afastadas, ainda que “temporariamente”. Por outro lado, na perspectiva da norma legal, o capital escapa e até se beneficia dos momentos de instabilidade.

De fato, diante de tantas alterações normativas orientadas por uma “*política neoliberal de destruição programada das regulamentações e instituições*”<sup>72</sup>, o que se pode esperar é a edição de novos diplomas normativos que serão ainda mais destrutivos para o trabalho e a classe que dele vive.

### **3.3 Nova hegemonia normativa do capital: possibilidades de resistência jurídica.**

---

70 ANTUNES, Ricardo. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV**: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida: o mosaico da exploração/organização Ricardo Antunes. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 11.

71 BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória 936 de 1º de abril de 2020. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf)

72 LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 16.

O caminho político escolhido pelo Brasil nos últimos anos indica uma nova hegemonia normativa do capital, que agora vai além da preponderância econômica que sempre beneficiou o patrão na relação de emprego. Até 2016 o poder empregatício que decorre da preponderância econômica daquele que organiza os fatores de produção era atenuado pela força normativa imperativa e protetiva do Direito do Trabalho, o que gerava relevante equilíbrio na relação. Hoje, o que se percebe é um direcionamento estatal da legislação em defesa do patrão, ao argumento de que só é possível proteger o emprego se houver empregador. O discurso e a prática legislativa demonstram que o “sacrifício” tem que ser feito pelos trabalhadores, para que se preserve o empregador.

Em outro contexto espacial, social e temporal Américo Plá Rodríguez já advertia que também os princípios (e não somente a lei, como na situação atual) podem ser impactados por fatores econômicos. À época, final do século XX, o autor uruguaio se referia à globalização econômica, mas sua preleção pode ser vista agora como predição. Ao tratar da globalização relacionou o fenômeno ao neoliberalismo, ao desemprego, à flexibilização da legislação trabalhista e à desregulamentação da relação capital-trabalho. A defesa de Plá Rodríguez naquele momento pode ser repetida hoje: os princípios de Direito do Trabalho devem se afirmar tanto mais na sua crise que em momentos de tranquilidade. *“Justamente es el momento em que los principios desarrollen y demuestren su razón de ser. Los paraguas no se dejan de usar cuando llove sino todo lo contrario.”*<sup>73</sup> É exatamente isso. Os princípios não podem ser afastados na crise, mas o contrário. E assim lecionava:

Todo el derecho del trabajo nació a impulsos de um propósito protector. Si éste no hubiese existido, el derecho del trabajo no habría nacido. Surgió con el objeto preciso de equilibrar com una desigualdade jurídica favorable la desigualdade económica y social que existía em los hechos.

(...)

En el momento en que se cuestiona la razón de ser de los principios es cuando deben ser invocados, defendidos y aplicados.

Creemos que son los principios los que pueden dar consistencia, firmeza y seguridad a la lucha por mantener y fecundar el derecho del trabajo.

Los principios reflejan el derecho del trabajo, pero también lo arman, lo respaldan, lo estructuran, lo animan.

Non son meramente descriptivos, a los efectos de permitir el conocimiento del derecho del trabajo, como si fueran equivalentes a la labor de um relator o de um historiador que se debe ceñir a reproducir lo que ve, con objetividad pero con firaldad.

---

73 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015. p. 68.

Los principios están nutridos de ideales, de valores, de fundamentos sólidos que no se pueden abandonar.<sup>74</sup>

A revisitação dos princípios de Direito do Trabalho, em uma perspectiva sociojurídica condizente com o momento atual, mas que afirme a centralidade da proteção, pode ser um caminho jurídico de resistência.

Importante repensar, para reafirmar, a função teleológica do Direito do Trabalho, que é a de melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica, decisiva para impor a desmercantilização do trabalho no capitalismo, como explica Maurício Godinho Delgado:

O Direito do Trabalho não escapa a essa configuração a que se submete todo fenômeno jurídico. Na verdade, o ramo juslaboral destaca-se exatamente por levar a certo clímax esse caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito. De fato, o ramo justabalhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. (...) Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea.<sup>75</sup>

Se o Estado brasileiro pretende manter o Direito do Trabalho não pode inobservar sua função e seu princípio protetivos. Caso contrário, assumirá de vez que a estratégia é mesmo de “civilificação”<sup>76</sup> do ramo jurídico especializado, que passará a operar sob outra lógica, aquela própria do Direito Civil, preferencialmente para os atuais detentores do poder político e econômico com base naquela estrutura estabelecida no Brasil em 1916.<sup>77</sup>

É forçoso lembrar que a permanência do capitalismo depende diretamente do Direito do Trabalho para que o trabalho economicamente viável ainda exista. O trabalho é fruto do capitalismo e necessita da proteção do Direito do Trabalho para existir. Não há como melhorar o capital por meio do esgotamento do Direito do Trabalho. Na prática, porém, é cada vez maior o desequilíbrio no binômio direito-capital, com a sobreposição do código do capital que funciona sob a lógica do lucro e liberdade de mercado e, portanto, deixa de lado a valorização da mão de obra e a redução das desigualdades sociais.

---

74 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015. p. 68-69.

75 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019. p. 56.

76 O termo é proposto de modo inaugural no país para que se evite aquele que tem sido proposto “civilização” do Direito do Trabalho. Não se trata de “civilizar” as relações capital-trabalho, mas torna-la própria do Direito Civil, do que decorre o neologismo “civilificação”.

77 O Código Civil de 2002, embora fundado em autonomia das vontades contratuais, não permite os abusos que a “civilificação do Direito do Trabalho” pode promover caso se mantenham as estratégias liberais precarizantes em matéria trabalhista.

Os reflexos serão sentidos nos contratos de emprego e na vida do cidadão trabalhador, que terá cada vez maior dificuldade em se inserir dignamente no mercado de consumo próprio do sistema capitalista. Retirar direitos significa, na prática, retirar dinheiro do trabalhador, que conseqüentemente terá maior dificuldades em consumir e em manter seu padrão de vida.

A situação aflitiva de quem perde parte do seu padrão de vida em decorrência da perda de direitos trabalhistas deverá, mais dia ou menos dia, gerar insatisfações e resistência organizada. Dentre outras possibilidades de resistência, inclusive jurídica, também aponta Jorge Luiz Souto Maior o caminho da aplicação de fundamentos do Direito do Trabalho:

Do ponto de vista estritamente jurídico, parece-me uma grande ilusão considerar que um retrocesso que pode gerar enorme sofrimento a milhões de pessoas venha a se consolidar sem maiores resistências, mesmo que acompanhado de brutal, ilegal e absurda força repressora, até porque a humanidade está condenada a evoluir e no aspecto da consagração de Direitos Humanos e Sociais há muito se está trilhando um caminho sem volta.

Assim, sempre se terão os fundamentos extraídos do conjunto de regras e princípios (legais, constitucionais e supraconstitucionais) para implementar uma eficaz resistência à derrocada de direitos, e não faltarão profissionais habilitados e comprometidos para a realização dessa tarefa.<sup>78</sup>

A classe trabalhadora vai resistir, ainda que antes tenha que chegar ao ápice da desconstrução de seus direitos. Mesmo diante do fim do equilíbrio no sistema de regulação das relações capital-trabalho no Brasil, a situação não será permanente. A resistência virá de diversos modos, dentre eles o enfrentamento jurídico. Mesmo se assim não fosse, em algum ponto da involução normativa deve haver percepção dos detentores do poder econômico de que pagar direitos trabalhistas significa, em última análise, gerar mercado consumidor interno. Não há consumo, significativamente, sem que a classe trabalhadora participe massivamente. A elite, em número diminuto, não é suficiente para fazer girar o sistema econômico e gerar riqueza para ela própria. Não há reprodução do capital sem trabalho e a oposição da classe trabalhadora ao sistema não é, ontem e hoje, medida que interessa aos detentores do poder:

Do ponto de vista do próprio sistema econômico, ademais, a destruição da classe trabalhadora é uma ação autofágica, afinal, o capital só se reproduz pela exploração do trabalho e no sentido conceitual o trabalho é o capital vivo. Para haver capitalismo, portanto, é essencial que exista uma classe trabalhadora e que esta, politicamente considerada, não esteja completamente descontente com o modelo de sociedade que lhe é imposto.<sup>79</sup>

---

78 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Contragolpes: para resistir e avançar. In. FARIA, Fernanda Nigri; VIANA, Márcio Túlio. **Movimentos Sociais versus Retrocessos Trabalhistas: poder e resistência no mundo do trabalho.** São Paulo: LTr., 2018. p. 192.

79 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Contragolpes: para resistir e avançar. In. FARIA, Fernanda Nigri; VIANA, Márcio Túlio. **Movimentos Sociais versus Retrocessos Trabalhistas: poder e resistência no mundo do trabalho.** São Paulo: LTr., 2018. p. 190.



A pandemia do novo coronavírus provou isso, da pior forma possível, em todo o mundo. Com a população em casa muitos empregadores se desesperaram e, ainda que não expresassem publicamente essa ideia, perceberam que além de tudo produzir é a classe trabalhadora que quase tudo consome. E não pode consumir sem dinheiro. E não pode ter dinheiro se não houver direitos decorrentes da relação que mantém com o capital. A classe trabalhadora não vai aceitar permanente e passivamente a destruição dos seus direitos, da mesma forma que a elite brasileira será forçada a reconhecer que essa estratégia normativa atual é não só ineficiente como também perigosa para a perpetuação do seu domínio econômico.

#### **4 CONCLUSÃO.**

O Direito do Trabalho foi construído e consolidado no Brasil no início do século XX e se estruturou em torno de princípios elementares, dentre os quais o da proteção à parte hipossuficiente da relação. Durante muitos anos eram perceptíveis seu caráter teleológico e suas funções, dentre as quais, a mais importante, a de melhoria das condições de pactuação da força produtiva na ordem socioeconômica, ainda que presente, também, uma função capitalista, ou de manutenção do *status quo*. Ocorre que desde 2016 tal realidade vem se transformando em prejuízo à classe trabalhadora, via atuação estatal normativa e sistemática no sentido da redução de direitos trabalhistas e do privilégio dos patrões.

Havia até 2016 um equilíbrio normativo e sistemático em relação aos interesses de capital e trabalho no que diz respeito à contratação de emprego. A Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 representou um instrumento de pacificação e silenciamento das lutas de classes, pois ao mesmo tempo em que consagrou direitos mínimos, manteve a concentração do poder nas mãos do empregador. Esse equilíbrio se percebe historicamente e também na estruturação de princípios e de funções do Direito do Trabalho no Brasil, muito embora sempre houvesse discursos falaciosos do capital contra o sistema protetivo, como se ele lhe fosse contrário ou prejudicial.

O ano de 2016 ficará marcado na história do Direito do Trabalho brasileiro como início da ruptura do modelo protetivo imperativo e equilibrado de regulação da relação capital-trabalho. Desde então o Brasil assumiu postura de negação dos valores fundantes do ramo jurídico especializado, por meio de normatização heterônoma que agride princípios e funções que anteriormente garantiam equilíbrio na relação jurídica empregatícia. Os reflexos para a classe trabalhadora serão sentidos na perda de direitos e consequentemente de dinheiro, pois o

que justifica, em regra, a normatização protetiva é a possibilidade de inserção do trabalhador no sistema capitalista de modo digno.

A insatisfação da classe trabalhadora em relação às perdas de direitos e conseqüentemente de dinheiro será revelada de diversas maneiras, com destaque, aqui, para a resistência jurídica. Em tal prisma, dentre várias possibilidades de resistência está a afirmação e atuação do intérprete com base em princípios de Direito do Trabalho que possam revelar, de modo cada vez mais claro e expresso, qual é afinal a função básica desse ramo jurídico especializado, imprescindível não só para garantir vida digna ao trabalhador mas, também, de modo equilibrado, reprodução civilizada do capital.

## 5 REFERÊNCIAS.

ABREU, Alzira Alves de. **Dicionário histórico-biográfico da Primeira República (1889-1930)**. Editora FGV, 2015.

ALVES, Amauri Cesar. Função capitalista do direito do trabalho no Brasil. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, v. 77, p. 1067–1082, 2013.

ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo "Direito do Capital ". **Revista Síntese: trabalhista e previdenciária**, v. 29, p. 47–74, 2017.

ALVES, Amauri Cesar; CASTRO, Thiago Henrique Lopes de. Reforma Trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do Direito do Trabalho no Brasil. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 4, n. 3, p. 130-156, 2018.

ALVES, Amauri Cesar; MARTINS, Ana Luísa Mendes. Trabalhador como mercadoria: análise do aluguel de mão de obra negra no Brasil colônia e império e do atual cenário social e normativo da terceirização. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 6 (2020). pags. 69-100. 2020.

ALVES, Giovanni. O minotauro brasileiro. reforma trabalhista e desenvolvimento histórico do capitalismo no brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, v. 51, p. 97–108, 2017.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? : ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Universidade Estadual de campinas, 2005.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviço na era digital**. Boitempo editorial, 2018.

ANTUNES, Ricardo. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida: o mosaico da exploração/organização** Ricardo Antunes. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2019.

BRAGA, Ruy. O fim do lulismo. *In*: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (Org.). **Por que gritamos golpe?** 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

BRASIL, Exposição de Motivos da Medida Provisória 905 de 11 de novembro de 2019. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf)

BRASIL. **Constituição** (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ano LXXII, Nº 048, Quinta-Feira, 23 de março de 2017. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020170323000480000.PDF#page=230>.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Medida Provisória 936 de 1º de abril de 2020**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf)

CAMPANA, Priscila; BOSCHI, Olga. A falácia do discurso da doação das leis trabalhistas: recuperando outras memórias históricas. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, 2009.

CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003.

CARONE, Edgard. **A segunda república (1930-1937)**. Difusão europeia do livro, 1973.

CAVALCANTI, Bernardo Margulies.; VENERIO, Carlos Magno Spricigo. Uma ponte para o futuro ? Reflexões sobre a plataforma política do governo. **RIL Brasília**, v. 215, p. 139–162, 2017.

CLETO, Murilo. O triunfo da antipolítica. *In*: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (Org.). **Por que gritamos golpe?** 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr., 2019.

DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Medida provisória n. 905/2019 Programa Verde Amarelo: a reforma dentro da reforma trabalhista. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 18, n. 2, 2020.

FONSECA, Vanessa Patriota da. Terceirizar atividade-fim é alugar trabalhador. *In*: CAMPOS, André Gambier (Org). **Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate**. Brasília: ipea, p. 95-111, 2018

FRENCH, John D. **Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 25.

FUNDAÇÃO ULYSSES GUIMARÃES; PMDB. **Uma ponte para o futuro**. Disponível em: <<https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>>. Acesso em: 29/04/2020

GIORGI, Rafaelle de. O futuro do trabalho e o seu direito. **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, p. 52–72, 2017.

GUILHERME, Cássio Augusto. **De DILMA a TEMER: da crise do lulismo ao golpe do pemedebismo**. 2017. Disponível em: <[https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502040383\\_ARQUIVO\\_ArtigoCompleto-Anpuh2017-deDilmaaTemer.pdf](https://www.snh2017.anpuh.org/resources/anais/54/1502040383_ARQUIVO_ArtigoCompleto-Anpuh2017-deDilmaaTemer.pdf)> Acesso em: 21/04/2020

KREIN, José Dari. O Balanço da Reforma Trabalhista do Governo FHC. In: Proni, Marcelo; Henrique, Wilnês. (Org.). **Trabalho, Mercado e Sociedade**. São Paulo: Editora UNESP, 2003, v. 1, p. 279-322.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. A democracia na encruzilhada. In: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (Org.). **Por que gritamos golpe?** 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de Moraes. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr., 2010.

MORAES, Ridendo Castigat. **Trabalhadores do Brasil: Palestras do Ministro Marcondes Filho na Hora do Brasil em 1942, 1943**. E-book. Disponível em <http://ngarcia.org>. 2002. Acesso em 20/05/2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NAVARRO, Vera Lucia.; PADILHA, Valquíria. Dilemas do trabalho no capitalismo contemporâneo. **Psicologia Sociedade**, v. 19, n. spe, 2007.

OLIVEIRA, Tiago Bernardon de. **O golpe de 2016: breve ensaio de história imediata sobre democracia e autoritarismo**. *Historiæ*, v. 7, n. 2, p. 191–231, 2016.

PARANHOS, Adalberto. **Entre sambas e bambas: vozes destoantes no "Estado Novo"**. *Locus-Revista de História*, v. 13, n. 2, 2007.

PARANHOS, Adalberto. **O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil**. Boitempo Editorial, 1999.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

POLETTI, Ronaldo. 1934 / Ronaldo Poletti. — 3. ed. — Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 162 p. — (Coleção Constituições brasileiras ; v. 3).

ROCHA, Marina Souza Lima. **Greves atípicas: um novo olhar sobre os movimentos de resistência da classe trabalhadora**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Contragolpes: para resistir e avançar. *In.* FARIA, Fernanda Nigri; VIANA, Márcio Túlio. **Movimentos sociais versus Retrocessos trabalhistas: poder e resistência no mundo do trabalho.** São Paulo: LTr., 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Vamos falar séria e honestamente sobre a reforma trabalhista? **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, v. 15, n. 57, p. 193-225, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios do Direito do Trabalho e a Constituição de 1988. *In:* **Fundamentos do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR Editora LTDA., 2000.